

LEGITIMITE ET LEGALITE

CONSIDERATIONS (SUR LA LOI ET LA JUSTICE) A L'IMAGE DE DEUX GRANDS PROCES POLITIQUES

Thèse présentée à la Faculté des sciences économiques et sociales
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du grade de docteur
ès sciences sociales

Par

Milena Mateva

Acceptée sur proposition du jury:

Prof. Franz Schultheis, Département de sociologie de L'Université de Genève,
directeur de thèse

Prof. Pierre-Henri Bolle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, rapporteur

Prof. Jacques Commaille, Ecole normale supérieure à Paris, rapporteur

Soutenue le 16 Mars 2005

Université de Neuchâtel
2006

Mots clés : Légitimité et Légalité - Jus-naturalisme - Jurisprudence de Nuremberg - Procès Barbie - Procès Honecker

Keywords : Legitimacy and Legality - Jusnaturalisme - Jurisprudence of Nurnberg- Case Barbie - Case Honecker

Résumé:

Le but de la présente recherche est d'apporter une contribution, sur la base d'analyse de textes doctrinaux et de dossiers judiciaires, au débat sur les métamorphoses de l'Etat en tant que *forme organisationnelle du genre humain*. Le problème traité est formulé dans les termes suivants: quels sont et comment sont fondés les modes de légitimité dominant l'espace européen à la fin du XX-ème siècle et comment s'inscrivent-ils dans l'héritage de l'Etat moderne naissant. La recherche se conclut par une comparaison de la *conception légitimatoire jus-naturaliste* (H. Grotius, T. Hobbes, S.v. Pufendorf, J. Locke) avec les développements actuels (représentés par le procès Barbie à Lyon en 1987 et le procès Honecker à Berlin en 1992-1993) de la *conception légitimatoire véhiculée par la jurisprudence de Nuremberg*.

La conception légitimatoire jus-naturaliste

1. Le *jus-naturalisme* classique consacre théoriquement la légitimité à base souverainiste, donc l'*incorporation*. Le corps public est doté, avec l'acte de son institution par les contractants libres, d'un esprit commun (la *volonté générale*), représentant la source de la souveraineté. La personne artificiellement créée - la *personne politique* - a une existence palpable au-dessus des existences particulières: c'est un *Dieu artificiel*, création humaine.

2. Les *lois naturelles* contenant les préceptes de la raison et de l'équité préexistent à la législation humaine et jouissent, en quelque sorte, du statut de *vérité juridique*. La pièce de la législation étatique se joue sur le terrain de la découverte et de l'exégèse des *lois naturelles*. L'homme naturel étant, dans sa solitude originelle, sans repères lui permettant de reconnaître infailliblement les préceptes de la raison, la légalité forme son guide de comportement. C'est une astuce civilisationnelle de la communauté assurant l'accès du particulier à la légitimité.

3. Le *détenteur de la souveraineté* n'est pas disponible, dans sa *personne politique*, à une juridiction humaine. Son *immunité de juridiction* est le garant de la souveraineté. Une atteinte à cette immunité signifierait une mise en question du corps politique. Seul Dieu a juridiction sur le détenteur de la souveraineté.

La conception légitimatoire de la jurisprudence de Nuremberg (ses développements actuels)

1. La jurisprudence de Nuremberg représente en premier lieu une attaque frontale contre l'*immunité de juridiction de la personne politique*. Dans tous les procès en cause sont jugés des ex-dirigeants d'Etat (à l'exception de Klaus Barbie, fonctionnaire de rang moyen), pour des *actes d'Etat*. Par ce procédé, la jurisprudence de ce type nouveau réduit l'homme d'Etat à un homme tout court, fait disparaître l'impact de la spécificité représentative de sa *personne politique*, et en fin de compte sa *majesté*.

2. Par la formule "injustice légale et droit supra-légal", avancée par Gustav Radbruch, qui résume la quintessence de la démarche innovatrice de Nuremberg, la légalité est détrônée de son rôle d'unique repère pour le comportement légitime et sa validité est conditionnée par la nature du régime politique. La légalité conserve sa validité dans le système de l'*Etat de droit*. Par contre, dans les situations de *crise légitimatoire de la légalité*, le rôle de repère est en partie substitué par un autre chaînon intermédiaire, à savoir la *non-répréhensibilité*, cette dernière pouvant être déterminée par une juridiction conforme à l'*Etat de droit*, et au regard des *principes universels du droit*, reconnus par tous les peuples civilisés.

3. En fin de compte, par les procédés décrits ci-dessus, la *jurisprudence de Nuremberg* aboutit à l'avènement d'une tendance de *désincorporation* et de *légitimité principielle*: les *lois naturelles* sont remplacées par des principes *extraits de la pratique* des peuples civilisés; la *contractualité planétaire* engage directement les individus.

La critique conceptuelle de la légitimité principielle

Les adversaires de la *jurisprudence de Nuremberg* voient se profiler, par le biais de la prétention universaliste, une sorte de *Realpolitik bis*: la *subversion* de la souveraineté de certains Etats "paria" et l'imposition d'un système politique uniforme. A l'aide de deux équations politico-juridiques: a) les *principes universels du droit* sont matérialisés dans le système politique de l'*Etat de droit*; b) l'*Etat de droit* est la forme d'Etat implémentée dans les pays de l'Occident, on aboutit à l'affirmation de la *suprématie politico-juridique de l'Occident sur le reste de la planète*, et au fondement idéologique de son hégémonisme.

IMPRIMATUR POUR LA THESE

Légitimité et Légimité. Considérations (sur la loi et la justice) à l'image de deux grands procès politiques.

Milena MATEVA

UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DES SCIENCES ECONOMIQUES


La faculté des Sciences Economiques,
sur le rapport des membres du jury

MM. F. Schultheis (directeur de thèse, Université de Genève)
P. -H Bolle (Université de Neuchâtel)
J. Commaille (ENS, Paris)

Autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 1^{er} février 2006

Le doyen



Michel Dubois

Remerciements

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à mon directeur de thèse, le Professeur Franz Schultheis de l'Université de Genève, pour son remarquable talent de compréhension et d'interactivité, pour sa passion de sociologue qui agit de manière contagieuse sur son entourage, pour la confiance sans faille qu'il m'a certifiée.

A côté du directeur de thèse "officiel" j'ai bénéficié, tout au long de mon parcours de doctorante, du contact précieux avec le Professeur Pierre-Henri Bolle de l'Université de Neuchâtel, qui, quoi que faisant office de rapporteur, pourrait de plein droit être considéré comme un véritable co-directeur de thèse. Les innombrables conversations que j'ai menées avec lui ont été pour moi une source indispensable de savoir et de science certes, mais aussi d'optimisme et surtout de *know how* pour surmonter toutes les situations pratiques de difficultés et de découragement qui pouvaient se présenter.

Je remercie sincèrement le Professeur Jacques Comaille de l'Ecole Normale Supérieure à Paris, rapporteur, célébrité parisienne (et bruxelloise), qui s'est déplacé à Neuchâtel spécialement pour la soutenance de ma thèse, et qui m'a accablée par l'attention portée à mon texte, faisant preuve d'une connaissance détaillée des idées y exprimées, s'appuyant sur le manuscrit aux feuilles détachées une à une pour faciliter la lecture.

Je tiens à remercier le Professeur Ernest Weibel qui m'a en premier accueillie à l'Université de Neuchâtel, et, en bibliophile averti, m'a non seulement présenté la riche bibliothèque des sciences politiques et sociales, mais aussi offert plusieurs volumes qui me sont précieux.

Avec beaucoup d'émotion je tiens à remercier la Professeur Rose-Marie Lagrave de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales à Paris, la principale responsable, par "incitation", de mon entreprise aventurière, dans le sens intellectuel aussi bien que sur le plan de la réalisation pratique, à travers maintes frontières.

Mes recherches empiriques portant sur les procès Barbie et Honecker n'auraient pas été possibles, si je n'avais pas reçu l'accueil aimable des institutions françaises et allemandes responsables de la conservation des archives respectives: le Centre national des archives historiques à Paris, Fontenbleau, et la Staatsanwaltschaft II bei Landgericht Berlin, Moabit. Je certifie tout mon respect à ces deux institutions pour leur hospitalité. Je tiens à souligner particulièrement l'engagement personnel des procureurs allemands Herr Scherer et Herr Schmitt, qui d'une part, ont porté ma requête de consultation des archives auprès de la Senatsverwaltung für Justiz in Berlin pour approbation, et d'autre part, m'ont accordé, pendant mon séjour au sein de leur établissement, une attention et un soutien appréciables. Je remercie spécialement Herr Schmitt pour les discussions allant jusqu'au fond des problèmes, et pour son honnêteté intellectuelle et humaine.

Aussi bien sur le plan intellectuel que sur le plan humain, le contact avec l'assistante du Professeur Bolle et juriste par vocation, Manon Jendly, a été pour moi enrichissant, motivant et fructueux.

Etant donné que mon long parcours de doctorante représentait en soi une aventure, la réalisation pratique du projet ayant été qualifiée au début par le Professeur Bolle d'utopique, l'aboutissement de cette entreprise est en premier lieu dû au soutien sans faille de mon entourage privé, auquel va ma gratitude la plus dévouée. En peu d'années, le fil de mes recherches m'amenant dans plusieurs villes (Paris, Köln, Berlin, Zürich), les entourages immédiats se succédant, la persévérance du dévouement des plus proches représentait pour moi la force de pesanteur.

Depuis une longue distance, ma mère a toujours su guider mes pensées et mes actes.

Je suis profondément reconnaissante à Markus Söll de m'avoir aidée durant toutes les péripéties accompagnant mes recherches.

Enfin, mon texte ne serait pas achevé sans le concours incontournable de son premier lecteur. Je remercie cordialement Daniel Gerber pour son minutieux engagement, pour ses subtiles corrections, sa profonde compréhension et ses érudites remarques et commentaires.

Je ne peux pas m'empêcher de mentionner l'indispensable aide "logistique", compensant mes propres maladresses à l'égard de l'informatique, de Petko Janev, William Fata et Matthias Studer.

La liste des remerciements sera inachevée, si je n'exprimais pas ma spéciale gratitude envers une institution et un collectif dont l'hospitalité a développé la sensation d'un "chez moi": la Bibliothèque publique et universitaire de Neuchâtel.

"Au reste, bien loin de vouloir me soustraire à la critique, je prie et je conjure tous ceux entre les mains de qui tombera cet ouvrage, de prendre à mon égard la même liberté que je me suis donnée en examinant les pensées et les écrits d'autrui. Toutes les fois qu'on me fera voir, que je me suis trompé, je profiterai incessamment de l'avis.

Et dès à présent je déclare ici, que, si j'ai avancé quelque chose de contraire à la piété, aux bonnes mœurs, à l'Écriture sainte, aux sentiments reçus de toute l'église chrétienne, ou en un mot à quelque vérité que ce soit, je le désavoue, et je veux qu'il soit tenu pour non dit".

Hugues Grotius

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION APPROCHE METHODOLOGIQUE

A. Fondement de la recherche	6
I. Corpus théorique conceptualisant le problème de la légitimité.....	6
II. Sujet et objectifs de la recherche	18
B. Méthodes de la recherche.....	24
I. Méthode de la première partie de la recherche	24
II. Méthode de la deuxième partie de la recherche	27

PREMIERE PARTIE LE CORPUS JUS-NATURALISTE: PREMISSES INTELLECTUELLES DE L'ETAT MODERNE

CHAPITRE PREMIER	
Hugues Grotius	30
CHAPITRE DEUXIEME	
Thomas Hobbes	42
CHAPITRE TROISIEME	
Samuel Von Pufendorf	52
CHAPITRE QUATRIEME	
John Locke	64
CONCLUSION	75

DEUXIÈME PARTIE
LA JURISPRUDENCE DE NUREMBERG

----- TITRE PREMIER -----

LES SOURCES (ANALYSE DE DEUXIEME MAIN)

INTRODUCTION.....	81
CHAPITRE PREMIER	
La conception novatrice de Nuremberg	87
I. Prévention radicale de la violence.....	88
II. Redistribution du monopole de la violence légitime.....	94
III. Confrontation de deux visions de la personne humaine.....	98
IV. Consécration de la dimension universelle de l'humanité.....	99
CHAPITRE DEUXIEME	
Le proces Eichmann – prise de conscience sur la criminalite d'inspiration raciste...	102
I. Prévention radicale du racisme.....	104
II. Dépersonnalisation de la responsabilité et du crime, opérée par la défense.....	108

----- TITRE DEUXIEME -----

DEVELOPPEMENTS ACTUELS DE LA JURISPRUDENCE DE NUREMBERG.
LE PROCES BARBIE ET LE PROCES HONECKER
(ANALYSE DOCUMENTAIRE DES ARCHIVES DES PROCES)

CHAPITRE PREMIER

Prises de position des parties aux proces

SECTION PREMIERE

Le procès Klaus Barbie	109
Introduction.....	109
Les prises de position de l'accusation	111
I. Système normatif de l'Etat national-socialiste, au nom et au service duquel Barbie s'est rendu coupable des crimes présumés.....	112
II. Le crime contre l'humanité.....	117
III. Base juridique de la poursuite pénale.....	123
IV. Opposition justice fondamentale - justice conventionnelle.....	130
V. Subversion exercée à l'aide du discours légitimatoire.....	132

Les prises de position de la défense	133
I. Contextualisation du phénomène national-socialiste	134
II. Réfutation de la thèse de l'incommensurabilité des pratiques répressives nazies. Evocation d'autres cas qualifiables de crimes contre l'humanité, postérieurs au génocide des Juifs.....	144
III. Sélectivité de la justice rendue par la jurisprudence de Nuremberg. Revendication d'une inventarisation de la terreur	148
IV. Dérogation, par le procès, au principe de légalisme en droit pénal.....	149

SECTION DEUXIEME

Le procès "Honecker et autres"	155
Introduction	155
Les prises de position de la "partie de l'accusation"	157
I. Disculpation des réfugiés	158
II. Nature du régime communiste de la RDA	160
III. Base juridique de l'accusation.....	163
IV. Non-conformité au droit de l'activité politique inculpée.....	170
V. Non-validité du fait justificatif protégeant l'exercice de la violence étatique.....	174
VI. Justice absolue. Non-pertinence judiciaire de la comparaison entre la situation juridique dans l'ex-RDA et celle dans d'autres pays.....	180
Les prises de position de la défense	182
I. Coresponsabilité des victimes pour leur propre sort	183
II. Nature du système politique de la RFA. Incomparabilité des systèmes politiques	184
III. Contexte historico-politique de l'activité des accusés.....	188
IV. Légalité du comportement des accusés	194
V. Contestation de l'appréciation pénale de l'histoire politique	198
VI. Sélectivité et opportunisme de la justice politique.....	202

CHAPITRE DEUXIEME

Conceptions (implicites) de société politique des deux parties aux procès	210
--	-----

SECTION PREMIERE

Vers une justice politique (politische Gerechtigkeit): Conception de société politique de la "partie de l'accusation"	212
I. Juridicisation de la politique	213
II. Juridictionnalisation du droit. Droit immanent et justice immanente.....	215
III. Rétrécissement et recentrage du cercle de la violence légitime.....	219
IV. Evaluation juridique des régimes politiques. Etat criminel (Verbrecherstaat) et Etat injuste (Unrechtstaat).....	224

SECTION DEUXIEME

Contestation de la justice politique et de la justice politisée: Conception de société

politique de la défense	227
I. Fatalisme historique. "Culpabilité d'une époque"	228
II. Justice conventionnelle. Contre une justice sélective	229
III. Real-légalisme	232
IV. Le mal d'Etat.....	234
V. Dénonciation de la justice politique comme justice politisée (Realpolitik bis), instrumentalisant la "religion civile" des droits de l'homme	237

TROISIEME PARTIE

RESULTATS DE LA RECHERCHE : VERS UNE LEGITIMITE PRINCIPIELLE

INTRODUCTION	240
--------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

La conception de la légitimité dans le corpus jus-naturaliste	242
I. Légitimité plurimodale	242
II. Légitimité souverainiste (corporative-particulariste)	246

CHAPITRE DEUXIEME

La révolution légitimatoire de l'Etat postmoderne. Apport jurisprudentiel de la jurisprudence de Nuremberg à la conception de la légitimité	253
I. Mode de légitimité articulé par le corpus jus-naturaliste: légitimité souverainiste (corporativiste-particulariste)	255
II. Mode de légitimité légaliste, articulé par le positivisme juridique	256
III. Prétention à la légitimité idéologique, articulée par les doctrines totalitaires	257
IV. La légitimité principielle	262
V. Opposition à l'émergence de la légitimité principielle: la critique conceptuelle de la défense	267

BIBLIOGRAPHIE	269
----------------------------	-----

AVANT-PROPOS

La présente recherche a été entamée pendant l'année 1996. Elle s'est fixé pour objectif d'étudier le mode de légitimité le plus récent, "en vigueur" à la fin du XX-ème siècle. Sa dimension temporelle était l'actualité immédiate. Effectivement, au milieu des années 90 l'Europe vivait dans la certitude (et la quiétude) de la durée d'une époque clémente - dénommée l'époque de l'après-guerre froide ou du post-communisme. La conscience publique du vieux continent était occupée à plein temps à digérer le passé, le passé immédiat de la guerre froide, certes, mais aussi comme une réminiscence historique d'un brasier qu'on n'arrive pas à éteindre définitivement - le passé de l'époque national-socialiste. Le procès contre Honecker et ses camarades en Allemagne (suivi par d'autres poursuites pénales dans les pays satellites de l'ex-Union soviétique) représentait pour la moitié orientale du continent l'événement marquant la première moitié des années 90. La retransmission intégrale de l'enregistrement du procès Barbie sur une chaîne de télévision française pendant l'année 2000 témoigne de l'intérêt ressuscité, pour l'opinion française, de l'épisode de l'occupation nazie.

Aujourd'hui, sept ans plus tard, en cette année trouble 2003, l'objet de la recherche est impitoyablement relégué par les événements dans l'histoire. Le mode de légitimité "en vigueur" à la fin du XX-ème siècle n'a pas franchi le cap du nouveau millénaire. Par conséquent, la signification de la présente recherche a tourné à l'historique.

Rarement dans l'histoire le passage chronologique de l'ancien au nouveau siècle coïncide de manière aussi brusque et irréversible avec l'irruption d'une nouvelle époque historique, comme ce fut le cas avec l'entrée au XXI-ème siècle.

Contrairement à l'opinion presque dominante, d'après laquelle la date du 11.09.2001 (l'attentat sur le World Trade Center) marque la charnière entre deux époques, j'estime que le XXI-ème siècle avait déjà commencé en avril 1999, avec les bombardements de l'OTAN sur la République de Yougoslavie.

La légitimité principielle, objet de cette recherche, avait culminé (ou bien dégénéré - suivant le point de vue) dans un *centaure de droit international* - dénommé droit d'ingérence humanitaire. Les principes universels de droit (englobant les droits de l'homme universellement reconnus) desservis jusqu'alors par la jurisprudence de Nuremberg (dans le sens large), ont obtenu, pour ainsi dire, "*un bras armé*". Les suites de cette métamorphose de la légitimité se déroulent sur nos écrans de télévision (l'intervention militaire américano-britannique en Irak). Il y a des indices qui permettent de formuler l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau mode de légitimité - à base civilisationnelle. La "Fronde" d'une partie du vieux continent contre ces nouvelles tendances pourrait être interprétée comme une lutte entre deux légitimités.

Pourtant, les conditions, les germes de ces développements frappants sont contenus et aisément déchiffrables dans l'époque précédente. Le mode de légitimité principal, qui est l'objet propre de cette recherche, représente, par sa nature contradictoire et à double tranchant (révélée, avec beaucoup d'insistance, par ses critiques, en l'occurrence par la défense aux procès traités), une boîte de Pandore, qui n'a pas tardé à être ouverte. Du coup, l'étude du mode de légitimité prépondérant à la fin du XX-ème siècle acquiert une fonction explicative pour la genèse des événements actuels.

Le 15 avril 2003

INTRODUCTION

APPROCHE METHODOLOGIQUE

Le problème de la légitimité de l'ordre normatif établi constitue le noyau de l'interrogation de toute société politique sur ses fondements. Un débat légitimatoire accompagne la traversée de périodes de crise par une société (un type de société), aussi bien que de périodes de transformations essentielles. Le consensus légitimatoire dans une société établit le profil normatif d'une époque : au niveau de la collectivité – la pyramide des valeurs irréductibles -, et au niveau de ses membres – les codes de comportements non répréhensibles.

Le trouble XX-ème siècle européen est traversé par quelques vagues de débat légitimatoire : notamment pendant l'entre-deux-guerres, après la deuxième guerre mondiale et après la guerre froide.

Le problème qui sera traité par la présente recherche est formulé dans les termes suivants : quels sont et comment sont fondés les modes de légitimité dominant l'espace européen à la fin du XX-ème siècle et comment s'inscrivent-ils dans l'héritage de l'Etat moderne européen naissant.

Il s'agit d'abord de descendre aux origines intellectuelles de l'Etat européen moderne que constitue l'Ecole jus-naturaliste de la pensée politico-juridique, afin de reconstituer les prémisses légitimatoires de l'Etat moderne naissant. Le produit intellectuel de cette première étape de la recherche sera un aperçu idéographique de l'aspect légitimatoire chez les "codificateurs" du droit naturel Hugues Grotius, Thomas Hobbes, Samuel von Pufendorf et John Locke.

Afin de repérer, dans une deuxième partie, les modes de légitimité actuellement (la fin du XX-ème siècle) "en vigueur" et les signes de "malaise" de l'Etat moderne, la recherche va gagner le terrain judiciaire, conformément à l'impact croissant de la jurisprudence dans le processus de création de valeurs. Cette fin de siècle est marquée par la tendance de juridicisation de la société et de juridictionnalisation du droit au niveau étatique aussi bien qu'international. La Cour de justice se substitue au Parlement comme espace de prédilection pour le traitement de problèmes épineux de Droit. L'intervention judiciaire dans le processus même de légiférer (par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois parlementaires) consacre l'emprise du droit sur la politique¹. Le procès judiciaire adopte, à côté de ses fonctions classiques, une signification cognitive supplémentaire en tant que source documentaire révélatrice du profil sociologique de l'époque. Ces considérations m'ont amenée au projet de penser les modes de légitimité à travers l'étude comparée de grands procès

politiques marquant par leur empreinte l'espace public européen à la fin du XXe siècle: le procès Klaus Barbie devant la Cour d'Appel de Lyon en 1987 et le procès contre des dirigeants communistes, dénommé "Honecker et autres", devant la Cour régionale de Berlin en 1992-1993. Il s'agit de dégager l'apport jurisprudentiel (observé dans une relation de continuité avec la lignée jurisprudentielle Nuremberg – Eichmann) du procès Barbie et du procès Honecker dans le corpus de conceptions légitimatoires.

Le problème de la légitimité sera traité tout au long de la recherche dans sa relation avec la légalité, conformément à la tradition scientifique en la matière, posée par les grands théoriciens M. Weber, Carl Schmitt, J. Habermas².

A. Fondement de la recherche

I. Corpus théorique conceptualisant le problème de la légitimité

Le problème de la légitimité est lié à l'acceptation *volontaire* d'un ordre normatif (étatique) établi, par les membres d'une société politiquement organisée (sujets ou citoyens). C'est un problème sociologique par excellence, puisqu'il s'y manifeste une expression intense de la relation individu – société politique. Dans ce domaine sont en jeu les *codes de comportement non répréhensible*, consentis et intériorisés par les membres de la société à la base de l'offre de justifications, proposé par la sphère politico-juridique.

Le problème de la légitimité est conceptualisé par certains des grands maîtres de la sociologie théorique (et de la théorie de l'Etat).

Max Weber représente incontestablement la figure de proue des théories sociologiques de la légitimité. La conception weberienne de la légitimité anime le débat sociologique jusqu'aujourd'hui.

Weber examine le problème de la légitimité du pouvoir étatique comme un cas particulier, soit du problème de la légitimité d'un ordre, soit du problème de la légitimité d'une relation de domination (Herrschaftsverhältnis), respectivement d'un groupement basé sur la domination (Herrschaftsverband). Dans le deuxième cas (l'Etat comme un cas particulier de Herrschaftsverband) le besoin de légitimation du pouvoir étatique obéit à la même logique que le besoin de légitimation de tout autre groupement basé sur une relation de domination : par ex. syndicat, parti politique, clan familial, entreprise économique, église, association, ainsi de suite.

Ce sens large du concept de légitimité a cependant perdu de son actualité dans les développements théoriques postérieurs à Max Weber. Actuellement, le problème de la légitimité est saisi dans son sens étroit (qui est devenu son sens propre): légitimité de l'ordre normatif d'une société, et respectivement de l'ordre étatique. La présente recherche est basée notamment sur cette signification du concept de légitimité.

La légitimité d'un ordre représente, dans la conception weberienne, le fondement de la relation sociale de domination et la garantie interne de sa validité:

"Nous désignons d'une part le contenu significatif d'une relation sociale par le concept d'"ordre" uniquement dans le cas où l'activité se guide (en moyenne ou approximativement) sur des maximes qu'on peut expliciter. Nous parlerons d'autre part de "validité" de cet ordre uniquement lorsque l'orientation effective de l'activité selon ces maximes se fait pour le moins aussi (c'est-à-dire dans une mesure importante) pour la raison qu'elles sont considérées comme valables d'une manière ou d'une autre *pour* l'activité, qu'elles soient obligatoires ou exemplaires. C'est un fait que l'orientation de l'activité d'après un ordre a normalement lieu, chez les participants, pour des motifs très divers. Cependant le fait que, à côté des autres motifs, l'ordre apparaît au moins à une partie des agents comme exemplaire ou obligatoire, et par conséquent comme *devant* valoir, accroît naturellement la chance qu'on oriente l'activité d'après cet ordre, et souvent dans une mesure très considérable. L'ordre que l'on respecte *uniquement* pour des motifs rationnels en finalité est en général beaucoup plus instable que si l'orientation se fait purement et simplement en vertu de la coutume, en raison du caractère routinier d'un comportement; c'est même là, de toutes les espèces d'attitudes intimes, la plus courante. Néanmoins cet ordre est encore incomparablement moins stable que celui qui s'affirme grâce au prestige de l'exemplarité et de l'obligation, je veux dire de la légitimité."³

La relation sociale de domination, désignée comme ordre, présuppose trois conditions simultanément présentes:

1. Du côté des dominés: pour que l'ordre subsiste, ils doivent manifester une certaine disposition à être dominés. La docilité vis-à-vis de l'ordre peut être animée par différents motifs. Mais le fondement le plus stable de la docilité et de l'obéissance, c'est la croyance en la légitimité de l'ordre.

2. Du côté des membres de la direction administrative (Verwaltungsstab) vis-à-vis de l'ordre dont ils doivent assister la persistance, et vis-à-vis de leurs supérieurs: la croyance en la légitimité de l'ordre s'avère de nouveau le mobile le plus efficace (à côté d'autres motifs).

3. Du côté des détenteurs du pouvoir suprême: pour entretenir la relation de domination, ils sont obligés de fournir des "justifications internes" de cette domination (innere Rechtfertigungen), c'est-à-dire de revendiquer la légitimité de l'ordre.

A la base simultanément du type de la revendication de légitimité (de la part des détenteurs du pouvoir) et du type de la croyance en la légitimité (de la part des dominés et de la direction administrative), Weber distingue trois types purs de domination légitime:

"La validité de cette légitimité peut principalement revêtir:

1. Un caractère *rationnel*, reposant sur la croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives qu'ont ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens (domination légale);

2. Un caractère *traditionnel*, reposant sur la croyance quotidienne en la sainteté de traditions valables de tout temps et en la compétence de ceux qui sont appelés à exercer l'autorité par ces moyens (domination traditionnelle);

3. Un caractère *charismatique*, /reposant/ sur la soumission extraordinaire au caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire d'une personne, ou encore /émanant/ d'ordres révélés ou émis par celle-ci (domination charismatique)."⁴

Weber applique cette typologie de la domination légitime dans l'édification de sa sociologie de la domination. La même typologie est mise en oeuvre dans l'essai "Politik als Beruf".⁵

Pourtant, à un autre endroit, traitant de la validité de l'ordre légitime, Weber concède l'existence d'un quatrième type de légitimité: la légitimité "en vertu d'une croyance *rationnelle en valeur*", et reconnaît par là au droit naturel le statut de source de légitimité:

"Les agents peuvent accorder à un ordre une validité *légitime*:

En vertu de la *tradition*: validité de ce qui a toujours été;

En vertu d'une croyance d'ordre *affectif* (tout particulièrement émotionnelle): validité de la nouvelle révélation ou de l'exemplarité;

En vertu d'une croyance *rationnelle en valeur*: validité de ce que l'on a jugé comme absolument valable;

En vertu d'une disposition positive, à la *légalité* de laquelle on croit."

A propos de la croyance rationnelle en valeur Weber apporte la précision suivante:

"Le type le plus pur de la validité rationnelle en valeur est représenté par le "droit naturel". Quelque limitée qu'ait été son influence réelle au regard de ses prétentions idéales, on ne saurait contester que ses propositions conclues logiquement ont eu sur l'activité humaine une influence qui est loin d'être négligeable. Il ne faut pas confondre ces propositions avec le droit révélé, ni avec le droit coutumier, ni avec le droit positif."⁶

Cette unique concession à l'égard de la valeur propre du droit naturel comme source de légitimité mise à part, la vision légitimatoire de Weber est marquée par l'acceptation de trois types purs de légitimité. Quoique la typologie se veuille "pure", c'est-à-dire, qu'elle se donne intentionnellement une portée conceptuelle et théorique, et aucunement empirique ou encore moins diachronique, Weber admet tout de même un caractère moderne, donc historique, au dernier type de légitimité: celui basé sur la légalité. Dans la conception weberienne, l'émergence de ce type de légitimité est intimement liée à l'essor de l'économie de

type capitaliste et à son penchant sur le plan politique - l'essor de la bureaucratie. En fin de compte, l'époque contemporaine moderne se caractérise, telle la conclusion de Weber, par la prédominance incontestée du type de légitimité basé sur la légalité.

Ce dernier point est fortement contesté par l'autre grand théoricien allemand de la légitimité - Jürgen Habermas -, qui assimile la conception weberienne de la légitimité par légalité au fondement théorique du positivisme juridique:

"Max Weber considère l'ordre étatique des sociétés occidentales modernes comme une empreinte de "domination légale". Cet ordre fonde sa légitimité sur la croyance en la légalité de l'exercice du pouvoir. La domination légale acquiert un caractère rationnel entre autres par la circonstance, que la croyance en la légalité de l'ordre statutaire et en la compétence de ceux qui sont désignés pour l'exercice du pouvoir, est d'une nature qui diffère de la croyance en la tradition et le charisme: c'est la rationalité habitant la forme même du droit qui investit de légitimité la domination exercée en formes légales. Cette thèse a déclenché un débat vigoureux. Max Weber a fondé par là un concept positiviste du droit: par droit est désigné précisément ce que le législateur politique (soit-il démocratiquement légitimé ou pas) pose comme tel au moyen d'une procédure légalement instituée." (traduction propre) ⁷

Jürgen Habermas considère la nécessité de légitimation de l'ordre politico-juridique comme un défi propre à l'époque moderne, soulevé par l'émergence du droit positif (processus qui s'étend depuis la fin du Moyen Age jusqu'aux grandes codifications du XVIII-ème siècle).

Dans les sociétés pré-modernes - l'Antiquité et le Moyen Age - la structure du droit est caractérisée, affirme Habermas, par un dédoublement entre une composante sacrée et une composante profane. La composante sacrée est marquée par sa non-disponibilité (Unverfügbarkeit) à l'usage des gouvernants. La composante profane est dotée d'un caractère instrumental et assimilé à un moyen organisationnel pour l'administration de la vie publique.

"Dans cet aspect le droit en tant que moyen de l'exercice administratif du pouvoir ne peut cependant remplir ses fonctions organisationnelles qu'aussi longtemps que dans l'autre aspect, sous la forme de coutume juridique sacralisée, il conserve en même temps son caractère non-instrumental, non-disponible, lequel le gouvernant se doit de respecter dans la jurisprudence. Entre ces deux composantes - la non-disponibilité de l'aspect du droit qui est à la base du règlement judiciaire des conflits, l'instrumentalité de l'autre aspect du droit dont usage est fait pour les fins de la gouvernance - existe une tension inévitable. Elle ne saute pas aux yeux, aussi longtemps que les bases sacrées du droit restent intactes, et que le fondement traditionnel du droit coutumier reste solidement enraciné dans la pratique quotidienne." (traduction propre)⁸

La tension éclate avec l'entrée en force de la Modernité, lorsque les deux conditions mentionnées de sa modération sont balayées par les transformations sociétales marquant cette époque. Sur le plan politico-juridique la transformation décisive est représentée par l'émergence du droit positif. Le droit se réduit à une seule dimension et occupe désormais uniquement la place de moyen de gouvernance. Le pouvoir politique du gouvernant s'émancipe de sa dépendance vis-à-vis du droit sacré, et devient souverain. Le droit a désormais pour source unique la volonté du législateur politique.

L'émergence du système de droit positif pose notamment le problème de la légitimité, articulé sous la forme des questions suivantes: "Est-ce que le droit politique, susceptible d'être modifié à souhait, serait doté d'autorité impérative à l'image du droit sacré non-disponible d'antan? Le droit positif préserve-t-il en tout état de cause un caractère impératif, s'il ne tire plus son mode de légitimité, à l'image du droit administratif dans le système de droit traditionnel, d'un droit préexistant et supérieur?".

Les réponses théoriques à ce problème essentiel pour la Modernité se situent, d'après Habermas, dans le sillon de deux écoles de pensée:

1. Le positivisme juridique;
2. Le droit de la raison (Vernunftrecht), ainsi que ses successeurs contemporains: l'idée de l'Etat de droit et de l'Etat constitutionnel.

Ainsi conteste Habermas la thèse de Weber, consistant à fonder une sorte d'hégémonie légitimatoire de la légalité pendant l'époque moderne. Habermas classe la conception de Weber comme appartenant au courant du positivisme juridique. Weber se retrouve en compagnie de l'autre figure illustre (germanophone) du même courant: Hans Kelsen.

1. Le positivisme juridique

D'après ce courant la composante de non-disponibilité du droit n'a plus comme source des contenus supra-positifs, comme c'était le cas du droit sacré, mais la forme même du droit positif fait figure de source. Le droit positif cultive son autonomie, en puisant sa validité dans ses propres ressources, à l'aide des performances dogmatiques d'une jurisprudence conforme aux lois, mais autonome à l'égard de la morale et de la politique.

Habermas distingue, à l'intérieur du courant positiviste, deux modèles:

- a) le modèle libéral, représenté notamment par Weber et Kelsen
D'après ce modèle, la *rationalité* de la forme de droit (la source de la légitimité)

consiste dans " la forme sémantique de la loi", c'est-à-dire dans ses qualités internes: la loi étant publique, abstraite et générale.

b) le modèle du positivisme législatif démocratique, avec comme représentant mentionné Wolfgang Abendroth.

Cette ramification du positivisme est une adaptation du courant positiviste (le modèle libéral du positivisme correspondant au modèle libéral de l'économie et de l'Etat de droit) aux réalités de l'Etat social qui caractérisent l'Allemagne (et d'autres pays européens) de l'après-guerre. Abendroth tente de concilier le principe de l'Etat social avec le principe de l'Etat de droit, en les réunissant sous le toit de l'autodétermination démocratique. Le type de société est un produit délibéré de la volonté du peuple. L'Etat démocratique représente le centre d'une société qui s'auto-détermine et s'auto-transforme. Le minimum éthique se déplace de la "forme sémantique de la loi" vers la "forme démocratique de la législation".⁹

Habermas s'oppose aux conséquences logiques du courant positiviste, entre autres, avec l'argument que si la validité du droit s'affirme au détriment de tout rapport à l'équité allant au-delà de la décision du législateur, l'identité même du droit sera lésée.

2. Le droit de la raison¹⁰

Le courant du droit de la raison s'applique à trouver, après l'éteignement du droit sacré, un *équivalent* apte à procurer au droit positif une composante de non-disponibilité. Comme une telle composante est désigné le droit de la raison.

A la différence de Weber, qui reconnaît un rôle plutôt modeste au courant jus-naturaliste pour la pratique juridique, Habermas lui accorde une importance non pas uniquement juridico-théorique, mais aussi juridico-doctrinale par rapport aux grandes codifications et à la jurisprudence créative.

Le verdict théorique de Habermas à l'égard de ce courant est aussi sévère que celui à l'égard du positivisme: les performances théoriques du jus-naturalisme ne sont pas à la hauteur de la tâche qu'il s'est assignée - éclairer de manière rationnelle les conditions de légitimité de la domination légale -, et il n'a pas réussi à établir une liaison plausible entre la composante de non-disponibilité et la composante d'instrumentalité du droit. Habermas illustre cette conclusion à l'exemple de la conception philosophico-juridique de Kant. Dans cette conception, soutient Habermas, le droit naturel ou moral, déduit a priori de la raison pratique, gagne tellement en importance, que le droit risque d'être absorbé par la morale ou d'être réduit à un mode spécifique de la morale. Chez Kant le droit positif est subsumé au

droit de la raison. Il ne reste plus de place pour l'aspect instrumental du droit, qui a la prédestination de servir le législateur politique dans ses fonctions administratives. Kant croit résoudre le problème de la légitimité par une simple substitution: le droit de la raison, fondé de manière autonome, occupe la place vacante du droit naturel religieux. "Lorsque politique et droit - conclut Habermas - sont repoussés dans la position subordonnée d'organes exécutifs des lois de la raison pratique, alors la politique perd sa compétence légiférante et le droit son caractère positif."¹¹

Le courant du droit de la raison, dont l'influence s'étend sur le XVII et le XVIII-ème siècle, est dépassé au cours du XIX-ème siècle, d'après Habermas, non pas en raison de ses faiblesses philosophiques, mais plutôt pour des raisons socio-historiques: la complexité et le dynamisme de la société basée sur l'économie de marché ne se laissent pas endiguer dans les cadres d'un système juridique établi a priori. Au cours du XIX siècle, au bout d'un processus désigné par Habermas comme "érosion de la notion moraliste de la loi propre au droit de la raison" ou bien "destruction positiviste du droit de la raison", le courant du droit de la raison est détrôné par son rival, le positivisme juridique.

Le problème de la légitimité, défini à l'aube de la Modernité avec l'éteignement du droit sacré, ressurgit dans les ruines du droit de la raison pour ceux qui ne trouvent pas satisfaction dans la réponse du positivisme.

La réponse est recherchée dans le giron du postjusnaturalisme, notamment dans la substitution au droit de la raison d'une nouvelle interprétation de l'Etat de droit comme Etat constitutionnel, reconnaissant la supériorité de principes constitutionnels.

Habermas accomplit son analyse sur la base de la pratique de contrôle abstrait de normes qui échoit à la Cour Constitutionnelle. La Constitution est considérée comme une entité dynamique, qui permet de résoudre des différends entre le bien public et les droits individuels, à la lumière de principes constitutionnels supérieurs. Une conception étagée de l'ordre normatif se met en place, subordonnant l'ordre légal à des principes légitimatoires. Habermas se réfère à une interprétation de Denninger, qui observe une substitution à la domination légale d'une "domination à la base de la légitimité, sanctionnée par les juges". Cette position représente une image renversée de la position du positivisme démocratique: la justice orientée par des principes supra-positifs se doit de constituer un contre-poids au positivisme opportuniste-utilitariste de majorités forcées, influencées, irréflechies et aveugles au droit, d'après la remarque de F. Wieacker, citée par Habermas. Vu que le potentiel légitimatoire de la volonté générale est enterré par le positivisme, la législation doit être

soumise au contrôle d'une justice liée certes par la loi, mais aussi par les "lois" supérieures d'une équité matérielle. Habermas définit cette revendication de légitimité comme une "*Wertjudikatur*" (jurisprudence orientée par des valeurs), parce que la composante de non-disponibilité de l'ordre juridique est assumée par un *ordre de valeurs concret*. Habermas met en garde contre le danger de confondre les considérations normatives avec des considérations fonctionnelles dans le processus d'appréciation effectué par cette justice:

"La Cour Constitutionnelle ne dispose pas non plus, au cours de la pondération concrète des valeurs, de critères d'après lesquels elle pourrait donner la priorité à des principes normatifs (comme égalité de traitement ou bien dignité humaine) ou bien à des principes méthodiques importants (comme le principe de proportionnalité ou bien de justesse) devant des impératifs fonctionnels (la paix dans l'entreprise, la capacité d'intervention de la Bundeswehr ou bien de manière générale la réserve du pratiquement faisable). (...) Et le soupçon que, lors de la confrontation de telles préférences de valeurs non rationalisables, l'intérêt qui a le plus de chances de s'imposer finit effectivement par s'imposer, n'est que trop bienfondé." (traduction propre)¹²

Habermas reproche à cette *Wertjudikatur* que finalement la source de légitimité qu'elle cautionne est représentée par des *contenus normatifs concrets* qui comme tels ne sont pas appropriés à fonder des décisions générales impératives (*allgemein verbindliche Entscheidungen*) dans une société moderne marquée par le pluralisme de systèmes de valeurs.

3. Habermas propose une tentative de surmonter le clivage entre les deux courants mono-dimensionnels - positiviste et neojusnaturaliste - en intégrant, dans une source de légitimité, le côté de non-disponibilité du droit, négligé par le positivisme, avec le côté instrumental, négligé par le jus-naturalisme. Comme source de légitimité est désignée la *rationalité procédurale* du droit (*Verfahrensrationalität*) qui, à l'image de la thèse de Weber et Kelsen, réside à l'intérieur du droit, mais à la différence de ces deux auteurs, non pas dans la "forme sémantique de la loi", mais dans le droit de procédure.

Comme représentants de cette *théorie de la justice procédurale* (*prozeduralistische Gerechtigkeitstheorie*) sont désignés John Rawls, Lawrence Kohlberg, Karl-Otto Apel et Habermas lui-même.

La conception de la rationalité procédurale part de la circonstance que les systèmes modernes de droit comportent, parallèlement aux normes directement comportementales, aussi des normes secondaires qui servent à institutionnaliser les procédures légiférante,

jurisprudentielle et administrative, donc, de régler la production même de règles. La procédure de production de règles reste cependant neutre par rapport aux contenus normatifs.

La rationalité de la procédure doit, par elle-même, cautionner la validité des produits normatifs obtenus au moyen de cette procédure. Habermas estime que les procédures juridiques s'approchent, par le degré de leur rationalité (rationalité signifiant la susceptibilité de compréhension et de vérification inter-subjective), le plus possible de la rationalité procédurale absolue, par le fait qu'elles sont dotées de critères institutionnels permettant de juger, de la perspective d'un non-participant, si une décision est prise régulièrement ou pas.

Avec son côté rationnel et neutre par rapport aux contenus normatifs, la théorie de la justice procédurale n'arrive cependant pas à surpasser le positivisme juridique. Pour cette raison, un pas supplémentaire est accompli, déplaçant l'attention de la capacité rationnelle vers le point de vue moral. D'après les tenants de la théorie de la justice procédurale, la moralité ne guide plus le droit depuis l'extérieur, mais s'introduit à l'intérieur du droit par le biais de la procédure. L'investissement du droit par la moralité s'opère à deux niveaux:

a) Par le biais de l'ouverture de la procédure à des arguments de nature morale

Les décisions qui sont prises conformément à la procédure doivent, par la force de la procédure, être argumentées. La prise de décisions est soumise donc à la fois aux "limites extérieures de la procédure juridique", et aux "limites intérieures de la production de bons arguments". Les règles de l'argumentation sont préétablies et si elles peuvent être changées, cela implique de nouveau la contrainte de la voie argumentative. Les discours juridiques par lesquels s'opère l'argumentation (aussi bien au Parlement que devant le Tribunal), ne sont pas isolés dans un univers juridique fermé, mais sont ouverts à des contenus de nature morale. Qui plus est, la structuration du droit moderne en règles et principes représente en soi une porte ouverte à la morale. Une grande partie des principes constitutionnels sont de nature morale. En conclusion, les contenus moraux du droit naturel s'introduisent par la porte du droit constitutionnel dans l'édifice du droit positif.

b) Mais l'ouverture de la procédure juridique à l'argumentation de nature morale ne suffit pas pour garantir le côté de non-disponibilité du droit: en raison du caractère contingent (changeabilité à tout moment par une majorité parlementaire) du droit positif moderne, y compris du droit constitutionnel. A cet endroit, ce sont les qualités internes de la procédure qui doivent compenser l'inconvénient. La procédure de la législation démocratique serait à même, de par ses qualités intrinsèques, de garantir l'*impartialité*, cette dernière représentant *en soi* la résidence durable du moral dans le droit.

L'impartialité est garantie, en ce qui concerne la formation de la volonté parlementaire, par l'impératif de capacité consensuelle (*allgemeine Zustimmungsfähigkeit*) qui pèse sur les discours de finalité politique. La production normative du Parlement est empreinte de moralité dans la mesure où elle ne se réduit pas à des compromis négociés (*Verhandlungskompromissen*), mais atteint le niveau de consensus obtenu de manière argumentative (*argumentativ erzielt* *Einverständnis*). La production de "discours juridiques" avec capacité consensuelle est institutionnalisée par une série de règles procédurales, comme par exemple la règle de la majorité, le règlement interne du Parlement, les règles de droit électoral et les règles de la formation de l'opinion publique.

L'impartialité en ce qui concerne la procédure jurisprudentielle s'exprime par la prise en compte de tous les intérêts et parties concernés dans le cas à juger, par la présentation appropriée et exhaustive de tous les contextes relevant.

Habermas tire la conclusion que la rationalité procédurale, intégrée dans le droit positif, représente l'unique dimension survivant à l'effondrement du droit de la raison, grâce à laquelle le droit positif sauvegarde une composante de non-disponibilité et une garantie contre des interventions contingentes.

Une typologie des modes de légitimité¹³, antérieure à celle de Habermas, n'en est pas moins opérationnelle, grâce à sa clarté et la netteté de démarcation entre les types. Dans l'épigraphe de son article "Légalité et légitimité", apparu en 1932, Carl Schmitt avance: "Le système de la légalité caractérise l'Etat législateur et l'oppose à d'autres formes d'Etat: Etat juridictionnel, Etat gouvernemental et Etat administratif."¹⁴ Carl Schmitt observe qu'à partir de l'avant-guerre (il s'agit de la Première guerre mondiale), le positivisme juridique dominant impose une "fiction, celle de la légalité", et l'opposition la plus marquée de l'époque s'avère celle qui sépare "l'Etat législateur parlementaire", d'une part, et d'autre part, "les Etats à base légitime"¹⁵, subdivisés eux-mêmes en Etats juridictionnels, gouvernementaux et administratifs".

L'auteur prend certaines précautions méthodologiques:

"Sans doute, y aura-t-il pratiquement des rapports et des points de similitude entre les différentes formes d'Etats et ceci s'explique du reste par le fait que chaque communauté politique réunit toutes les fonctions législative, juridictionnelle, gouvernementale et administrative. (...) Et cependant il sera toujours possible de reconnaître le facteur qui exerce son influence décisive sur l'Etat et de déterminer ainsi laquelle de ces différentes

formes l'emporte d'une manière générale, en sachant à quelle espèce appartient la volonté souveraine qui prévaut dans les moments critiques." ¹⁶

Les traits spécifiques des différentes formes d'Etats se présentent, en résumé, comme suit:

1. L'Etat législateur parlementaire

La notion d'Etat législateur est associée à l'idée d'une volonté générale "constamment bienfaisante et juste". Cette volonté générale s'exprime à travers des normes. L'Etat législateur repose donc sur la *codification*. Le Parlement, du fait qu'il élabore les normes, occupe une position prépondérante. Le législatif et l'exécutif sont séparés. Le gouvernement agit au nom de la loi. Le principe justificateur suprême, c'est la *conformité à la loi*. Ce ne sont plus les hommes qui règnent en souverains, mais *les normes sont mises en vigueur*. Ainsi on arrive à écarter tout commandement. *Le pouvoir coercitif de l'Etat trouve sa justification dans la légalité*. La sentence judiciaire est réduite à une application pure et simple de la loi.

2. L'Etat juridictionnel

Dans cette forme d'Etat le dernier mot appartient au juge, arbitre suprême des conflits de droit, et non au législateur. "L'application du droit n'est pas fondée sur une codification de la justice, élaborée par des pouvoirs extra-judiciaires et politiques". Dans l'arrêt de justice on évoque immédiatement le Droit, la Justice et la Raison. Le pouvoir judiciaire, capable de prendre des décisions en dernier ressort, se présente comme le gardien et le défenseur du droit. A la place de l'unité politique apparaît une simple communauté juridique, sans couleur politique visible.

3. L'Etat gouvernemental

Il apparaît à l'antipode de l'Etat législateur. Cette forme d'Etat atteint son expression parfaite sous le gouvernement d'un chef d'Etat, unissant au commandement suprême une volonté personnelle souveraine. Le propre de l'Etat gouvernemental est son *pathos*. L'Etat gouvernemental est doté d'un *caractère représentatif* qui se traduit par des expressions telles que *majesté, splendeur, excellence, éminence, honneur, gloire*.

4. L'Etat administratif

C'est la forme d'Etat dans laquelle le commandement n'a pas un caractère autoritaire et personnel et n'est pas l'application pure et simple des lois, mais s'exerce par des *ordonnances*, où prédomine le caractère objectif. Les mesures sont prises à l'égard d'une situation présente bien définie, dans un esprit purement objectif et pratique. L'Etat

administratif puise sa raison d'être dans l'objectivité et l'utilité, dans la *nécessité immédiate* de ses ordonnances. Dans ce type d'Etat la justice n'est qu'un instrument docile.

Avec ces trois théoriciens de la légitimité on est en présence de trois typologies différentes. En regardant de plus près, une différence se dessine dans le statut épistémologique de ces typologies: celles proposées pendant la première moitié du siècle par Weber et Carl Schmitt classifient les systèmes étatiques et les modes de légitimité existants, tandis que Habermas se donne comme objet les conceptualisations théoriques des modes de légitimité.

Une deuxième différence, cette fois conceptuelle: Max Weber a plutôt la tendance d'affirmer le monopole légitimatoire de la légalité comme une marque de l'époque moderne, tandis que Carl Schmitt et Jürgen Habermas contestent cette prétention monopoliste de la légalité, en démontrant l'existence d'autres logiques légitimatoires qui rivalisent avec la légalité.

Le dessein méthodologique de la présente recherche n'est pas d'appliquer ponctuellement l'une ou l'autre des typologies examinées ci-dessus. Il s'agit de passer à la loupe les théories étatiques du jus-naturalisme moderne, ayant assisté par un soutien doctrinal à la naissance de l'Etat, afin de *repérer les logiques légitimatoires qui sont "encastrées" dans les fondations de l'Etat moderne*; il s'agit ensuite de rapporter les logiques légitimatoires, déductibles du support doctrinal de la jurisprudence de Nuremberg, au patrimoine jus-naturaliste, pour mesurer l'évolution.

Si les typologies proposées par Weber, Schmitt et Habermas ne sont pas utilisées comme des moules obligatoires, appropriés pour y forcer les données empiriques, elles ne servent pas moins de repères théoriques tout au long de la recherche. Qui plus est, le réservoir conceptuel de base en la matière, l'impulsion initiale de cette réflexion, le recensement des problèmes, la formulation des questions, ainsi que des stimulus conceptuels permanents leur sont dûs.

II. Sujet et objectifs de la recherche

Le problème de la recherche est formulé dans les termes suivants: *Quels sont et comment sont fondés les modes de légitimité dominant l'espace européen de la fin du XX-ème siècle et comment s'inscrivent-ils dans l'héritage de l'Etat moderne européen naissant.*

Il s'agit d'apporter une contribution concrète, sur la base d'analyse de textes doctrinaux et de dossiers judiciaires, au large débat actuel sur les métamorphoses de l'Etat en tant que *forme organisationnelle du genre humain*: dépassement de l'Etat, rupture post-moderne avec ses prémisses classiques ou bien réforme obligée dans le but de sa sauvegarde et de sa revitalisation.

Le problème comporte deux parties distinctes:

1. Il s'agit tout d'abord d'établir, à partir de sources pertinentes, les *prémisses légitimatoires* de l'Etat moderne européen à sa naissance.

2. Etablir, toujours sur la base de sources pertinentes, les modes de légitimité "en vigueur" dans l'espace européen pour ce qui concerne la fin du XX-ème siècle. Une dernière démarche : rapporter les résultats de cette deuxième partie de la recherche aux prémisses légitimatoires de l'Etat moderne, en guise de réponse au problème posé.

Le problème de la légitimité sera traité tout au long de la recherche dans son rapport à la légalité: soit comme type de légitimité à base légaliste, soit à base non légaliste, conformément à l'approche des théories sociologiques de l'Etat citées plus haut.

1. Le *débat inaugural* de l'Etat moderne (XVII-XVIII-ème siècle)

D'après l'historien de la pensée politico-juridique Alfred Dufour, c'est le génie inventeur des grandes figures dans l'histoire des idées du rang de Grotius, Pufendorf, Kant, etc., qui a préparé l'instauration du système moderne du droit et de l'Etat.¹⁷ Poussant jusqu'au bout la logique de cette thèse, qui attribue une capacité anticipative aux idées (cette thèse s'inscrit dans la ligne de pensée weberienne¹⁸), on est tenté de considérer les *pères fondateurs de la philosophie moderne de l'Etat* - les jus-naturalistes du XVII et XVIII siècle - comme étant simultanément des *pères fondateurs de l'Etat moderne*. En effet, les théories ne sont jamais neutres, stériles et innocentes par rapport à la Praxis. *La République des lettres* n'est pas un monde clos en soi, prédestiné à la pure contemplation. Bien au contraire: les

théories sont "responsables", dans leur qualité de doctrine, en tant que génératrices de réalités. A travers l'œuvre de vulgarisation, qui a toujours été accomplie par les épigones, organisés en Ecoles de pensée, elles pénètrent les esprits et influencent largement l'entreprise de *création normative*. A travers leur relecture et "recyclage" de la part de la postérité, elles sont périodiquement revitalisées. Parmi d'autres, les doctrines politico-juridiques s'avèrent être des sources de la construction étatique et de chaque reformulation des principes sous-jacents de cette construction.

Dans cet ordre d'idées, les théories étatiques des *codificateurs du droit naturel* - les jus-naturalistes H. Grotius, S. von Pufendorf, T. Hobbes et J. Locke - ayant anticipé les grandes *codifications du droit positif* au XIX siècle, adoptent en quelque sorte le statut de "*théories légiférantes*". Pour cette raison elles se prêtent comme une source pertinente de la recherche sur les prémisses légitimatoires de l'Etat moderne naissant.

La première partie de la recherche se réduit à un *effort idéographique* qui consiste à dégager, à l'aide d'une analyse de textes, les modes de légitimité implicitement contenus dans le corpus de théories étatiques des jus-naturalistes H. Grotius, S. von Pufendorf, T. Hobbes et J. Locke.

2. La *réédition (révision)* du débat inaugural (la deuxième moitié du XXe siècle)

Dans une seconde partie de la recherche il s'agit de repérer les modes de légitimité "*en vigueur*" actuellement.

La recherche va mettre entre parenthèses la période de *normalité* de l'Etat européen moderne, à savoir les 100 ans environs (à partir de l'introduction du suffrage universel jusqu'à la Deuxième guerre mondiale) de "règne" de l'*Etat national législateur* en Europe. C'est la période de stabilité doctrinale et de "santé" étatique (à l'exception de la brèche dans le concert européen que représente "l'anomalie" de l'Etat soviétique). L'*Etat national législateur* représente *le modèle-emblème* de l'Etat européen moderne. Ce modèle est bouleversé et soumis à une *pression érosive* avec le nouvel ordre mondial qui s'installe après la Deuxième guerre mondiale, concrètement avec les concessions de souveraineté nationale au profit des deux blocs politico-militaires; avec l'émergence des juridictions constitutionnelles comme *correctif institutionnalisé* à la volonté majoritaire du corps législateur; et avec l'impact que le procès de Nuremberg exerce sur la mentalité juridique des européens. La présente recherche ne va pas s'arrêter sur la période de stabilité de l'Etat moderne, parce qu'elle n'entre pas dans

l'objectif propre de la recherche. L'objectif étant de repérer les signes de "malaise" du modèle de *L'Etat national législateur*, il s'agit de descendre jusqu'aux origines intellectuelles de l'Etat moderne à la recherche de repères et de modus explicatifs.

Afin de correspondre à l'impact croissant de l'aspect judiciaire dans le processus de création de droit, la recherche va quitter le terrain de la doctrine pour le domaine pratique de l'application du droit.

Pendant la deuxième moitié du XX-eme siècle, à partir du procès de Nuremberg, le procès pénal politique, doublé par les médias de masse, focalise simultanément la production et la propagation spectaculaire de valeurs juridico-politiques. L'étude de cas (case study) que représenterait une recherche comparative sur quelques grands procès politiques, emblématiques de la période contemporaine, se prêterait au repérage des modes de légitimité "en vigueur". Voici quelques arguments supplémentaires pour le choix de cette source de recherche:

a) Le problème de la légitimité de l'ordre étatique atteint son *point culminant* lorsqu'il touche l'aspect de la responsabilité et de la culpabilité, c'est-à-dire, lorsqu'il quitte le domaine de la législation et franchit le seuil du système judiciaire. Le système judiciaire conserve et protège le droit en vigueur en l'appliquant, donc en le dotant d'une *portée effective*. Si un sociologue s'intéresse à savoir quelles sont les normes et, d'ici, les valeurs, reconnues par le droit, la manière la plus pertinente serait d'examiner ces normes, respectivement ces valeurs dans leur *efficacité extrême*, ce qui est le cas au cours d'un procès, et en premier lieu d'un procès pénal. En vertu de quelle philosophie sous-jacente une institution humaine - le Tribunal - prononce un jugement déterminé, bouleversant profondément, parfois jusqu'à l'anéantir, l'univers complet que représente chaque être humain: c'est une question intarissable, que chaque procès de droit pénal renouvelle et que les grands procès politiques soulèvent avec un retentissement singulier.

b) La création de valeurs s'effectue de deux façons générales différentes: d'une part, la création scientifique théorique ainsi que littéraire qui s'effectue à travers des *pratiques contemplatives d'ascèse*, au cours desquelles la réflexion est séparée de l'action pratique, les valeurs objectivées sur le papier imprimé ne pouvant atteindre leur réalité qu'à travers des actes auxiliaires à la création, c'est-à-dire, des actes de réception par l'auditoire; d'autre part, la création de valeurs *incluse dans l'action pratique*, la création immédiate, s'effectuant "sur scène", devant le public – une sorte de création *ad hoc* qu'est le métier de l'homme politique, du magistrat, du journaliste (des médias électroniques), ainsi que de certaines professions

artistiques. Dans cet ordre d'idées, l'œuvre du magistrat est aussi apte à anticiper des ordres de valeurs, donc des modes de légitimité, que le sont les grandes œuvres métaphysiques. L'image de notre monde est conçue non pas seulement dans l'imagination des penseurs, mais aussi dans les actes pratiques des acteurs. Avec le changement de type de civilisation - depuis la civilisation de Gutenberg vers la civilisation des médias électroniques - la place de la création dynamique des valeurs augmente.

c) La procédure du procès pénal conserve et reproduit des reliquats de la société traditionnelle (pré-industrialisée): le discours élevé et pathétique, le décor spécial et le rituel dans lequel se déroule l'action lui confèrent des dimensions supplémentaires de théâtralité et de sacralité. De telle manière, le procès pénal produit un effet cathartique sur l'auditoire. S'il s'agit d'un grand procès, qui est relayé par les médias, il pourrait atteindre les dimensions d'une catharsis nationale. Ainsi la propagation des valeurs, inscrites dans les normes de droit, s'accomplit non pas uniquement à travers le moyen rationnel des textes dans les codes juridiques, mais aussi à travers la mobilisation de grandes ressources psychologiques et émotionnelles. L'intégrité psychologique - aspect rationnel et aspect émotionnel - du public récepteur du message est engagée au cours d'un procès. Du fait qu'un procès est couvert par les médias de masse on peut conclure à l'efficacité de la propagation et, par conséquent, à la prépondérance des valeurs qui sont mises en jeu dans le litige en question. Il ne s'agirait donc pas de valeurs "ordinaires", mais des valeurs fondamentales d'une société, de celles-là exactement qui constituent les assises du mode de légitimité de l'ordre étatique.

d) Enfin un procès judiciaire s'inscrit dans un ordre de pratiques conflictuelles, telles le Parlement (qui est structuré autour de l'opposition représentation gouvernementale - opposition) ou les jeux sportifs compétitifs. Dans tous ces cas sont en présence deux entités, deux raisons d'être, deux "camps" qui s'affrontent selon des règles de jeu humaines, fixées à l'avance et censées être infranchissables. Dans tous les cas mentionnés les deux raisons d'être opposées ont des contours fixes, des frontières définies et ne connaissent pas les spéculations imprécises et floues. La rigueur des frontières, le fait que toujours l'un des côtés l'emporte sur l'autre (la relation de type vainqueur - vaincu), l'autre cependant ne s'effaçant pas sans laisser de traces, tous ces caractères rendent les pratiques mentionnées susceptibles d'être analysées, promettant à l'analyse suffisamment de clarté et de netteté - des qualités de l'analyse sociologique auxquelles le méthodologue M. Weber attribue une importance primordiale.

Après avoir établi la source de la recherche en général - des procès pénaux médiatisés -, mon choix est tombé sur deux procès politiques contemporains: contre un fonctionnaire nazi (le procès Klaus Barbie devant la Cour d'Appel de Lyon en 1987) et contre des dirigeants communistes (le procès "Honecker et autres" devant la Cour régionale de Berlin en 1992-1993). Les accusés étant des représentants des deux grands systèmes totalitaires du siècle, les deux procès se prêtent à comparaison.

L'objet que je me propose d'étudier dans cette deuxième partie (la partie centrale) de la recherche représente une concrétisation du problème général, notamment: *les modalités les plus récentes, marquant la fin du XX-ème siècle, de la conception légitimatoire telle qu'elle est repérable à travers l'apport jurisprudentiel au corpus européen de théories du droit et de l'Etat, du procès Barbie et du procès Honecker.*

Pour avancer vers cet objectif, il me faudra descendre jusqu'aux origines de cette jurisprudence et effectuer une brève *analyse de deuxième main* de ces origines, sur la base de travaux récents. Selon une opinion soutenue par des juristes et des historiens¹⁹, le procès Barbie s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle Nuremberg - Eichmann. Pour ce qui est du procès "Honecker et autres", les opinions étant partagées sur la question, il y a tout de même lieu de le ranger dans la même lignée, en ce qu'il présente l'aspect de la criminalité d'Etat (Regierungskriminalität).

Le procès de Nuremberg véhicule, en tant qu'innovation judiciaire circonstancielle, promue dans l'immédiat exceptionnel de l'après-guerre, *une vision fondamentale du monde*, qui voit le jour non pas dans les écrits académiques d'une tête savante, mais dans le laboratoire même de la justice. Les acteurs de tous bords de cette justice, y compris d'ailleurs les accusés, expriment leur conscience de la particularité sans égal de l'événement comme un moment condensé du Droit, de l'Histoire et de la Conscience de l'humanité. Le procès est conçu et réalisé comme grandiose, solennel et éducatif.²⁰

De même pour le procès Eichmann qui, dans la vision de ses instigateurs, est une première. Le phénomène est d'autant plus significatif que les actes incriminés se trouvant au centre de l'affaire Eichmann sont connus depuis Nuremberg. L'innovation consiste dans un mouvement de prise de conscience, d'élucidation de faits connus, par le travail de la conceptualisation. Une fois encore après Nuremberg on est en présence d'une *contribution théorique de la jurisprudence*, d'un rôle de "*philosophe collectif*", assumé par la Cour de justice.

Il me faudra exposer *la matrice des significations juridico-sociologiques* des procès Nuremberg et Eichmann afin d'observer, à la lumière de cette matrice, les développements conceptuels qui se sont fait jour au cours des procès Barbie et Honecker. Décoder les *visions implicites* du "philosophe collectif" signifiera résumer et organiser de manière systématique les *unités de contenus intellectuels*, dispersées tout au long du procès, du *raisonnement collectif* qu'il développe.

B. Méthodes de la recherche

Basées sur des sources de nature différente, les deux parties de la recherche adoptent des statuts épistémologiques distincts.

Dans la première partie il s'agit de dégager les conceptualisations des modes de légitimité, contenues dans des œuvres théoriques. Les modes de légitimité recherchés sont de nature idéale et littéraire et n'ont pas d'existence ontologique.

Dans la deuxième partie il s'agit d'établir des modes de légitimité "*en vigueur*" dans la société actuelle. Vu l'efficacité de la propagation de valeurs à travers la médiatisation de procès politiques emblématiques, on peut estimer que les modes de légitimité recherchés sont repérables dans le *débat judiciaire*.

Malgré ce statut épistémologique différent, la comparaison ne serait pas infondée. D'une part, suivant les prémisses théoriques adoptées, les conceptualisations sont aptes à jouer un rôle doctrinal et à engendrer des effets anticipants sur la réalité, à se voir incarner dans la "chair" des événements. Un mouvement s'accomplit, bien sûr, dans la direction inverse et il est plus souvent souligné, c'est-à-dire les conceptualisations reflétant la réalité. D'autre part, l'analyse ne va pas pour autant souffrir d'hétérogénéité: le procès pénal se laisse reconstituer comme un *débat de positions* (de "discours juridiques", comme dirait Habermas), ce qui permet de traiter les pièces du procès (indépendamment du fait qu'elles aient été produites en forme orale ou écrite) comme des *unités textuelles*.

La première partie de la recherche consistera en une analyse de textes théoriques, et la deuxième partie en une analyse documentaire des archives des procès Barbie et Honecker, précédée par une analyse de deuxième main des procès Nuremberg et Eichmann. Toutes les analyses seront effectuées suivant la technique de l'analyse de contenu qualitative.

I. Méthode de la première partie de la recherche

Avant d'entamer une relecture d'œuvres clés de la pensée politico-juridique moderne, la question se pose: après quelques siècles d'interprétations, pourrait-on toujours recommencer à les interroger dans l'espoir d'en sortir quelque chose de nouveau? Je dirais oui, à condition de poser des questions précises et limitées, dont la réponse gît toujours dans le "trésor" des grandes œuvres. Oui, si l'on procède suivant la méthode désignée par l'historien

de la pensée politico-juridique Marcel Prélot²¹ comme "*gallup rétrospectif*". L'outil technique que représenterait un "gallup-rétrospectif questionnaire" sera le plus approprié aux objectifs de l'analyse. La présente recherche est loin de l'ambition de proposer un exposé panoramique des idées, elle opte pour la variante d'interroger les grands Sages de la Modernité au moyen d'un questionnaire restreint et précis: notamment, les interroger *post factum* sur leurs conceptions implicites à l'égard de la relation légitimité - légalité, en opérant à l'aide de neuf indicateurs:

-fondement de la puissance civile²²

-source de la puissance civile

-sujet de la puissance civile; organisation de la souveraineté; jeu des pouvoirs; étendue du pouvoir

-"éternité de vie artificielle" de la puissance civile; dynamique spatio-temporelle;

-le recours à la justice; responsabilité et culpabilité

-le droit de résistance

-contexte légitimatoire de l'ordre légal

-contexte supra-étatique de la puissance civile

-la dernière instance justificatrice: la valeur suprême

Conservant le plus grand respect envers les penseurs du passé, j'entends m'en tenir strictement à leurs textes et ne me laisser écouter que les propos de l'auteur lui-même. Mais d'autre part, obligée à me limiter au problème qui constitue le sujet de la recherche, je me vois contrainte d'adopter une approche réductionniste qui fait abstraction de l'ensemble, de la beauté esthétique de l'œuvre. La méthode que je vais déployer contiendra deux parties: l'une inductive, et l'autre typologique.

1. Partie inductive de la méthode

Afin de présenter la conception de l'auteur sur la relation légitimité - légalité, qu'il n'a pas exposée de manière explicite, mais qui malgré cela est contenue dans sa conception étatique, il faudra rassembler toutes les indications sur le problème, dispersées dans le corps entier de l'ouvrage. Ou, plutôt, se dépouiller de tout le reste du texte pour ne retenir qu'un ensemble de contenus intellectuels se rapportant au thème visé. Afin de conserver l'esprit du texte ainsi soumis à réduction, les termes et les expressions mêmes de l'auteur seront repris,

toutes les fois que cela sera possible. Ainsi on fera revivre les concepts, les ingrédients irréductibles de l'œuvre. Les *unités de contenu* se rapportant au problème visé une fois extraites, il ne reste qu'à les organiser en les dotant d'une cohérence construite. Le "gallup rétrospectif questionnaire" servira de support de cette cohérence recherchée. Vu que par cette procédure on ne modifie pas la substance de la pensée de l'auteur (le but de la démarche n'étant pas une critique ou un commentaire, mais la simple *reconstitution*), le produit intellectuel qui en sort serait une sorte de "*radiographie*": obtenu au moyen d'une mise en lumière particulière d'un aspect du tout.

2. Partie typologique de la méthode

Après avoir sorti du texte d'un auteur une sorte de "radiographie" des composantes de sa théorie étatique contenant l'aspect légitimatoire, il faut soumettre cette "radiographie" à un traitement dont la démarche méthodologique est l'opposée de la précédente. Il faudra maintenant la caricaturer, c'est-à-dire, agrandir certains endroits, accentuer, forcer. Le but de ce procédé est de présenter la conception en question de manière à la fois concise et généralisante, c'est-à-dire, de produire un condensé permettant d'en dégager un type déterminé de légitimité.

3. Remarques supplémentaires

L'analyse étant orientée à dégager des contenus intellectuels, c'est-à-dire des idées "pures", comprenant les théorèmes de la coexistence des hommes sociables, elle est détachée de connotations spatio-temporelles (à l'exception les cadres généraux dans lesquels elle se situe - la Modernité européenne). Les objectifs de la recherche étant limités à *l'effort idéographique*, il faudra mettre entre parenthèses deux ordres de débouchés sur un contexte supra-idéal:

a) dépouiller les complexes cohérents de pensée de tout ce qui les accroche à leur époque et entourage :

- les cadres historiques et géographiques par lesquels l'ouvrage est influencé, tout le pittoresque de l'empirie vécue et réinterprétée;

- la trajectoire biographique de l'auteur, son entourage, sa personnalité;

- le contexte théorique qui entoure l'œuvre examinée - les conceptions, les polémiques, les cercles intellectuels.

b) faire abstraction également de la "biographie" de l'œuvre examinée:

- les critiques et les interprétations qu'elle a suscitées, les écoles de pensée qu'elle a alimentées;

- les pratiques politico-juridiques qu'elle a anticipées, la "chair" de Praxis dans laquelle elle s'est incarnée; les réceptions dans des cultures différentes de la sienne.

Toutes ces questions que je vais m'abstenir d'examiner, ont déjà été soumises à des investigations détaillées, étant donné que les œuvres en question sont des œuvres majeures de la pensée politico-juridique.

II. Méthode de la deuxième partie de la recherche

Il s'agit de repérer les visions implicites sur la relation légitimité - légalité des deux parties qui s'opposent au procès Barbie et au procès Honecker - l'accusation et la défense. Dans le choix de procédé méthodologique je me fie, à la lettre, aux leçons weberiennes, tirées de son fameux essai "Wissenschaft als Beruf". Pour aboutir aux implications pratiques, il faut résumer brièvement les prémisses métaphysiques de Weber qui y mènent.

L'idée majeure de cet essai est exprimée à l'aide d'une métaphore: le *polythéisme*. "Le destin de notre civilisation" consiste dans le fait que les différents ordres de valeurs - le Beau, le Saint, le Vrai - sont opposés dans une lutte inexpiable.

"La multitude des dieux antiques - observe Weber - sortent de leurs tombes, sous la forme de puissances impersonnelles parce que désenchantés et ils s'efforcent à nouveau de faire retomber notre vie en leurs pouvoirs en reprenant leurs luttes éternelles."²³

Dans cette répartition du monde entre les ex-dieux antiques, décrite par Weber, la science ne pourrait pas s'infliger le rôle d'arbitre, elle ne peut pas surpasser la lutte entre-dieux et se superposer à elle.

"C'est le destin qui gouverne les dieux - affirme Weber - et pas une science, quelle qu'elle soit. Tout ce qu'il nous est donné de comprendre, c'est ce que le divin signifie pour une société donnée ou ce que l'une ou l'autre société considère comme tel".

Par exemple on ne peut pas se prononcer "scientifiquement" en faveur de l'éthique qui oblige "N'oppose pas de résistance au mal" ou bien en faveur de l'éthique opposée, exigeant "Résiste au mal, sinon tu es responsable de sa victoire". D'après Weber, "suivant les convictions profondes de chaque être, l'une de ces éthiques prend le visage du diable, l'autre celui de dieu et chaque individu aura à décider de son propre point de vue qui est dieu et qui est diable".

Alors quelle serait la contribution de la science par rapport à cette lutte entre les dieux? La métaphore de dieu utilisée par Weber renvoie à toute une série de concepts: "visions dernières et fondamentales du monde"; les "points de vue ultimes possibles", les "choix derniers". La tâche propre de la science, suivant Weber, est de servir la cause de la clarté de sorte à "obliger l'individu à se rendre compte du sens ultime de ses propres actes ou du moins à l'y aider". Comment le savant aboutirait-il à accomplir cette tâche? Weber fournit la clé d'une recherche scientifique impartiale et ayant pour guide la probité intellectuelle de la manière suivante:

"Les savants peuvent - et doivent - (...) vous dire que tel ou tel parti ("praktische Stellungnahme") que vous adoptez dérive logiquement, et en toute conviction, quant à sa signification, de telle ou telle vision dernière et fondamentale du monde. (...) La science vous indiquera qu'en adoptant telle position vous servirez tel dieu et vous offenserez tel autre."²⁴

Evidemment, l'essai de Weber décrit la démarche à suivre, en général, par une science sociale impartiale et neutre par rapport à des valeurs. Mais elle est en même temps susceptible d'être appliquée concrètement, comme une recette toute faite, dans des cas précis.

Dans le cas visé, il s'agit de tout d'abord reconstituer les *prises de position* ("praktische Stellungnahmen") des parties au procès respectif, avant de remonter jusqu'aux significations doctrinales profondes dont dérivent et auxquelles renvoient ces *prises de position*.

PREMIERE PARTIE

**LE CORPUS JUS-NATURALISTE:
PREMISSES INTELLECTUELLES DE L'ETAT
MODERNE**

CHAPITRE PREMIER **HUGUES GROTIUS²⁵**

"Radiographie" des composantes de sa conception étatique qui renferment l'aspect légitimatoire

Fondements de la puissance civile Dans sa perception de la nature humaine Grotius met l'accent sur les capacités inhérentes de l'homme qui sont propres à le lier avec autrui dans une coexistence harmonieuse. La sociabilité naturelle de l'homme, sa charité, ses qualités intellectuelles naturelles - la faculté de jugement et la faculté de se conduire suivant des principes généraux - le prédisposent à chercher "le commerce réciproque de ses semblables" dans une relation pure, dépourvue d'utilitarisme. Si l'homme était resté fidèle à sa nature originelle, il n'aurait pas connu d'inconvénients à vivre dans une société humaine universelle, régie par les préceptes du droit naturel pur. La fragmentation du genre humain fut la conséquence de sa propre détérioration. La faiblesse naturelle des hommes isolés les empêchant de se mettre à l'abri de la violence des autres, ils furent poussés spontanément, par opportunité, à s'unir en sociétés séparées et à établir une puissance civile, censée maintenir la tranquillité. La fragmentation du genre humain ne constitue pas néanmoins une rupture irréversible entre les sociétés particulières et la société universelle. Le genre humain, originellement composé de particuliers, réorganisé ensuite en "vaste assemblage d'associations", n'en persiste pas moins à être englobé dans le tissu réglementaire du droit naturel. Dans cet encadrement commun par un ordre normatif homogène, la coexistence paisible des hommes en tant que coexistence entre des particuliers à l'intérieur du corps politique, et en tant que coexistence inter-étatique, à l'extérieur, est donc concevable.

Source de la puissance civile La pratique de "l'établissement de gouvernements civils" en a démontré deux manières possibles, par conséquent, deux sources différentes du pouvoir civil:

1. Le consentement des particuliers, qui, en s'associant, afin de s'obliger mutuellement à tenir leurs promesses et à s'acquitter de leurs obligations réciproques, choisissent librement de se soumettre à l'autorité d'un seul ou à la majorité des membres de l'association.

2. La victoire dans une guerre légitime, qui concède au vainqueur le droit d'acquérir "la propriété civile", c'est-à-dire, "le pouvoir de gouverner un Etat".

Sujet de la puissance civile. Organisation de la souveraineté. Jeu des pouvoirs. Etendue du pouvoir Le "droit de souveraineté" d'un peuple est la forme dans laquelle s'exerce sa "liberté civile". Le "sujet commun" de la souveraineté, c'est l'Etat, tandis que le "sujet propre", c'est la personne à laquelle est conféré l'exercice du pouvoir - soit roi, soit assemblée. Quelle que soit la forme de gouvernement, elle ne manquera jamais d'inconvénients ou de dangers. Différents cas de détention de la souveraineté sont possibles: a/ Elle réside dans le peuple; b/ Le peuple la transmet complètement à un roi ou à une assemblée; c/ Le peuple faisant choix d'un roi se réserve en propre certains actes de souveraineté, et lui défère le reste à disposition. Il faut distinguer la souveraineté et la manière de la posséder. Certains détenteurs du pouvoir n'en jouissent qu'en vertu d'un droit temporaire, d'autres "à titre d'usufruit", tandis qu'il y a des rois qui possèdent et transmettent le pouvoir souverain en tant que patrimoine.

L'Etat souverain représente "la plus parfaite société humaine". Avec son institution le corps politique acquiert sur ses membres "le plus grand droit qu'il puisse avoir". Les seules bornes au pouvoir sont l'observation du droit naturel, du droit divin et du droit des gens qui lie les souverains.

"Eternité de vie artificielle" de la puissance civile. Dynamique spatio-temporelle Grotius dresse un tableau dialectique - à la fois conservateur et dynamique - des vicissitudes politiques d'un Etat. La constante qui assure la continuité de l'Etat, c'est le peuple. Le peuple d'aujourd'hui est censé être le même que le peuple d'autrefois, pourvu que subsistent ses deux éléments constitutifs: le corps, et la forme. Sous la forme il faut entendre l'esprit qui l'anime, les droits communs (collectifs) du peuple, notamment son droit de souveraineté. Lorsque le peuple, poussé par la disette ou par les attaques d'un ennemi fort à se déplacer en d'autres endroits, change de pays, il ne cesse pas pour autant d'être le même, à condition qu'il garde son corps et sa forme. Des changements de la forme de gouvernement (monarchique, aristocratique ou démocratique) sont possibles. Mais ils ne rompent pas la continuité de vie du peuple, ni ne portent atteinte à sa souveraineté. Car la souveraineté demeure toujours (sauf le cas de conquête dans une guerre) dans le corps du peuple, et celui à qui elle est conférée l'exerce comme faisant partie du tout. En conséquence de cette "éternité" de vie du peuple les dettes contractées sous un gouvernement ne cessent point à être dues s'il

arrive que le peuple change la forme de gouvernement. L'instrument juridique qui garantit la continuité de la vie politique d'un Etat, c'est le droit de succession. Quant à ce droit, il existe une différence entre les royaumes patrimoniaux et les royaumes électifs. Dans un royaume patrimonial le droit de succession est en possession du prince souverain. Dans les royaumes électifs le libre consentement du peuple règle les questions de la succession. Dans certains cas, le peuple rend la succession héréditaire "pour établir un ordre fixe qui [prévienne] les contestations, et pour rendre la personne des rois respectable par l'éclat de leur naissance; comme aussi pour avoir lieu de se promettre, que le Prince régnant aurait plus de soin de son Royaume, et le défendrait avec plus d'ardeur, dans l'espérance de le laisser aux personnes qui lui sont le plus chères, ou par la tendresse naturelle qu'il a pour elles, ou par un motif de reconnaissance".²⁶

La continuité de vie du peuple n'est cependant pas garantie à l'éternité. Il se peut que le peuple périsse et cela dans le cas où le corps lui-même du peuple périrait ou bien dans le cas où ce ne serait que la forme qui est détruite. Le deuxième cas, c'est-à-dire la perte de la souveraineté, peut se présenter dans deux cas d'espèce: a/ Le peuple abdique lui-même la souveraineté et la transmet complètement à un roi ou à un autre peuple, étant forcé par la disette ou pour quelque autre raison urgente; b/ lorsque quelqu'un conquiert un peuple dans une juste guerre, les particuliers gardent leur liberté personnelle, mais le peuple en tant que tel est aliéné, et donc le droit de le gouverner passe au vainqueur.

Sans avoir observé la question de la dynamique spatiale d'une manière méthodique, Grotius mentionne certains cas à travers lesquels émerge sa vision globaliste de la restructuration fréquente des sociétés politiques. De nouveaux corps souverains peuvent naître à partir des Etats déjà institués, grâce à un processus de recomposition. Par leur propre consentement, deux ou plusieurs peuples, en se groupant parmi eux en une confédération, sans pourtant perdre leurs droits, jouissent en commun de ceux que chacun avait auparavant. Un autre cas se présente, lorsque deux ou plusieurs peuples se réunissent de manière à se confondre et à ne former qu'un seul royaume. Il arrive parfois, au contraire, que les différentes parties d'un Etat, en se détachant du corps de leur patrie, font surgir deux ou plusieurs souverainetés distinctes. Grotius mentionne aussi les anciennes colonies, lorsqu'une multitude de gens, sortant d'un pays, forment à un autre endroit un corps politique, un peuple libre et indépendant.

Le recours à la justice. Cul- Les tribunaux humains font partie de la souveraineté d'un
pabilité et responsabilité peuple. L'institution d'une société parfaite qui assemble les particuliers afin de les mettre à l'abri de la violence et dans le but de leur utilité commune, ne serait pas achevée sans la mise au jour des Tribunaux, dont la vocation principale est de "faciliter la mise en pratique du droit". Le droit étant en soi vulnérable, s'il n'est pas appuyé par la force, les Tribunaux font partie notamment de cette force prédestinée à "assister" le droit. C'est à cette fin que "plusieurs, se sentant faibles par eux-mêmes, et craignant d'être opprimés par des personnes plus puissantes, se joignirent ensemble pour établir des Tribunaux, et en maintenir l'autorité par leurs forces réunies, afin que par ce moyen tous ensemble fussent plus forts que ceux auxquels chacun d'eux n'aurait pas été en état de résister. Et ce n'est que dans ce sens qu'on peut admettre ce que disent quelques-uns, que le Droit est la volonté du plus fort. C'est-à-dire, que le Droit n'a pas son effet extérieurement, s'il n'est soutenu par la Force."²⁷ Grotius admet que la création des tribunaux ne provient pas immédiatement de quelque exigence du droit naturel, que c'est une oeuvre humaine. Mais une fois créée, "l'Équité même et la Raison naturelle veulent qu'on se conforme à un établissement si louable".²⁸ La raison en est, qu'il est plus favorable à la paix civile de confier les différends qui pourraient surgir entre les hommes au jugement d'un tiers désintéressé, au lieu de les laisser à l'appréciation propre des concernés, qui sont souvent égarés par l'amour propre.

Bien que conscient de l'opportunité de la force, assistant le droit, Grotius est en même temps persuadé que le droit même délaissé à ses propres ressources, n'est pas dénué de tout effet: car la justice apporte de la sérénité à la conscience, l'injustice produit les tourments des déchirements moraux.

Le droit de résistance Grotius perçoit une différence entre le droit de ne pas exécuter les ordres du souverain (opposition passive), et le droit de résister par la force. Les particuliers ont le droit de ne pas obéir aux commandements qui, tout en émanant du pouvoir souverain de l'Etat, s'opposent au droit naturel ou bien au droit divin. Mais il ne l'est pas de même quant à la résistance armée. Tous les hommes ont certes un droit naturel de résister pour se défendre et pour repousser les atteintes à leur intégrité. Mais cette liberté primitive est restreinte par les lois positives de l'Etat "pour le bien de la paix publique et de l'ordre". Car si la société politique ne supprimait pas ce droit primitif de défense, les particuliers ne constitueraient pas un corps organisé, et ne cesseraient pas d'être une "multitude

désordonnée". Il peut arriver que les "conducteurs de l'Etat" se détournent de la "droite voie". Mais il est raisonnable de se résigner devant de tels cas exceptionnels qui accompagnent l'exercice du pouvoir, en vue des avantages considérables que procure la société civile à la paix, à l'ordre et à la tranquillité des hommes. C'est pour cette raison que la majesté est partout défendue par des lois et des sanctions.

L'exigence de ne pas résister par la force au pouvoir souverain connaît cependant certaines exceptions. Grotius énumère quelques situations probables autorisant l'opposition active: si le prince qui est subordonné au peuple vient à violer les lois et à se rendre coupable envers l'Etat; si le roi qui ne détient qu'une partie de l'autorité souveraine veut s'emparer de l'autre part qui ne lui appartient pas; si le roi travaille à la perte de son peuple; s'il abdique le pouvoir. Enfin la permissivité à la résistance est étendue sur les situations extraordinaires nommées "les cas d'extrême nécessité", dans lesquels est tacitement tolérée l'infraction à toute loi humaine, à tout commandement, y compris à la règle de la non-résistance. Ce sous-entendu non écrit, mais implicitement contenu dans la législation positive, provient du fait que le législateur humain est toujours censé garder à l'esprit la "faiblesse de l'humanité".

Contexte légitimatoire de l'ordre légal Dans la conception grotienne du droit, le droit positif, qu'il désigne aussi comme "droit humain" ou "droit volontaire", est encadré par un réseau d'ordres normatifs découlant d'autres sources que l'activité législative humaine. D'abord Grotius, se fiant à sa vocation propre de défendre la justice (en tant que substance du droit), désapprouve la vision utilitariste du droit. Cette dernière réduit la justice à une folie, parce qu'elle " nuit à l'intérêt individuel en se préoccupant de procurer l'avantage d'autrui", tandis que les hommes par leur nature seraient en quête de l'utilité propre. Notamment pour satisfaire leur intérêt, les hommes s'imposeraient des lois qui sont inconstantes et variables dans le temps et dans l'espace. Grotius rejette cette opinion avec un argument brillant dans sa simplicité: "Cependant, comme ce serait en vain que l'on entreprendrait de traiter du droit s'il n'y avait point de droit, il est bon, pour faire voir l'utilité de notre ouvrage, et pour l'établir sur de solides fondements, de réfuter ici en peu de mots une erreur si dangereuse."²⁹ Après quoi, il s'emploie à la recherche des sources et de l'essence du droit. Grotius découvre et décrit trois sources du droit qui règle les conduites dans la communauté humaine: 1/ la volonté divine; 2/ la nature humaine; 3/ la puissance civile.

1. Le droit volontaire divin

A la différence du droit naturel, dont la provenance, dans un sens étendu, peut aussi être accordée à Dieu, ce droit "ne commande pas ou ne défend pas des choses obligatoires ou illicites par elles-mêmes ou de par leur propre nature, mais (...) rend obligatoire ce qu'il commande, par cela seul qu'il le commande, et illicite, ce qu'il défend, par cela seul qu'il le défend".³⁰

2. Le droit naturel

Ce droit découle des principes et des facultés inhérents à la nature humaine. En quelque sorte ce droit peut aussi être imputé à Dieu, parce que "c'est la divinité qui a voulu que de tels principes existent en nous". Mais les préceptes qui émanent de la nature humaine sont à tel point liés aux attributs mêmes de cette nature qu'ils auraient lieu en quelque sorte, même si l'on admettait la non-existence de Dieu. En plus, le droit naturel est si immuable, qu'il ne peut pas être changé même par Dieu. Grotius établit la définition suivante de cette espèce de droit: "Pour commencer par le droit naturel, il consiste dans *certaines principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable*, et par conséquent que Dieu, qui est l'auteur de la nature, ordonne ou défend une telle action."³¹

D'une manière générale, le droit naturel englobe le devoir de s'abstenir du bien d'autrui; de restituer ce qui, sans nous appartenir, est en notre possession; l'obligation de réparer le dommage causé par notre faute; et de punir les coupables.

3. Le droit humain

a) Le droit civil.³² En même temps que la nature humaine est "la mère du droit naturel", elle peut être considérée comme "la bisaïeule" aussi du droit civil, puisque "la mère du droit civil est l'obligation qu'on s'est imposée par son propre consentement" et l'exigence d'accomplir son obligation relève du droit naturel. En plus, puisque Dieu même agirait contre sa propre nature s'il ne tenait pas ce qu'il avait promis, il s'ensuit que "la nécessité d'effectuer les Promesses vient des Règles d'une Justice immuable, commune à Dieu, et à tous les Etres Intelligents".³³ Dans les limites posées par cette conformité du droit civil aux exigences du droit divin ainsi que naturel de tenir ses promesses, le droit civil est un droit humain, positif et volontaire, qui émane de la puissance civile.

b) Le droit des gens. C'est la branche du droit qui règle les relations entre les Etats souverains. A l'instar des règles, qui régissent l'ordre à l'intérieur d'un Etat, le droit qui régit l'ordre à l'extérieur des Etats, découle des mêmes sources: la nature humaine, la volonté humaine, la volonté divine. De la première source émane le droit naturel des gens, de la seconde, le droit des gens arbitraire. Le droit naturel des gens est commun à tous les peuples. Mais pour ce qui est du droit arbitraire, il diffère dans les différentes régions du monde.

4. Relations entre les différentes couches du droit

a) Droit divin - droit naturel. Le droit divin impose des obligations plus rigoureuses que celles provenant du droit naturel. Ainsi la loi divine "exige aussi la pureté du Coeur et certaines actions dont on peut se dispenser sans craindre les peines temporelles".³⁴

b) Droit naturel - droit humain. Dans la conception grotienne est exclue l'option de non-conformité des règles humaines au droit naturel. Les règles du droit civil, ainsi que celles du droit des gens arbitraire (les deux branches du droit qui auraient pour source la volonté humaine) ne peuvent commander rien qui soit défendu par le droit naturel, ni interdire rien qui soit commandé par ce même droit, mais elles peuvent interdire des choses que le droit naturel permet.

5. Percées légitimatoires du droit naturel dans le système même du droit positif

Même après l'institution de la puissance civile, différentes situations sont imaginables, qui sont régies immédiatement par le droit naturel pur.

a) Avec l'établissement des corps judiciaires le droit naturel de défense n'est pas complètement supprimé: il subsiste dans les cas où l'on n'a pas la possibilité immédiate de recours à la justice. On a toujours le droit de défendre sa vie menacée.

b) Le droit de nécessité. Toute loi civile renferme l'exception tacite des cas d'une extrême nécessité. Ce droit de nécessité est une survivance restée de "l'ancienne communauté". Grotius allègue des exemples concrets: ainsi lorsqu'on est sur mer et que les vivres viennent à manquer, chacun doit mettre en commun ce qui lui en reste; lors d'un incendie, il est permis d'abattre la maison de son voisin, etc.

c) Le droit de l'utilité innocente. C'est encore une survivance de l'ancien droit dans les cadres du système légal. Voici certains exemples, que Grotius apporte: on est tenu de laisser passer librement par les terres, les fleuves, les endroits de la mer qui nous appartiennent, ceux qui veulent aller ailleurs pour de justes causes. On ne doit pas refuser une demeure fixe à des étrangers, qui, étant chassés de leurs pays, cherchent ailleurs quelque retraite, etc.

Le contexte supra-étatique de la puissance civile Un ordre normatif, parallèle à l'ordre légal civil, achève l'effort réglementaire de l'esprit humain. Le droit des gens arbitraire vise l'utilité "non de chaque association d'hommes en particulier, mais du vaste assemblage de toutes les associations". Grotius combat sur le terrain du droit des gens, tout comme sur le terrain du droit civil interne, la conception étroite de l'utilitarisme juridique, méfiante à l'égard de la justice en général, et sur le plan inter-étatique, en particulier. N'est pas fou le peuple, constate Grotius, qui ne se laisse pas aveugler par son intérêt particulier au point de négliger les droits communs à toutes les nations. "Car comme (...) un citoyen qui se conforme aux lois de son pays n'agit pas en cela follement, quoi qu'il doive, en considération de ces lois, s'abstenir de certaines choses qui seraient avantageuses à lui en particulier: de même, on ne saurait raisonnablement tenir d'insensé un peuple qui n'est pas si fort amoureux de son intérêt particulier, que de fouler aux pieds à cause de cela les lois communes des Etats et des nations. Le cas est précisément le même. Un citoyen qui, pour son avantage présent, viole le droit civil de son pays, sape par là le fondement de son intérêt perpétuel et en même temps de celui de ses descendants. Un peuple qui enfreint le droit de la nature et des gens renverse aussi le rempart de la tranquillité pour l'avenir. Mais, quand même on ne se promettait aucune utilité de l'observation des règles du droit, ce serait toujours sagesse, et nullement folie, de se porter où nous nous sentons entraînés par notre nature."³⁵ Le droit des gens arbitraire ne se superpose pas au droit civil, ni n'est inclus dans les normes du système positif interne. Ce sont deux branches du droit humain, découlant de la même source - la volonté humaine, qui, par définition, faisant partie de la nature universelle et immuable des seuls êtres raisonnables, est censée être toujours conforme aux règles de la droite raison, c'est-à-dire au droit naturel.

A l'instar du droit civil, le droit des gens consacre certaines règles du droit naturel pur, en les érigeant en traités inter-étatiques; d'autre part, il ajoute des règles qui ne sont pas suggérées par le droit naturel, c'est-à-dire, il s'avère non seulement objectif, mais aussi volontaire.

1. Dans le premier groupe de règles, Grotius classifie les traités "qui roulent simplement sur des choses auxquelles on était déjà tenu par le droit naturel", par exemple: les traités de paix conclus entre des ennemis; le droit d'hospitalité; certaines clauses du droit de commerce.

2. Les traités publics qui ajoutent quelque chose au droit naturel se font ou "en vue de la paix" ou "pour lier ensemble quelque société". Dans le cadre du droit des gens arbitraire,

ce qu'il y a de plus considérable, c'est le droit des ambassades. Ce droit est dominé par deux maximes majeures: qu'il faut recevoir des ambassadeurs, et qu'on ne doit leur faire aucun mal. Il est permis aussi de déroger à cette exigence, si l'on a des raisons bien fondées. La personne de l'ambassadeur est exemptée de la coutume commune selon laquelle les étrangers sont soumis à l'ordre légal du pays d'accueil. Bien sûr, ici comme ailleurs, en cas d'extrême nécessité la personne de l'ambassadeur perd son inviolabilité.

La dernière instance justificatrice. La valeur suprême On peut induire sans difficulté de ce qui vient d'être exposé, que le *droit naturel* (c'est-à-dire les règles de la droite raison) s'avère la dernière instance justificatrice chez Grotius. Le droit naturel est la mesure suprême de la validité et de la légitimité dans le royaume terrestre. La loi divine, en tant qu'exigence supplémentaire à la loi naturelle, s'adresse aux gens dans leur qualité de chrétiens, et ils n'ont pas de comptes à rendre en vertu de cette loi devant le Tribunal humain. Pour ce qui concerne le droit humain, il est parfaitement suggéré, dominé, guidé par la loi naturelle. Et cela de deux manières essentielles: ou bien le droit naturel est intégré dans le système normatif positif, ou bien il intervient par le biais de l'opportunité (de l'imprévu et de l'urgence). En cas d'extrême nécessité notamment, il perce le système légal imposé par le législateur étatique et acquiert vigueur immédiate.

Parallèlement à la force justificatrice du *droit naturel*, on observe chez Grotius les germes d'une autre instance de validité. A propos du droit de succession d'un royaume Grotius décrit un cercle légitimatoire vicieux. La question se pose de savoir à qui il appartient de trancher dans les disputes sur la succession au royaume. Sauf dans le cas de royaume patrimonial, ce n'est pas au roi régnant de régler la succession. Mais pour ce qui est du peuple, avec l'acte d'institution du corps politique il a transmis tout son droit de juridiction au roi et à la famille royale, de sorte qu'il en est dépossédé aussi longtemps que la famille royale subsiste. Voici la solution que Grotius propose: "Cependant lorsqu'il s'agit de savoir, quelle a été originellement la volonté du Peuple qui a établi l'ordre de la Succession, on ne fera pas mal de consulter là-dessus le Peuple d'à présent qui est censé le même que celui d'autrefois; et il faudra suivre son sentiment, à moins qu'on n'ait d'ailleurs d'assez bonnes preuves que le Peuple d'autrefois a voulu autre chose, et que quelqu'un a acquis un droit en vertu de cette volonté."³⁶ Ainsi donc Grotius reconnaît la primauté du peuple-inaugurateur de la société politique, et faute de signes suffisants de sa volonté, le droit échoit à son héritier - *le peuple*

d'à présent. Dans le complexe de pensée grotien émerge, à travers cette solution juridico-politique, une autre valeur justificatrice: le *peuple incorporé*.

Analyse idéal-typique de l'aspect légitimatoire

La grande oeuvre juridique de Hugues Grotius atteint les dimensions d'une théorie optimiste du genre humain. A son regard l'être humain se présente à tel point sociable, qu'il se lie à ses semblables dans une relation désintéressée et morale. Cependant le portrait de l'homme naturel n'est pas idyllique. La détérioration de la nature originelle de l'homme provoque chez certains "dépravés" l'envie de déclencher des hostilités. Il advient que les exigences de la loi naturelle sont violées, et surtout l'exigence majeure: que l'on accomplisse ses promesses. En s'organisant dans des sociétés distinctes, les hommes croient avoir élaboré le moyen approprié pour s'obliger mutuellement.

En même temps qu'il se penche sur la construction étatique interne, Grotius porte un intérêt majeur à la totalité du genre humain, et observe la fragmentation de l'humanité et les liens qui s'imposent au sein du "vaste assemblage d'associations". Le particulier, inséré dans l'ordre étatique de l'Etat et l'Etat, inséré dans l'ordre global, ce sont les deux pôles entre lesquels oscille le raisonnement juridique du hollandais cosmopolite. De la tension immanente à la relation Etat souverain - société globale, et de l'effort de réconcilier les deux parties de cette relation, découle une certaine contradiction de la pensée grotienne.³⁷

La collectivité humaine distincte est instituée en vertu d'un contrat. Les particuliers consentent volontairement à s'organiser dans un corps, en cédant leurs droits primitifs à un roi élu ou à une assemblée. Ainsi un nouveau droit collectif est né (au détriment des droits individuels aliénés) - le *droit de souveraineté*. Ce droit réside dans le corps du peuple, et représente la quintessence de l'esprit commun du peuple. La conception holistique de l'Etat qui se fait jour à travers la pensée grotienne, n'est pas cependant gouvernementaliste. On pourrait admettre tout au plus des tendances semi-gouvernementalistes chez Grotius - par exemple, lorsqu'il admet l'aliénation de la liberté des sujets, le droit de l'esclavage, son extrême réticence devant le droit de résistance. Cependant ce n'est pas en faveur d'un gouvernement tout puissant que ces contraintes sont imposées, mais en faveur plutôt d'un peuple puissant. Car les détenteurs du pouvoir font partie du tout, ils ne disposent guère d'autorité qui transcende le corps du peuple. Le souverain suprême qui dispose du droit de succession et qui garantit la continuité de la société, c'est le peuple (sauf dans le cas d'une

société acquise par la force, à la suite d'une guerre juste). Grotius s'avère adepte d'un Etat souverain fort (ce qui ne coïncide pas forcément avec la notion de pouvoir suprême autoritaire) et exige beaucoup de concessions de la part des citoyens, en échange des privilèges incontestables de la vie en société. Mais en même temps Grotius décrit un spectacle dynamique de reconstitution incessante du genre humain en sociétés distinctes: des peuples se déplaçant, périssant, se confédérant, se désamorçant, se soumettant volontairement à d'autres. Devant cette multiplicité de collectivités contractuelles dont la persistance n'est point assurée, ce qui l'emporte, en fin de compte, c'est le "vaste assemblage d'associations", qui constitue une des priorités de la réflexion grotienne.

Le moyen universel, que Grotius met en avant avec une force singulière, et qui lie les particuliers au sein de la société ainsi que les sociétés au sein de l'humanité, c'est le droit. Et le principe sous-jacent de l'organisation du genre humain qui se dégage de la conception juridique de Grotius, c'est le principe de la justice. C'est justement dans la *foi juridique* de Grotius que s'exprime son *optimisme humaniste*. Grotius met un point d'équivalence entre le droit et la justice. Il combat les conceptions de l'utilitarisme juridique qui cherchent le sens du droit dans des valeurs qui lui sont extérieures. Grotius promeut *la valeur, la raison d'être et la force immanente du droit*. A l'utilitarisme qui préconise la quête de l'intérêt particulier et présent, Grotius oppose la conduite morale et désintéressée de la conformité au droit. Une telle conduite dans les relations inter-individuelles, ainsi que dans les relations inter-étatiques (les Etats étant perçus eux-mêmes comme des personnalités juridiques morales), ne serait point naïve et utopique, malgré l'idéalisme qu'elle respire. Au contraire, la conformité comportementale au droit représenterait un investissement dans l'avenir, un rempart de la sécurité. Ainsi, en cimentant tous les rapports humains par le substrat juridique, Grotius croit cimenter durablement l'ordre, la stabilité et la paix - les objectifs majeurs de sa démarche. Et dernière chose, mais non pas des moindres: assurer la paix dans la conscience des hommes, donc leur procurer une sérénité d'esprit. Le principe omnipotent de la justice adopte aussi la forme d'une rétribution, et non pas dans l'au-delà, mais ici-bas, dans le cadre de la vie terrestre des hommes.

Dans cette lumière, malgré la concurrence apparente des deux tendances mentionnées dans le complexe de pensée grotien - la promotion de l'Etat souverain fort, d'une part, et le soin de soutenir l'équilibre dans la société globale, d'autre part - les préoccupations internationalistes s'avèrent plus prononcées. Grotius fonde l'aspiration à une justice inter-étatique autorégulatrice: régie directement par les préceptes du droit naturel, et sans

l'intermédiaire de juges internationaux. La doctrine grotienne est à tel point empreinte de juridicité, qu'on pourrait, en suivant sa logique, en faire dégager l'image d'un *ordre mondial de droit et de justice*, et cette image serait l'adéquation de l'appréciation portée à Grotius par J.B.Vico: d'après ce dernier Grotius serait *le jurisconsulte du genre humain*.

CHAPITRE DEUXIEME THOMAS HOBBS³⁸

"Radiographie" des composantes de sa conception étatique qui renferment l'aspect légitimatoire

Fondements de la La doctrine étatique de Hobbes est basée sur une vision des qualités **puissance civile** inhérentes à la nature humaine plutôt misanthrope. Les hommes considérés dans leur état originel, en tant qu'individus isolés et solitaires, ne sont capables que de mener une existence misérable. En voici les traits essentiels qui appellent cette conclusion: 1/ Les hommes sont égoïstes, pourvus par la nature de "remarquables verres grossissants, qui sont leurs passions, et leur amour d'eux-mêmes"; 2/ Les hommes retirent un grand déplaisir de la vie en compagnie; 3/ Les hommes étant naturellement égaux quant à leurs facultés du corps et de l'esprit, nourrissent le même espoir d'atteindre leurs buts. Dans la poursuite concurrentielle d'une même chose, les hommes érigés en ennemis s'efforcent de se dominer et de se détruire l'un l'autre.

Ces caractères originels des hommes dominant leur existence à l'aube de l'humanité. Suivant la conception de Hobbes la société civile est précédée d'un état de pleine liberté et de droit naturel, nommé *état de nature*. La preuve de l'existence d'un tel état pré-social, c'est que, d'une part, on peut l'observer dans le mode de vie de certains peuples sauvages en Amérique, d'autre part, on peut en déduire les traits essentiels en observant le genre de vie pendant les guerres civiles, lorsque les peuples civilisés retombent dans l'*état de nature*.

L'*état de nature*, c'est un état dans lequel, chacun n'étant gouverné que par sa propre raison et chacun ayant tous les droits sur toutes choses, les aspirations concurrentielles réduisent la vie des hommes à une situation de guerre de chacun contre chacun. Dans l'état de guerre il n'y a pas de place pour une activité industrielle, son fruit n'étant pas assuré. Sous la crainte et le risque continuels d'une mort violente, "la vie de l'homme est solitaire, besogneuse, pénible, quasi-animale, et brève".³⁹

L'homme, étant placé dans cette triste situation par sa propre nature, n'est cependant pas dépourvu de possibilités d'en sortir. Car "la raison suggère des clauses appropriées d'accord pacifique, sur lesquelles on peut amener les hommes à s'entendre. Ces clauses sont ce qu'on appelle en d'autres termes les *lois naturelles*."⁴⁰

Cependant les lois de nature ne sont pas dotées de force suffisante pour obliger les hommes à s'y soumettre. Les lois de nature sont contraires aux passions naturelles, qui portent les hommes à la partialité, à l'orgueil, à la vengeance, etc. Les hommes se laissent plus facilement entraîner par les passions qu'ils ne se laissent guider par les préceptes de la raison. Les conventions faites par les hommes ne sont pas garanties par elles-mêmes, car "rien ne vole en éclat plus facilement que la parole d'un homme". La nature de la justice consiste à observer les conventions valides, mais les conventions sont invalides, lorsque la crainte existe que l'une ou l'autre partie ne s'exécute pas. Par conséquent, tant que la cause d'une telle crainte n'est pas supprimée, les hommes restent toujours dans l'*état de guerre*.

La vision pessimiste de Hobbes de la nature de l'homme l'amène à rejeter l'hypothèse d'une coexistence harmonieuse de l'humanité hors de la contrainte des corps politiques. "Si l'on pouvait imaginer - avance Hobbes - un grand nombre d'hommes unanimes dans l'observation de la justice et des autres lois de la nature, en l'absence d'un pouvoir commun qui les tient tous en respect, on pourrait aussi bien imaginer toute l'humanité en faisant autant: aucun gouvernement civil, aucune espèce de République, n'existerait alors, et n'aurait besoin d'exister; il y aurait en effet la paix, sans la sujétion."⁴¹ Mais puisque la réalité est fort éloignée d'une telle image, la seule manière de remédier aux imperfections de la nature humaine, poussant les hommes à l'encontre des préceptes naturels de la raison, c'est d'instaurer une République, apte à garantir l'accomplissement des conventions.

Source de la puissance civile Les origines de la puissance civile sont toujours conventionnelles, mais les motifs qui incitent les hommes à "déposer leur volonté en commun" peuvent différer.

1. La puissance civile revêt la forme d'une "*République d'institution*", lorsqu'elle provient d'une "convention de chacun avec chacun, comme si chacun avait prononcé la formule suivante: J'autorise cet homme ou cette assemblée, et je lui abandonne mon droit de me gouverner moi-même, à cette condition que tu abandonnes ton droit et que tu autorises toutes ses actions de la même manière."⁴² A la suite de ce consentement réciproque la multitude de particuliers désigne un homme ou une assemblée pour assumer leur personnalité et chacun se reconnaît comme l'auteur de tout ce qu'aura fait celui qui devient le dépositaire de cette personnalité. En vertu de cette autorité la force et les ressources de tous lui sont conférées, de sorte que l'effroi qu'elles inspirent lui permet de modeler la volonté de tous pour garantir la paix.

2. Il y a une autre manière d'ériger une puissance civile: c'est de créer par la force une "*République d'acquisition*". On acquiert le pouvoir par la force, lorsqu'à la suite d'une guerre victorieuse, les vaincus, "soit chacun individuellement, soit collectivement (par la majorité des suffrages) autorisent, par crainte de la mort ou des fers, toutes les actions de l'homme ou de l'assemblée qui a leur vie et leurs libertés en son pouvoir".⁴³ A la différence donc de la République d'institution où les hommes sont poussés à créer le pouvoir souverain par la crainte mutuelle, dans le cas de République d'acquisition ils sont poussés vers la même fin par la crainte du vainqueur. Cependant les droits et les conséquences de la souveraineté sont les mêmes dans les deux cas.

Sujet de la puissance civile. Organe Le pouvoir civil, en tant que "pouvoir visible" est un **sujet de la souveraineté. Jeu des moyens** qui, inspirant du respect et de la crainte, lie les hommes à l'observation des lois de nature. La "cause finale" du pouvoir civil, c'est de permettre aux hommes de sortir du misérable état de nature et de garantir "la paix à l'intérieur et l'aide mutuelle contre les ennemis à l'extérieur". Le souverain est tenu de garantir la sécurité du peuple, il doit donc assurer la préservation de la vie des hommes, ainsi que "les autres satisfactions de cette vie que chacun pourra acquérir par son industrie légitime".

En vertu de cette tâche immense, plusieurs droits et devoirs incombent au souverain. Est attaché à la souveraineté: 1/ Le droit d'être juge à la fois des moyens nécessaires à la paix, et aussi de ce qui la gêne et la trouble, y compris d'être juge des opinions et des doctrines qui sont nuisibles ou favorables à la paix; 2/ Le pouvoir entier de prescrire les règles qui déterminent la propriété, ainsi que ce qui est bon ou mauvais, légitime ou illégitime, dans les actes des sujets; 3/ Le droit de rendre la justice; 4/ Le droit de décider de la guerre et de la paix avec les autres nations et républiques; 5/ Le choix de tous les ministres, magistrats et fonctionnaires; 6/ Le droit de récompenser par des richesses et des honneurs; 7/ Le droit d'infliger des châtiments à tout sujet, selon une loi préalablement promulguée ou bien, s'il n'y a pas eu de loi promulguée, selon son jugement propre; 8/ Le droit de succession.

L'autorité souveraine est indivisible.

Le souverain est exempt d'obéissance aux lois civiles, donc aux lois qu'il fait lui-même.⁴⁴ Car, en supposant une loi civile au-dessus du souverain, on doit en même temps supposer, au-dessus de lui, un juge et un pouvoir, capables de le châtier, ce qui veut dire nouveau souverain, et pour la même raison, un troisième pour punir le second, etc.

Non seulement le souverain est exempt de la contrainte de ses propres lois, mais il peut en affranchir d'autres sujets. Lorsque le souverain commande à quelqu'un d'accomplir un acte contraire à une loi préexistante, l'accomplissement de cet acte est entièrement excusé. Car le commandement du souverain, contraire à une loi préexistante, a la force d'abrogation de cette loi. "Les exemples que donnent les princes sont (...) plus puissants que les lois elles-mêmes."⁴⁵

Le pouvoir souverain est donc tel, "qu'on ne saurait imaginer que les hommes en édifient un plus grand".⁴⁶ La justification d'un pouvoir à tel point illimité est que, "la condition de l'homme dans cette vie" n'étant jamais "exempte d'incommodités", même les conséquences les plus graves de cette étendue du pouvoir ne sauraient être pire que "son absence, laquelle s'identifie à la guerre de chacun contre son voisin".

L'étendue du pouvoir souverain n'est cependant pas absolument illimitée. Tous les souverains sont soumis aux lois de nature. Par la loi de nature le souverain est obligé de pourvoir à la sécurité du peuple et de ne rendre compte qu'à Dieu.

"Éternité de vie artificielle" Hobbes développe une conception conservatrice de la
de la puissance civile. Dyna- succession étatique. L'Etat est un "être artificiel", construit
mique spatio-temporelle par le libre consentement humain, et doté par l'acte même
de l'institution d'une éternité de vie artificielle. Les possibles ruptures dans le fil de cette éternité de vie représentent forcément une régression dans l'état naturel et constituent, par conséquent, des cas d'anomie. Hobbes préconise de prévenir les insuffisances et les défauts de la construction étatique en posant la sagesse et la rationalité aux assises de cette construction. Persuadé que "l'art d'établir et de maintenir des républiques repose, comme l'arithmétique et la géométrie, sur des règles déterminées"⁴⁷, Hobbes tire la conclusion suivant laquelle "longtemps après que les hommes ont commencé à constituer des Républiques imparfaites et susceptibles de retourner dans le désordre, on peut, par une réflexion industrieuse, découvrir les principes propres à faire que leur constitution (...) dure à jamais".⁴⁸ Ainsi l'idéal étatique hobbesien s'avère celui d'un Léviathan pétrifié: l'Etat étant l'oeuvre achevée et parfaite de la génération des ancêtres-fondateurs, les générations postérieures étant des successeurs loyaux et fidèles. Mais cet idéal n'est incarné que par une des formes étatiques - celle de la monarchie absolue. Car avec l'acte même de l'institution de la monarchie "on laisse toujours le jugement et la volonté du présent détenteur disposer du choix de son successeur".⁴⁹ Hobbes désigne le pouvoir de choisir le successeur comme critère

de la souveraineté. Il examine en tant qu'exemple les royaumes à roi électif, que l'on peut se tromper de prendre pour monarchie. Le roi électif, conclut Hobbes, n'est pas souverain, mais ministre du souverain. Et "si l'on connaît ceux qui ont le pouvoir de conférer la souveraineté après sa mort, on sait du même coup que la souveraineté leur appartenait auparavant".⁵⁰

En ce qui concerne la dynamique individuelle d'appartenance à une collectivité étatique, Hobbes ne s'y arrête pas. Suivant l'esprit de la conception étatique de Hobbes, les sujets, en vertu du contrat conclu par leurs ancêtres, sont liés à vie à leur statut d'appartenance étatique.

Le recours à la justice. Cul- La conception hobbesienne de la souveraineté n'accorde pas **pabilité et responsabilité** de place à un pouvoir judiciaire indépendant: "Dans toutes les Cours de justice, c'est le souverain, qui juge. Le juge subalterne doit avoir égard à la raison qui a poussé son souverain à faire telle loi, de telle manière que la sentence s'accorde avec cette raison."⁵¹ Le juge est institué par le souverain pour régler les différends entre les sujets, se rapportant à la loi naturelle. Il doit donc appliquer la loi naturelle à chaque cas particulier, en jugeant si ce que l'une des parties en litige réclame est conforme à l'équité. La sentence du juge est une interprétation de la loi naturelle, mais il la donne de la part du souverain. Lorsqu'il existe des lois écrites, concernant la matière du litige, le juge doit appliquer strictement ces lois, suivant l'intention du législateur. Dans le cas où le texte de la loi n'autorise pas une sentence raisonnable, le juge doit le compléter par la loi de nature, puisque l'intention du législateur est toujours supposée être conforme à l'équité, c'est-à-dire à la raison naturelle. Mais aucune incommodité du texte de la loi écrite "ne peut autoriser une sentence contraire à la loi, car le juge du droit et du tort n'est pas du même coup juge de ce qui est commode ou incommode à la République".⁵²

Hobbes s'oppose au recours au précédent judiciaire: "Toutes les sentences de tous les juges précédents ne peuvent à elles toutes faire une loi contraire à l'équité naturelle. Et aucun exemple tiré des juges du passé ne saurait justifier une sentence déraisonnable et éviter au juge de l'espèce la peine de rechercher, à partir des principes de sa propre raison naturelle, où est l'équité dans le cas qu'il doit juger"⁵³; et encore: "Un juge peut se tromper même dans l'interprétation des lois écrites, mais aucune erreur d'un juge subalterne ne saurait changer la loi, qui est le jugement général du souverain."⁵⁴

Le droit de résistance L'Etat hobbesien, conçu comme l'abri absolu contre la violence de l'état de guerre, jouit d'une protection absolue contre toute atteinte possible de la part des

citoyens. Hobbes accorde une priorité absolue à la paix civile, au détriment des libertés civiles, et finit par justifier la violence étatique, même disproportionnée, afin de prévenir toute menace pour le *statu quo*. Ainsi, dans sa doctrine, toute résistance des citoyens est perçue comme criminelle; par conséquent toute répression d'une tentative de résistance est justifiée.

L'intégrité de l'Etat est protégée notamment par l'incrimination des actes d'hostilité envers le pouvoir, dénommés "crimes de lèse-majesté".

La personne du détenteur de la souveraineté est inviolable. La raison en est que le souverain ne pourrait, quoi qu'il fasse, violer la convention étatique initiale, cette dernière étant passée entre tous les membres de la société et non pas entre eux et le souverain. Chaque particulier étant l'auteur des actes du souverain, le détenteur de la souveraineté est par conséquent non responsable et ne pourrait pas être puni par ses sujets.

En vertu de la convention initiale constituant l'Etat, les sujets sont obligés de ne jamais s'opposer au pouvoir souverain, et de ne pas tenter de transformer sa forme. Ainsi ils n'ont pas le droit de rejeter la monarchie et de "retourner à la confusion d'une multitude désunie", ni de transférer le pouvoir de son détenteur présent à quelqu'un d'autre. Celui qui, se hasardant à déposer le souverain, est tué sous son ordre, doit être considéré comme l'auteur de son propre châtement, car, en vertu de la convention initiale il est l'auteur de tout acte du souverain.

Contexte légitimatoire 1. Les lois de nature

de l'ordre légal Les lois naturelles sont le fondement de la coexistence pacifique des hommes. Elles tendent à la conservation de la vie et interdisent par là tout ce qui mène à sa destruction. Hobbes pose comme première règle fondamentale de la nature l'exigence de rechercher et de poursuivre la paix; de laquelle règle est dérivée la seconde: consentir à se dessaisir de son droit originel sur toute chose, à condition que tout le monde y consente, dans la mesure où cela est nécessaire à la paix. De cette deuxième loi de nature découle immédiatement la troisième, qui exige que les hommes s'acquittent de leurs conventions. Hobbes déduit un catalogue de règles de la raison, dont l'infraction porterait atteinte à la paix et aboutirait à la régression dans l'état de guerre. Ainsi, la quatrième loi de nature prescrit la gratitude, la cinquième la complaisance, la sixième exige de pardonner, etc. Toutes les règles de la raison se trouvent résumées dans une formule générale: ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse à toi-même. Hobbes estime que ces préceptes sont improprement

appelés lois. Ce ne sont que des théorèmes concernant la conservation du genre humain et favorisant l'état de paix. Ils sont immuables et éternels, non écrits et accessibles par les seules ressources de la "lumière naturelle".

2. Les lois civiles

Etablir des lois civiles ne signifie guère consacrer une coutume déjà existante par des textes écrits et promulgués. "Même si en tous les endroits du monde - considère Hobbes - les hommes établissent sur le sable les fondations de leurs maisons, on ne pourrait pas inférer de là qu'il doit en être ainsi."⁵⁵ Non pas inférer les règles de la tradition, mais découvrir les principes rationnels de l'établissement social, en cela consiste l'art de légiférer. Les lois civiles sont des règles du droit et du tort, commandées par le souverain. Malgré qu'elles émanent de la volonté du souverain, ces règles ne sont pas arbitraires, car elles sont conformes à la raison. Notamment la raison de "l'être artificiel" qu'est la République, est reçue comme loi. Outre leur caractère parfaitement rationnel, les lois civiles ont en même temps des origines contractuelles. Pour cette raison aucune loi ne peut être injuste. En effet, "la loi est faite par le pouvoir souverain, et tout ce qui est fait par le pouvoir est cautionné et reconnu pour sien par chaque membre du peuple: et ce que chacun veut ne saurait être dit injuste par personne. Il en est des lois de la République comme des lois des jeux: ce sur quoi les joueurs se sont accordés n'est pour aucun d'eux une injustice".⁵⁶

3. Relation lois naturelles - lois civiles

Dans le système de pensée hobbesien les lois civiles se présentent comme l'incorporation textuelle des lois naturelles. Les lois naturelles n'étant que des vertus qui prédisposent les hommes à la paix et l'obéissance, "c'est une fois qu'une République est établie qu'elles sont effectivement des lois en tant qu'elles sont alors les commandements de la République, et qu'en conséquence elles sont aussi lois civiles: c'est en effet le pouvoir souverain qui oblige les hommes à leur obéir".⁵⁷ La loi de nature et la loi civile sont deux parties d'un tout et se contiennent l'une l'autre. En titre d'exemple Hobbes évoque le cas suivant: Puisque la loi naturelle exige d'observer les conventions passées, y compris le consentement d'obéir au souverain, une loi civile interdisant la rébellion n'oblige pas en tant que loi civile, mais en vertu de la loi de nature.

Le contexte supra-étatique Les sociétés civiles, prises comme des personnes politiques **de la puissance civile** distinctes, demeurent toujours dans l'état de nature, c'est-à-dire, dans l'état de guerre. A l'instar des particuliers de l'époque pré-sociale, à l'heure actuelle les

Etats sont libres de se nuire les uns aux autres, et cela de plein droit. "Et cette justice naturelle n'a pas de tribunal, sinon dans les consciences, qui sont le royaume non de l'homme, mais de Dieu."⁵⁸ Sur le plan des relations inter-étatiques Hobbes reste attaché à l'idée de légitimes hostilités. Il considère tous les êtres humains à l'extérieur de l'Etat ou bien comme des ennemis ou bien comme tels qui ont cessé de l'être en vertu de quelque convention. Et aux ennemis il est légitime de faire la guerre.

La dernière instance justifi- Hobbes privilégie la paix civile au détriment de toute autre **catrice. La valeur suprême** valeur que l'on pourrait lui opposer. Cette paix il la conçoit comme le salut du genre humain, comme une domestication, à l'abri du terrible état de guerre que la nature sauvage de l'homme engendre. Aussi considérables que puissent être les inconvénients créés par le pouvoir civil, même les pires abus de pouvoir sont un moindre mal en comparaison de l'état primitif désordonné. Pour la promotion de la paix le gouvernement est autorisé à ne s'arrêter devant aucun moyen qu'il juge approprié. Paradoxalement, ainsi, les moyens propres à l'état de guerre s'avèrent légitimes entre les mains du souverain, s'ils sont mis en place afin de prévenir et de supprimer l'état de guerre.

Analyse idéal-typique de l'aspect légitimatoire

Les prémisses à partir desquelles Hobbes édifie son système logique de légitimation sont posées d'une manière axiomatique. Du dualisme supposé de la nature humaine - l'homme étant à la fois un être passionnel et rationnel -, ainsi que de son asociabilité présumée, Hobbes déduit, avec la rigueur d'une logique presque mathématique, toutes les conséquences du destin civil du genre humain. Le mobile naturel de l'activité humaine dans l'état *pré-social* étant l'égoïsme, les monades isolées se heurtent sans cesse avec leurs semblables et les hostilités réciproques portent atteinte au bien suprême pour l'homme: sa propre conservation, intégrité et aisance. Le pur utilitarisme porte les hommes à abandonner leur situation naturelle. Et la raison dont ils bénéficient par la grâce de Dieu leur suggère le moyen approprié pour surmonter l'état de nature et pour rechercher un abri domestique du malaise sauvage. La raison commune à tous les hommes, élaborée en théorèmes généraux, nets et concis et à la portée de tous, trace la voie à suivre pour aboutir à une domestication salutaire. De la sorte, les êtres humains, placés dans leur état originel incommode, se trouvent incités à en sortir par l'instruction de la *raison suggestive*. Deux forces parfaitement objectives, dont l'homme bénéficie par nature - l'instinct de conservation et les lumières de la

raison - manient les comportements concomitants des hommes et les invitent à conclure le pacte constitutif de la société civile. Ainsi la première oeuvre humaine - la construction primaire de la société - s'avère objectivement manipulée.

Dans la conception de Hobbes, le contrat social est en même temps un contrat étatique. La constitution de la société civile n'est concevable que comme la mise au jour de la République; cette dernière n'est concevable que comme dotée d'un centre, détenteur de sa personnalité. Par l'acte d'institution la multitude désorganisée se constitue en une unité totalisante qu'est le *Léviathan*, personnifié par le détenteur de la souveraineté. L'acte de constitution transforme profondément la condition humaine. En vertu de cet acte le destin de tout particulier est indissociablement lié à l'Etat, et par là, au détenteur de la personnalité de l'Etat - le souverain. Le saut inaugural que l'humanité effectue en signant le contrat de sa propre main et sous la dictée de la raison objective n'est autre que le passage de l'état de liberté primitive à l'état de soumission politique. *La civilisation même implique donc auto-assujettissement de l'homme au souverain et auto-proclamation de l'obéissance civile.*

Cet acte constitutif adopte, dans la doctrine de Hobbes, une signification fatale. Il est inabrogeable et son produit est doté d'une "éternité de vie artificielle". Il pèse, de cette façon, sur la postérité du genre humain avec la force d'une objectivité insurmontable. *La continuité de l'existence civile et civilisée de l'humanité est garantie à travers la perpétuité étatique*, par le biais du droit de succession. L'alternative de l'éternité étatique équivaut à la perte de l'acquisition civile de l'humanité et la régression dans l'état primitif. Ainsi l'Etat ("la République"), personnifié par le détenteur de la souveraineté, s'avère l'incarnation de la nouvelle condition humaine: de l'état civil, censé assurer la paix, la conservation, la protection du genre humain. Le destin terrestre des gens est inséparablement accroché à la figure protectrice du souverain et le souverain est érigé en instance référentielle sacralisée sur la terre.

Dans la théorie étatique de Hobbes la légitimité émane de la souveraineté. C'est une sorte de *légitimité constituée*, c'est-à-dire, son critère de justification n'est pas préexistant par rapport à l'effort humain. Le souverain, pris non pas personnellement mais en tant qu'instance politique indispensable, scelle toute activité au sein de la République de la marque de la légitimité. *La résidence de la légitimité dans l'institution du souverain est justifiée chez Hobbes d'une double manière: contractuelle et rationnelle.*

L'apport contractuel consiste dans le phénomène de l'autorité. La notion hobbenne d'autorité est liée au fait d'être auteur. L'institution du souverain étant création collective

humaine, les pères-fondateurs sont censés à jamais être les auteurs de tout acte de leur créature. C'est pour cette raison que l'activité souveraine coïncide parfaitement avec la justice. Nul acte du souverain ne pourrait jamais être considéré injuste, parce que chaque citoyen en est l'auteur.

La puissance souveraine, décrite dans son omnipotence, est loin d'exercer un pouvoir arbitraire. Et cela en raison de l'apport rationnel dans la constitution légitimatoire du souverain. La prédestination du souverain est de doter de force coercitive l'observation des lois de nature. Car tel est le but de l'institution de la société civile: renforcer l'effet des préceptes de la raison, qui dans l'état de nature n'ont qu'une portée virtuelle. Nul commandement du souverain n'est censé être contraire aux lois naturelles. Le souverain est obligé de faire régner la raison naturelle au sein de la société civile, en recourant à la sanction pénale, donc à la crainte qu'elle suscite. La fonction judiciaire n'a d'autre raison d'être que de traduire dans des sentences le contenu de la loi, conformément à l'intention du souverain. Le pouvoir judiciaire est donc intégré dans la puissance souveraine et il ne pourrait pas aspirer à son propre carré indépendant. *La puissance coercitive est censée dompter les inclinations naturelles vers la désobéissance et appuyer les restrictions disciplinaires que la raison impose.*

De telle manière, la volonté du souverain s'exprime à travers les lois civiles, qui traduisent le contenu des lois naturelles dans la forme de commandements, assistés par la force étatique. Cette volonté coïncide avec l'accord de tous les "sujets", d'une part, et d'autre part, avec l'équité. Elle ne connaît d'autres limites que celles des lois naturelles, dont elle est le seul exécuté qualifié. Il va de soi que le détenteur de la souveraineté est exempt de responsabilité judiciaire et n'a à rendre compte qu'à Dieu. Il s'ensuit que tout acte qui tente de porter atteinte à la souveraineté dans son intégrité ou dans son éternité est criminel. N'importe quel contenu des lois civiles ne pourrait justifier la résistance, car quelles que soient les lois civiles, elles sont toujours censées coïncider avec les lois naturelles. En conséquence, vu que nulle résistance n'est légitime, est légitime toute répression de la désobéissance et de la rébellion. Le système logique de Hobbes consacre ainsi la terreur gouvernementale. La société civile, étant fondée comme un abri contre la violence et comme le moyen de pacification du genre humain, s'avère paradoxalement l'arène de la violence étatique légitime, toujours dans le but de la protection. Sans doute, le Léviathan omnipotent décrit par Hobbes se rapproche le plus du modèle d'Etat à *légitimité gouvernementale*.

CHAPITRE TROISIEME SAMUEL VON PUFENDORF⁵⁹

"Radiographie" des *composantes de sa conception étatique qui renferment l'aspect légitimatoire*

Fondements de la puissance civile La nature de l'homme, "décodée" par Pufendorf, est complexe et contradictoire. L'amour propre de l'homme et le soin de sa conservation l'emportent sur tout autre sentiment. Mais tout en étant égoïste, l'homme ne pourrait pas survivre s'il restait isolé et privé du secours de ses semblables. En même temps, poussés par des passions et par la concurrence de posséder des choses qui ne se trouvent pas en abondance, les hommes sont aptes à se nuire mutuellement et en ont largement les moyens. De sorte que toutes les "commodités" de la vie humaine sont "le fruit de leur secours mutuel", ainsi que la plupart des maux auxquels leur vie est sujette sont l'effet de la malice humaine. Le genre humain subsiste grâce à une qualité intégrale, inhérente à la nature humaine - la sociabilité. La valeur de la sociabilité est suggérée par les préceptes de la loi naturelle, à qui seuls incombe de gérer la conduite des êtres humains tant qu'ils demeurent dans l'état de nature.

L'état de nature est un état de pleine liberté, d'entière indépendance de tout autre que Dieu, ainsi que de parfaite égalité. Les hommes qui sont dotés naturellement des "lumières de la raison" ajustent leur comportement aux exigences de la droite raison, le jugement sur la conformité ou la non-conformité à ces exigences leur appartenant en maître. Bref, dans l'état de nature chacun est interprète et juge suivant la loi naturelle. Pourtant, sous les lois de nature deux genres d'inconvénients s'avèrent défavorables à la paix:

1. Les gens étant égaux dans leurs capacités, ne sont pas uniformes dans leurs desseins. Pour ce qui concerne leur disposition à obéir à la loi naturelle, on peut distinguer entre: a/ les honnêtes gens qui s'abstiendraient toujours de faire du mal à autrui, même s'ils sont sûrs de leur impunité; b/ les prudents, qui s'abstiennent de causer du mal par crainte de punition; c/ les "personnes hardies et insolentes, qui comptent pour rien le droit et la justice, et qui foulent au pied les devoirs les plus sacrés, si elles croient trouver du profit à les violer".⁶⁰

2. Le deuxième inconvénient, c'est le manque d'un juge commun qui, en cas de différends entre les particuliers, puisse trancher le litige avec autorité et impartialité.

En conséquence, dans l'état de nature "on ne trouve que passions qui règnent en liberté, que guerres, que craintes, que pauvreté, que solitude, qu'horreur, que barbarie, qu'ignorance, que férocité. Dans une société civile, on voit régner la raison, la paix, la sûreté, les richesses, l'ordre, la beauté, la douceur du commerce, la politesse, les sciences, l'amitié."⁶¹

L'expérience des incommodités de l'état de nature amène les particuliers isolés à se grouper peu à peu en petites sociétés qui forment par la suite des corps politiques. La principale raison qui a motivé les hommes à quitter l'état de liberté naturelle, c'est le dessein de se mettre à l'abri des maux qu'ils se causent les uns aux autres.

L'organisation des hommes en sociétés civiles et leur soumission à un gouvernement a pour conséquence, d'une part, d'avoir freiné les effets de leur "malice ordinaire", et d'autre part, d'avoir stimulé leur aptitude à se faire du bien, leur assurant ainsi une vie "accompagnée de mille douceurs et de mille commodités".

Source de la puissance civile Tout gouvernement légitime est fondé sur le consentement des sujets, mais ce consentement peut être obtenu principalement de deux manières:

1. Lorsqu'un peuple est contraint par la force des armes à se soumettre à la domination du vainqueur;
2. Lorsqu'un peuple, "par son pur mouvement" et en pleine liberté, confère à quelqu'un l'autorité souveraine.

La formation régulière d'un Etat requiert la conclusion de deux conventions et d'une ordonnance générale.

1. Par la première convention les hommes édifient une société civile, indépendamment du pouvoir politique qu'ils vont ensuite s'imposer. Ils s'engagent mutuellement à composer pour toujours un corps, et à régler la chose publique "d'un commun consentement".

2. Par l'ordonnance générale les associés établissent la forme de gouvernement.

3. Après l'élection d'une ou plusieurs personnes dépositaires du pouvoir, celles-ci s'engagent, par une deuxième convention, à servir le bien commun, tandis que les sujets leur promettent "une fidèle obéissance".

Par le biais de ces conventions, les volontés des associés se réunissent en une seule volonté, qui est réputée la volonté de tous, c'est-à-dire la volonté de cette "personne morale composée" qu'est l'Etat.

Sujet de la puissance civile. Organisation de la souveraineté. Jeu des pouvoirs. Etendue du pouvoir L'Etat est la plus puissante de toutes les sociétés. Ayant concentré en soi les forces de tous les particuliers, il dispose d'une capacité coercitive à l'égard de ses sujets et peut infliger "un mal présent et sensible" à quiconque porte atteinte à l'utilité commune.

En vertu de la deuxième convention d'institution, les sujets doivent assumer l'obligation d'obéissance, ventilée en plusieurs devoirs concrets:

1. A l'égard des "conducteurs de l'Etat": tout sujet leur doit respect, fidélité et obéissance. Il faut être content du gouvernement présent; ne former ni cabale, ni sédition; honorer son prince; penser favorablement et parler avec respect de lui.

2. Par rapport au corps de l'Etat: le bon citoyen doit préférer le bien public à ses intérêts particuliers; orienter la plupart de ses actions au bien de l'Etat, employer toutes ses forces pour servir son Etat, et sacrifier ses richesses propres au nom de l'Etat.

Pufendorf constate cependant qu'il n'y a que peu de gens disposés à de tels gestes désintéressés. La plupart s'acquittent de leurs obligations sous crainte des peines, et une partie des sujets demeurent toute leur vie de mauvais citoyens.

Par la force de la même convention, une série de droits et d'obligations incombent au souverain, concrétisant son service au bien public. Afin de maintenir la tranquillité à l'intérieur de l'Etat, le souverain doit connaître les différends survenus entre les citoyens et il doit les arbitrer; afin d'assurer la tranquillité à l'extérieur, il doit entretenir une armée, conclure des traités; afin de pourvoir aux besoins de l'Etat, il doit lever des impôts; il doit ensuite se décharger de certaines fonctions en les confiant à des ministres, qui sont tenus de lui rendre compte. Le souverain doit surveiller les doctrines que l'on enseigne dans la société, il doit lui-même établir ceux qui enseignent les sciences "qui ont quelque influence sur la tranquillité de l'Etat" ainsi que censurer leur contenu pour qu'on n'enseigne rien qui soit capable de troubler l'ordre. Le souverain doit aussi veiller à l'unité de l'Etat. Il doit donc prendre garde qu'il ne se forme pas de factions et de cabales et que personne ne se place sous la dépendance d'un autre Etat. Enfin, le souverain dispose du droit de vie et de mort sur ses sujets.

Les différentes parties de la souveraineté sont liées d'un lien indissoluble et doivent être concentrées entre les mains d'une seule personne ou d'une assemblée.

Pufendorf distingue entre trois formes de souveraineté:

1. Lorsque le pouvoir souverain réside dans une assemblée, ce qui a conclu et résolu la pluralité des voix passe pour la volonté de l'Etat;

2. Lorsqu'un prince a un pouvoir absolu, il est en droit de gouverner l'Etat comme il le juge à propos;

3. Lorsque le pouvoir souverain d'un prince électif est limité par le peuple, le prince doit se conformer à certaines règles ou lois fondamentales et demander le consentement du peuple à propos des "affaires importantes".

Il y a encore une différence qui concerne la manière de posséder la souveraineté:

1. Lorsqu'un roi possède la couronne comme un patrimoine, il est en droit de l'aliéner, de la transférer à quelqu'un à son gré. Le royaume patrimonial est acquis ordinairement par droit de conquête;

2. Lorsque le prince tient la couronne d'une élection libre du peuple, il ne peut pas l'aliéner ou la transférer de son autorité, il doit la transmettre en vertu du droit de succession, établi par les lois ou la coutume.

Le pouvoir qui gouverne l'Etat est souverain et indépendant. La puissance souveraine est sacrée et inviolable. Elle est au-dessus de toute loi humaine et civile, puisque ces lois dépendent de la volonté du souverain par rapport à leur origine aussi bien que par rapport à leur durée. Cependant la puissance souveraine est limitée par une exigence suprême: le bien du peuple. Car l'autorité souveraine est conférée à son détenteur dans le but du bien public.

"Eternité de vie artificielle" Pufendorf envisage une dynamique de la citoyenneté
de la puissance civile. Dynamique spatio-temporelle sur le plan individuel, dans les deux directions possibles:

1. L'adhésion est possible à une société civile déjà existante. Ainsi les citoyens d'un Etat sont naturels, donc originaires du pays, aussi bien que naturalisés, donc ceux qui viennent dans un Etat déjà tout formé pour s'y établir, et y jouir des mêmes droits et privilèges que les naturels du pays.

2. On cesse d'être citoyen d'un Etat: lorsqu'on va s'établir ailleurs; lorsqu'on est banni du pays et privé des droits de citoyen; lorsqu'on est réduit à la nécessité de se soumettre à la domination d'un vainqueur.

A l'opposé de cette dynamique civile sur le plan individuel, Pufendorf prévoit une stabilité particulière des corps civils qui tendrait à l'éternité. Mis à part les cas de soumission d'un Etat à une puissance extérieure, Pufendorf ne prévoit pas la dissolution d'un corps civil à la suite de causes internes. Cette "éternité" de vie du corps civil est assurée par la force de la première convention d'institution de l'Etat. Ainsi dans le cas d'une discontinuité survenue au niveau de la succession du pouvoir, c'est-à-dire, pendant une certaine période d'interrègne, lorsqu'aucun successeur d'un roi défunt n'a été désigné à l'avance, la société civile ne se dissout pas, la multitude des citoyens ne retombe pas dans l'état inorganisé de nature. Bien que dans de tels cas la deuxième convention initiale de l'Etat vienne à manquer et le peuple est réduit à un corps imparfait, la première convention demeurant toujours en vigueur, elle est dotée d'assez de force pour redresser la société civile dans son état parfait. Le ciment qui lie les citoyens en une unité, ce sont "les sentiments qu'inspire le nom et la vue d'une commune patrie" et "l'intérêt même des citoyens, qui ont la plupart leurs biens et leurs établissements attachés au pays".⁶² Les corps civils recourent à deux modèles pour assurer la succession du pouvoir: a/ nouvelle élection après la mort de chaque prince; b/ réglementation a priori de l'ordre de succession.

Le recours à la justice. Cul- La susceptibilité de l'homme de comparaître comme
pabilité et responsabilité justiciable devant un tribunal humain tire sa raison d'être de la principale propriété des actions humaines - leur susceptibilité d'imputation. Les actions humaines étant dirigées par l'entendement et la volonté, leur agent peut être regardé comme l'auteur qui est tenu de rendre des comptes. En conséquence, devant le tribunal humain "on est responsable de toute action dont l'existence ou la non-existence a été en notre pouvoir".⁶³ Suivant la même logique nul n'est responsable de ce qu'il fait par force, car alors on est censé être dans l'impossibilité de résister.

Le seul être exempt de la responsabilité terrestre, c'est le détenteur de la souveraineté. Etant placé au-dessus de toute loi humaine et civile, il n'est obligé de rendre des comptes "à personne ici bas" et ne peut pas être sujet à quelque peine que ce soit devant le tribunal humain.

Le droit de résistance Pufendorf refuse tout droit de résistance légitime aux sujets. En plus, il fait appel, dans certains cas, à une obéissance hors de la commune mesure. La puissance souveraine étant sacrée et inviolable, les sujets sont censés non seulement ne pas désobéir lorsqu'elle leur commande ce qui est juste, mais en plus se résigner à supporter "les caprices et les duretés de leur souverain": "Lors même qu'un particulier est menacé de la part de son prince des injures les plus atroces et des traitements les plus indignes, il doit tâcher de s'en mettre à couvert par la fuite ou se résoudre à toutes sortes de malheurs, plutôt, que de tirer l'épée contre son souverain rude et injuste vers lui à la vérité, mais toujours père de la patrie."⁶⁴

Contexte légitimatoire de l'ordre légal Avec une netteté impeccable Pufendorf désigne trois sources distinctes, desquelles découlent les règles du comportement terrestre des hommes:

A. Les lumières de la raison: d'ici émanent les devoirs les plus généraux de l'homme, ceux auxquels on est tenu en tant qu'être raisonnable et sociable.

B. Les lois civiles: elles constituent le fondement des devoirs auxquels on est tenu en tant que sujet d'un Etat concret.

C. La révélation: les préceptes qui en découlent sont obligatoires parce que Dieu les a prescrits dans l'Écriture et ils lient l'homme en tant que chrétien.

1. Le droit naturel

Les préceptes de la loi naturelle sont naturellement connus à tous les hommes. Ils pénètrent dans les esprits dès l'enfance, à l'instar de la langue maternelle. Puisque le droit naturel tend à rendre les hommes sociables, la loi fondamentale du droit naturel prescrit d'assurer le bien de la société humaine universelle, et, réciproquement, interdit tout ce qui porte atteinte à ce bien suprême. Toutes les maximes du droit naturel peuvent en être déduites. Pufendorf propose un catalogue de normes du droit naturel, en opérant une classification suivant le sujet à l'égard duquel l'obligation est requise: a/ à l'égard de Dieu; b/ à l'égard de soi-même; c/ à l'égard des autres.

a) Les devoirs de l'homme envers Dieu renferment la connaissance et le culte. L'aspect cognitif de l'obligation impose d'acquérir "des idées droites" sur l'être suprême. Le culte de la divinité est tant intérieur qu'extérieur. Le culte intérieur consiste dans l'honneur que l'on rend à Dieu et la disposition à une soumission inconditionnée.

b) Dans l'état de nature l'homme est tenu d'accomplir certains devoirs par rapport à soi-même afin de se rendre un digne membre de la société humaine et pour célébrer la gloire de Dieu. L'homme est obligé de soigner son esprit et son âme, c'est-à-dire, de nourrir l'esprit par des idées droites, ainsi que de se rendre maître de ses passions. Il est aussi tenu de ne pas négliger le soin du corps. Ce dernier comprend le soin de la conservation de sa vie et de l'intégrité de son corps. Puisque, "personne ne s'étant donné la vie à lui-même, mais chacun la tenant de la libéralité de Dieu, il est clair encore que L'HOMME N'A PAS UN POUVOIR ABSOLU SUR SA PROPRE VIE (...), mais il doit attendre patiemment d'être appelé par celui qui l'avait mis dans ce poste".⁶⁵ Le devoir de se défendre permet à l'homme d'opposer la force à la force d'un injuste agresseur, car, si l'on admettait le contraire, le vice triompherait de la vertu et les gens de bien seraient devenus la proie des "méchants".

c) Les devoirs de l'homme par rapport à autrui comprennent les devoirs absolus (des obligations mutuelles communes à tous les hommes) et les devoirs conditionnels (qui supposent certains établissements humains).

aa) devoirs absolus (devoirs d'humanité et de charité)

- Il ne faut faire mal à personne: c'est le devoir le plus général et sans lequel il n'y aurait pas de société entre les hommes. Par ce devoir sont incriminées toutes sortes d'actions par lesquelles on nuit à autrui: le meurtre, les blessures, la violence, le vol, la fraude, etc.

- Il faut traiter les autres comme égaux: "Les personnes les plus disgraciées de la nature ou de la fortune, peuvent prétendre aussi légitimement que celles qui en sont favorisées, une jouissance paisible et entière des droits communs à tous les hommes."⁶⁶

- Chacun doit contribuer, autant qu'il le peut, à l'utilité d'autrui. Les avantages que l'on procure à autrui pourraient être ou bien "des services d'une utilité innocente (que l'on rend sans qu'il nous en coûte rien)" ou bien des "bienfaits".

bb) devoirs conditionnels

Tandis que les devoirs absolus sont tels que les hommes y sont tenus sans espérer recevoir un équivalent, les devoirs conditionnels proviennent d'un contrat, en vertu duquel les parties sont tenues à une obligation réciproque. Ce procédé humain est conçu dans le but de rendre "plus fréquent et plus régulier le commerce des services". La loi naturelle prescrit de tenir "inviolablement" sa parole.

2. Le droit civil

Les lois civiles sont des règles générales et perpétuelles, établies par le souverain, et par lesquelles il impose à ses sujets d'agir d'une manière déterminée dans toutes les occasions

de la vie. Toute loi parfaite a deux parties: l'une qui prescrit le comportement, et l'autre qui déclare le mal qui accompagne l'infraction. La force et l'efficacité des lois civiles consistent dans la sanction pénale. Mais Pufendorf signale l'impossibilité de prévenir complètement la délinquance et l'admet avec résignation comme "un de ces cas extraordinaires, que la constitution des choses humaines ne permet pas d'éviter entièrement".⁶⁷ Pufendorf prévoit la technicité des lois positives. L'enfermement des lois civiles dans un système positif hautement technique, éloigné des règles simples de la droite raison, mènerait infailliblement à l'infraction. Etant donné que les hommes jugent ordinairement plutôt à l'aide des "lumières naturelles de leur raison" qu'à l'aide de la connaissance des lois civiles, si les lois sont fort multipliées et si elles interdisent des choses tolérées par la droite raison, les sujets y contreviendront par pure ignorance.

3. Relations entre les différentes branches du droit

a) Droit divin - droit naturel

Le droit naturel ne renferme rien de contraire à la loi divine, mais il ne prend pas en considération les vérités obtenues par la révélation et inaccessibles aux seules lumières de la raison. L'Écriture sainte restreint certaines libertés autorisées par le droit naturel. La plus grande différence entre les deux systèmes normatifs consiste dans leur "usage": Le droit naturel qui vise la sociabilité des hommes, se contente de régler leurs actions extérieures; tandis que le droit divin, prédestiné à former "le citoyen de la République céleste", "travaille surtout à régler le cœur". Le droit divin pénètre cependant dans le système du droit naturel par le biais des vertus chrétiennes, aptes à inciter l'homme à la sociabilité.

b) Droit naturel - droit civil

Par définition, les lois civiles visent le bien de l'État particulier, indifféremment du droit naturel ou divin. Mais puisque l'application des lois naturelles est propice à la "tranquillité publique", à "l'ordre et la beauté du commerce de la vie", le législateur humain inclut les préceptes naturels "avant toutes choses" dans le système positif du droit étatique. Le droit naturel assiste, dirige le système positif par plusieurs biais:

aa) En ce qui concerne le recours à la justice, les lois civiles viennent au secours de la loi naturelle, en offrant la protection du magistrat. Le juge applique les maximes du droit naturel, que le souverain a consacrées par son autorité législative.

bb) Les lois civiles concrétisent les généralités; précisent, remplissent les lacunes; éclairent les obscurités qui peuvent se trouver dans le système très général du droit naturel.

cc) Les lois civiles prescrivent certaines formes et formalités, pour réduire les actes licites en droit naturel à une certaine uniformité et les rendre ainsi valables en justice. Par exemple, la forme juridique des contrats, des testaments, etc.

dd) L'obéissance même aux lois civiles est une exigence de la loi naturelle, à condition que les lois civiles "ne renferment rien de manifestement contraire" aux lois naturelles ou révélées.

ee) Les situations nommées "cas d'extrême nécessité" échappent à la réglementation strictement civile et sont laissées aux seules directives du droit naturel. Dans toutes les lois civiles les cas de nécessité sont tacitement exceptés. La nécessité n'affranchit pas explicitement de l'obligation d'obéir à la loi. Mais dans ces cas, lorsque l'observation des lois serait suivie d'un mal "assez grand pour surmonter la fermeté ordinaire de l'esprit humain", l'infraction est tacitement tolérée.

ff) Le droit naturel intervient directement et perce le système légal civil aussi dans le cas de légitime défense. En principe, dans la société civile le droit de défense individuel est enlevé aux particuliers et concédé au corps de l'Etat. Mais une exception est admise ici: lorsque les circonstances du temps et du lieu ne permettent pas d'avoir recours à la justice, on peut repousser légitimement par la force la force menaçant la vie.

Le contexte supra-étatique Les sociétés civiles, ainsi que les particuliers qui ne sont pas **de la puissance civile** membres d'un même corps politique, demeurent toujours entre eux dans l'état de nature. Les souverains concluent entre eux des traités publics ou alliances, qui sont de deux genres: 1/ Dans certains traités on s'engage à certaines choses auxquelles on était déjà tenu par le droit naturel. Par exemple: à se rendre les devoirs de l'humanité; à ne point se faire de mal les uns aux autres; les traités dans lesquels on stipule un droit de commerce, etc. 2/ Dans d'autres traités les partis ajoutent de nouveaux engagements, non compris dans la seule loi de nature.

La dernière instance justificatrice. La valeur suprême La dernière instance de validité chez Pufendorf s'avère le "bien public". Le bien public est la fin suprême de l'institution de la société civile et politique; il marque les seules limites du pouvoir souverain; il impose des obligations strictes et rigoureuses aux citoyens. Enfin, la loi fondamentale de la nature vise le service au bien commun de la société humaine universelle. Le service au bien public d'une communauté distincte, telle la société civile, n'est qu'une incarnation particulière de la même tâche universelle. L'humanité en tant que totalité est dotée d'une primauté

incontestable. Mais lorsqu'elle s'organise en corps politiques séparés, cette primauté leur échoit. L'existence des hommes est prédestinée à apporter une contribution, à collaborer à l'oeuvre commune du genre humain, et cette tâche n'est concevable que par l'intermédiaire de la contribution au bien public de l'Etat particulier.

Analyse idéal-typique de l'aspect légitimatoire

La pensée de Pufendorf est empreinte de contradictions, au point qu'il s'arrête à mi-chemin entre deux tendances opposées, sans rejoindre nettement aucune d'entre elles. Partant de prémisses humanistes proches du patrimoine intellectuel de Grotius, il aboutit à des résultats, proches dans certains aspects de l'étatisme monumental de Hobbes.

Pufendorf accomplit une oeuvre de systématisation dans le sillon du jus-naturalisme grotien. Le système élégant du droit naturel, exposé avec une clarté singulière, adopte les dimensions d'un "code" de la législation naturelle. Pufendorf admet, à l'instar de Grotius, qu'une réglementation préexistante à toute convention humaine encadre la totalité du droit humain, y pénètre à travers divers procédés, domine en quelque sorte l'oeuvre de la législation civile. Le droit naturel, parfait et immuable, constitue le point de repère et le point de référence pour les règles étatiques. La présence forte du système de droit naturel, les caractères prédominants de l'hypothèse de l'état naturel, ainsi que la vision d'une communauté inter-étatique régie par une réglementation positive apparente la pensée de Pufendorf à son illustre prédécesseur jus-naturaliste Hugues Grotius. Cependant il s'écarte de la thèse d'une juridicité immanente de la communauté universelle sur la question de la construction étatique. En même temps, c'est le topos théorique qui le distingue aussi de Hobbes, de sorte que la conception étatique pufendorfienne maintient un équilibre théorique entre deux visions divergentes.

Le contrat d'institution de la société comportant deux pactes et une ordonnance représente l'apport incontestable de Pufendorf dans le corpus contractualiste. L'association des particuliers en société civile et la constitution des citoyens en société politique sont deux stades du processus de l'édification étatique. La société civile se présente comme un fondement initial du futur Etat, comme un état intermédiaire entre l'état naturel et l'état politique. C'est le support indispensable de la construction étatique parfaite, de sorte que, si le stade suprême, l'organisme politique, vient à être troublé, le substrat civil serait en mesure

de surmonter la ruine sociale et d'oeuvrer à la régénération de l'infrastructure étatique. Tout en reconnaissant la capacité de persistance de la société civile, produit du premier pacte d'association entre les particuliers, Pufendorf assigne une supériorité au deuxième pacte qui achève la création étatique. C'est le pacte comportant des engagements réciproques, passé entre le peuple (constitué en corps social en vertu du premier pacte) et le souverain (désigné en vertu de l'ordonnance qui se situe logiquement et chronologiquement entre les deux pactes). L'engagement d'obéissance de la part du peuple incorporé consacre l'aptitude souveraine du gouvernement désigné. Cela représente un acte d'auto-assujettissement par lequel le corps du peuple reconnaît au gouvernement un pouvoir qui atteint les dimensions d'un véritable Léviathan.

Pufendorf ne s'avère pas cependant un épigone de Hobbes et sa conception contient des apports originaux. D'une part, chez Pufendorf le souverain ne jouit pas d'une liberté illimitée d'action. Le cadre de son activité gouvernementale est posé par le deuxième pacte, où le bien public est imposé comme critère suprême de cette activité. Sous cet aspect, la volonté gouvernementale ne saurait adopter l'allure de l'arbitraire inconditionné. En plus de cela, une autre différence de la démarche pufendorffienne par rapport à Hobbes l'écarte des tendances gouvernementalistes. Tandis que chez Hobbes l'acte unique d'institution étatique résulte en un corps artificiel tout puissant réunissant les traits de la société civile, de la société politique et du pouvoir étatique, Pufendorf opère un discernement fin et net entre trois structures, créées au moyen du contrat. La société civile, produit du premier contrat, est dotée d'une valeur, force et efficacité propre, indépendamment du pouvoir, et face au pouvoir. Sur le deuxième étage de la construction on perçoit la même société, mais déjà organisée en corps politique, parce qu'elle s'est doté d'un gouvernement. Enfin, le pouvoir suprême (le gouvernement) représente le sommet qui achève la construction. Conformément à cette structure étatique, sont constitués trois volets distincts de devoirs et obligations des citoyens: envers la société civile (envers "les autres"), envers le corps politique et envers les "conducteurs de l'Etat". Tandis que la perception d'un souverain à tendance despotique apparente encore Pufendorf à l'étatisme hobbesien, la promotion d'une société civile distincte lance un pont vers le civisme de John Locke.

Pufendorf consacre, à l'instar de Grotius et de Hobbes, la fragmentation de la communauté humaine en Etats particuliers. Tout en soulignant la primauté de l'humanité universelle et du droit de nature qui lie les particuliers en tant qu'appartenant à une même espèce, la pensée de Pufendorf descend à un niveau plus concret de cette humanité: la société

distincte. Le corps étatique ne représente pas une négation de la société universelle, mais bien au contraire: la forme appropriée de sa subsistance, une incarnation particulière de cette même humanité. Désormais la valeur suprême de l'humanité va résider dans le corps de l'Etat particulier et sur le terrain de cet Etat va se jouer le destin humain.

CHAPITRE QUATRIEME JOHN LOCKE⁶⁸

"Radiographie" des composantes de sa conception étatique qui renferment l'aspect légitimatoire

Fondements de la puissance civile Locke présuppose un spectre assez encourageant de qualités naturelles de l'homme à l'état primitif. "Le premier âge du monde - assure-t-il - était un âge d'or. L'ambition, l'avarice (...), les vices qui règnent aujourd'hui, n'avaient pas encore corrompu les coeurs des hommes, dans ce bel âge."⁶⁹ Locke admet que les hommes demeurent dans l'état de nature aussi longtemps qu'ils n'ont pas consenti à s'associer en corps politique. Voici les traits essentiels de cet état originel de l'humanité:

1. L'état de nature est un état d'égalité. Les hommes, en tant que "créatures d'une même espèce", ne connaissent aucune subordination, ni sujétion.

2. L'état de nature est un état de parfaite liberté, dans les seules bornes de la loi naturelle.

3. L'état de nature est l'état d'une sociabilité immédiate. "Dieu, ayant fait l'homme une certaine créature à qui (...) *il n'était pas bon d'être seul*"⁷⁰, lui a inspiré le désir de se joindre en société. Dans l'état de nature tous les hommes composent une communauté naturelle qui les distingue du reste des créatures.

4. En vertu du droit naturel le respect des lois naturelles incombe à chacun en particulier. A chacun le soin de sa propre défense, ainsi que le droit de juger et punir la violation de ces lois. Locke justifie le droit de punir par une argumentation forte: "Quand quelqu'un viole les lois de *nature*, il déclare, par cela même, qu'il se conduit par d'autres règles que celle de la raison et de la commune équité, qui est la mesure que Dieu a établie pour les actions des hommes (...) De sorte que sa conduite offensant toute la *nature* humaine (...) chacun, par le droit qu'il a de conserver le genre humain, peut réprimer ou, s'il est nécessaire, détruire ce qui lui est nuisible."⁷¹

L'Etat de nature, tout en étant propice à une harmonie terrestre, s'avère en même temps un état vulnérable, laissant les gens de bien dans l'impuissance d'empêcher les attentats des malfaiteurs. C'est donc la force de ces derniers qui détériore l'harmonie de "l'âge d'or de l'humanité". "Si ce n'était la corruption des gens dépravés - suppose Locke-, on n'aurait

besoin d'aucune autre société et il ne serait point nécessaire que les hommes se séparent et abandonnent la communauté naturelle pour en composer de plus petites."⁷² Nonobstant tous les privilèges de l'état de nature, les hommes demeurent dans une fâcheuse condition à cause de trois défauts principaux de cet état:

1. Le manque de lois "établies, connues, reçues et approuvées d'un commun consentement". Bien que les lois de nature soient intelligibles à toutes les créatures raisonnables, poussés par l'intérêt, les hommes rechignent parfois à y obéir.

2. Le manque d'un juge reconnu, impartial, et doté de l'autorité de trancher tous les différends conformément aux lois établies. Dans l'état de nature, chacun étant juge dans sa propre cause, et chacun étant partial lorsqu'il s'agit de ses intérêts, la passion et la vengeance sont aptes à détourner les hommes de l'observation de la justice.

3. Le manque d'un pouvoir, capable de soutenir et de faire exécuter une sentence. Car les criminels emploient la force pour résister à la punition, ce qui rend cette dernière dangereuse.

En conséquence, dans l'état de nature, faute d'un juge devant lequel on puisse faire comparaître un agresseur, les moindres différends peuvent aboutir à une guerre continuelle. Ces inconvénients de l'état de nature incitent les gens à chercher dans l'état civil "*un asile et la conservation de leurs propriétés*". Les hommes se dépouillent de leur liberté naturelle afin d'éviter l'état de guerre, d'exclure la violence, et établissent des lois pour garantir la paix et la cohésion entre eux.

Source de la puissance civile Locke s'emploie à combattre une "fausse opinion" répandue selon laquelle les hommes "ne sont pas régis par d'autres règles que celles des bêtes, chez qui le plus fort l'emporte" et que les conquêtes constituent la source de tout gouvernement terrestre. "Mais les conquêtes - estime Locke -, sont aussi éloignées d'être l'origine et le fondement des Etats, que la démolition d'une maison est éloignée d'être la vraie cause de la construction d'une autre en la même place."⁷³ Un agresseur, qui dans une injuste guerre conquiert un pays, ne pourrait y avoir plus de droit que les voleurs et les pirates sur ce qu'ils s'approprient, car "l'injure est la même, le crime est égal, soit qu'il soit commis par un homme qui porte une couronne ou par un homme de néant".⁷⁴

La source d'une société politique ne pourrait être autre que le consentement d'hommes libres, qui s'accordent à constituer une communauté distincte du reste de l'humanité, à condition de ne causer aucun tort à la liberté de tous les autres, demeurant dans

l'état de nature. Les associés se dépouillent de leur pouvoir naturel et le remettent "entre les mains de la société". Le *contrat social* permet d'établir des lois, et de désigner ceux qui devront les faire exécuter, ainsi que ceux qui devront régler les litiges et punir les coupables conformément aux peines prévues dans les lois. Par ce contrat la multitude se constitue en un seul corps politique, dans lequel les décisions du plus grand nombre sont valables pour tous. Par ce moyen la société acquiert le droit de souveraineté.

Sujet de la puissance civile. Organisation de la souveraineté. Jeu des pouvoirs. Etendue du pouvoir - Locke distingue nettement entre la société civile, qui est le souverain, et le pouvoir étatique, érigé par cette société. La société civile dispose des forces particulières de tous les citoyens, car chacun, en se dépouillant de son pouvoir naturel par l'acte constitutif, le transmet à la société. Ainsi les forces réunies de tous seront employées par la société pour l'exécution de ses jugements, ces derniers étant arrêtés par les représentants désignés. Tandis que la société dispose de la puissance concentrée de tous, le pouvoir étatique est serré dans des cadres rigoureux et déterminés à l'avance:

En premier lieu, l'accent est mis sur la *procédure formelle d'accession au pouvoir*. Peut prétendre d'être obéi seulement celui qui "entre dans l'exercice du pouvoir politique" par les voies désignées par les lois.

La fin du pouvoir dont chaque particulier jouit dans l'état de nature étant la conservation du genre humain, lorsque le pouvoir passe entre les mains des conducteurs de la société, il ne peut avoir d'autre fin que la conservation des membres de la société.

Certaines *bornes* s'imposent au pouvoir étatique:

1. Le pouvoir étatique "ne peut jamais être supposé *s'étendre plus que le bien public ne le demande*"⁷⁵;
2. Les princes qui tiennent leur autorité des lois ne peuvent autoriser aucun acte contraire aux lois;
3. La conservation des "biens des particuliers" ("leurs vies, leurs libertés, leurs propriétés") étant la fin du gouvernement civil, les biens propres du peuple restent inviolables et le prince ne pourrait s'en saisir;
4. Les détenteurs du pouvoir suprême de la société doivent observer les lois de Dieu et de la nature.

Organisation de la souveraineté

Locke justifie la séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif par l'argumentation suivante: Il n'est pas nécessaire que le pouvoir législatif soit toujours sur pied, parce que les lois peuvent être faites en peu de temps. Et pour éviter la tentation d'abus de pouvoir en cas de pouvoir inséparable, dans les "Etats bien réglés" le pouvoir législatif est mis entre les mains d'une assemblée, dont les membres, après avoir fait les lois et après s'être séparés, sont sujets à ces mêmes lois. Mais puisqu'il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance qui fasse exécuter les lois, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent souvent séparés.

Après avoir situé le pouvoir suprême dans des cadres bien déterminés, Locke pose la question fondamentale: *Qui jugera si le prince ou la puissance législative dépasse l'étendue de son pouvoir et de son autorité?* La réponse en est brève et tranchée: c'est le peuple qui doit juger. Le peuple doit être considéré comme ayant toujours le pouvoir souverain, mais non comme exerçant toujours ce pouvoir. Il ne l'exerce pas, tant que la forme de gouvernement qu'il a établie subsiste; il y revient seulement lorsque cette forme de gouvernement est érodée par infraction aux lois fondamentales.

"Eternité de vie artificielle" de la puissance civile. Dynamique spatio-temporelle D'après la conception lockienne de la succession, la continuité de la société réside dans le corps du peuple, tandis que les trajectoires individuelles des citoyens ne sont pas infailliblement accrochées au destin du peuple d'origine. Chez Locke la société est une construction parfaitement artificielle, sujette perpétuellement à réinstauration. L'acquisition et la perte de citoyenneté ont un caractère purement conventionnel. Les pères-fondateurs de la société civile n'engagent point leur postérité à s'y soumettre. Chaque génération à venir a à réaffirmer librement son appartenance civile et étatique et à reconstruire le consensus social. Ceux qui se joignent à une société déjà faite, par leur consentement volontaire, jouissent des mêmes privilèges que les fondateurs, de même qu'ils assument les mêmes engagements de loyauté envers leur patrie d'adhésion.

Locke avoue que sa conception de l'appartenance étatique est attaquée avec une objection assez répandue: chaque homme étant né sujet de son père ou de son prince et étant de ce fait dans une perpétuelle obligation de sujétion et de fidélité, aucun ne jouit de la liberté de se joindre à d'autres pour adhérer à une société ou en fonder une nouvelle. A cette affirmation Locke oppose qu'"il n'y a pas dans l'histoire, soit sacrée, soit profane, de plus

fréquents exemples que ceux des gens qui se sont retirés de l'obéissance et de la juridiction sous laquelle ils étaient nés (...) et qui ont établi de nouveaux gouvernements en d'autres endroits. (...) Telle a été la pratique du monde depuis son commencement jusqu'à ce jour."⁷⁶ Locke exprime en termes nets sa conviction qu'aucun enfant ne naît sujet d'aucun pays ou gouvernement. Chacun étant naturellement libre, rien n'est capable de l'assujettir que son consentement volontaire. A part le consentement exprès de se rendre sujet de quelque gouvernement, on peut y adhérer aussi par un consentement tacite: par exemple par le fait de bénéficier de certaines possessions dans les terres de domination d'un gouvernement. La raison en est que les premiers fondateurs de communautés ont concédé les possessions qu'ils avaient et qu'ils pourraient acquérir. Par conséquent, lorsque le propriétaire quitte ses possessions, il retrouve sa liberté de s'incorporer dans une autre communauté.

La continuité de vie d'une société peut être rompue dans certaines circonstances. Locke prévoit des cas de dissolution des corps sociaux. Malgré que la société soit fondée afin de protéger les hommes de la violence de l'état de guerre, la guerre peut être déclenchée même au sein de l'*état civil*. Les hommes retombent alors dans l'état de nature, et le gouvernement, ainsi que la société, sont dissous. Locke envisage plusieurs cas d'abus de pouvoir de la part des gouvernants dans lesquels on peut conclure au déclenchement de guerre, et qui aboutissent à la dissolution de la société:

1. Le cas d'une "manifeste corruption de la justice". Car, le but des lois étant "de protéger et de soutenir l'innocent, et de prononcer des jugements équitables", si l'on s'écarte de ce dessein, on fait la guerre aux sujets qui ne peuvent plus attendre la justice sur la terre;

2. L'injuste usage de la violence de la part d'un prince qui se lance à la conquête de pays étrangers et qui provoque la dissolution de la société des subjugués;

3. Le cas d'atteintes considérables à la puissance législative d'un Etat (celle-ci étant l'âme du corps politique).

Dans tous les cas mentionnés d'abus de pouvoir, qui déclenchent l'état de guerre et menacent de dissoudre la société, le peuple est en droit de changer de gouvernement ou même de *forme de gouvernement*, afin de prévenir la ruine de la société. Locke estime que la compétence dont est doté le peuple de changer le gouvernement "*est le plus fort rempart qu'on puisse opposer à la rébellion* et le meilleur moyen dont on soit capable de se servir pour la prévenir et y remédier".⁷⁷

Le recours à la justice. Cul- Le "jugement" est une notion fondamentale chez Locke, ainsi **pabilité et responsabilité** que le juge - une figure principale. Le pouvoir judiciaire est l'un des deux pouvoirs essentiels de l'homme à l'état de nature: il appartient à chacun de juger et de punir les violeurs des lois naturelles. Lorsque les hommes se constituent en société civile, ils transmettent ce pouvoir "dans les mains de la société".

Locke pose comme critère pertinent, qui permet de distinguer entre l'*état de nature* et l'*état de société*, la présence ou l'absence de "juge commun", établi par la société pour régler les différends entre les particuliers. Le recours à la justice constitue le moyen approprié par lequel les êtres raisonnables résolvent tous les cas de tension. C'est notamment l'accès à ce moyen qui distingue le genre humain du monde bestial, dont la voie appropriée est l'emploi de la force et de la violence. La possibilité de recours à la justice représente un rempart de la paix en tant que prévention de la violence et modération rationnelle de la tension. Le recours à la justice peut avoir par rapport à la violence un effet préventif ou bien un effet restitutif.

1. L'effet préventif: "lorsque la partie offensée peut, en appelant aux lois, être rétablie, et faire réparer le dommage qu'elle a reçu, il n'y a rien alors qui puisse servir de prétexte à la force, laquelle on n'a droit d'employer que quand on est empêché d'appeler aux lois"⁷⁸;

2. L'effet restitutif: "Si Dieu m'a privé de tout moyen de chercher du remède, il ne me reste que le parti de la patience. Mais mon fils, quand il sera en état de se faire faire raison, pourra avoir recours aux lois; lui ou son fils, peut relever appel, jusqu'à ce qu'il ait recouvré son droit".⁷⁹

Dans le système de pensée de Locke l'impératif de comparaître devant la justice devrait s'imposer aux "conducteurs" aussi bien qu'aux simples particuliers. Les princes et les magistrats, eux, se croient exempts de responsabilité judiciaire. Mais dans les cas où un prince se situe "hors des engagements de la société civile", le peuple se rendant compte qu'il n'y a point d'"*appel sur la terre*" pour lui contre l'attitude criminelle de ses conducteurs, se considère dans l'état de nature. Car l'impossibilité d'appel devant un tribunal humain justifie "*l'appel au Ciel*".

Le droit de résistance Locke considère le droit de résister au pouvoir comme le dernier recours, toutes les autres voies ayant été examinées sans efficacité. Ce n'est que dans le cas où l'on est empêché de "*résister légitimement à l'exercice illégitime du pouvoir*", que le peuple

est en droit "d'appeler au Ciel", c'est-à-dire, d'opposer la force aux détenteurs du pouvoir. Dans de tels cas ce sont ceux qui empêchent l'arrangement légal du problème qui se rendent responsables des conséquences. Locke justifie la résistance armée du peuple:

"(...) en vertu d'une loi qui précède toutes les lois positives des hommes, et qui est prédominante, il s'est réservé un droit qui appartient généralement à tous les hommes lorsqu'il n'y a point d'appel sur la terre; savoir, *le droit d'examiner s'il a juste sujet d'appeler au ciel*. On ne peut, même légitimement, renoncer à un droit si essentiel et si considérable, parce que personne ne peut se soumettre à un autre, jusqu'à lui donner la liberté de le détruire et de le rendre malheureux. Dieu et la nature ne permettent jamais, à qui que ce soit, de s'abandonner tellement soi-même, que de négliger sa propre conservation". Cette doctrine, avoue Locke, est sujette à des objections passionnées. On lui reproche d'être provocatrice de désordre et de guerres civiles. A quoi Locke répond que les arguments de ses critiques ne sont pas plus fondés que l'interdiction de s'opposer aux voleurs et aux pirates pour ne pas provoquer d'effusion de sang. Si les gens vertueux, objecte Locke, cédaient devant la violence et les injures par amour pour la paix, alors "cette paix qu'il y aurait entre les grands et les petits, entre les puissants et les faibles, serait semblable à celle qu'on prétendrait y avoir entre les loups et les agneaux".⁸⁰

Contexte légitimatoire 1. Les lois naturelles

de l'ordre légal L'*état de nature* est un état de liberté, mais pas un état de licence. La liberté de l'homme est fondée notamment sur "l'usage de la *raison*, qui est capable de lui faire bien connaître ces lois, suivant lesquelles il doit se conduire, et l'étendue précise de *la liberté* que ces lois laissent à sa volonté".⁸¹ Sans être soumis à aucun supérieur sur la terre, les hommes sont régis par la loi de nature, c'est-à-dire la loi de la raison qui vise la tranquillité et la conservation du genre humain. Dans ce but la loi de nature enseigne: a/ que chacun est obligé de se conserver lui-même, "*de ne quitter point volontairement son poste*"; et lorsque sa propre conservation n'est point en danger, conserver, selon ses forces, le reste des hommes; b/ nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien.

2. Les lois civiles

La promulgation des lois civiles est conçue par Locke comme un abri contre l'arbitraire et l'incertitude. Le détenteur du pouvoir souverain est obligé de gouverner selon les lois établies et connues par le peuple, non pas par des décrets formés sur-le-champ. Dans la conception étatique de Locke la loi civile est infailliblement liée à la liberté, à tel point

qu'on pourrait avancer, tout en suivant la logique de Locke, que la loi civile est la *conditio sine qua non* de la liberté civile et la forme dans laquelle cette liberté s'exerce. Elle est faite "pour faire agir un agent intelligent et libre conformément à ses propres intérêts: elle ne prescrit rien que par rapport au bien général de ceux qui y sont soumis".⁸²

3. La relation lois naturelles - lois civiles

Les hommes ne sont pas exempts de l'obligation de suivre les prescriptions des lois naturelles même lorsqu'ils sont sujets aux lois civiles d'un Etat distinct. Dans certains cas les obligations des lois naturelles sont même renforcées dans l'état de société.

Cette obligation s'impose par l'intermédiaire des lois étatiques. Car le critère suprême de validité d'une loi humaine, c'est sa conformité à la loi fondamentale de la nature, notamment la conservation du genre humain. Aucun décret qui s'y oppose ne pourrait être considéré comme juste. Les lois de nature lient perpétuellement tous les hommes, y compris les créateurs des lois humains. Les législateurs, auxquels est concédé par la société le pouvoir de régler les relations entre ses membres, ne pourraient échapper à l'exigence de régler aussi leur comportement propre par des règles qui devraient inévitablement s'accorder avec la justice naturelle universelle.

Il existe pourtant des situations dans lesquelles les lois naturelles interviennent dans l'état de société non pas par le biais de la législation humaine, mais par voie immédiate:

a) Les cas d'accidents, dans lesquels "une observation rigide et étroite des lois" pourrait s'avérer néfaste;

b) Les cas dans lesquels "la succession des temps", les "vicissitudes auxquelles toutes choses sont exposées", "peuvent provoquer des absurdités si l'on se tient strictement à la lettre de la loi.

Dans ces situations de l'imprévu, qui ne se laissent pas régler a priori, une flexibilité à l'égard des lois serait salutaire. Le pouvoir de régler ces sortes de cas est conféré à la discrétion de celui qui détient le pouvoir exécutif dans la société. Il lui appartient "d'adoucir la sévérité des lois" et d'ordonner, en se laissant conduire non pas par le texte des lois étatiques, mais par la loi fondamentale de nature qui exige la conservation du genre humain. Le pouvoir dont jouit l'exécutif de servir le bien public en s'écartant des lois civiles est appelé par Locke "la prérogative".

Le contexte supra-étatique Locke estime que les sociétés civiles distinctes demeurent entre elles, ainsi que chaque Etat par rapport aux citoyens des autres **de la puissance civile**

Etats, dans l'*état de nature*. En même temps, la fragmentation territoriale du monde est réglée par un accord positif entre les Etats: "Par les traités et les alliances les différents Etats ont renoncé au droit naturel qu'ils avaient sur les possessions des autres, et ont aboli les prétentions qui subsistaient sur les autres pays: ainsi, par un accord positif, ils ont réglé et établi entre eux leurs *propriétés* en des pays différents et séparés."⁸³

Dans chaque Etat Locke distingue un pouvoir (le troisième pouvoir, à côté du législatif et de l'exécutif) spécial chargé de régler les relations inter-étatiques. Ce pouvoir, appelé fédératif, dispose du droit de la guerre et de la paix; du droit de conclure des alliances, des traités. Le pouvoir fédératif, "moins capable de se conformer à des lois antécédentes, stables et positives", est confié à la discrétion et à la sagesse des détenteurs de l'exécutif.

La dernière instance justificatrice. La valeur suprême Un cercle vicieux légitimatoire adviendrait dans le cas de désaccord entre le peuple et ses gouvernants. Si l'on prend en considération la logique de l'institution de la société civile, on pourrait supposer deux réponses opposées. Les assises de la société étant à la fois rationnelles et contractuelles, on pourrait s'attendre à ce que, ou bien que les gouvernants en tant qu'exégètes qualifiés de la raison naturelle, ou bien le peuple en tant qu'instaurateur du pouvoir, aillent l'emporter dans une dispute. La réponse de Locke est nettement au profit du fondement contractuel de la société. Ainsi, parmi les différentes valeurs qu'on pourrait dégager de sa doctrine: la liberté, le peuple, le droit de résistance (la révolution), le renouvellement, comme dernière instance justificatrice s'impose le *libre consentement*.

Analyse idéal-typique de l'aspect légitimatoire

Les prémisses anthropologiques sur lesquelles Locke adosse sa doctrine politique révèlent une image empreinte de sérénité de l'homme naturel. L'état originel de l'homme, c'est un état propice à l'harmonie. Cependant cette image n'embrasse pas les traits d'une idylle. Car les possibilités d'une existence harmonieuse de l'humanité sont entravées par les vices de certains. Sans le fonder, Locke introduit le personnage du *délinquant naturel*: un être, envahi par le délire, qui s'écarte des régularités de sa propre nature, donc, trahit l'homme en soi et agresse les gens de bien. De la sorte, bien que les hommes soient virtuellement égaux, dans la réalisation de leur nature propre certains dévient de la prédestination des êtres humains et se placent hors de la mesure commune de tous les hommes. Le genre humain s'écarte de l'état originel en se divisant en *bons* et *mauvais*. Mais puisque les hommes sont

naturellement sociables autant que raisonnables, ils évitent le désastre du désordre: ils s'accordent à établir un corps politique pour qu'il protège leurs aspirations au bonheur. Ainsi l'institution du pouvoir ne représente pas une rupture dans la condition humaine. C'est plutôt un arrangement raisonnable, une amélioration de l'état naturel par la fragmentation de la société universelle en corps politiques. En plus, le rassemblement consensuel des hommes dans une même société politique ne se fait pas au détriment du reste de l'humanité, et les frontières territoriales sont réglées par accord positif entre les Etats. Dans la théorie de Locke le corps politique s'avère une oeuvre de la sagesse humaine et un produit du libre consentement. Et ce qui est l'apport fort de Locke dans la philosophie contractualiste: l'Etat n'est guère une restriction de la liberté naturelle, c'est un mode de son organisation, afin qu'elle s'exerce. Cela est dû au fait que la liberté a pour assise la nature raisonnable de l'homme, sa capacité à connaître les lois de la nature et à se conduire conformément à elles. Ainsi l'accessibilité égale des lois naturelles pour tout le monde écarte la nécessité de subordination et de sujétion. Chacun étant autant raisonnable que tout autre, il n'y a pas besoin de glossateurs qualifiés. Le pouvoir législatif (la traduction de la loi naturelle en lois de conduite personnelle) et exécutif appartenant originellement à chacun, l'établissement d'un pouvoir étatique ne pourrait supposer aucune atteinte aux libertés individuelles, car il ne pourrait être que le produit d'une délégation. La multitude des hommes se constitue en souverain, en cédant leurs pouvoirs législatifs et exécutifs aux gouvernants, sous la condition que les règles de jeu soient posées à l'avance. Le côté contractuel de la construction étatique chez Locke est poussé à l'extrême. La société civile est présentée comme un corps dynamique et artificiel, toujours en état de reconstruction, et qui ne connaît pas le statu quo. C'est une société ouverte : de nouveaux membres peuvent toujours y adhérer sous certaines conditions; chacun peut en sortir, en répondant à certaines exigences. Nul ne naît citoyen; chacun adopte une *citoyenneté facultative*.

Le peuple n'est pas une donnée organique, mais une association d'hommes libres qui s'incorporent volontairement en collectivité. Le pouvoir suprême de l'Etat est délégué, limité, et les gouvernements sont susceptibles de démission. La révocabilité des gouvernements est une garantie de la stabilité civile. Le désamorçage légal d'éventuelles tensions (y compris le recours à la justice) représente une prévention de la violence. Les abus de pouvoir et l'écart des gouvernants des limites rigoureuses de la délégation justifient l'intervention souveraine du peuple afin de réimposer les règles de jeu violées. Le droit du peuple à la résistance contre l'égarage des gouvernants tire sa force de l'aspect contractuel du pacte inaugural.

Cependant, malgré les tendances vers un radicalisme contractuel, la conception étatique de Locke n'aboutit guère à une vision fonctionnaliste et technocratique de la société politique. Car le fondement consensuel est équilibré par un fondement rationnel fort. La liberté, qui est le substrat du contractualisme, n'a rien à avoir avec un volontarisme abusif. C'est la liberté d'êtres doués de raison et elle adopte la forme de lois. *L'aménagement du monde par le biais de préceptes rationnels est l'entreprise proprement humaine, réconciliant l'abri artificiel que les hommes se sont procuré avec leur abri naturel (l'état pré-étatique).*

L'image la plus saisissante que l'on peut dégager de la doctrine de Locke, c'est un réseau de lois qui englobent l'activité des hommes. Les lois civiles, puisant leur contenu de la raison naturelle, atteignent un perfectionnisme procédurier qui les amène sur une orbite auto-génératrice. Les lois civiles s'imposent comme un contrôleur suprême. Elles encadrent l'activité gouvernementale; elles surveillent la procédure d'accession au pouvoir; elles consacrent la séparation des pouvoirs; elles imposent la procédure pour régler les différends; elles maîtrisent la procédure délicate de succession, de substitution, de changement du pouvoir. La loi est le moyen qui réussit à dompter les passions destructives que le pouvoir engendre. La loi empreint toute la société de la discipline de la rationalité. Dirigé par sa vocation civique, Locke promeut le démon de la légalité, propre à l'Etat législateur parlementaire.

CONCLUSION

Les résultats auxquels aboutissent les constructions théoriques des "pères-fondateurs" s'écartent considérablement les uns des autres. D'ailleurs, cet écart ne pourrait pas être imputé aux différentes expériences vécues. Observateurs passionnés d'une même époque troublante⁸⁴, ils la ressentent, la réfléchissent chacun de manière originale, et leurs théories fournissent des solutions pratiques opposées. Le cadre général de l'époque historique, pas plus que les destins personnels, ne serait apte à offrir la clé pour expliquer la divergence des vues. Par exemple, la trajectoire biographique de Grotius n'est pas moins troublée et bouleversante que celle de Hobbes (bien au contraire, Grotius est même devenu anecdotique à cause des vicissitudes spectaculaires qu'il a du surpasser), mais cela ne l'empêche pas, à la différence d'un Hobbes obsédé par l'épouvante face au démon des guerres civiles, de porter un regard serein sur le mal de son siècle et de tenter de réconcilier paisiblement les parties des controverses. Bref, une explicitation déterministe qui cherche des fondements supra-théoriques aux théories n'apparaît pas être suffisamment fondée. Une observation minutieuse de la logique des systèmes de pensée exposés ci-dessus invite plutôt à embrasser les postulats de l'épistémologie weberienne.⁸⁵ En d'autres termes, les systèmes logiques de pensée (les théoriciens, eux non plus, n'échappent pas à cette constatation générale) diffèrent dans le choix de valeurs fondamentales (de présupposés fondamentaux) et ce n'est pas à la science d'expliquer pourquoi les uns se rangent derrière tel "dieu" à l'opposition des autres qui préfèrent tel autre. La science devrait tenter de tirer les conséquences qui s'ensuivent de l'adoption de tel ou tel point de vue fondamental.

Dans le cas de l'analyse concrète de quatre conceptions de la légitimité on pourrait inférer que la construction théorique dérive de la *foi anthropologique* de chaque penseur, encadrée dans les assises de cette construction. La foi anthropologique, c'est la précondition conceptuelle concernant la "nature humaine", (cette dernière acceptée comme un axiome qui n'a pas besoin d'être fondé). De cette foi anthropologique découlent, avec une logique interne, les traits essentiels de la conception étatique. Les prémisses théoriques opposées mènent à des solutions pratiques incompatibles, mais la même foi anthropologique peut donner naissance à différentes ramifications conceptuelles à racine commune.

1. La précondition conceptuelle (Le présupposé fondamental)

Les quatre conceptions en question sont centrées autour de l'acceptation unanime d'une "nature" commune à tous les représentants du genre humain. Tous admettent encore la

présence de deux attributs fondamentaux de cette nature: la raison et les passions. De ces deux attributs provient la qualité essentielle de l'activité humaine: la volonté. L'homme, à la différence des espèces bestiales, n'est pas soumis dans son activité à une nécessité objective, extérieure à son être. Par sa nature propre il est apte à être *l'auteur* de ses propres actes. Ici commencent les divergences entre les présupposés anthropologiques: la volonté est conçue soit comme dirigée plutôt par les passions à l'encontre des préceptes de la raison, soit comme orientée par un vecteur rationnel, donc entièrement conforme à la raison. Cette opposition profonde dans les paramètres de l'*axiome anthropologique* aboutit, en fin de compte, à des conséquences majeures, qui s'expriment dans des solutions politico-juridiques différentes. Ainsi Hobbes, lorsqu'il admet un décalage entre la volonté et la raison (la volonté n'étant qu'une marionnette des passions), part d'une vision misanthrope et construit une *anthropologie de la méfiance*. Au contraire, Grotius, et aussi Locke, lorsqu'ils admettent la conformité de la volonté à la raison et la sociabilité immédiate propre à la nature humaine, révèlent une vision humaniste-optimiste et construisent une *anthropologie de la confiance*. Quant à Pufendorf, il occupe une position mixte entre les deux doctrines, et, par conséquent, n'aboutit pas à des conclusions tranchées.

2. L'opportunité de l'Etat.

De la précondition conceptuelle découle logiquement la thèse de *l'opportunité de l'Etat*, en tant que toit institutionnel de la société. Les adeptes de l'anthropologie de la confiance estiment que l'état pré-étatique de l'humanité n'est pas en même temps un état pré-social. La sociabilité étant une faculté immanente à la nature humaine, le genre humain est capable de s'auto-gérer sous le guide du droit naturel, sans l'intermédiaire d'un pouvoir organisé et incorporé. Dans cette vision l'Etat s'avère une *amélioration de la condition humaine*.

Dans la conception hobbesienne, tant que les passions l'emportent sur la raison, l'état pré-étatique est en même temps un état pré-social (quasi bestial). Il admet une coïncidence entre *l'état civil* et *l'état politique*. L'Etat est le seul et l'unique *civilisateur*. La rationalité de la coexistence des hommes est imposée par l'Etat. Tant que les particuliers, laissés à eux seuls, n'arrivent pas à maîtriser individuellement leurs passions destructives, la seule manière de les "dompter", c'est d'instaurer une force collective qui impose par le moyen de *la crainte* la discipline rationalisante. La raison, dont les hommes sont dotés, tout en restant insuffisante pour s'imposer face aux passions, leur suggère la voie à suivre pour remédier à cette insuffisance: construire volontairement *l'objet de leur crainte*.

3. Dynamique des collectivités civiles et étatiques

Pour les auteurs admettant que la souveraineté réside dans le corps civil (le peuple), la continuité sociale est assurée par la vie continue de la société civile, nonobstant les vicissitudes gouvernementales et étatiques (Grotius, Pufendorf et Locke). D'ailleurs, chez Grotius on observe une hésitation sur ce point, qu'il résout en introduisant une double figure du sujet de souveraineté: dans un sens large, le sujet commun, qui est le peuple, et dans un sens étroit, le sujet propre, qui est le détenteur du pouvoir. Vu que, selon Hobbes, la souveraineté réside dans le détenteur du pouvoir, la continuité de vie de la société coïncide avec celle de l'Etat et du pouvoir de l'Etat.

Les divergences à propos du sujet de souveraineté s'ensuivent, elles aussi, du présupposé anthropologique. Conformément à la confiance dans les qualités naturelles des particuliers on leur reconnaît aussi la *capacité civique de partager en commun la mission de la souveraineté*. Au contraire, la méfiance à l'égard de la raisonnable individuelle cautionne l'hypothèse d'une capacité civique artificiellement construite et qui est assumée par le corps politique des "conducteurs".

La conception sur le sujet de souveraineté prédétermine la prise de position à l'égard du droit de résistance. L'écart présumé entre continuité de vie de la société et celle de l'Etat facilite la permissivité quant à la résistance au pouvoir étatique. Dans ce cas-là la résistance ne détruirait pas les assises de la société. Au contraire, provoquant la démission des pouvoirs abusifs, elle s'avère un rempart contre la dissolution de la communauté.

Si l'on admettait une coïncidence de la continuité sociale et étatique (Hobbes), alors la résistance au pouvoir étatique signifierait une négation de la vie commune des gens. L'acte antigouvernemental s'avérerait antisocial.

Sur ce point, ainsi que sur celui du sujet de souveraineté Grotius n'adhère à aucune des deux thèses tranchées. Il adopte une position modérée et hésitante, notamment en introduisant une distinction entre la résistance passive et la résistance active et en justifiant cette dernière uniquement dans certains cas définis.

Ici comme ailleurs la démarche de Pufendorf est contradictoire. D'une part, il distingue nettement la société civile du pouvoir étatique et reconnaît une capacité de survie autonome à la société civile. Mais d'autre part il pousse à l'extrême l'interdiction de la résistance.

A la différence de Grotius et Pufendorf qui adoptent une position ambiguë, les solutions que préconisent Locke et Hobbes se rangent sur deux pôles opposés. Au point que,

dans une situation de conflit civil l'un n'en impute la responsabilité qu'aux extrêmes du pouvoir abusif, et l'autre qu'à la désobéissance criminelle des "sujets" rebelles.

Le problème majeur de la persistance des collectivités humaines comprend aussi une autre dimension: celle d'une distinction entre continuité de vie de la société étatique particulière et de la communauté humaine universelle. Hobbes tranche le problème nettement en faveur de l'Etat particulier et soumet la relation avec le monde extérieur à l'intérêt propre de l'Etat. En conséquence il considère les autres Etats soit comme des ennemis, soit comme des alliés. En plus, l'image étatique qu'il construit est celui d'un Léviathan éternel et inébranlable, non susceptible de transformations. Dans les doctrines de Grotius et Locke la communauté universelle est présumée éternelle et elle persiste à travers un jeu perpétuel de reconstructions diverses des unités étatiques qui la composent. Pufendorf occupe à nouveau une position intermédiaire entre les deux pôles. D'une part, il promeut l'importance majeure du corps étatique en tant que centre et terrain privilégié de la vie commune des hommes. Mais d'autre part, il promeut aussi une certaine mobilité individuelle: idée dans laquelle on aperçoit les germes de l'artificialisme lockien qui va atteindre sa forme achevée dans la thèse du choix libre de citoyenneté.

4. La sensibilité à l'égard du judiciaire

Le recours à la justice (la possibilité de comparaître devant un tribunal humain) constitue encore une ligne de démarcation entre les théories visées. Tandis que chez Grotius et Locke le tribunal s'avère une instance primordiale de la société politique - un garant, dans le premier cas, du droit, et dans le deuxième cas, de la loi -, chez Hobbes et Pufendorf son rôle est réduit à un instrument docile du pouvoir. D'une manière plus concise on pourrait désigner la prédestination du tribunal par les formules suivantes:

- chez Grotius: la force du droit;
- chez Locke: la prévention de la violence;
- chez Pufendorf et Hobbes: le serviteur du pouvoir souverain.

5. La " loi injuste "

Dans les quatre théories visées aucun décalage entre le droit naturel et le droit humain n'est envisagé. L'option d'une *loi injuste* est exclue.

Chez Grotius la volonté est censée être toujours *raisonnable* (conforme à la raison), et la volonté légiférante le serait aussi.

Chez Hobbes, la volonté du particulier, dont les passions l'emportent sur la raison, est entachée d'insuffisance rationnelle. Mais en revanche *la volonté constituée de l'Etat* (du

souverain) coïncide par définition avec la "droite raison", donc la législation étatique ne pourra jamais s'écarter des lois naturelles.

Un écart est tout de même prévu par Pufendorf, mais simplement comme un cas spécial. Si la loi positive devenait trop technique et si elle interdisait beaucoup de choses autorisées par le droit naturel, par cela même elle s'avèrerait inefficace.

Locke ne prévoit pas non plus de décalage entre loi écrite et loi non écrite (naturelle), mais entre l'exécutif et les lois fondamentales, c'est-à-dire une probabilité d'exercice illégitime (donc en même temps illégal) du pouvoir. Dans ce cas-là le peuple s'avère un correctif de l'abus du pouvoir.

DEUXIÈME PARTIE

LA JURISPRUDENCE DE NUREMBERG

TITRE PREMIER

LES SOURCES (ANALYSE DE DEUXIEME MAIN)

Introduction

Les termes "droit de Nuremberg" et "jurisprudence de Nuremberg"

Par le terme "jurisprudence de Nuremberg" est désignée une catégorie de procès pénaux qui s'inscrivent dans la mouvance doctrinale du procès de Nuremberg et appliquent le "droit de Nuremberg".

"Droit de Nuremberg" renvoie aux principes de droit international, déduits du jugement du Tribunal militaire international (TMI) par la Commission de droit international de l'ONU en 1950, et qui représentent, telle l'expression de Jean-Marc Varaut, la "préface judiciaire à un ordre juridique international".⁸⁶

Le terme "droit de Nuremberg" est plus large que celui de "jurisprudence de Nuremberg": la cristallisation de ce nouveau standard du droit international est le produit de contributions coordonnées de plusieurs instances politiques et juridiques: organes de l'ONU, gouvernements nationaux, parlements, tribunaux.

"Jurisprudence de Nuremberg" vise à isoler un aspect du "droit de Nuremberg": la contribution proprement jurisprudentielle dans la création du nouveau standard du droit international (du droit humanitaire en l'occurrence), et l'apport doctrinal dans ce sens des protagonistes de la justice.

Rôle euristique de la jurisprudence de Nuremberg

Depuis Nuremberg, les procès qui s'inscrivent dans sa lignée ne cessent d' "édicter" de nouvelles figures de conscience.⁸⁷ Le rôle euristique de cette jurisprudence est subtilement saisi par Pierre Mertens qui, en commentaire d'une appréciation que le TMI porte sur son statut:

"Le statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création: il contribue par là même au développement de ce Droit",

conclut:

"On constate, par cette formule quelque peu ambiguë, de quelle façon et par quel "biais dialectique" le Tribunal glisse de l'entérinement pur et simple d'un droit existant à la consécration d'un droit en formation. Par la suite les Nations Unies ne cesseront de se référer, cependant, aux principes formulés pour la première fois très clairement à Nuremberg."⁸⁸

Les procès de droit international pénal ne peuvent pas se référer à une codification préexistante et les travaux de codification des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dont a reçu mandat la Commission de droit international de l'ONU (qui n'ont toujours pas abouti) ne peuvent pas se référer à une doctrine élaborée, selon les remarques d'un connaisseur de ces travaux, Jean Graven.⁸⁹

Depuis Nuremberg, les procès de droit international pénal, menés par des tribunaux nationaux en exercice de répression de crimes internationaux, s'avèrent des laboratoires pratiques pour de nouvelles conceptualisations, qui influencent à leur suite les législations et marquent des étapes de prise de conscience sur des phénomènes dont les faits sont préalablement connus mais dont l'appréhension conceptuelle est en train de se construire. A titre d'exemple on peut citer l'adoption de l'état de fait "crime contre l'humanité" dans le nouveau Code pénal français⁹⁰ après qu'une condamnation pour ce crime, notamment contre Barbie, fut prononcée.

Le procès de Nuremberg véhicule, en tant qu'innovation judiciaire occasionnelle, promue dans l'immédiat exceptionnel de l'après-guerre, *une vision fondamentale du monde*, qui se fait jour non pas dans les écrits académiques d'une tête savante, mais dans le laboratoire même de la justice. Les acteurs de tous bords de cette justice, y compris d'ailleurs les accusés et leurs représentants, donnent expression de leur conscience de la particularité unique de "l'événement - procès"⁹¹ comme un moment condensé du Droit, de l'Histoire et de la Conscience de l'humanité. Le procès est conçu et réalisé comme grandiose, solennel et éducatif.⁹²

De même pour le procès Eichmann qui, dans la vision de ses protagonistes, est une première. Le phénomène est d'autant plus significatif que les actes incriminés se trouvant au centre de l'affaire Eichmann sont connus depuis Nuremberg. L'innovation consiste dans un mouvement de prise de conscience, d'élucidation de faits connus, par l'oeuvre de la conceptualisation. "Le procès a entre autres fonctions - note Annette Wieworka - de faire entrer le génocide dans la conscience universelle, ce que le procès de Nuremberg n'avait pas

voulu ou pas pu faire."⁹³ Une fois encore après Nuremberg on est en présence d'une *contribution théorique de la jurisprudence*, d'une sorte de "*philosophe collectif*", assumé par la Cour de justice.

Les objectifs de la recherche

L'objet que je me propose d'étudier peut être défini dans les termes suivants: *la modalité* la plus récente, marquant la fin du vingtième siècle, de la *conception légitimatoire* telle qu'elle est repérable à travers *l'apport jurisprudentiel* du procès Barbie et du procès Honecker au corpus européen de doctrines du droit et de l'Etat. A cette fin il me faudra descendre jusqu'aux sources de cette jurisprudence - notamment le procès de Nuremberg (et le procès Eichmann comme, en quelque sorte, un complément du procès Nuremberg) -, et ensuite situer les procès Barbie et Honecker par rapports à ces sources.

D'après l'opinion dominante parmi les juristes et historiens de langue française ⁹⁴le procès Barbie s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle Nuremberg - Eichmann.

En ce qui concerne le cas "Honecker et autres", les opinions sont polairement partagées sur la question, et en premier lieu entre les parties au procès.

Les représentants de la défense reprochent au tribunal (et à plus forte raison à l'accusation) de mener un procès "au goût amer" d'une justice de type Nuremberg. L'accusation et le tribunal s'en défendent avec véhémence. On peut constater que le seul consensus entre les deux parties sur la question concerne l'appréciation du procès de Nuremberg: les deux parties se rejoignent pour affirmer que c'est un anti-model de jurisprudence qu'il faut à tout prix éviter de suivre. On peut aussi constater que cette répugnance vis-à-vis du précédent Nuremberg est redevable en premier lieu à la nature *ad hoc* du tribunal, aux circonstances historiques de la tenue du procès, à son caractère d'exceptionnalité. L'opposé de ce procès d'exception, et qui exprime la conception de justice des deux parties au procès Honecker, serait un procès ordinaire et régulier. Un deuxième aspect de répugnance y est greffé: un accord tacite existe parmi les professionnels de la justice d'obédience strictement légaliste, qu'il est de bon ton pour un professionnalisme de rigueur de marquer ses distances avec "l'école de Nuremberg", voire de l'apostropher.

Sans porter d'appréciation de valeur ni sur le procès de Nuremberg, ni sur le procès Honecker, et encore moins sur le niveau de professionnalisme - une question qui revient uniquement aux professionnels du droit - j'estime que le procès Honecker s'inscrit (malgré la

négarion de ses acteurs) dans la mouvance de la jurisprudence de Nuremberg, parce qu'il est basé sur les mêmes principes innovateurs (cités dans la note N 86).

Je me vois obligée d'avancer quelques arguments préliminaires en appui à cette thèse, tout en abandonnant à l'analyse concrète et détaillée du procès, qui va suivre, de démontrer plus en profondeur le bien fondé de cette thèse.

1. Sur le banc des accusés sont assis des dirigeants d'Etat déchus (y compris l'ex chef de l'Etat) qui ont à répondre non pas pour d'éventuels abus de pouvoir public dans leur intérêt privé, mais pour certaines de leurs décisions politiques et leurs actes d'Etat.

Ce fait se laisse subsumer dans le principe N 3, qui proclame la suppression, en droit international pénal, de l'immunité de juridiction des fonctionnaires et chefs d'Etat.

2. Ils sont jugés par un tribunal étranger, comme conséquence de la succession de la République fédérale à l'Etat dissout de la RDA. Il est incontestable que l'Etat successeur, en organisant ce procès, ne cède pas à des mobiles de vengeance contre l'ennemi vaincu de la guerre froide, mais assume une obligation constitutionnelle de rendre justice sur tout le territoire de l'Allemagne élargie, obligation concrètement réglée dans le Contrat de l'Unification. Mais les mobiles légitimes ne changent rien à la circonstance que les accusés sont jugés par un tribunal qui n'est pas un de leur Etat de provenance. Le tribunal de Berlin n'incluait pas de membres provenant de l'ex RDA, de même que le TMI n'en incluait pas de l'Allemagne vaincue.

3. D'après le Contrat de l'Unification, les tribunaux de la République fédérale se voient obligés d'appliquer, à l'égard des ressortissants de la RDA, le droit de l'époque des faits, mais, en dernier ressort, les dispositions correspondantes du droit de la RFA, si ces dernières sont plus clémentes pour les accusés. En fin de compte, les accusés du procès "Honecker et autres" sont condamnés d'après des dispositions pénales de la RFA, celles-ci étant, presque dans tous les aspects, jugées plus clémentes pour les accusés. Mais même si l'on faisait abstraction de cette circonstance, dans le cadre de l'examen des cas d'après le droit de la RDA, le tribunal était dans *l'obligation de ne pas sortir du cadre constitutionnel de la RFA*, une obligation rappelée par la plus haute instance gardienne de la constitutionnalité - le Tribunal de Karlsruhe. Les tribunaux fédéraux étaient, d'après la réflexion de la Cour constitutionnelle, à plus forte raison liés par le principe de l'Etat de droit (der Rechtsstaatsprinzip), absolument non dérogeable, que par le soin de veiller à l'application stricte et non-rétroactive du droit de la RDA, ce dernier représentant, dans certains aspects, une négation du principe de l'Etat de droit. Rappelant qu'on est en présence de violation d'un

droit humain reconnu par le droit international, et cela au moyen de l'usage disproportionné de la force étatique, la Cour Constitutionnelle rend sa décision définitive stipulant que "la protection stricte de la confiance par l'art. 103 paragraphe 2 de la Constitution (qui contient le principe de non-rétroactivité en droit pénal) doit reculer dans ce cas".

Par cette décision la plus haute juridiction nationale consacre la dérogation partielle et à titre d'exception de l'application stricte à l'égard des accusés de leur droit national, rejoignant, sans l'avouer, le "droit de Nuremberg" dans le principe N 2: "Le fait que la législation nationale ne punit pas un acte qui est un crime international ne dégage pas de la responsabilité en droit international celui qui l'a commis".

4. Aux accusés est reproché d'avoir violé le droit de la RDA, mais d'après une conception qui inclut dans la catégorie de "droit de la RDA" aussi les obligations de droit international encourus, concrètement les obligations qui s'ensuivent de l'adhésion au Pacte international sur les droits civils et politiques. Pourtant, le système juridique de la RDA ne reconnaît pas d'effet immédiat du droit international (non plus au *jus cogens*) au niveau individuel, mais uniquement au niveau étatique. Imputer de la responsabilité individuelle pour le non respect du droit international, c'est un principe inconnu au système juridique de la RDA, mais par contre c'est un des principes les plus novateurs du "droit de Nuremberg", le principe N 1: "Toute personne qui commet un acte qui constitue un crime selon le droit international est responsable de ce chef et passible d'un châtement".

Pour toutes ces raisons je soutiens que le procès de Honecker s'inscrit dans la mouvance doctrinale de la "jurisprudence Nuremberg".

La *signification juridique* et la *portée historique* des "événements procès" Nuremberg, Eichmann, Barbie et Honecker (en premier lieu et surtout celui de Nuremberg) ont été abondamment étudiées, par des juristes et des historiens. Il s'agit ici de dégager la *signification juridico-sociologique* de la jurisprudence Nuremberg. Tout comme les juristes ont déduit, du Statut du TMI et du jugement, les nouveaux principes du droit international, il s'agit ici de déduire, à l'aide d'une analyse de deuxième main (basée sur des travaux de juristes et d'historiens) *la nouvelle conception de société politique* que cette jurisprudence novatrice contient. Le problème de la relation légitimité - légalité représentant un aspect, l'aspect pivot, de chaque vision générale de société politique, le mode de légitimité prédominant devrait pouvoir être extrait de la conception générale de société politique.

Une première étape de l'analyse jurisprudentielle consistera à dégager les idées clés novatrices de la conception générale de société politique, véhiculée par l'événement procès Nuremberg (analyse de deuxième main), et de compléter ces idées clés par d'éventuels apports du procès Eichmann (aussi analyse de deuxième main).

La deuxième étape concerne la postérité de Nuremberg et la question qui constitue le noyau de la présente recherche: notamment la contribution jurisprudentielle des procès Barbie et Honecker dans la conception de la légitimité à la fin du XX-ème siècle.

Chapitre premier

La conception novatrice de Nuremberg

La littérature sur l'événement Nuremberg étant considérable, je me suis basée, dans mon raisonnement, sur certaines pièces des archives du procès (avant tout sur le jugement⁹⁵), ainsi que sur certaines publications récentes, ces dernières se référant, de leur part, aux écrits déjà classiques de la période succédant au procès.

Pour les mêmes raisons – l'abondance de la littérature et la circonstance que les faits sont largement connus, je n'entends pas m'arrêter sur des informations factuelles ni présenter un aperçu des problèmes proprement juridiques soulevés par le procès. Je passe directement à la recherche des significations juridico-sociologiques des débats.

L'examen des interventions au cours du procès permet de dégager quatre points clés innovateurs d'une conception générale de société politique:

- I. Prévention radicale de la violence, aboutissant à une nature humaine régénérée (anoblissement et pacification)
- II. Redistribution du monopole de la violence légitime
- III. Confrontation de deux visions diamétralement opposées de la personne humaine
- IV. Consécration de la dimension universelle de l'humanité

I. Prévention radicale de la violence

Le dénominateur commun des trois chefs d'accusation: la guerre d'agression, les crimes de guerre, le crime contre l'humanité (le chef d'accusation complot étant étroitement lié à la guerre d'agression), c'est *la limitation de la violence étatique* (c'est-à-dire la violence qui émane de l'Etat: la violence dans les rapports entre les nations et la violence de l'Etat à l'encontre des particuliers). Par un "double saut"⁹⁶, constitué de l'incrimination de la guerre d'agression, d'une part, et de l'imputation de responsabilité pénale individuelle aux dirigeants de l'Etat agresseur, d'autre part, le Tribunal s'inscrit dans l'entreprise ambitieuse de débarrasser le patrimoine de la communauté humaine d'une de ses pratiques parmi les plus courantes et les plus universellement répandues qu'est la guerre. En effet, l'histoire de tous les peuples et en tous lieux, telle qu'elle nous est parvenue de tous temps, est histoire de belligérants, de même qu'une partie importante du patrimoine culturel des peuples représente des commémorations de batailles remportées ou perdues. Pour les besoins de la présente étude il suffira se rester dans le cadre de l'Etat européen moderne. La définition weberienne, très communément admise, de l'Etat, désigne ce dernier comme détenteur du monopole de la violence légitime.⁹⁷ Avec l'avènement de l'Etat moderne l'expression primitive de la violence - la vengeance - cède la place à la violence légitime organisée. Dans l'Etat moderne, les citoyens étant punissables dans le cas de recours à la violence (exception faite du cas de la légitime défense), seule la violence ordonnée par l'Etat est légitime, soit sur le plan intérieur sous la forme d'exécution de peine ou d'intervention policière, soit sur le plan extérieur – sous la forme de guerre contre les ennemis de l'Etat. Mais si la violence privée devait être freinée par l'institutionnalisation des relations sociales en Etats, la violence politiquement motivée (étatique, anti-étatique, inter-étatique) semblant être un phénomène irréductible de la vie publique, la représentation d'une communauté humaine non-belligérante relève de la capacité contemplative de l'esprit humain, de sa propension à s'élever au-dessus de la réalité pour concevoir des utopies.

La mise à mort délibérée d'un être humain par un autre être humain représente, dans sa signification du "point de vue" de la nature, une auto-agression du genre humain, une usurpation de la part des humains d'un pouvoir qui ne relève que de Dieu ou de la Nature, mais dans sa signification sociale (qui provient du fait de l'organisation de la vie humaine en sociétés et en Etats) revêt des statuts juridiques et moraux diamétralement opposés selon le

cas - depuis l'infamie du crime jusqu'à la gloire de l'exploit. La mise à mort, identique dans sa signification naturelle et biologique, est qualifiée par l'histoire, y compris l'histoire du droit et l'histoire des mœurs, soit comme homicide criminel (dans le sens de violation du Code pénal et, respectivement, du "Code" de conduite morale), soit comme mise à mort légale, ordonnée par le pouvoir légitime de l'Etat et perçue comme regrettable, mais inévitable et juste, voire exaltée s'il s'agit de la défense d'autres vies innocentes ou bien de la défense de la patrie dans un combat.⁹⁸

La philosophie sous-jacente des trois chefs d'accusation du TMI représente un *tournant décisif dans la conception de la mise à mort légale*, donc ordonnée par l'Etat.

Tout d'abord, par les chefs d'accusation crime de guerre et crime contre l'humanité, une catégorie d'êtres humains est mise à l'abri de la violence légale pendant les hostilités - la catégorie des "inoffensifs"⁹⁹: les populations civiles des territoires occupés, les otages, les prisonniers de guerre, les personnes blessées, les personnes en mer. Le raisonnement philosophique déductible de cette protection de biens juridiques serait que l'inhumanité consiste dans le fait de causer délibérément la mort à une personne hors d'état de se défendre, ça veut dire dans *l'exécution*.

Eric David observe, dans l'étude déjà citée, que le Tribunal avait opéré une distinction entre "les violations commises au préjudice de personnes se trouvant *au pouvoir* de l'ennemi" (ce que l'auteur désigne comme "violation du droit dit de Genève"), et "les violations du droit de la guerre commises à l'occasion des hostilités elles-mêmes, c'est-à-dire lors des situations d'*affrontement direct* entre belligérants (violation du droit dit de la Haye) qui n'ont pas été réprimées".¹⁰⁰ Ainsi tous les actes de violence, commis pendant la guerre et à propos de la guerre, mais non justifiés par des objectifs proprement militaires tombent sous la qualification de crimes de guerre. De plus, les actes de violence, commis simultanément à la conduite de la guerre et sous le prétexte de la guerre, mais qui sont indépendants de l'affrontement au front, notamment le massacre et l'extermination de groupes raciaux, politiques ou religieux, sont frappés par l'incrimination nouvellement forgée de crime contre l'humanité.

En appliquant le "droit de Nuremberg", les tribunaux nationaux des pays concernés par les crimes national-socialistes font état de réception aussi de la philosophie sous-jacente des incriminations de Nuremberg. Cette réception se laisse dégager dans la manière de la fixation de la peine par les tribunaux en question. Faute de codification en droit pénal international, les gouvernements nationaux censés appliquer le droit international se voient

obligés de trouver des solutions novatrices: soit en créant des lois spéciales, soit en laissant aux tribunaux le soin d'adapter les lois existantes à l'exigence de répression des crimes nazis.

Ainsi l'étude mentionnée d'Eric David révèle une pratique de fixation de la peine par les tribunaux des pays concernés qui consiste dans *l'assimilation des actes incriminés par le droit international à des actes semblables du droit commun interne* (par ex. meurtre, atteinte à l'intégrité physique, etc.). Ce procédé juridique, si opportuniste soit-il, ne s'inscrit pas moins dans le *tournant philosophique dans la conception de la violence légitime de l'Etat*. L'assimilation de certains actes de service inconditionnel à son Etat à des actes répertoriés dans le Code pénal signifie qu'une partie de la violence légale (ordonnée par l'Etat ou bien commise au nom de l'Etat) est entachée de criminalité. Ce procédé juridique a deux conséquences juridico-sociologiques importantes: 1/ La notion de criminalité est élargie au-delà de ce qui est illicite. 2/ Le cercle de la violence légitime est rétréci.

1. A travers l'incrimination d'actes d'Etat et à travers la suppression de deux exceptions - l'immunité de juridiction des dirigeants de l'Etat et le fait justificatif que représente la soumission à l'ordre d'un supérieur ou à la loi - le Tribunal de Nuremberg contribue au dégagement d'une nouvelle notion, celle de "l'Etat criminel".¹⁰¹ Dans le sens philosophique (et non pas pénal), est criminel un Etat lorsque l'ordre légal qu'il impose se soustrait aux coutumes et principes fondamentaux du Droit, reconnus par la communauté des peuples. Le jugement de Nuremberg permet de déduire qu'est criminel le recours à la violence, ordonné par ou exercé au nom d'un Etat, dont l'ordre normatif se soustrait aux principes de droit de la communauté des nations.¹⁰²

2. L'incrimination de certains actes commis sous ordre légal, au moyen de leur réduction à la signification criminelle des mêmes actes (des mêmes éléments matériels) lorsqu'ils sont réalisés par des particuliers de leur propre gré, contribue à rétrécir le cercle de la violence légitime. Tandis que les idéologies occultent le fait qu'est la privation de vie d'autrui, en lui attribuant une signification "élevée", le Tribunal déshabille de son auréole la mise à mort pour des motifs politiques et lui rend sa signification naturelle primitive.¹⁰³ C'est une victoire de l'humain sur le politique; dévalorisation des mobiles "élevés" (politiques, idéologiques) du mal (de la mise à mort en l'occurrence) et revalorisation de la vie humaine dans sa dimension naturelle.

Si les chefs d'accusation crime de guerre et crime contre l'humanité contribuent au rétrécissement du cercle de la violence légitime, c'est surtout le premier chef d'accusation – crime contre la paix - qui contient virtuellement une charge révolutionnaire dans ce sens.

Par ce chef d'accusation l'effort de guerre (d'agression) est dépouillé de son auréole traditionnelle de gloire et d'héroïsme et décomposé, à l'aide des deux autres chefs d'accusation, en actes individuels et collectifs d'assassinats et d'autres forfaits, et ainsi il est réduit à une série de crimes de droit commun.

Dans la justification du bien fondé juridique de ce chef d'accusation, l'accusation trace le fil mince et fragile d'événements juridiques depuis le début du XX-ème siècle, allant dans le sens de la mise hors-la-loi de la guerre d'agression. Pourtant un fait reste incontestable: aucun des précédents n'a abouti et le procès de Nuremberg est le premier dans l'histoire à mettre sur le banc des accusés des dirigeants d'un Etat déclencheur de guerre. Même si, eu égard à la postérité du procès, du fait de l'impunité des instigateurs de maintes guerres d'agression pendant la deuxième moitié du siècle, on peut conclure au caractère "quichottesque" de l'entreprise de Nuremberg, *virtuellement* l'idée d'une *communauté internationale non-belligérante* est là, elle est enfermée dans le dossier du procès, elle constitue une "arme" théorique latente, qui peut toujours en être ressuscitée. C'est là, à mon avis, l'apport euristique le plus radical, bien qu'en même temps le plus utopique de la philosophie de Nuremberg. Sortie des horreurs et des ruines de la guerre la plus dévastatrice dans l'histoire de l'Europe, cette vision s'apparente aux "rêveries" philosophiques humanistes des grands penseurs européens du passé - tels par exemple Locke, Rousseau - qui dressent la fresque d'un genre humain pré-étatique pacifique non-offensif. Le message de cette idylle du passé hypothétique est que les humains ne sont pas méchants de par leur *nature initiale*, mais que cette nature universelle du genre humain s'est détériorée au cours de l'Histoire. On décèle un message identique dans la philosophie sous-jacente du procès de Nuremberg, mais déplacé dans l'avenir: avec le rétrécissement *radical* du cercle de la violence légitime par le biais du droit international pénal, la nature humaine, suite au long développement de la civilisation, sortirait de ce millénaire *régénérée*: anoblie par les efforts coordonnés de la vaste communauté des peuples, radicalement domptée, pacifiée et non-autodestructive.

Par conséquent, la signification juridico-sociologique la plus vaste du procès Nuremberg consiste dans son entreprise de *pacification* et dans sa tentative de répondre par la négative à la question troublante de savoir si les hommes étaient fatalement prédisposés par leur nature à s' "entre-anéantir".

Qui plus est, cette vision d'une nature humaine régénérée représente une riposte philosophique à l'entreprise hitlérienne de révolution biologique - le mouvement révolutionnaire le plus radical dans l'histoire. Les révolutions connues avant Hitler tendent à

renverser l'ordre, l'équilibre existant d'une société en le remplaçant par de nouvelles structures et institutions, qui sont toujours des créations sociales, des *artefacts*. La révolution biologique vise la conservation et l'épuration du patrimoine *génétique* de la "race aryenne" à travers des technologies eugéniques violentes. L'eugénisme hitlérien, basé sur une conception étagée du genre humain prône l'épanouissement d'une élite raciale de l'humanité, via l'encouragement artificiel de l'expansion de la race des élus au détriment des "races inférieures", qui seraient vouées à la réduction ou même à l'anéantissement par le recours à l'euthanasie, la stérilisation, l'empêchement des naissances, etc. Cette sorte d'ingénierie démographique, qui devrait aboutir à une race humaine parfaite, est centrée autour de la *violence exaltée des super hommes*, cette dernière faisant partie de leur suprématie. Juste à l'opposé de cette révolution biologique, le projet de Nuremberg constitue une *révolution civilisatrice*: une domption, par le recours aux "astuces" de la civilisation, y compris les instruments juridiques, des instincts de la violence.

Pourtant, le TPM de Nuremberg a failli, dans ses actes, à sa propre philosophie promotrice d'un nouvel ordre international. L'entreprise de pacification s'avère sérieusement entachée d'au moins deux incohérences, qui ne seraient pas sans relation avec son échec dans la postérité. La tentative de mettre hors la loi la guerre d'agression, ainsi que de punir les crimes de guerre, adopte des nuances vengeresses, si la répression n'est réservée qu'aux crimes perpétrés par les ennemis vaincus.¹⁰⁴ L'impunité à jamais des crimes de guerre que les Alliés auraient pu avoir commis est un reproche incessant au Tribunal, qui alimente la qualification de "justice des vainqueurs" et "justice d'exception".¹⁰⁵

Une autre incohérence qui entache l'effort de réduction de la violence, c'est la nature de la peine infligée à une partie des condamnés, notamment la peine capitale. Ayant théoriquement mis à l'abri de la violence ordonnée lors d'hostilités une vaste catégorie d'humains - les non-combattants et les inoffensifs -, le Tribunal laisse échapper à cette protection la catégorie des coupables. Après avoir incriminé l'exercice que de hauts dignitaires d'Etat ont fait de leur prérogative d'ordonner le recours à la violence, la Cour internationale fait tout de même exercice de sa prérogative (découlant du Statut du TMI) d'infliger la peine de mort aux condamnés. Si l'on se situe dans *l'esprit de Nuremberg*, même les considérations élevées de politique étatique ne priment pas la vie humaine. Mais pour rester théoriquement cohérent, l'objectif élevé de la justice non plus n'aurait pas dû primer l'humain. Si l'on tirait les conséquences logiques de l'esprit et du raisonnement juridique de Nuremberg, la peine de mort serait apparue comme inconcevable. Dans cette même logique,

la mise à mort bureaucratique (hors combat), qu'elle relève indifféremment du pouvoir exécutif ou bien judiciaire de l'Etat, se situe hors de l'humanité civilisée. Si le bourreau du camp d'extermination nazi, accusé d'homicide, ne peut pas se prévaloir, selon la doctrine Nuremberg, de l'ordre reçu de ses supérieurs, de même le bourreau de la prison ne devrait-il pas s'en prévaloir pour l'exécution de peines capitales. Dans la lumière de Nuremberg, le métier de bourreau se situe hors de l'humanité civilisée, l'inhumanité consistant, toujours dans cette optique, dans la mise à mort délibérée de personnes hors d'état de se défendre, c'est-à-dire dans l'*exécution*.

II. Redistribution du monopole de la violence légitime

A Nuremberg s'annoncent les débuts d'une tendance de redistribution de compétences au sein du pouvoir étatique. Avec la suppression de l'immunité de juridiction des dirigeants de l'Etat, les hauts fonctionnaires du pouvoir exécutif auront désormais à rendre des comptes devant des tribunaux pour leurs *actes d'Etat*. Nouveauté supplémentaire: après Nuremberg tout un chacun est susceptible de comparaître devant la justice et d'y avoir à rendre des comptes non pas uniquement d'après la loi étatique qui, elle-même, pourrait s'avérer non-conforme aux exigences de l'équité, mais à l'égard d'une justice immanente, une "loi" universelle, qui, même si elle n'est toujours pas édictée en termes de droit positif, serait décodable dans "*les principes fondamentaux du droit communs aux peuples civilisés*" ou bien dans "*la conscience universelle*", dans "*les usages et coutumes de droit des nations civilisées*".

Avec la première comparution de hauts dignitaires d'Etat devant un tribunal international pour répondre de leurs actes d'Etat la classe politique est dessaisie de sa fonction d'interprète qualifié des préceptes de la "loi naturelle", et les citoyens se voient confier toute la responsabilité de leurs actes, l'obligation d'aller, dans des cas extrêmes, à l'encontre de l'ordre normatif auquel ils sont officiellement soumis, en se fiant soit aux "coutumes et usages du droit international", ou bien s'ils les ignorent, à la source normative la plus fondamentale et la plus universelle qu'est la "conscience commune", contenant les "règles de l'humanité".

En assimilant les agissements du sommet de l'Etat national-socialiste aux forfaits d'une bande de gangsters (par le biais de la figure juridique de "complot" et de "conspiration"), le TMI met en cause *la capacité* d'un certain type d'Etat - notamment l'Etat totalitaire - *de disposer du monopole de la violence légitime*, ce qui est le signe de la souveraineté étatique. Face aux abus énormes de cette souveraineté dans la dernière guerre, les puissances victorieuses, prenant l'initiative d'agir au nom de la communauté internationale, posent le début d'un nouvel ordre international (après l'échec des tentatives précédentes), dont l'instrument juridique avéré serait le droit pénal international, et qui porte atteinte à la souveraineté étatique inconditionnelle.

En conséquence, le TMI engendre la tendance d'une redistribution du pouvoir de violence légitime allant simultanément dans deux directions: de l'Etat souverain vers la communauté internationale et du pouvoir politique (législatif et exécutif) vers le judiciaire.

Comme résultat de cette double redistribution, la juridiction pénale internationale pourrait monopoliser un immense pouvoir discrétionnaire et se substituer, en quelque sorte, à l'Histoire dans sa qualité de juge suprême des actes des mortels.

III. Confrontation de deux visions de la personne humaine

Le schéma argumentatif de la défense et les interventions des accusés laissent conclure à une conception déterministe et communautariste de la personne humaine. Dans cette conception le comportement de l'individu serait conditionné par deux réalités qui le dépassent: son temps et son lieu d'appartenance, c'est-à-dire l'entourage socio-culturel et le contexte historique immédiat. L'individu serait en quelque sorte imbriqué dans une entité collective, dans une nation organiciste, à laquelle il appartient. Au nom de cette collectivité sanctifiée - la Patrie - on est justifié d'infliger des sacrifices humains, en sacrifiant non seulement la vie des victimes, mais aussi la sienne propre. Si l'abnégation est valorisée, c'est parce que la vie collective prime la vie individuelle, y compris la vie des adeptes de cette idéologie. Dans cet aspect, le holisme achevé du national-socialisme est greffé sur le nationalisme traditionnel.

Dans sa dernière déclaration devant le Tribunal, l'accusé Jodl fournit un témoignage rhétorique de l'exaltation de la nation et de l'absorption de l'individu par la collectivité:

"Dans une guerre comme celle-ci où des centaines de milliers de femmes et d'enfants ont été anéantis par des bombardements où des aviateurs en rase-mottes et où des partisans utilisèrent tous – je dis bien tous – les moyens qui leur paraissaient appropriés, des mesures sévères, dussent-elle même paraître douteuses aux yeux du droit international, ne sont pas des crimes devant la morale et la conscience. *Car je crois et j'affirme que le devoir envers le peuple et la patrie prime tous les autres. Remplir ce devoir a été mon honneur et ma loi suprême. Puisse, dans un avenir plus heureux, ce devoir être remplacé par un autre plus élevé encore, par le devoir envers l'humanité.*"(c'est moi qui souligne) ¹⁰⁶

Dans cette déclaration, en suggérant l'existence d'un fil de continuité qui lie l'idéologie national-socialiste au nationalisme traditionnel, Jodl désigne le malaise de quatre siècles d'histoire de l'Etat national culminant dans la catastrophe de la dernière guerre.

Cet esprit d'abnégation individuelle, d'auto-perception en tant qu'*attribut de la Nation*, est confirmé par les derniers mots de quasiment tous les condamnés à mort, prononcés depuis l'échafaud de l'exécution:

Ribbentrop: "Que Dieu protège l'Allemagne et qu'il ait pitié de mon âme. Mon dernier souhait, c'est que mon pays retrouve son unité, et que l'Est et l'Ouest s'entendent pour la paix du monde."

Keitel: "Je prie Dieu tout-puissant d'avoir pitié du peuple allemand. Plus de deux millions de soldats sont morts avant moi, je vais rejoindre mes fils. Je donne ma vie pour l'Allemagne."

Kaltenbrunner: "J'ai servi mon peuple et mon pays de tout mon cœur. J'ai fait mon devoir comme ma patrie l'exigeait. Je regrette que ceux qui nous ont gouvernés en ces temps troublés n'aient pas agi en soldats, et que tant de crimes aient été commis, mais je n'y ai pris aucune part. Vive l'Allemagne!"

Frick: "Vive l'Allemagne éternelle!"

Sauckel: "Je suis innocent. Cette condamnation est une erreur. Que Dieu protège l'Allemagne et lui rende sa grandeur! Vive l'Allemagne! Que Dieu protège les miens!"

Seyss-Inquart: "J'espère que ma mort sera le dernier acte de cette tragédie qu'aura été la Seconde guerre mondiale et que chacun saura en tirer la leçon qui convient pour rétablir la paix et l'entente entre les peuples. J'ai foi en l'Allemagne."¹⁰⁷

A la lumière de cette conception de l'appartenance inconditionnelle de l'individu à sa Nation et de l'abnégation personnelle, la participation à l'entreprise meurtrière bureaucratiquement organisée apparaît comme une affaire collective et dépersonnalisée qui exempte de responsabilité personnelle. Les mobiles non égoïstes de la participation, allant même jusqu'au sacrifice de sa propre personne, expliquent l'auto-perception des participants comme des serviteurs et non pas comme des acteurs de leurs propres actes. Dans le système bureaucratique nazi d'extermination, appelé "*service public criminel*" par Edgar Faure¹⁰⁸, l'individu est imbriqué dans une chaîne dont il est un "rouage" et qui le dépasse, qu'il ressent comme une *objectivité extérieure*¹⁰⁹. Il accomplit une tâche spécifique et partielle et participe ainsi au *meurtre collectif*, qu'il n'a pas, à la différence de l'assassin agissant à son propre compte, conçu et prémédité dans sa tête. *Il est assigné à un poste*. De sorte, pour assurer sa survie, sauvegarder sa carrière et pour rester dans les cadres de *la normalité de l'immédiat*, il se dessaisit de sa responsabilité personnelle, confère une partie de soi-même au système politique en cause, lui apporte son concours.

Selon la logique de la défense il y aurait des *homicides sans assassins*, la culpabilité serait imputable au système, aux conditions objectives de l'époque, au contexte historique.

Cette conception de la personne humaine est en contradiction flagrante avec la présomption fondamentale faite par l'accusation et reprise pour l'essentiel par le Tribunal. Exprimée d'une manière lapidaire, cette présomption signifierait: l'homme responsable face à la justice immanente. Devant la Cour l'accusé doit répondre à titre individuel de ses actes, indépendamment du fait qu'il n'a pas agi à titre individuel. On exige de lui qu'il ait été

désincarné, soustrait de son milieu, Etat, de "la bonne société" (l'expression est de Hannah Arendt), qu'il se fût élevé au-dessus de l'immédiat. Ce n'est pas au pouvoir de l'Etat auquel il eût dû faire confiance pour discerner le bien et le mal, mais à sa propre conscience qui est censée posséder la capacité de discernement sur ce sujet.

L'évaluation de la conduite des accusés est opérée à la base d'un certain droit immanent (qui serait le support, le substrat même du droit international), indifféremment du droit positif particulier, c'est-à-dire l'ordre normatif interne de l'Etat nazi. L'accusation décompose la conduite des accusés en actes criminels concrets, évalués selon les critères du droit immanent, qui sous-tend, même s'il n'est pas codifié, le droit international.

L'accusation, de même que le Tribunal, renvoient les accusés à leur condition humaine abstraite. Le Tribunal leur impose une mesure commune universelle et confirmée dans la durée, dépouillée des tourbillons de l'immédiat singulier. C'est justement cette mesure commune de l'humanité que les accusés auraient perdue des yeux lorsqu'ils eurent succombés aux implications bureaucratiques d'un système politique singulier.

Dans l'optique de cette conception individualiste la chaîne meurtrière des crimes nazis se présente différemment. L'attribution de l'individu à cette chaîne en tant que "rouage" ne saurait pas servir d'excuse absolutoire. Ce n'est point une chaîne objectivement imposée, dépassant ceux qui y sont additionnés. *Ce sont les hommes qui font mouvoir la chaîne.* Ce n'est qu'une chaîne *virtuelle*, animée par des volontés et des participations humaines actives qui impliquent, en conséquence, des responsabilités pénales individuelles.

IV. Consécration de la dimension universelle de l'humanité

A la conception tribaliste et sélectionniste du genre humain, propre au national-socialisme, le "philosophe collectif" de Nuremberg parvient à opposer une *nouvelle vision de l'humanité*, et cela à travers le chef d'accusation *crime contre l'humanité*. Les circonstances de l'apparition de cette notion, les hésitations et les réticences qui l'ont entourée sont connues grâce aux présentations des travaux préparatoires du procès Nuremberg¹¹⁰. Par le lien de connexion exigé entre cette incrimination et les deux autres chefs d'accusation (afin que les faits qu'elle vise puissent entrer dans la compétence du tribunal militaire) l'effet de celle-ci est minimisé. D'après la célèbre formule du juge français Donnedieu de Vabre la nouvelle notion, entrée par la petite porte, se serait "volatilisée" dans le jugement. Cette incrimination, la moins argumentée, selon Davis Eric, la plus contestée par les adversaires de la jurisprudence de Nuremberg, aurait fait, tel l'avis de Wievorka, une "véritable carrière". J.Graven attire l'attention sur un aspect particulier de la nouvelle incrimination: les éléments matériels du crime étant semblables ou identiques aux crimes de droit commun contenus dans tous les codes pénaux internes (homicide, meurtre, atteinte à l'intégrité physique et mentale, etc.), ou bien les mêmes que les éléments constitutifs de l'infraction crime de guerre, c'est *l'aspect intentionnel* qui donne lieu à une incrimination distincte. A travers ce nouveau concept (en fait, le concept en tant qu'expression de langage n'est pas nouveau, mais il l'est en tant que notion pénale) *est stigmatisée une idéologie, lorsque des actes constitutifs de crimes de droit commun sont commis par inspiration de ses préceptes*. La transformation de cette idéologie en réalité porte *atteinte à l'intégrité de l'humanité*. Pour mieux saisir le sens des catégories stigmatisées et par là le sens du bien juridique protégé par cette incrimination, il convient d'examiner de plus près le dispositif de l'incrimination, défini par l'art. 6 (c) du Statut du TMI: Constituent *crime contre l'humanité*

"(...) l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal ou en liaison avec ce crime."¹¹¹

Par l'expression "ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne des pays où ils ont été perpétrés", la juridiction internationale consacre la *dérogation de la souveraineté inconditionnelle de l'Etat* au profit d'un *ordre international humanitaire*; tandis que par la fin du dispositif: "lorsque ces actes ou persécutions (...) ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal ou en liaison avec ce crime" il impose des limites devant la juridiction, eu égard aux compétences du Tribunal militaire.

Il importe de retenir l'attention plus spécialement sur la première partie du dispositif visé: "l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain *commis contre toutes populations civiles* (...) ou bien *les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux*"(c'est moi qui souligne). Ce texte, qui a provoqué un véritable tournant dans la prise de conscience sur la condition humaine, contient une énumération (qui n'est pas limitative, mais à titre d'exemple) d'actes d'atteinte grave à des biens juridiques protégés communément par le droit pénal interne, tels la vie et la dignité humaine. La gravité de l'infraction est signifiée par la qualification "actes inhumains". Un deuxième élément désigne la spécificité de ces actes: le fait qu'ils soient commis contre des groupes entiers en tant que tels.

A travers cette incrimination, l'humanité est protégée dans ses deux dimensions: au niveau de la personne individuelle comme porteuse de la nature humaine (Edgar Faure appelle cet aspect de l'incrimination "*crime contre la condition de l'homme*"¹¹²), et dans le sens de l'humanité en tant que communauté de toutes les entités humaines (peuples, cultures, races, religions, etc.). Dans la première dimension constitue un crime contre l'humanité toute attaque contre un être humain en raison de son appartenance. *L'homme est irréductible à son appartenance*. Derrière toute appartenance ou même toutes les appartenances de l'homme à différents groupes: races, ethnies, cultures, langues, religions, idéologies, partis politiques, classes sociales, catégories professionnelles et d'autres, et indépendamment des caractères particuliers d'une quelconque de ces entités d'appartenance, demeure un noyau insoluble, un "substrat" de la qualité d'humain, *une essence extra-tribale de l'homme en tant qu'appartenant à l'humanité*. Il existe, indépendamment de toute appartenance de tout être humain à des groupes spécifiques, une égalité absolue d'appartenance à la nature humaine. On n'adhère pas à l'humanité en raison de critères de sélection dont certaines entités de surhommes détiendraient le secret, on y appartient par naissance sans distinction aucune: tel

est un des messages philosophiques contenus dans la notion pénale de *crime contre l'humanité*.

Le message respectif au sujet de l'autre dimension de l'humanité, à savoir la communauté planétaire des peuples, serait que toute entité a un droit d'exister égal à celui de toute autre. Est criminelle la guerre contre une population menée dans le but de restreindre son nombre ou la détruire complètement. A travers la protection de cette deuxième dimension de l'humanité c'est l'incrimination du *génocide* qui se fait jour, sans que le terme ne soit expressément mentionné.

Par la double protection de l'humanité - dans la personne humaine et dans l'entité humaine particulière - c'est finalement la valeur universelle, résidant de manière irréductible aussi bien dans l'une que dans l'autre, qui est consacrée.

Le chef d'accusation *crime contre l'humanité* est appliqué par le TMI très prudemment en tant qu'incrimination autonome. Dans deux cas les accusés ne sont condamnés que de ce chef d'accusation (Schirach, chef de la Jeunesse hitlérienne et Gauleiter de Vienne, et Streicher, rédacteur du "Sturmer")¹¹³, dans le reste des cas la condamnation de *crime contre l'humanité* étant prononcée conjointement avec le *crime de guerre*. Avec la formulation de la nouvelle notion juridique, le *génocide* des Juifs n'est pas isolé dans sa spécificité, mais inclus dans la mention de pratiques exterminatrices et persécutions raciales. Pourtant c'est justement au cours du procès que sont faites les révélations sur les crimes racistes des nazis.¹¹⁴ Apparemment dans l'immédiat après-guerre le quotidien de l'horreur récent met à l'ordre du jour, avec toute urgence, la sanction de la violence, tout en négligeant, en quelque sorte, la sanction du racisme. (Suivant les chroniqueurs du procès, dans l'esprit des instigateurs de cette juridiction - les Américains -, l'accent serait indiscutablement mis sur l'incrimination de la guerre comme source générale du Mal.)

Ce sera un autre procès historique, 15 ans plus tard - le procès Eichmann, complétant en quelque sorte le procès de Nuremberg - qui révélera, par les efforts combinés judiciaires et médiatiques, la dimension raciste de la criminalité nazie.

Chapitre deuxième

Le procès Eichmann – prise de conscience sur la criminalité d’inspiration raciste

Le procès contre Eichmann s’inspire des principes de droit consacrés à Nuremberg. Mais à côté des deux chefs d’accusation - *crime de guerre* et *crime contre l’humanité* - que la Loi israélienne 5710 de 1950 sur le jugement des nazis et leurs collaborateurs¹¹⁵ reprend du Statut du TMI¹¹⁶, une incrimination distincte est instituée par l’art. 1 de ladite loi - le *crime contre le peuple juif*. Les éléments matériels de cette infraction sont couverts par le crime de génocide, tel qu’il est décrit dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* du 09.12.1948:

"L’un quelconque des actes ci-après, commis dans l’intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) meurtres de membres du groupe;
- b) atteinte grave à l’intégrité physique ou mentale des membres du groupe;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d’existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) transfert forcé d’enfants d’un groupe à un autre groupe."¹¹⁷

St. Glaser justifie l’isolement du crime de génocide de l’ensemble du *crime contre l’humanité* par une différence dans l’intention du criminel:

"Tandis que chez les auteurs de crimes contre l’humanité, il s’agit pour l’agent d’attaquer l’individu ou même plusieurs individus en raison de leur conviction politique ou de leur appartenance à un certain groupement racial, religieux ou culturel, dans le cas du génocide, il s’agit pour l’auteur en attaquant l’individu de détruire ou de persécuter des entités humaines (en tout ou en partie) en raison de leur caractère particulier d’ordre national, ethnique, racial ou religieux."¹¹⁸

Dans la rédaction israélienne, le *crime contre le peuple juif* est défini comme:

"l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention d'entraîner la destruction totale ou partielle du peuple juif:

Meurtre de Juifs

Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale

Soumission des Juifs à des conditions d'existence destinées à leur destruction physique

Mesures destinées à entraver les naissances parmi les Juifs

Transfer forcé d'enfants juifs dans un autre groupe national ou religieux

Destruction ou profanation du patrimoine culturel des Juifs

Incitation à la haine contre les Juifs".¹¹⁹

Ainsi formulée, la conception du législateur de l'Etat d'Israël sur le génocide est plus large que celle du "législateur" international en ce qu'elle inclut l'atteinte au patrimoine culturel d'un peuple. Elle se rapproche de la signification bi-dimensionnelle, que l'auteur du concept de génocide, Lemkin, ayant forgé le néologisme à partir de deux racines, a attribué au phénomène: à la fois *barbarie* et *vandalisme*¹²⁰. Cette incrimination de la Loi d'Israël protège à la fois la vie des membres physiques du groupe ainsi que le lien culturel et religieux qui sonde le groupe, c'est-à-dire que l'accent est mis sur l'entité spécifique du peuple juif. Devant le Tribunal de Jérusalem l'accusation est dressée tant au nom des millions de victimes individuelles que sont les Juifs exterminés qu'au nom de la *victime collective* du peuple juif visée par *l'assassin collectif* de l'Etat nazi.

I. Prévention radicale du racisme

L'unicité du génocide des Juifs

Le problème de l'*unicité du génocide des Juifs* est posé au cœur du procès. Selon l'historien français Ives Thernon les dénominations adoptées pour le désigner - Holocauste aux Etats-Unis et Shoa en France - expriment cette idée d'incommensurabilité. En répertoriant les arguments des historiens qui optent pour l'unicité du crime anti-juif, Ives Thernon discerne deux critères sur lesquels ceux-ci tombent d'accord:

1. La spécificité de l'*intention criminelle*;
2. Nouveauté absolue de l'*instrument du crime*.

1. La formule qui décrit d'une manière forte la spécificité de l'*intention criminelle* est avancée par Hannah Arendt dans son étude "Eichmann à Jérusalem". Pour la première fois dans l'histoire du monde, résume la philosophe américaine d'origine juive, des mortels décident "*qui doit et qui ne doit pas habiter cette planète*". En prolongeant le raisonnement de la philosophe, on peut poursuivre que le meurtrier collectif s'octroie *le monopole de la vie*, qu'il contrôle ce bien suprême, en autorisant la vie aux "convenables" et en l'interdisant aux "inaptes". Il détiendrait à lui seul les critères de convenabilité, ce qui lui permettrait de contrôler l'*accès à la vie* (au moyen de stérilisations et avortements forcés) et le *droit de rester en vie*. La société humaine ne serait plus la communauté de tous les humains qui sont venus naturellement au monde, mais elle se transformerait en un club de privilégiés (peuples et individus), désignés par les seuls habilités à opérer une telle sélection: les experts surhommes. Des cercles de sous-humanité seraient à préciser "scientifiquement". Les groupes des "nuisibles" seraient voués à disparaître.

2. La deuxième dimension de l'*unicité du génocide des Juifs*, qui est révélée au cours du procès Eichmann, est liée à l'*instrument du crime* mis en place par les nazis.

L'originalité du crime nazi consiste en l'implication de la bureaucratie dans l'*instrumentarium* meurtrier, et dans la création expresse d'"entreprises meurtrières": les camps d'extermination. L'extermination des Juifs est conçue comme une activité d'Etat parmi d'autres et organisée à l'échelle de l'entière bureaucratie étatique. La planification, l'organisation et les rapports rendant compte de l'exécution de cette "tâche" sont couverts par

le langage bureaucratique courant qui ne laisse pas entendre la spécificité horrifiante de cette "activité". Voici les termes dans lesquels Heydrich soumet aux concernés le projet d'extermination lors de la conférence de Wannsee¹²¹:

"Sous une direction compétente - dit-il-, les Juifs seront orientés par des moyens adéquats vers des unités de travail de l'Est. Ils seront transportés par longues colonnes, les hommes séparés des femmes, afin de construire des routes dans cette région; sans doute, une grande partie d'entre eux trouveront la mort par usure naturelle. Le reste qui possédera sans doute une grande capacité de résistance devra subir un "traitement spécial" (Sonderbehandlung), car il constituera une sélection naturelle qui, si on lui permettait de se développer, formerait le noyau d'un renouvellement du judaïsme comme cela s'est déjà produit dans l'histoire. Pour parvenir à la solution définitive, nous ratisserons l'Europe d'un bout à l'autre. Les Juifs seront transférés dans des ghettos et puis conduits plus loin, à l'Est. (...) Dans les pays conquis et ceux qui sont placés sous notre influence, en Europe, le fonctionnaire nommé par la Sûreté agira en collaboration avec un fonctionnaire désigné par le Ministère des affaires étrangères." ¹²²

D'ailleurs, selon la remarque de l'historienne Annette Wieviorka, "Eichmann peint cette conférence où est présent "le gratin" sous les couleurs d'une atmosphère agréable de politesse et de gentillesse". ¹²³

La *bureaucratisation du crime* permet aux exécutants et à ceux qui sont impliqués sur les hauts étages de la hiérarchie - les instigateurs et les organisateurs - d'occulter dans leur conscience le caractère criminel de leur activité. Comme l'affirme Hilberg,

"des procédures normales étaient appliquées à des situations anormales, comme si les décisions n'avaient aucun caractère extrême, comme s'il n'y avait pas de différence perceptible entre les affaires courantes et la solution finale". ¹²⁴

Ives TERNON décèle le *mécanisme bureaucratique* de l'accomplissement du crime:

"La destruction des Juifs d'Europe ne fut pas centralisée. Aucune organisation ne fut mise en place pour traiter spécifiquement des affaires juives. Aucun budget spécifique ne fut affecté à ce processus. La majorité des structures était impliquée, mais chacune ne forgeait qu'une seule pièce de la machine. Toutes les pièces étaient connectées et, dans cette chaîne de fonctions, si un seul maillon faisait défaut, toute l'entreprise s'arrêtait. Pour chaque élément de l'appareil, l'activité anti-juive ne représentait qu'une partie de son travail, une charge additive qui était accomplie d'autant plus volontiers qu'elle attribuait du pouvoir." ¹²⁵

Le couronnement de cette bureaucratisation représente la conception d'un nouvel outil de mise à mort - un outil distanciel qui éloigne le bourreau, et à juste titre le bureaucrate, des souffrances de la victime. Annette Wiewiorka résume ces développements:

"Eichmann en s'exprimant ainsi veut montrer sa sensibilité, sa haine du sang versé, son refus de s'associer à ce type de meurtre. La réflexion qu'il mène ne lui est pas propre. D'autres pensent aussi que les méthodes employées par les Einsatzgruppen sont dangereuses pour le moral et pour la morale des troupes. D'où la nécessité de trouver une méthode plus efficace et plus "propre" pour l'extermination. Une méthode qui tienne à distance la victime du bourreau. Un bourreau qui n'a pas de sang sur les mains et qui ainsi peut se sentir innocent."¹²⁶

La mise en place de centres industriels d'extermination est, sans conteste, l'aspect le plus original, respectivement le plus répugnant du crime nazi. C'est une extermination minutieusement comptabilisée. Les rescapés des camps témoignent d'un sentiment d'irréalisme. L'appareil d'extermination nazi s'apparente à un univers horrifiant qui relève de la science fiction.

C'est sans doute l'instrument du crime qui fournit le côté le plus désespérant, pour l'humanité, de la criminalité nazie. La nouvelle technique d'extermination certifie l'apparition de la *néo-barbarie*. Tandis que les hommes pouvaient se plaire à croire à la disparition de la barbarie, celle-ci étant imputée à l'adolescence de la civilisation, à l'imperfection des techniques de maîtrise des instincts destructifs et des résidus de la bête en l'homme, la machine meurtrière nazie, fonctionnant suivant les règles de la bureaucratie et de l'entreprise moderne, incluant les apports des sciences modernes et du progrès technique, révèle que l'humanité n'est pas un acquis irréversible de la civilisation.

A la thèse pivot de l'accusation, portant sur l'*unicité du génocide des Juifs*, la défense oppose une tentative de relativisation de cette singularité:

"Lors du dernier conflit, tous les belligérants ont foulé aux pieds les lois de la guerre, explique M. Servatius. Hiroshima et Dresde ne furent-ils pas des massacres de civils? Si Servatius reconnaît que l'extermination des Juifs n'était pas un acte de guerre, il se demande pourtant s'il est exacte qu'elle n'a pas son pareil dans l'histoire de l'humanité. Et de citer les massacres d'Indiens, de Mexicains ou de Péruviens, l'assassinat des huguenots qui ne furent jamais sanctionnés."¹²⁷

En riposte, le procureur Hausner insiste fermement sur le point suivant:

"C'était pendant la guerre, mais sous le voile de la guerre. Nous dirons et répéterons sans trêve que l'extermination du peuple juif n'était liée à aucune action militaire, et ne saurait être comparée aux bombardements de villages, à la guerre sous-marine, etc. "¹²⁸

Ces propos du procureur sont révélateurs de la signification sociologique du procès Eichmann - la *prévention radicale du racisme*. C'est une conception qui classifie le Mal d'après une échelle hiérarchique. Non pas la violence en tant que telle, mais la mise à mort pour des raisons raciales serait le pire des maux. Cette mise à mort serait plus inacceptable que n'importe quelle autre.

II. Dépersonnalisation de la responsabilité et du crime, opérée par la défense

A l'instar des accusés au procès de Nuremberg, la défense d'Eichmann (Dr Servatius) fait état d'une philosophie dépersonnalisée de l'Histoire qui transforme les acteurs en simples agents non-volontaires d'un *enchaînement objectif des événements*.

"M. Servatius interroge alors l'historien: peut-il expliquer la récurrence de l'antisémitisme? Pourquoi le destin s'est-il ainsi acharné sur le peuple juif? Et l'avocat de citer Hegel et Spengler: "L'Histoire est un processus culturel qui se poursuit sans aucune influence de l'homme". Sous-entendu: Eichmann n'est pas responsable d'un processus séculaire qui le dépasse. Et Servatius de noter que le but des dirigeants de l'Etat nazi, détruire le peuple juif, se transforma en son contraire, la création d'un Etat prospère."¹²⁹

Dans le même sens, disculpant l'individu en transférant la responsabilité de ses actes sur des *structures*, "Servatius précise encore qu'un refus de la part de l'accusé d'exécuter un ordre n'aurait eu aucune conséquence sur le fonctionnement de la machine d'extermination".¹³⁰ La conclusion de la défense résume par excellence cette conception dépersonnaliste: "L'accusé ne saurait servir de bouc émissaire à *la culpabilité d'une époque*".¹³¹

TITRE DEUXIEME

DEVELOPPEMENTS ACTUELS DE LA JURISPRUDENCE DE NUREMBERG. LE PROCES BARBIE ET LE PROCES HONECKER (ANALYSE DOCUMENTAIRE DES ARCHIVES DES PROCES)

Chapitre premier

Prises de position des parties aux procès

Section première: Le procès Klaus Barbie

Introduction

Dans le présent chapitre sont exposés les résultats de l'analyse de contenu descriptive, à laquelle ont été soumises les interventions devant le Tribunal de représentants des deux parties au procès: l'accusation et la défense.

Les différentes interventions (par ex. réquisitoire, témoignages, plaidoiries, etc.) de chaque partie au procès sont traitées *en bloc*, prises comme un corpus, pour en déduire les *prises de position* de la *partie respective*. Comme unité d'analyse est choisi le thème, pour autant qu'il soit en rapport avec le couple conceptuel légalité - légitimité. Par conséquent, sont laissés hors considération des thèmes, débattus devant le prétoire, mais sans rapport avec le sujet visé, par ex. le thème de la véracité d'une preuve, la description de la souffrance vécue dans un témoignage, la description du système de subordination à l'intérieur des organes de l'Etat nazi (l'ainsi dit "organigramme"), la description de certains événements dans lesquels l'accusé serait impliqué (des événements ayant égard au jugement de fait).

A l'intérieur de chaque thème sont dégagées la thèse de l'auteur de l'intervention et sa chaîne argumentative.

Concernant le procès Barbie, sont retenues, dans le corpus à analyser pour l'accusation, les pièces suivantes: le réquisitoire du Ministère public (prononcé par le procureur général Pierre Truche); le plaidoyer du représentant des parties civiles le bâtonnier Du Granrut (débattant au nom de l'ensemble des parties civiles les questions de droit); les deux témoignages d'André Frossard et de Laurent Schwarz, considérés comme les deux versions de la conception pénale française du crime contre l'humanité; et des extraits des plaidoyers d'autres représentants de parties civiles.

Pour la défense, le corpus à analyser est composé des plaidoyers des trois avocats de Klaus Barbie: J.Vergès, Mbemba et Bouaïta.

Les prises de position de l'accusation

Les thèmes dégagés du corpus à analyser pour l'accusation sont les suivants:

- I. Système normatif de l'Etat national-socialiste, au nom et au service duquel Barbie s'est rendu coupable des crimes présumés
- II. Le crime contre l'humanité
- III. Base juridique de l'accusation
- IV. Opposition justice fondamentale - justice conventionnelle
- V. Subversion exercée à l'aide du discours légitimatoire

I. Système normatif de l'Etat national-socialiste, au nom et au service duquel Barbie s'est rendu coupable des crimes présumés

La thèse soutenue par l'accusation sur ce point pourrait être résumée comme suit: Barbie a accompli tous les actes qui lui sont reprochés en nazi exemplaire et même zélé, c'est-à-dire, en pleine conformité avec le système normatif national-socialiste. En tant que serviteur loyal et dignitaire de rang modeste de l'ordre nazi, il a systématiquement violé la loi et le droit. Le système nazi en soi représente une négation méthodique de la légalité (la primauté de la loi, votée par une assemblée élue au suffrage universel, sur l'activité de l'administration) et des principes fondamentaux du droit, communs à tous les peuples civilisés.

1. Le système normatif nazi se réclame d'une légitimité de type idéologique et, puisant sa source directement dans l'idéologie, se méfie de la loi.

L'idéologie nationale-socialiste est décrite par le procureur P.Truche comme "la doctrine immuable qui ne peut être changée qu'avec l'aide de Dieu. C'est la doctrine philosophique avec une référence à un ailleurs, à un éternel"¹³². Le comportement concret et immédiat des dignitaires de l'Etat national-socialiste se fonde directement sur le texte de la doctrine, comme sur une source normative suprême, en passant outre le texte de la loi "ordinaire", considéré comme négligeable.

"(...) ceux qui se permettaient ces arrestations, Français et Allemands de la sous-section 4, le faisaient en vertu des règles générales dérivant de la doctrine philosophique et des écrits" - affirme le procureur Truche.¹³³

"Le SS était au-dessus des lois car aucune loi allemande de l'époque n'autorisait cette mise à mort sans jugement."¹³⁴

L'idéologie nationale-socialiste a la prétention de contenir une vérité absolue, suprême et immuable, développée à partir de l'axiome de départ sur la hiérarchie des races humaines. C'est cette vérité, contenue dans les écrits doctrinaux, qui est dotée du statut de *dernière instance justificatrice* pour le comportement civique et pour les actes d'Etat. Le Ministère public apporte des citations d'Hitler illustrant la relation entre *vérité doctrinale* et *légalité étatique*:

"Le but suprême de l'existence des hommes n'est pas la conservation d'un Etat, c'est la conservation de leur race. Quand la race est en danger d'être opprimée ou même éliminée, la question de la légalité ne joue plus qu'un rôle secondaire."

"Sans la possibilité qui fut offerte à l'aryen d'employer des hommes de race inférieure, il n'aurait jamais pu faire les premiers pas sur la route qui devrait le conduire à la civilisation. Le progrès se fera par la sélection, de même que les espèces de grands animaux des temps préhistoriques ont dû céder la place à d'autres et s'éteindre, de même devront céder le pas les races humaines privées d'une certaine force intellectuelle qui, seule, peut leur faire trouver les armes nécessaires à leur conservation."

"Un tel processus n'est pas autre chose que pêcher contre la volonté de l'Eternel, notre Créateur, si l'on admet l'abaissement du niveau de la race supérieure."¹³⁵

La primauté de la *vérité doctrinale* fonde la prétention, chez ses adeptes, de se situer au-delà de la stricte légalité (qui, ailleurs que dans l'Allemagne d'Hitler, régit les relations dans l'Etat), au-delà de tout juridisme. Cet *au-delà-positionnement* est affiché ouvertement par Göring, dans une interview accordée à la presse aux Etats-Unis en 1934, citée par le Ministère public:

"Nous privons de défense légale les ennemis du peuple, nous, national-socialistes, nous nous élevons sciemment contre la fausse douceur et le faux humanitarisme. Nous ne reconnaissons pas les intentions fallacieuses des avocats ni la *chinoiserie des subtilités juridiques*." (c'est moi qui souligne)¹³⁶

C'est, en fin de compte, le juridisme procédural en tant que tel, les règles de jeu juridiques en tant que matrice des comportements dans une société organisée par le droit, qui sont mis en question par le nazisme au profit de comportements incarnés, fondés sur la *vérité doctrinale*.

La législation de l'Etat national-socialiste est, pour sa part, inspirée par la doctrine. Ainsi la législation emblématique anti-juive est en pleine conformité avec l'idée clé doctrinale portant sur l'infériorité et la capacité de nuisance de la "race juive". Mais à part la législation proprement national-socialiste, l'administration n'est pas tenue d'appliquer l'ensemble des lois existantes à la lettre. Le système politique nazi, organisé sur le "Führerprinzip", autorise les organes étatiques d'exercer leur pouvoir en édictant des actes réglementaires (par ex. ordonnances, instructions, circulaires, etc.) même à l'écart de la loi parlementaire, pour autant qu'ils s'inscrivent dans le sens et la finalité de l'idéologie dominante; ainsi que de donner des ordres, qui pouvaient à leur tour s'écarter du texte de leurs propres ordonnances. A titre d'exemple le procureur Truche se réfère à l'obligation pour les Juifs de porter l'étoile jaune:

"Si je vous parle de cette législation allemande, c'est parce qu'une de ces ordonnances du 29 mai 1942 prévoit dans ses sanctions une peine d'emprisonnement ou d'amende et en plus, à la place de ces peines, en particulier l'envoi dans un camp pour Juifs peuvent être prises, mais uniquement dans un cas, quand il y a infraction à cette loi, c'est-à-dire refus de porter l'étoile jaune. Ce n'est que dans ce cas que la loi allemande permet de les mettre dans un camp. En zone Sud, il n'y a aucun cas révélé d'infraction au port de l'étoile jaune. Ce n'est pas pour cela qu'on déportait des juifs. On a même déporté ceux qui la portaient. Donc quand on se tourne du côté de la législation, il n'y a pas de réponse."¹³⁷

A un autre endroit, concernant le même problème, le procureur conclut:

"(...) ces mesures de déportation étaient tout à fait arbitraires, décidées conformément à une doctrine, dans le cadre uniquement des SS et de la section 4."¹³⁸

"Des témoins spécialistes vous l'ont dit, c'est la section 4 qui devait donner l'ordre. Je vous rappelle celui de Frick du 25 juillet 1938. L'internement de protection, sans recours possible, peut être décrété par la Gestapo comme mesure de coercition contre ceux qui mettent en danger la sécurité du Reich et de l'Etat par leur attitude, ceci afin de briser tout élan de l'ennemi du peuple et de l'Etat. C'est un pouvoir propre des SS, de la Gestapo, au-dessus de la loi discrétionnaire."¹³⁹

2. La politique et le système politique nazi au service de la doctrine

a) La Realpolitik

Vu que la politique est censée transformer le contenu des écrits en réalité étatique, les considérations d'ordre politique ont un primat absolu sur les principes du droit.

La courroie de transmission entre idéalisme (suprématie d'une doctrine philosophique) et Realpolitik est assurée par une appréciation de valeur axiomatique, contenue dans la doctrine. La *vision étagée du genre humain*, propre à la philosophie national-socialiste, se couronne par la réservation au peuple allemand d'une position d'élu sur l'échelle raciale. Le peuple des seigneurs serait prédestiné à assumer la mission accablante de préserver le niveau de la race. Cette mission à l'égard de l'humanité consisterait notamment dans la préservation de la pureté de la race aryenne et son expansion, ainsi que dans l'asservissement des races inférieures au profit de la race suprême, d'un côté, et dans "l'affranchissement" du genre humain, ou du moins de l'Europe, de tous les éléments raciaux inférieurs, de l'autre côté. Dans cette lumière, l'agir dans l'intérêt étroit de la nation allemande, et par tous les moyens (la pure Realpolitik) revêt des dimensions extra-positives, sublimées. C'est le niveau de la race, donc la finalité suprême de l'Histoire, qui serait en jeu.

"Enfin cette phrase capitale - avance le procureur Truche - quand on veut comprendre le nazisme: Toute question de politique étrangère ne peut être considérée d'aucun autre point de vue que celui-ci: telle solution sera-t-elle avantageuse pour notre peuple, actuellement ou dans l'avenir, ou lui causera-t-elle quelque dommage."¹⁴⁰

"Lorsque l'intérêt de l'Allemagne est en jeu, il faut éliminer toutes les considérations d'humanité. C'est ce qu'écrivait Hitler en 1924. C'est dans cette phrase que se trouve en germe le procès d'aujourd'hui."¹⁴¹

Cette idée clé de la doctrine nazie est aussi illustrée, dans le réquisitoire du Ministère public, par une citation du Reichsführer SS Himler:

"Un principe fondamental doit servir de règle absolue à l'homme SS, nous devons être honnêtes, convenables, bons camarades envers ceux qui sont de notre sang et envers personne d'autre. Ce qui arrive à un Russe, à un Tchèque, ne m'intéresse absolument pas."¹⁴²

b) Le parti unique

Le système politique, censé assurer la réalisation de la doctrine dans la pratique, devrait être un système efficace et combatif. L'instrument opérationnel d'un tel système est désigné par le Führer:

"Quiconque souhaite réellement et sérieusement la victoire des idées racistes, dit Hitler, doit se pénétrer de l'idée que ce triomphe exige d'abord nécessairement l'intervention d'un parti de combat."¹⁴³

"Le 1 décembre 1943, c'est capital - poursuit le procureur Truche - intervient une loi disant que le parti national-socialiste est devenu le représentant de l'idée de l'Etat allemand et est indissociablement lié, c'est une doctrine philosophique, par l'intermédiaire d'un parti elle est indissociablement liée à l'Etat; cela signifie pratiquement que les fonctionnaires du parti sont des fonctionnaires de police, qu'il existe une union entre la police et le parti. C'est le système du parti unique, chargé d'appliquer une doctrine."¹⁴⁴

c) L'Etat de police

Un système politique efficace et combatif est celui d'un Etat de police. Un rôle emblématique dans le système du pouvoir national-socialiste revient à la police politique - la Gestapo. Le Ministère public rappelle brièvement le rôle de cette institution macabrement notoire:

"La Gestapo fut instituée d'abord dans l'Etat prussien par Göring le 10.02.36 comme service de police politique. Il signe le texte appelé par la suite "loi fondamentale" de la Gestapo, dont l'art. 1 doit être cité: "La Gestapo a la tâche de rechercher toutes les intentions qui mettent l'Etat en danger, et de lutter contre elles, de rassembler et d'exploiter le résultat des enquêtes, d'informer le gouvernement, de tenir les autorités au courant des

constatations importantes pour elles et de leur fournir des impulsions". Cet article définit le véritable rôle de la Gestapo, qui est plus étendu sur le plan moral que celui d'un service de police normal, puisque c'est jusque dans les intentions qu'ils doivent pénétrer pour tester les adversaires de l'Etat national-socialiste."¹⁴⁵

La police de l'Etat est renforcée davantage par sa fusion avec la police du parti NSAPD:

"Quant au SD, le préambule du décret de fusion précisait la conception national-socialiste de la police en date du 26 juin 1936: "Devenue national-socialiste, la police n'a plus pour mission d'assurer un ordre établi par un régime parlementaire et constitutionnel. Elle est là, premièrement pour faire exécuter la volonté d'un chef unique, deuxièmement pour préserver le peuple allemand contre toutes les tentatives de destruction d'ennemis intérieurs et extérieurs. Pour arriver à ce but, la police a besoin d'être toute puissante."¹⁴⁶

d) La propagation de la doctrine

Les moyens pour la propagation de la doctrine dans la pratique sont, d'un côté, la propagande qui est censée, via le système éducatif, inculquer la Weltanschauung dominante dans les consciences, afin d'aboutir à un endoctrinement complet, et de l'autre côté la violence, cette dernière découlant de, prônée par la doctrine même.

"Hitler dit - rappelle le procureur Truche- que sa doctrine est infaillible, qu'elle doit l'emporter et qu'il faut, pour cela - c'est son mot - utiliser la force brutale. Il faut anéantir avec une précision brutale les rejets non améliorables. C'est uniquement dans l'application perpétuellement uniforme de la violence que consiste la première des conditions du succès. Mais cette opiniâtreté ne saurait être que la conséquence d'une conviction spirituelle déterminée. Le jeune mouvement, dès son premier jour, adopta le point de vue qu'il fallait propager ces idées par les moyens spirituels, mais que cette propagande devait être étayer le cas échéant sur la force brutale."¹⁴⁷

II. Le crime contre l'humanité

L'accusation n'est pas unanime quant à la définition juridique du *crime contre* . Elle oscille entre deux versions, appelées par les participants au procès "version Frossard" et "version Schwarz", suivant le nom des témoins de parties civiles les ayant exprimées dans les termes les plus nets.

1. Version Frossard

(partagée par la Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Lyon)

La *version Frossard* réserve la notion de *crime contre l'humanité* au génocide des Juifs. Son auteur partage la thèse de l'unicité et l'incommensurabilité du crime contre les Juifs: "C'est un crime que je crois sans précédent et j'espère qu'il n'aura pas de suite" ¹⁴⁸. La définition la plus expressive de la spécificité du crime contre les Juifs est formulée par le représentant de parties civiles Jakubowicz, adhérant à la *version Frossard*: "*le choix des victimes en fonction de leur naissance*"¹⁴⁹. Jakubowicz souligne comme singularité du statut de la victime le manque de participation dans son propre destin:

"On a parlé de l'esclavage: les esclaves avaient la possibilité de se racheter. Même les Juifs, sous l'Inquisition, comme les protestants, avaient la possibilité de sortir de leur condition en se convertissant. Dans toute guerre, l'ennemi a la possibilité de sortir de cette condition d'ennemi en se rendant. Les Juifs, durant cette guerre, n'avaient aucune possibilité de sortir de leur condition de Juifs. Leur sort était tracé: c'était l'extermination."¹⁵⁰

Le même signe distinctif - le choix des victimes en fonction de leur naissance - est retenu par le procureur P.Truche, qui l'illustre par l'exemple suivant:

"Imaginez ce que c'est dans une famille juive, au cours de l'été 1944, d'attendre un enfant. Imaginez cette mère qui porte un enfant pour lequel elle forme des projets d'avenir. Si elle est arrêtée, parce qu'elle est Juive, avant qu'il ne vienne au monde, on la fera avorter. Si l'enfant naît, on le noiera (...). A partir de sa conception, il est voué à la mort, si son chemin doit croiser un nazi (...) du fait même de sa naissance, il est condamné."¹⁵¹

André Frossard retient un deuxième critère: *l'avilissement de la personne humaine* qui accompagne la mise à mort:

"A mon avis, le crime contre l'humanité, c'est cela: c'est d'abord de tuer quelqu'un pour le seul motif qu'il est né, qu'il est venu au monde(...), il est venu au monde contre la doctrine, il n'a pas le droit d'exister, mais il faut encore que cette mise à mort soit précédée d'une tentative d'humiliation, d'abaissement, d'avilissement de la personne."¹⁵²

Les tenants de la *version Frossard* dressent une ligne de démarcation claire entre les *crimes contre l'humanité* et les *crimes de guerre*. Le critère de distinction retenu est le statut de la victime, et en liaison avec ce statut, le contexte et la façon dont la violence est exercée. Les victimes des *crimes contre l'humanité* sont, selon cette opinion, des non-combattants, des "inoffensifs", selon les termes du procureur Truche, à la différence de celles des *crimes de guerre* qui peuvent être des résistants, des opposants, des personnes qui ne sont pas dépourvues de moyens de se défendre et de menacer, de leur part, les agresseurs. Tandis que les *crimes de guerre* se commettent au cours d'hostilités armées, dans le feu d'un combat réciproque, les crimes contre l'humanité s'exercent avec du sang-froid, avec préméditation, voire planification bureaucratique. Pour illustrer ce dernier indice, le représentant de parties civiles Jakubovicz trouve un propos expressif: "ce peuple juif, canalisé vers la mort par la logistique nazie".¹⁵³

"Ce n'est pas la même chose - avance Frossard - de torturer des résistants et ce n'est pas la même chose de tenter d'abolir un peuple. La torture n'avilit pas le résistant: elle n'a pas abaissé Jean Moulin(...), elle ne l'a pas avili moralement. Au contraire, elle l'a plutôt grandit."¹⁵⁴

"(...) je ne peux pas assimiler justement les violences, les excès de ce qu'on appelait la répression en Algérie(...), je ne peux pas assimiler ce genre de violence qui se fait dans le feu, dans la violence même du combat et de la peur que s'inspirent les deux adversaires réciproquement, je ne peux pas assimiler cela à des opérations menées avec le plus grand sang-froid contre tout un peuple, toute une race et des enfants surtout, des enfants pris comme tels."¹⁵⁵

2. Version Schwarz

(retenue par la Cour de Cassation à Paris et constituant la base de la saisine de la Cour d'Appel de Lyon)

La *version Schwarz* écarte le statut de la victime comme signe distinctif du *crime contre l'humanité*, pour ne retenir que le deuxième critère dans la définition de Frossard - *l'avilissement de la personne humaine*. Elargissant le cercle des victimes possibles du *crime contre l'humanité* au-delà d'une communauté raciale et jusqu'aux combattants actifs de la

Résistance, la notion de *crime contre l'humanité*, proposée par Laurent Schwarz, vise le crime nazi dans toute son ampleur. *A la thèse de l'unicité du génocide des Juifs il oppose celle de l'unicité de la criminalité nazie*. Si pour la thèse Frossard une ligne infranchissable passe à l'intérieur de l'activité criminelle des nazis, en structurant les différents volets de cette activité en états de faits foncièrement distincts par leur nature, pour Schwarz la ligne de démarcation infranchissable sépare, d'un côté, la criminalité nazie, uniforme dans son inspiration de mépris de l'homme dans la personne de toutes ses victimes et qui trouve son expression achevée dans l'univers concentrationnaire du nazisme, et d'un autre côté, les *crimes de guerre* commis à différents endroits du monde par tous les camps impliqués dans des hostilités armées. Fort de son expérience de terrain ("J'ai défendu les droits de l'homme à peu près dans tous les pays où l'on pouvait le faire"), Laurent Schwarz fournit ses conclusions devant le prétoire en tant qu'une sorte d'expert en matière des crimes de masse:

"Par conséquent j'ai vu passer hélas beaucoup de crimes, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité(...) mais(...) jamais rien ne m'est apparu comme aussi important, d'aussi grande dimension, d'aussi grande ampleur que le nazisme.

(...) Mais dans tous ces cas-là j'ai avant tout vu qu'il y avait torture alors que dans le nazisme il existe des dimensions supplémentaires essentielles.

Il y a une première dimension(...), c'est le génocide.

(...) c'était là un mépris de la personne humaine dans ces Juifs, tout était fait pour les abattre, pour les écraser et pour les humilier.

(...) Il n'y a pas que l'anéantissement des Juifs, il y a aussi l'extermination des résistants.

(...) Si on regarde un endroit où la torture a été particulièrement atroce, c'est-à-dire pendant la guerre d'Algérie, la torture était faite pour avoir des renseignements mais il y avait ensuite un procès, dans le procès il y avait des avocats, des avocats ont fait la navette entre Paris et l'Algérie, un jugement était rendu et si les personnes étaient condamnées, elles étaient mises dans une prison et n'étaient plus torturées.

(...) Mais dans la Résistance il n'y avait pas de procès avec avocat ou il y en a eu infiniment peu. La plupart du temps les résistants étaient amenés dans les caves de torture, ils étaient torturés puis ils étaient expédiés dans les camps de la mort, dans les camps qui avaient pour but de les faire mourir lentement. Autrement dit, il y a eu là également *cette dimension supplémentaire de la dégradation de l'être humain* (c'est moi qui souligne) de tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, étaient des adversaires du Reich.

(...) Enfin, bien sûr, comme dimension supplémentaire il y a eu l'importance du nombre (...) c'est un des plus grands massacres de l'histoire de l'humanité."¹⁵⁶

Le bâtonnier du Granrut, s'alignant sur la version Schwarz, souligne l'égalité statutaire de toutes les victimes de déportation comme victimes de crime contre l'humanité,

indifféremment du motif de cette déportation, et cela en raison de l'égalité de traitement inhumain qui leur est infligé:

"Rien ne permet de dire dans l'acte de Nuremberg (...), que seul le génocide des Juifs est un crime contre l'humanité, la définition est beaucoup plus générale.

Il est certain que le génocide juif est la forme la plus caractérisée, la plus étendue, la plus atroce, la plus permanente parce qu'elle a commencé avant même le début de la guerre; et que s'il y a des niveaux dans l'atroce, la déportation des enfants et leur élimination systématique (...), nous sommes au sommet de l'abomination des crimes contre l'humanité. Mais ce n'est pas parce qu'il y a des gradations dans l'atroce que l'atroce n'existe pas, et à moindre degré la déportation des résistants, des opposants politiques qui étaient des résistants, ou les parents des résistants ou les supposés tels, ou les simples contestataires ou opposants, ou même ceux victimes d'une erreur à l'occasion d'une rafle, parce qu'ils étaient présumés opposants à la politique nazie, ils avaient droit comme les autres à la déportation."¹⁵⁷

Le bâtonnier du Granrut se réfère aux arguments du rapporteur auprès de la Cour de Cassation M. le Gunehec étayant la thèse que les résistants déportés sont victimes de *crime contre l'humanité* au même titre que les victimes juives, et non pas victimes de *crime de guerre* comme le seraient les combattants dans d'autres conflits.

"Retenons cependant, que s'il existe une hiérarchie dans l'horreur ou dans la cruauté, le crime contre l'humanité supplante le crime de guerre - souligne le rapport de M. le Gunehec, cité par le bâtonnier du Granrut - dans la mesure où il n'est pas seulement une violation de lois et coutumes de la guerre que les hommes auraient mises en place pour se donner bonne conscience ayant recours à la force (...), mais surtout *une atteinte aux droits fondamentaux de l'homme, le droit à l'égalité sans distinction de race, de couleur ou de nationalité, et le droit au respect des opinions politiques et religieuses de chacun* (c'est moi qui souligne). C'est le crime qui n'a pas seulement pour objet de blesser ou de donner la mort, mais celui qui accompagne cette blessure ou cette mort d'une *violation délibérée et gratuite de la dignité* (c'est moi qui souligne) de ceux ou celles qui en sont les victimes, parce que ceux-ci appartiennent à un groupe humain qui n'est pas celui des bourreaux ou qui n'en acceptent pas la domination."¹⁵⁸

Soulignant la différence entre les *crimes de guerre* qui accompagnent les conflits armés et les crimes perpétrés par les nazis pendant la Seconde guerre mondiale à l'égard de toutes leurs victimes, Rappoport, représentant de parties civiles, adopte une démarche généralisante, affirmant *l'unicité et l'incommensurabilité de toute l'action belligérante nazie*, la présentant comme une immense entreprise criminelle, et introduisant, implicitement, une distinction entre "*guerre ordinaire*" et "*guerre criminelle*":

"Que nous dit Klaus Barbie? (...): Tout cela, c'est la guerre. Il le dit et son avocat le dit (...). "Sans partager ses idées, dit son défenseur, je comprends son refus de s'incliner devant ses vainqueurs."

(...) Ce que l'on rendrait ici, ce serait une justice des vainqueurs, ce type de justice où on est condamné si on est vaincu et où on est décoré si on est vainqueur.

(...) Et bien, il faut le dire, ce n'est pas la guerre, il ne s'agit pas ici d'une guerre comme toutes les guerres, d'une guerre gagnée par l'un, perdue par l'autre, accompagnée des inévitables souffrances des guerres.

(...) Il s'agit bien d'autre chose (...). C'est pour assurer la suprématie aryenne, c'est en son nom, pour l'ordre nazi dans le monde, son pouvoir total et exclusif, son hégémonie qu'a été conçu, organisé, exécuté tout ce que vous avez entendu.

(...) Pour aboutir à cette hégémonie, pour installer dans le monde l'ordre nazi, il faut éliminer les nuisibles, les Juifs, les inférieurs, les Slaves, les Tziganes, les malades, les hostiles, ceux qui vont résister à cette tentative d'un gouvernement du monde de cette manière-là. Elle est recommandée par la doctrine nazie, cette élimination, qui va être entreprise, réalisée par le fonctionnement régulier de l'ensemble des administrations de l'Etat nazi.

(...) Il n'y a pas ici le lien nécessaire avec la guerre. Il ne s'agissait pas d'assurer la victoire des armes, mais bien le triomphe et la mise en place de l'ordre nazi. C'est si vrai que le système concentrationnaire a été mis en place bien avant la guerre dès 1933, contre les opposants, contre les Juifs, qui sont, dès avant la guerre, dès avant son déclenchement en Allemagne pourchassés, enfermés, martyrisés de la même façon, parce qu'il faut éliminer tout ce qui ne peut s'inscrire dans la race des seigneurs.

(...) Ces actions criminelles ne sont pas les hasards ou les regrettables fatalités de la guerre.

(...) Nous ne sommes pas ici en présence de crimes uniquement de guerre nécessités par la conduite de la guerre."¹⁵⁹

Le procureur général opte, en tant que juriste, pour la *version Frossard*. Néanmoins, il fait part de sa perception personnelle en tant que citoyen, qui, elle, penche en faveur de la *version Schwarz*. Le procureur saisit l'occasion du débat devant le Tribunal pour apporter son appréciation générale à l'égard du mouvement de la Résistance française:

"Ces audiences l'ont bien montré, la Résistance fut une épopée magnifique, d'autant plus que des gens humbles se sont engagés et ont senti qu'ils pouvaient, avec leurs propres mains, bâtir la nation."¹⁶⁰

Enfin, le bâtonnier du Granrut attire l'attention sur un caractère de la criminalité visée qui transcende l'opposition des versions Frossard-Schwarz: son caractère international, relevant en conséquence du droit international. Le juriste propose une définition du *crime contre l'humanité* sur la base du bien protégé par cette incrimination - la *nature humaine*. Dans son approche la *nature humaine* (ainsi que le crime qui y porte atteinte) est saisie dans

sa bidimensionalité - à la fois comme l'essence de l'humain et comme l'ensemble intégral des habitants de la planète que constitue l'humanité.

"Notre bien commun- soutient l'avocat - c'est la nature de l'homme, sa distinction par rapport à toutes les autres créatures terrestres.

(...) C'est un bien commun qui est la nature de l'homme, qui existe depuis nos origines, que nous recevons, mais dont nous ne sommes pas propriétaires, que nous recevons en dépôt, et que nous livrons, que nous devons livrer aux générations qui nous suivent.

Cette essence de l'homme, cette intégrité de l'homme et de la nature humaine, est un héritage que nous devons préserver, encore une fois nous n'en sommes que des dépositaires.

Lorsqu'une partie de cet ensemble que constitue l'humanité qui se reproduit, qui grandit au fur et à mesure des générations, est atteinte, est martyrisée, annihilée, déportée, anéantie, c'est toute l'humanité qui est atteinte, c'est notre conception même de l'homme. Aucun Etat, aucun groupe, aucune race ne peut monopoliser ce crime. Ce tout qu'est l'humanité nous transcende, nous dépasse dans l'espace et dans le temps.

(...) C'est un crime international, parce que c'est toute l'humanité qui le porte et qui le réprime, et toutes les nations du monde ou au moins toutes les nations civilisées."¹⁶¹

III. Base juridique de la poursuite pénale

1. Droit matériel

a) Les textes juridiques

Le crime contre l'humanité étant considéré comme un crime de droit international, mais soumis à la juridiction nationale des Etats qui en sont concernés (sur le territoire desquels le crime a été commis), l'accusation se réfère, en guise de fondements de la poursuite pénale, à des textes aussi bien internationaux que nationaux. Comme source initiale de l'incrimination est cité l'art. 6c du Statut du TMI de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945. En ce qui concerne la législation française, c'est la loi du 26 décembre 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité qui constitue le texte de référence. L'art. 8 de la loi du 26 décembre 1964 est cité devant le prétoire par le bâtonnier du Granrut:

"Les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la Résolution des Nations Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité (...) dans la Charte du Tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par leur nature."¹⁶²

Cette loi est qualifiée par le procureur Truche de "loi pédagogique"¹⁶³, prédestinée à rappeler à l'opinion publique "qu'il sera toujours possible de poursuivre pour crime contre l'humanité". Cette loi n'aurait pas à définir le crime lui-même, ce dernier étant défini par les textes de droit international, dont la France est partie. Le texte "ne faisait que constater l'imprescriptibilité - précise le procureur général-, dont la Cour de Cassation dira après qu'elle existait déjà depuis 1945"¹⁶⁴. Selon l'avis du procureur Truche, la base juridique immédiate du procès Barbie est d'ordre essentiellement jurisprudentiel:

"Nous arrivons vers le milieu des années 1970. Ce débat - qui n'a pas pu avoir lieu complètement au Parlement - va se dérouler sur le plan judiciaire et aboutir à la poursuite d'aujourd'hui.

(...) Le débat a donc eu lieu principalement entre Lyon et Paris. Je suis très heureux qu'il se soit déroulé sur le plan judiciaire, il a permis d'aller au fond du problème."¹⁶⁵

Les deux arrêts, de la Cour d'Appel de Lyon et de la Cour de Cassation, fondement immédiat du procès Barbie, sont résumés devant le prétoire par le bâtonnier du Granrut:

"D'abord c'est la décision (...) de la Chambre d'accusation de Lyon du 4 octobre 1985, qui renvoie Barbie comme accusé devant votre Cour, mais pour les faits de déportations de Juifs, mais qui écarte les faits de déportations de résistants.

Mais le 25 décembre 1985 la Cour de Cassation va trancher et va dire qu'il n'y a pas de raison d'exclure les résistants ou supposés tels (...) de cette qualification de crime contre l'humanité, dès lors qu'ils ont été comme les autres déportés (...) Voici le résumé (...) de l'arrêt du 25 décembre 1985:

Constituent des crimes imprescriptibles contre l'humanité au sens de l'art. 6c du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août, alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'art. 6b, sont donc des crimes contre l'humanité les actes inhumains et les persécutions qui au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition."¹⁶⁶

Barbie est donc jugé pour *crimes contre l'humanité* (ces derniers englobant certains crimes à l'encontre de résistants, qualifiables en même temps de *crimes de guerre*) et non pas pour *crimes de guerre*, l'imprescriptibilité des seuls *crimes contre l'humanité* étant reconnue par la France. Sur ce point le procureur général apporte une comparaison:

"Dans les pays signataires de l'Accord de Londres - c'est important sur le plan international - comme dans tous les autres qui, à la différence de la France, ont signé la convention déclarant imprescriptibles non seulement les crimes contre l'humanité, mais également les crimes de guerre, Barbie serait poursuivi pour plus de fait que ceux reprochés aujourd'hui."¹⁶⁷

b) *Le principe de non-rétroactivité en droit pénal*

Tous les textes de droit international et national sur lesquels est fondée l'accusation étant postérieurs au moment des faits, l'accusation se voit dans l'obligation de démontrer le respect du principe de non-rétroactivité de la loi pénale. Sur ce point le Ministère public et les parties civiles (représentées par le bâtonnier du Granrut) empruntent deux démarches différentes.

Faisant référence à la Convention européenne des droits de l'homme, le bâtonnier du Granrut développe une option de conformité au *principe de non-rétroactivité*, en l'absence de disposition pénale formelle précédant à l'acte inculpé. C'est notamment à l'art. 7 de la Convention qu'il renvoie:

"La Convention européenne des droits de l'homme s'est préoccupée d'édicter que les lois ne devaient pas être rétroactives, elle le dit dans un art. 7 de la Convention, mais elle ajoute alinéa 2: "Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui au moment où elle a été commise était *criminelle, d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.*" (c'est moi qui souligne).¹⁶⁸

Ce critère, contenu dans la Convention européenne, du Granrut l'applique dans une analyse de la conduite belligérante du point de vue du pénaliste, démontrant notamment que les actes inculpés étaient criminels déjà à l'époque, d'après les principes et coutumes du *droit de la guerre*:

"(...) Ceux qui s'engageaient dans le combat de l'ombre prenaient un risque, ils savaient que s'ils étaient pris, ils pourraient passer devant un tribunal militaire, être condamnés à mort et fusillés. C'était si je puis dire, le jeu tragique de la guerre souterraine. ça c'était le respect des droits de la guerre, le respect de la Convention de la Haye, les francs-tireurs comme on dit peuvent être considérer comme résistants, ou les résistants comme des francs-tireurs, et peuvent être effectivement considérés comme coupables, et le cousin de Joe Nordmann a été l'un des premiers à comparaître devant un tribunal allemand à Paris, et régulièrement si je puis dire, à être condamné à mort par un tribunal militaire allemand présidé par un juriste.

Puis il y a la seconde étape, ce sont les résistants, pris les armes à la main, ou supposés résistants ou agents de liaison ou radios, que l'on passe immédiatement par les armes, sans jugement, individuellement ou collectivement, que ce soit à Brou, à Saint-Genis-Laval, ça c'est le crime de guerre.

Puis il y a l'atteinte profonde à la personne humaine, c'est de les prendre et de les déporter, non pas les mettre dans les camps de prisonniers, comme on aurait pu l'imaginer, comme il y avait des millions de prisonniers qui y étaient à la suite de la fin de la guerre de 1944, mais dans des camps où il fallait anéantir la personnalité même des gens avant de les tuer et de les exterminer."¹⁶⁹

En résumé, les trois situations décrites de pertes de vies humaines lors d'un conflit armé se laissent définir, du point de vue pénal, comme suit: a/ première situation: respect du *droit de la guerre*; b/ deuxième situation: *crime de guerre* - violation formelle du droit de la guerre; c/ troisième situation: *crime contre l'humanité* - violation de principes fondamentaux du droit. Dans la troisième situation les principes fondamentaux du droit se substituent à la disposition pénale formelle.

Le procureur Truche suit un tout autre raisonnement. Il considère l'activité du chef de la Gestapo de Lyon (plus correctement de la section 4 du Einsatzkommando de Lyon) comme réductible à une série de crimes de droit commun:

"Les faits commis par Barbie en 1943 et 1944, qui lui sont reprochés aujourd'hui, sont des assassinats et des séquestrations arbitraires. En 1943 et 1944, comme aujourd'hui, dans tous les pays, comme de tout temps, ces infractions ont existé. En 1943 et 1944 Barbie se rendait complice d'assassinats et de séquestrations qui étaient punis par la loi française à l'époque, comme par la loi allemande, dans cette dernière rien ne permettait ce que les SS considéraient comme leur loi propre."¹⁷⁰

Et M.Truche d'opérer une subsumption des actes de Barbie sous différents états de faits contenus dans le Code pénal français:

"(...) nous retiendrons *la complicité d'assassinats* commis en Allemagne et dans les camps.

Pour les déportations le crime retenu est *la séquestration*, quand elle est arbitraire, c'est-à-dire qu'elle est en infraction à la loi, injustifiée. Des textes allemands prévoient l'internement dans les camps, aucun ne s'applique au cas Barbie.

(...) un dernier crime est imputé à Barbie, il s'agit des enfants juifs. C'est un crime très particulier, le plus grave bien évidemment, *l'enlèvement d'enfants mineurs*, lorsqu'il a pour circonstance aggravante l'âge de 15 ans pour certains et leur assassinat ensuite pour la plupart." (c'est moi qui souligne).¹⁷¹

Les crimes imputés à Barbie, assimilables à des crimes de droit commun, ont pourtant une particularité, désignée par le procureur Truche comme "la justification de l'imprescriptibilité", c'est une *intention criminelle spéciale*, celle d'asseoir "une politique d'hégémonie idéologique".

"Je dois prouver - annonce le principal accusateur - que Barbie a agi dans le cadre d'un complot, comme dit la Cour de Cassation, dans le cadre *d'une politique d'hégémonie idéologique* (c'est moi qui souligne), c'est-à-dire que tout cela a été commis dans le système d'idées basées sur la suprématie d'un peuple, d'un pays."¹⁷²

Cette interprétation du procureur général est étayée par l'avis du bâtonnier du Granrut. Déchiffrant la définition pénale de *crime contre l'humanité*, l'avocat évoque trois éléments constitutifs de l'infraction examinée. Sous le chiffre 2 (deuxième élément constitutif) il avance ceci:

"2. (...) il faut, et tous les auteurs, toutes les décisions le disent bien et ça découle du statut de Nuremberg, qu'ils aient été commis au nom d'une *hégémonie idéologique*, c'est-à-dire que ce soit une politique d'Etat, que ce soit un Etat qui ait prescrit un certain nombre d'actes.

Le criminel ce n'est plus seulement celui qui effectivement met la main directement si je puis dire, mais également *l'Etat tout entier au nom d'une politique idéologique*, qui veut créer une certaine extermination."¹⁷³

Cette *intention spéciale* notamment est à la base de la création d'une incrimination spéciale - *crime contre l'humanité* - malgré qu'on soit en présence d'éléments matériels du crime identiques aux éléments matériels de différents crimes de droit commun: assassinat, séquestration arbitraire, atteinte à l'intégrité physique, etc. Sur le plan de la répression, le *crime contre l'humanité* diffère des crimes de droit commun respectifs uniquement par l'imprescriptibilité qui y est liée. C'est cette différence à elle seule, qui autorise la tenue du procès plus de 40 ans après les faits.

Si le procureur général explique le respect de la règle de non-rétroactivité par l'assimilation des crimes imputés à Barbie à des crimes de droit commun, réprimables à l'époque des faits par des lois françaises (aussi bien qu'allemandes), ces faits auraient déjà été prescrits selon les mêmes lois. La proclamation du nouvel élément juridique - l'imprescriptibilité - est postérieure à l'époque de la commission des crimes. L'accusation est confrontée à la nécessité de démontrer l'application non-rétroactive, par le procès, de la loi sur l'imprescriptibilité, datant de l'année 1964. La justification est déjà fournie par la Cour de Cassation, avec la remarque que les crimes contre l'humanité sont imprescriptibles par leur nature, et qu'ils l'étaient déjà, à l'époque de leur commission. Une argumentation en appui de cette thèse est fournie au prétoire par le bâtonnier Du Granrut, et consiste dans l'affirmation que la loi de 1964 "n'est pas constitutive de droit" mais "déclarative de droit". L'explication se fait par analogie avec la Déclaration des droits de l'homme de 1789:

"(...) Tous les hommes naissent et meurent égaux.

C'est un présent éternel qui existait bien avant nous, c'est une constatation. Elle n'avait pas de valeur rétroactive. Elle établissait simplement sur le plan du Droit, pour la première fois dans notre pays et dans le monde entier, ce qu'étaient les droits de l'homme, qui avaient probablement été bafoués depuis très longtemps.

(...) Donc cette égalité des droits de l'homme est constatée en 1789 au nom de l'humanité tout entière qui nous a précédés. Les crimes contre l'humanité sont également - et c'est le mérite de cette génération - le fruit de la guerre, mais c'est un fruit au moins porteur et généreux d'avoir eu le courage de définir *pour le passé, pour le présent et pour l'avenir ce qu'étaient les crimes contre l'humanité.*" (c'est moi qui souligne).¹⁷⁴

2. Droit procédural

a) Régularité de la procédure d'arrestation de Klaus Barbie

Le bâtonnier du Granrut prend le soin de riposter, en arguments de droit, aux critiques de la défense portant sur la prétendue violation de règles de procédure au cours du procès. La défense conteste la légitimité de la tenue même du procès, entre autres en raison de défauts de procédure, en commençant par l'enlèvement, hors règles, de Klaus Barbie. Du Granrut résume les accusations de la défense, sur ce point, dans les termes suivants: "qu'il a été victime d'une extradition déguisée, - et je vais jusqu'au bout des explications - qu'il aurait même été vendu par la Bolivie à la France"¹⁷⁵. Du Granrut défend la régularité de l'arrestation de Klaus Barbie avec 3 arguments:

1. Les contestations de la défense ont déjà été soumises à toutes les juridictions compétentes qui ont toutes tranché en faveur de la régularité de l'arrestation.

2. L'expulsion, à laquelle la Bolivie a fait recours pour satisfaire la requête de la France, est une mesure courante qui évite les formalités de l'extradition:

"C'est une mesure de sauvegarde du pays qui expulse - poursuit du Granrut-, s'appliquant en l'espèce à une personne qui était entrée sous une fausse identité, qui s'était en Bolivie rendue coupable de délits et dont la véritable nationalité, il le remarque lui-même, était la nationalité allemande."¹⁷⁶

3. Le droit international, qui s'applique au cas Barbie, exige incontestablement le concours de tous les pays à la poursuite des criminels de guerre et contre l'humanité. Du Granrut se réfère à l'Accord de Londres et à la Résolution des Nations Unies du 13 février 1946, constituant la source de droit international en matière de poursuite des crimes contre l'humanité.

"L'Accord prescrit aussi (...) d'assurer la présence aux débats de ceux des criminels que les pays détiennent, aussi que d'employer tous leurs efforts pour assurer la présence aux débats de ceux des accusés qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'un des signataires."

L'avocat cite, ensuite, un extrait d'une Déclaration des Nations Unies:

"Connaissance prise que certains criminels de guerre continuent à se soustraire à la justice sur le territoire de certains Etats, recommande que les membres des Nations Unies prennent immédiatement toutes les mesures nécessaires pour que les criminels de guerre qui sont responsables de ces crimes ou y ont pris une part

active, soient arrêtés et ramenés dans les pays où ont été perpétrés leurs forfaits afin d'y être jugés et punis, conformément aux lois de ces pays",

avant de conclure:

"Ainsi ceux qui abritaient les criminels de guerre étaient des pays qui se mettaient au ban des Nations Unies, et au ban de toutes les nations civilisées.

(...) La Bolivie, en expulsant Klaus Barbie, n'a pas fait preuve de complaisance, elle n'a pas rendu un service stipendié à la France, elle a accompli son devoir, devoir que n'importe quel pays qui détiendrait un criminel contre l'humanité devrait également accomplir."¹⁷⁷

IV. Opposition justice fondamentale - justice conventionnelle

Le témoin des parties civiles Laurent Schwarz développe une vision de justice qu'on pourrait nommer "justice absolue" ou "fondamentale" et qui s'oppose à l'idée d'une justice pénale relative ou conventionnelle. Cette dernière considère la poursuite en justice pénale comme justifiée uniquement dans la mesure où la comparution devant la justice est réclamée pour toute personne ayant commis un crime identique. Dans cette conception, l'égalité devant la justice constitue la *conditio sine qua non* de la poursuite pénale, cette dernière étant perçue comme une institution humaine, conventionnelle. C'est cette thèse notamment que combat, en paroles et actes, le témoin de parties civiles Schwarz. Il plaide pour une justice absolue comme si celle-ci était une institution objective dépassant l'entente et la convention. Chaque cas de comportement fautif et coupable, chaque crime est examiné, dans cette version, en tant que tel, pour lui-même, et évalué avec la grille du Code pénal. Le cas individuel est traité, pour ainsi dire, les yeux fermés aux statistiques judiciaires et policières, et en négligeant l'existence d'une sorte de coutume de non-poursuite pour certains crimes ou groupes d'auteurs, en surmontant de sorte toute forme d'opportunité, étrangère aux buts authentiques de la justice.

Laurent Schwarz illustre parfaitement sa conception en rapportant son expérience de terrain en tant que militant pour les droits de l'homme.

"Très souvent - confie le praticien -, quand je me suis occupé de problèmes de droits de l'homme, on a essayé d'évoquer pour m'empêcher ici ou là des faits qui se passaient ailleurs, par ex. le Comité des mathématiciens qui groupe des mathématiciens s'occupant de mathématiciens prisonniers d'opinion dans l'ensemble du monde, s'est occupé à la fois d'Anatoli Charansky, de Juri Orlov et d'Andreï Sakharov en URSS, prisonniers d'opinion, mais en même temps de Joe Luis Masera, prisonnier d'opinion communiste en Uruguay.

Si je me rendais à l'ambassade soviétique et que je parlais de Charansky, d'Orlov et de Sakharov, on me disait: Mais écoutez, rendez-vous compte, vous faites plaisir aux Américains qui commettent toutes sortes de crimes. Je répondais: Ecoutez, ces considérations-là n'importent pas, nous sommes des universalistes, des universitaires, nous nous occupons des droits de l'homme partout, quoi qu'il arrive. Je vous demande la liberté de Charansky, Orlov et Sakharov, *indépendamment de ce qui se passe ailleurs* (c'est moi qui souligne). Inversement, quand j'allais voir des ministres en Uruguay en disant: je vous demande la libération d'un prisonnier d'opinion communiste, José Luis Massera, ils nous disaient: Mais regardez à quel point vous allez faire plaisir à l'Union soviétique. Je leur répondais: ce n'est pas un point de vue qui m'importe, nous nous occupons de tous les cas et nous ne faisons aucune exception."¹⁷⁸

A la lumière de sa conviction ainsi exprimée, Schwarz tire les conclusions à l'égard du procès en cours:

"(...) *ne pas s'occuper d'autre chose*. Nous avons ici un procès déterminé, nous avons à juger des crimes déterminés, nous devons les juger en toute conscience, *sans nous occuper de précédents positifs ou négatifs ailleurs*."(c'est moi qui souligne).¹⁷⁹

V. Subversion exercée à l'aide du discours légitimatoire

Le représentant de la LICRA M.Kormann, en sa qualité d'avocat de parties civiles, soumet à une sorte d'analyse de discours spontanée les nombreuses interventions médiatiques de la défense au cours de la phase d'instruction du procès, ainsi que dès le début des audiences devant le tribunal. M. Kormann croit détecter, à travers la "*stratégie de rupture*" de la défense et son "*discours de déstabilisation*", la défense d'autres causes que celle de l'accusé, l'utilisation du prétoire du tribunal comme tribune de propagation de ses propres convictions et enfin, une parenté intellectuelle avec les bases idéologiques du terrorisme. M. Kormann met en garde contre le *caractère subversif* du discours accusateur de la défense, qui s'approcherait dangereusement des figures de pensée des partisans du "combat de la légitimité", en d'autres termes des "terroristes de tous bords".

„Tout ce discours - avertit le représentant de la LICRA -, accompagné de comparaisons oiseuses sur les prétendues illégalités du procès fait à Barbie, et les rappels tout aussi oiseux, mais insistants, sur la guerre d'Algérie, sur aussi (pourquoi pas) la guerre du Vietnam ou même encore d'Israël, *visé à démontrer au prétexte de défense que nous vivons dans un régime quelque peu pourri* (c'est moi qui souligne).

(...) Ce discours, il faut y être attentif, sert donc à autre chose et sert à d'autres.

En effet, c'est exactement ce qu'on peut appeler un *discours de déstabilisation*: un discours dont le projet est de porter ceux qui l'écoutent à *contester la légitimité de notre société*.

(...) Nous l'avons entendu maintes fois ces dernières années à d'autres occasions, dans d'autres affaires, où l'on a de la même manière et sous d'autres prétextes, contesté la légitimité et les bases de la société dans laquelle nous vivons.

En substance, ce discours que l'on entend dans cette affaire Klaus Barbie a exactement la même tonalité que celui que l'on entend chez les terroristes, les terroristes de tous bords, qui au nom d'un soi-disant prolétariat international opprimé viennent poser chez nous des bombes et que l'on défendra ensuite en faisant valoir d'identiques raisons, en faisant valoir que *leur combat est le combat de la légitimité*, puisqu'il s'agit de lutter contre un agresseur illégitime. Et puisqu'il s'agit de lutter contre un agresseur illégitime, on est légitimé à se servir de bombes et à prendre des armes.

(...) Discours par conséquent suspect et il faut le comprendre au moment où vous voyez développer devant vous cette stratégie de rupture."¹⁸⁰

Les prises de position de la défense

La défense prétend véhiculer un message par le fait même de sa composition: englobant notamment l'avocat français Jacques Vergès, de mère vietnamienne et de père réunionnais, l'avocat du barreau d'Alger Bouaïta, et l'avocat congolais Mbemba. Elle se définit comme une "défense symbolique à ce procès symbole". A travers la défense seraient "symboliquement représentés" "les peuples coloniaux".

Les interventions des trois représentants de la défense sont dominées par un thème: contestation de la légitimité du procès Barbie, et de la jurisprudence de Nuremberg en général. Cette contestation s'exprime par une chaîne argumentative très vaste, comprenant les sous-thèmes suivants:

I. Contextualisation du phénomène national-socialisme

II. Réfutation de la thèse de l'unicité et l'incommensurabilité des pratiques répressives nazies et du génocide des Juifs. Evocation d'autres cas qualifiables de crimes contre l'humanité, postérieurs au génocide des Juifs

III. Sélectivité de la justice rendue par la jurisprudence internationale pénale de type Nuremberg

IV. Dérogation, par le procès, au principe de légalisme en droit pénal

I. Contextualisation du phénomène national-socialiste

1. Antécédents du phénomène national-socialiste

Les avocats de la défense décèlent dans l'histoire de la modernité européenne trois antécédents de l'entreprise national-socialiste: l'idéologie raciste, les pratiques coloniales, la Première guerre mondiale. Ce point de vue tend à présenter l'émergence du national-socialisme non pas comme une rupture anormale dans le développement évolutif du vieux continent, mais bien au contraire, comme un aboutissement de développements accumulés au fil des derniers siècles, comme un couronnement logique de tendances néfastes, propres à l'Etat européen moderne.

a) L'idéologie raciste

L'avocat du barreau d'Alger, Bouaïta, fait état de prémisses racistes dans les bases intellectuelles de la modernité européenne. Ainsi affirme-t-il:

"La philosophie du siècle des Lumières elle-même a jeté dans l'ombre la souffrance noire. A l'époque des rêveries du promeneur solitaire, à l'époque des professions de foi du vicaire solitaire, de l'esprit des lois, j'accuse Montesquieu et Voltaire d'avoir ignoré l'esclavage."¹⁸¹

S'appuyant sur deux articles du "Code noir", rédigé sous commande du ministre Colbert:

"Art. 12. - Les enfants qui naîtront de mariage entre esclaves seront esclaves et appartiendront aux maîtres des femmes esclaves.

Art. 44. - Déclarons les esclaves être meubles(...)",

l'avocat de conclure:

"A l'époque personne ne doutait de l'infériorité naturelle de la race noire, si race il y a, et les bons sauvages de Rousseau avaient tous la peau rose bonbon".¹⁸²

Vergès cite, de son côté, comme source précurseur de l'idéologie raciste, une phrase de Jules Ferry (ce dernier désigné comme "apôtre de la colonisation"), en date de 1885: "Il faut le dire ouvertement, les races supérieures ont un droit vis-à-vis des races inférieures."¹⁸³

b) Les pratiques coloniales

Ce n'est pas qu'une idéologie, prise en tant que telle, donc abstraite et virtuelle, que les avocats s'emploient à dégager, ils s'arrêtent plus longuement sur les pratiques coloniales, exercées, croient-ils, en pleine conformité avec cette doctrine colonisatrice. Après avoir dressé, devant le prétoire, une description de certaines pratiques coloniales inhumaines, qui se seraient produites au Congo pendant les années 30, le représentant congolais de la défense M. Mbemba lance l'hypothèse que le jeune mouvement national-socialiste pourrait s'être inspiré des pratiques coloniales à base raciste:

"Pensez-vous que ce qui s'est passé au Congo quelque deux, trois ans avant l'arrivée du nazisme, ce traitement des gens comme des bêtes (...) n'ait pas pu - je ne sais pas à quel degré - espérer, si j'ose dire, triompher en Allemagne dans l'année 1933?

(...) Est-ce que ceux qui ont appliqué certaines méthodes coloniales n'ont pas leur part de responsabilité dans la formation de l'idéologie nazie? Est-ce que vous pensez que toutes les pratiques nazies sont totalement différentes des pratiques coloniales?"¹⁸⁴

La même hypothèse, avec plus de certitude, parce que s'appuyant sur une citation de Hitler, est avancée par Vergès:

"Nous pouvons donc dire que ce n'est pas l'antisémitisme d'Hitler qui est à l'origine des crimes contre l'humanité commis par l'Allemagne, mais sa volonté de coloniser les Slaves car cette colonisation, il la voit à travers les expériences raciales des puissances occidentales. Quand on cite Hitler il faut le citer en entier, même quand il nous renvoie notre propre image. Hitler dit: "Les territoires de la Russie seront pour nous ce que l'Inde est pour l'Angleterre. (...) Le colon vivra dans une ferme jolie et spacieuse, les services allemands seront logés dans de merveilleux bâtiments, les gouverneurs dans des palais.

(...) Nous n'avons qu'un seul devoir: germaniser le pays par l'émigration allemande et considérer les indigènes comme des Peaux - Rouges."¹⁸⁵

En plus des expériences coloniales des grandes puissances occidentales, Vergès porte l'attention aussi sur les expériences coloniales propres de l'Allemagne, comme source d'inspiration possible du mouvement national-socialiste. Ainsi poursuit-il plus loin:

"N'oublions jamais que Göring est le fils d'un ancien gouverneur du Sud-Ouest africain allemand, aujourd'hui la Namibie, où les colons allemands opérèrent un véritable génocide de la population indigène par l'empoisonnement des points d'eau, un génocide dont les grandes consciences ne parlent pas parce qu'il ne s'agit que de Noirs, et contre lequel ne s'éleva aucune Ligue des droits de l'homme."¹⁸⁶

Dans le même sens s'inscrivent deux citations, plus radicales encore, de l'auteur africain, représentant notoire du mouvement de décolonisation, Aimé Césaire. Dans ces citations, apportées l'une par le Congolais Mbemba, l'autre par J.Vergès, l'auteur conclut à une identité de nature entre les pratiques inhumaines coloniales et celles nazies:

"Lorsque Hitler a vociféré pour la première fois ses abominations sur la race supérieure, les peuples d'Europe ont pu être étonnés. Nous autres, peuples coloniaux, nous l'avons été fort peu, car nous avons déjà entendu ce langage-là, non par la bouche d'Hitler, mais de la bouche de nos maîtres, de celle des grands colonisateurs.

(...) peut-être la grande originalité d'Hitler a-t-elle été simplement d'appliquer aux peuples européens les méthodes coloniales que l'Europe avait jusqu'ici, sans sorcier, appliqué pour son plus grand profit, aux nations non européennes."¹⁸⁷

"Ce que le bourgeois humaniste ne pardonne pas à Hitler, ce n'est pas l'humiliation de l'homme en soi, c'est le crime contre l'homme blanc, c'est l'humiliation de l'homme blanc, et d'avoir appliqué à l'Europe des procédés dont ne relevaient jusqu'alors que les Arabes d'Algérie, les coolies de l'Inde et les nègres d'Afrique."¹⁸⁸

c) La Première guerre mondiale

Selon l'avis de Vergès le pouvoir national-socialiste n'a pas ajouté beaucoup d'original en ce qui concerne l'élément-clé de son entreprise, à savoir la guerre d'invasion. Le phénomène de l'industrialisation de la guerre est observable déjà lors du premier conflit mondial.

"Barbie est né, il y a 74 ans - entame son avocat - à la veille de la Première guerre mondiale, cette première grande tentative de suicide de l'Europe, tentative à demi réussie du reste car de ce moment, l'histoire du monde ne se confond plus abusivement avec celle du vieux continent."¹⁸⁹

Vu que l'épisode de la Résistance française anti nazie, respectivement l'écrasement de cette Résistance par les services de Barbie, est au cœur des débats au prétoire, l'avocat fait allusion au caractère routinier (parce qu'inhérent à tout occupant militaire) de la répression de la résistance:

"Barbie avait dix ans quand, le 26 mai 1923, Albert Leo Schlageter, ancien des corps francs de la Baltique et de Silésie, fut mis à mort par les troupes d'occupation françaises, *pour crime de résistance*." (c'est moi qui souligne).¹⁹⁰

Se référant à la généalogie de la notion de *crime contre l'humanité*, Vergès suggère que la Deuxième guerre mondiale, loin d'être un événement incommensurable, s'inscrit bien dans une lignée européenne de l'histoire des conflits armés:

"Cette notion de crime contre l'humanité ne date pas des camps de concentration hitlériens, aussi récente qu'elle paraisse. Durant l'été 1789, par ex., la prise de la Bastille abaissa l'autorité du trône mais entraîna aussi la mise à mort, dans des conditions affreuses, d'un certain nombre de ses principaux serviteurs. Antoine de Rivarol écrivait: "Ce crime contre la royauté a été suivi d'attentats sans nombre contre l'humanité."

(...) Cent vingt ans passent, la France oublie Rivarol. Avec l'Europe entière elle change de civilisation et se précipite dans l'aventure industrielle. Au rythme de la production moderne, la guerre aussi devient une industrie. Lorsqu'elle éclate en 1914, ses ravages prennent de telles dimensions qu'en Russie, le jour même où il prend le pouvoir, Lénine lance son fameux décret sur la paix du 26 novembre 1917 et dit: "Le gouvernement estime que continuer la guerre serait commettre le plus grand crime contre l'humanité."

Rivarol et Lénine marchent rarement de concert. L'identité de leur formule mérite donc de retenir spécialement l'attention. Lorsqu'ils veulent exprimer l'horreur la plus complète, le même terme de crime contre l'humanité leur vient spontanément à l'esprit, en 1789 comme en 1917. Il ne s'agit pas d'une notion nouvelle, apparue seulement vers 1945 devant les charniers du Troisième Reich."¹⁹¹

2. Elargissement de la responsabilité pour l'émergence du national-socialisme sur tous les protagonistes de la scène politique européenne de l'époque. L'Europe politique des années 30 - climat propice au nazisme

Vergès appréhende le processus de l'avènement, sur la scène politique allemande, du mouvement national-socialiste, la prise et la stabilisation du pouvoir en ses mains, non pas comme une affaire isolée spécifiquement allemande, mais comme un processus européen commun, dans lequel la complicité de l'entier establishment européen est engagée. Par erreur d'appréciation ou par défaut de réaction adéquate, les représentants de l'Europe politique assistent, selon Vergès, l'accouchement et l'élargissement progressif du jeune mouvement turbulent. Vergès produit, parmi d'autres, l'exemple éloquent d'aveuglement d'une figure symbolique de la gauche européenne:

"(...) tant de beaux esprits se sont trompés, et pas seulement en Allemagne (...), en France même. Dans le conflit qui, dès la fin de 1932 oppose Hitler et les siens aux représentants de l'Allemagne traditionnelle, c'est pour Hitler que penche Léon Blum, ce grand timonier de notre socialisme démocratique. N'écrit-il pas, dans "Le Populaire" en date du 9 novembre 1932, écoutez ce que dit Blum: "Hitler symbolise un esprit de changement, de rénovation, de révolution et confusement, à côté de certaines traditions nationales de la vieille Allemagne, tous les instincts contradictoires, toutes les angoisses, toutes les misères, toutes les révoltes de l'Allemagne nouvelle."

(...) Et Léon Blum poursuit: "C'est contre cette virtualité mystérieuse et formidable que les hommes de l'Allemagne impériale, appuyés sur la Reichswehr, opposent aujourd'hui leurs barricades."

Vous avez bien entendu: devant le nazisme c'est le pouvoir légal qui est accusé de dresser des barricades.

Et Léon Blum conclut par ce souhait: "En ferai-je l'aveu? Si je me plaçais sur le plan du "devenir" la victoire de von Schleicher me paraît encore bien plus décevante, encore plus désolante que celle d'Hitler."¹⁹²

La complicité, voire la responsabilité partagée, des dirigeants des vieilles démocraties européennes ne se limitent pas, selon l'avis de Vergès, à des envolés lyriques et à des écrits inoffensifs. Ils collaborent avec le nouveau maître au désamorçage de la Tchécoslovaquie:

"En 1938, reniant la signature de la France et de l'Angleterre au bas des traités, les dirigeants conservateurs de Londres et ceux de Paris, issus d'un parlement du Front populaire, abandonnent à Hitler un morceau d'un pays allié, la Tchécoslovaquie."¹⁹³

En ce qui concerne la question épineuse du crime anti-juif, Vergès partage la conception dite fonctionnaliste sur l'Holocauste, selon laquelle l'idéologie raciste et antisémite ne conduit pas inévitablement aux fours crématoires. S'ensuivent immédiatement la discrimination raciale et les poursuites des Juifs, certes, mais le seuil de la violence exterminatrice n'est franchi qu'avec la radicalisation de la spirale de la violence militaire, notamment avec la guerre à l'Est. Le génocide des Juifs est, selon cette vision, tributaire en premier lieu non pas de l'inspiration raciste, mais de la généralisation de la violence.

Pendant la première phase de la persécution des Juifs, la phase précédant l'extermination, les "mesures" anti-juives du gouvernement nazi n'éveillent pas de protestations, suggère Vergès, mais plutôt de la compréhension auprès des dirigeants des grandes puissances. La période du gouvernement nazi avant le déclenchement de la guerre témoignerait, d'un côté, de la fréquentabilité des autorités nazies en Europe, et d'un autre côté, d'un antisémitisme, voire plus généralement d'un racisme partagé:

"Jusqu'à la guerre à l'Est la "solution finale" de la question juive passe incontestablement par l'émigration. (...) C'est ainsi qu'en janvier 1939 des pourparlers sont engagés par les autorités allemandes représentées par Schacht, président de la Reichsbank (...), à une conférence internationale sur le problème de l'émigration juive, Schacht acquitté par le Tribunal militaire inter-allié à Nuremberg, y a négocié l'émigration juive en 1939.

(...) En février 1939 (...) Alfred Rosenberg condamné à Nuremberg, l'un des principaux théoriciens du national-socialisme, l'auteur du "Mythe du XX-ème siècle", insiste devant des diplomates et des journalistes

sur la création d'une colonie juive à Madagascar, avec l'accord du gouvernement français, pas celui de Vichy, celui de la Troisième république, celui du Front populaire. Une note spéciale annexée à ce projet envisage même la création d'une banque pour financer, avec les Juifs, l'installation à Madagascar et servir d'intermédiaire spécial entre les Juifs de l'île et le monde extérieur, la place des Malgaches demeurant évidemment la même, celle des sous-sous-hommes."¹⁹⁴

Finalement, en ce qui concerne la France, la défense aboutit à la conclusion que "l'effondrement de ses troupes en 1940, son désarroi, la collaboration de la majeure partie de ses élites et de ses dirigeants la rendent *participante aux actes de l'accusé*"¹⁹⁵.

3. Contextualisation de l'Etat totalitaire national-socialiste dans le continuum de l'Etat national européen

Contrairement à la vision unanime de l'accusation et des parties civiles concernant la nature de l'Etat national-socialiste comme un Etat totalitaire aux structures administratives empreintes et dominées par les services proprement nazis (les SS), ainsi que par l'idéologie nazie, et qui se situe au pôle opposé du type d'Etat prédominant en Europe - l'Etat démocratique et libéral -, Vergès suggère systématiquement la thèse opposée: notamment qu'il n'y a pas de fossé infranchissable, séparant l'Etat totalitaire national-socialiste du modèle d'Etat national européen.

a) L'état de guerre

L'état de guerre représentant un état d'exception pour le fonctionnement normal des structures étatiques, connu à tous les Etats, Vergès s'applique à observer l'Etat national-socialiste sous l'angle de cette situation de crise, en dressant des analogies avec le *type d'Etat national européen*, se trouvant dans la même situation. Ainsi, les activités de la police allemande dans les territoires occupés, qui sont notamment retenus à charge contre Barbie, n'échappent pas, selon Vergès, à la comparaison avec ce genre d'activités de répression dans le *cas type d'une police dans un territoire occupé*.

A l'égard de la rafle opérée par la police allemande de Lyon dans le siège de l'UGIF (Union générale des Israélites de France) Vergès, se référant à un bulletin de nouvelles de l'armée allemande, éclaire l'opportunité de l'opération policière par analogie:

"Or, d'après ce document, versé par M. Klarsfeld, il apparaît que cette opération, menée dans le cadre de l'UGIF ce jour-là, entrainé dans un cadre beaucoup plus général, celui - nous sommes à Lyon - du passage

illégal de la frontière suisse par les Juifs étrangers en situation irrégulière que les accords franco-allemands, hélas!, livraient à l'Allemagne. C'étaient des nouvelles sur les activités des réseaux d'évasion vers la Suisse pour les déserteurs de l'armée allemande, c'étaient des activités visant les services de renseignement étrangers et même polonais, de Londres, c'était la détection des messages radio.

(...) Toutes ces activités de démantèlement de services de renseignement, de passage illégal de la frontière, de commerce ou fabrication ou usage de faux documents relevaient incontestablement de la police allemande. *Il n'était pas besoin, à cette police, d'être nazie pour* (c'est moi qui souligne) arrêter des gens qui avaient de faux papiers. Tous les jours on arrête des gens qui ont de faux papiers en France, et les policiers qui font ce travail ne sont pas des nazis, sauf dans certaines polémiques."¹⁹⁶

S'agissant de la relation armée - police allemande, à la thèse du Ministère public portant sur la domination des structures spécifiquement nazies (les SS, y compris la police, donc les structures relevant de la RSHA - Reichssicherheitshauptamt) sur le reste des organes étatiques, Vergès oppose l'affirmation que c'est l'armée allemande, la Wehrmacht, qui emporte le pas dans les disputes institutionnelles.

Cette thèse accrédite effectivement la vision selon laquelle le *module explicatif* de l'entreprise national-socialiste consiste dans *l'état de guerre* et non pas dans *l'Etat totalitaire*. Selon cette version, ce n'est pas la spécificité macabre, la barbarie nazie, l'unicité absolue et l'incommensurabilité, le tranchement absolu avec le reste du continent (avec "le monde civilisé"), qui est à l'origine du Mal, mais c'est la banalité, la répétitivité du phénomène de la guerre, tristement ancré dans l'histoire du vieux continent, et du monde.

Pour appuyer cette thèse capitale pour la défense, Vergès porte une attention accrue, durant toutes ses interventions, sur la relation police allemande - armée allemande.

"Un historien - entame Vergès - est venu ici parler de la police allemande, des SS. (...) Il vous a parlé de la situation de l'Allemagne en disant que dans l'administration allemande, au fur et à mesure, les SS envahissaient tout l'appareil de l'Etat. Il a oublié de dire que cela se passait ainsi en Allemagne, mais pas en France. Voyez-vous en France 2000 ou 2500 SS envahissant tous les secteurs de l'administration? Ce n'est pas possible.

(...) *Le régime qui sévissait était celui appliqué à un pays soumis à une occupation militaire* (c'est moi qui souligne). Ce n'est pas difficile de comprendre. Quand on parle d'occupation militaire, de centaines de milliers d'hommes, c'est leur chef qui contrôle la situation, ce n'est pas un policier allemand ou un officier des services de renseignement. Il est facile de faire une analogie avec d'autres pays, mutatis mutandis.

Pendant la guerre d'Algérie il est bien évident que les liens entre l'administration civile et l'armée n'étaient pas les mêmes qu'en France. L'armée avait le pas sur l'administration civile.

Sans porter de jugement sur la situation ici ou là, il est évident que lorsque l'armée américaine est à tel endroit, les règles qui s'appliquent pour la conduite de la guerre au Vietnam, par ex., n'impliquent pas un contrôle du pouvoir civil, comme aux Etats-Unis."¹⁹⁷

La répression de la Résistance, exercée par la police, servirait finalement les objectifs de l'armée, et c'est cette dernière qui établirait les règles:

"Ce décret Nacht und Nebel est de 1941(...), toutes les déportations se font selon les règles édictées par le statut de Nacht und Nebel.

(...) Quand quelqu'un est arrêté, c'est effectivement ce qui arrive, il est arrêté par la police, certes, interrogé par la police, certes, mais ensuite envoyé à la prison de Montluc qui dépend de la Wehrmacht, envoyé à Paris, au camp de Compiègne, dans des trains qui dépendent de la Wehrmacht. L'ordre Nuit et Brouillard n'est pas signé SS Reichsführer Himmler, il est signé le maréchal - chef de l'Oberkommando de la Wehrmacht Keitel, c'est un ordre de l'armée, et c'est l'armée qui l'exécute.

Il n'y a pas entre l'armée et la SS cet hiatus, ce fossé qu'on vous a décrit."¹⁹⁸

Poussant la comparaison armée - police jusqu'au point le plus sensible: la politique anti-juive, Vergès croit pouvoir démontrer que parfois le zèle de l'armée dépasse à cet endroit l'empressement des SS. De sorte, il fait fondre la responsabilité des organes spécialisés du Reich dans une responsabilité généralisée de l'armée:

"L'on nous dit aussi, lettre de Stülpnagel¹⁹⁹ à de Brinon²⁰⁰, réclamant l'imposition de mesures anti-juives très sévères: étoile jaune, interdiction d'accès dans les cinémas, théâtres; couvre-feu de 22 à 7 h. Ce n'est pas une directive d'Oberg²⁰¹, c'est une directive de Stülpnagel.

(...) Voilà, dans ce domaine nous voyons l'armée allemande plus intransigeante que la SS, nous voyons l'ambassade d'Allemagne plus intransigeante que la SS."²⁰²

b) La légalité de l'Etat national-socialiste, et de l'activité de Barbie

Vergès réfute la thèse du procureur général niant les fondements légaux du système national-socialiste, en général, et ceux de l'activité propre de Barbie, en particulier. Vergès s'en tient à une conception formaliste de la légalité, qui se refuse à appréhender le contenu des règles et écarte les considérations de valeur propres à une justice matérielle. L'Etat national-socialiste se présente, aux yeux de Vergès, comme un Etat structuré par des règles rigides. Cette vision des choses est lisible, entre autres, dans des remarques glissées par Vergès à l'occasion d'autres débats. Voici deux exemples:

"En fait on peut regretter peut-être parmi vous qu'il n'y ait pas un policier; il vous aurait expliqué comment fonctionnent les services de police: quand on envoie un rapport, il existe une règle, et ce n'est pas particulier à la police allemande, c'est la même dans toutes les polices et dans toutes les armées du monde."²⁰³

ainsi que:

"Ce décret Nacht und Nebel est de 1941(...), toutes les déportations se font selon les règles édictées par le statut de Nacht und Nebel."²⁰⁴

Explicitement cette position de Vergès est contenue dans l'affirmation suivante:

"C'était un Etat totalitaire, c'était un Etat cruel, c'était un Etat qui a foulé aux pieds tous les droits de l'homme mais c'était un Etat. (...) Cet Etat était un Etat efficace, il avait ses règles. Nous pouvons contester son idéologie, nous ne pouvons pas contester qu'il existait des règles."²⁰⁵

Et ce qui est crucial pour le procès, l'activité répressive de Barbie, selon l'avis de son défenseur, s'inscrit entièrement dans le système légal de son Etat, dont il est au service:

"Tribunal français - avertit l'avocat, solennel -, n'oubliez pas non plus que Klaus Barbie dans son lugubre travail, celui d'une armée d'occupation, avait la légalité pour lui. Il avait pour lui la légalité française, trois fois hélas! Que ladite ait été déclarée ultérieurement illégale n'y change évidemment rien. Rien pour lui.

(...) Certes, le comble serait tout de même qu'il soit fait reproche à Barbie, petit officier allemand, de ne pas avoir rejoint le Général de Gaule!"²⁰⁶.

4. Conditionnement de l'histoire personnelle de Barbie, qui se fonde dans celle de millions d'Allemands

La principale ligne de défense de l'officier de renseignement nazi, développée par Vergès, consiste à présenter toute l'histoire personnelle de son client dans les signes de la normalité, la banalité, la moyenneté. C'est un cas typique, suggère systématiquement Vergès, reflétant l'esprit de son temps et de son lieu. Une petite histoire fondue dans l'océan de pareilles histoires de millions de compatriotes. Aucun excès, aucune particularité, aucune exceptionnalité du cas de Klaus Barbie, assigné à un poste moyen au service de son Etat en *état de guerre*.

"Il n'a pas choisi cette époque ni le lieu de sa naissance. (...) Petit pion sans états d'âme et sans problèmes sur l'immense échiquier d'un affrontement rendu inéluctable par l'ambition des uns et la démission des autres."²⁰⁷

Si quand même il a opéré un choix - celui du parti national-socialiste ("Elevé dans une famille modeste, il place son espoir en Hitler"), on ne saurait lui reprocher cette erreur de jeunesse, parce qu'il partage une *erreur majoritaire*: "Et comment le reprocher au jeune Klaus quand tant de beaux esprits se sont trompés, et pas seulement en Allemagne."²⁰⁸ Toute sa carrière policière durant il ne sort jamais, selon l'avis de Vergès, de la normalité de son milieu, il est fondu dans la masse de pareilles existences:

"En 1944, des centaines de milliers d'Allemands en France se battent sur tous les fronts.

(...) Vous avez vu des photos de ces Allemands. Il y a des concerts à Lyon, des conférences, un comité France - Allemagne, des conférenciers viennent y parler de la littérature allemande, des orchestres allemands viennent donner des représentations et jouer pas seulement Wagner, mais peut-être Bach. Il y a des rapports industriels avec les Allemands. L'Eglise a des rapports avec eux, l'intendant de police également."²⁰⁹

L'argument de la normalité va pourtant au-delà du contexte immédiat de la Deuxième guerre mondiale pour s'étendre jusqu'à la suggestion qu'on est en présence d'un *cas type dans une situation type: la situation de service au sein d'une armée et d'une administration d'occupation*.

"Il a interrogé, oui, des résistants et j'imagine que, comme tout officier de renseignement dans un pays occupé il n'a pas été tendre. (...) Et en définitive - lance l'avocat de l'officier nazi - est-ce que vous croyez qu'on peut reprocher à Barbie ce qu'il a fait en tant qu'officier de renseignement contre la Résistance?"²¹⁰

II. Réfutation de la thèse de l'incommensurabilité des pratiques répressives nazies. Evocation d'autres cas qualifiables de crimes contre l'humanité, postérieurs au génocide des Juifs

Les représentants de la défense entendent leur "présence symbolique au procès symbole" comme une *mission de révélation* d'une "*sinistre vérité*", exprimée en termes lapidaires par Vergès:

"Le nazisme n'incarna pas une forme unique, définitive du Mal, mais l'une de ses expressions temporaires les plus absolues. (...) Hitler disparu, l'ardeur rouge des meurtres se réveilla aussitôt ailleurs.

(...) Il n'est pas de bonne discipline intellectuelle de considérer l'horreur comme un élément particulier à une époque.

(...) Alors que nous parlons des innocents succombent un à un ou en masse, déportés, fusillés, brûlés ici ou là, parce que musulmans ou parce que non musulmans, parce que non communistes ou parce que communistes, parce que chrétiens ou parce que non chrétiens, bref, parce que n'étant pas de la teinte, de l'ethnie, de la foi, de l'opinion, du groupe qui conviennent au lieu et au jour dits."²¹¹

Ladite *mission de révélation* de ladite *sinistre vérité* est saisie par la défense dans un sens révolutionnaire, rompeur de tabous, tel l'aveu de l'avocat Bouaïta:

"Ceux qui pensent qu'il n'y a qu'un seul génocide dans l'histoire de l'humanité me feront le grief d'avoir violé ce qui m'apparaît malheureusement, tristement comme un tabou de langage."²¹²

Le tabou de langage que brise notamment Bouaïta, c'est *le pluriel du mot nazisme*:

"Mon intervention reste pourtant le fruit d'une conviction anti-nazie, et d'une mission de justice contre tous les nazismes."²¹³

L'intervention de Bouaïta devant le prétoire prend l'allure d'une protestation passionnée contre la sous-estimation et la tabouïsation, selon lui, par la justice internationale ainsi que par l'opinion publique, de toute une série de génocides, postérieurs à l'époque nazie, dont les auteurs restent non-poursuivis et impunis.

"Je vous décrirai - s'exclame-t-il, non sans amer sarcasme - les crimes commis en toute humanité, en toute impunité, les génocides laissés entre guillemets, les génocides rampants et les holocaustes des sous-sols que

certain historiens veulent enfermer dans l'arrière boutique de l'histoire et dont la gravité souffre d'une conspiration du silence."²¹⁴

Sortir au grand jour depuis la "tribune" du tribunal la *vérité refoulée, juridiquement relevante*, des souffrances, postérieures au national-socialisme, de populations civiles lors de conflits armés; plaider pour la reconnaissance juridique de ces souffrances, ainsi conçoit-il son rôle "symbolique" à ce procès:

"Cette discrimination feutrée, mais non moins pernicieuse du sort de certains peuples représente précisément l'enjeu des débats du procès Barbie."²¹⁵

La mission a aussi le sens d'un avertissement grave: "pour que le monde sache que le monstre comme le phénix renaît de ses cendres".²¹⁶

Dans les termes significatifs de "*chapitres de l'histoire des crimes contre l'humanité*" Bouaïta évoque notamment des cas de massacres, perpétrés pendant la guerre américaine au Vietnam, et pendant le conflit israélo-arabe. L'avocat rapporte ces exactions en se référant à des citations, provenant de nationaux des auteurs des crimes présumés, et désignées comme des "témoignages à la barre de l'Histoire". Dans la même ligne d'idées l'avocat Mbemba, pour sa part, s'arrête sur le régime d'apartheid en Afrique de Sud.

III. Sélectivité de la justice rendue par la jurisprudence de Nuremberg. Revendication d'une inventurisation de la terreur

Un argument clé de la défense, tendant à contester la légitimité du procès Barbie en particulier, et de la jurisprudence de Nuremberg en général, consiste dans l'affirmation d'une *sélectivité de la justice rendue*. Contrairement au droit national pénal, pour lequel l'égalité devant la loi est consacrée en principe pilier, la jurisprudence internationale pénale souffrirait du non-respect du principe de l'égalité. Par cette omission serait atteint le noyau même de la justice humaine: son impartialité.

Les avocats de la défense plaident pour un examen simultané symbolique de tous les cas de *crimes contre l'humanité*, pour une *inventurisation de la terreur* pendant le demi-siècle après Nuremberg. Ils estiment que la fixation des poursuites pour *crimes contre l'humanité* sur le seul cas de la Deuxième guerre mondiale et l'omission de poursuivre, par le droit pénal international, de semblables crimes de date plus récente conduit la justice vers l'opposé de son essence même: vers un état de débalance. La présence symbolique de la défense au procès Barbie sert aussi l'intention explicite de rectifier cette déviation de la justice et de ramener cette dernière à sa prédestination.

Répliquant au reproche formulé par le témoin de parties civiles André Frossard, suivant lequel l'avocat de Barbie ne désapprouverait pas avec détermination les crimes présumés de son client, Vergès défend ainsi le bien-fondé de sa position:

"Bien sûr, la défense réproouve tout ce qui s'est commis à cette époque-là, la défense s'est battue déjà à cette époque-là, mais ce que la défense voudrait que vous compreniez c'est que, ces crimes atroces, nous ne pouvons pas nous contenter de les condamner dans le passé, cela fait partie de notre temps, et si nous les condamnions seulement chez les autres, alors nous faillirions à notre tâche. Nous devons avoir les yeux tournés vers le présent et vers l'avenir. Aujourd'hui encore, dans beaucoup de pays, ces crimes contre l'humanité se commettent, et se commettent dans la plupart en impunité. Nous-mêmes nous les avons commis."²¹⁷

"Rien de ce qu'il est censé représenter par sa vie, son passé, n'a plus d'existence réelle dans notre monde; le mal a changé de forme et d'uniforme, de masque aussi. A vous acharner sur celui d'hier vous aidez sans le vouloir mais vous aidez tout de même le mal présent."²¹⁸

L'exigence d'une *égalité de traitement*, par la nouvelle justice internationale, *de tous les groupes de victimes*, trouve une forme expressive dans l'image de "*pancarte*", utilisée par Mbemba:

"pour que, tous ceux qui ont souffert du racisme, Juifs, Arabes, Noirs, résistants, tous les opprimés, Vietnamiens et autres, nous puissions faire front et nous présenter devant tous les régimes qui appliquent des politiques identiques, chacun avec sa pancarte qui est celle des enfants d'Izieu, qui est celle de Soweto, chacun avec la pancarte manifestant contre le massacre, pour dire à ce régime une seule phrase: plus jamais ça".²¹⁹

La même revendication d'*égalité de traitement*, cette fois *des auteurs de crimes contre l'humanité*, est contenue dans la formule de "*comparution simulée*", proposée par Bouaïta:

"Si votre honorable juridiction voulait jamais éduquer les générations montantes pour renforcer leur mémoire grâce à ce procès, je proposerais alors au-delà de ce projet louable en lui-même de recommencer ce procès en s'assurant de la comparution même simulée de tous les despotes sanglants, de tous ces dictateurs qui ont saigné l'humanité depuis la Seconde guerre mondiale d'un bilan complémentaire de 21 millions de morts pour 40 guerres, et l'hémorragie continue.

(...) Ce n'est qu'à ces conditions que le symbole sacré d'une balance jouerait le rôle qui est le sien: d'une justice sans haine et sans mesure autre que la vérité à dimension humaine."²²⁰

La *sélectivité du droit international pénal*, dénoncée par Vergès comme le système "des triples poids et des quadruples mesures", serait loin d'être le résultat d'un hasard jurisprudentiel. Elle obéit à des critères non avoués, selon la conviction des trois représentants de la défense.

a) D'une part, la commémoration perpétuée, la sublimation du destin tragique de certains groupes de victimes de *crimes contre l'humanité*, simultanément avec l'oubli et le désintérêt à l'égard d'autres groupes de victimes témoigneraient d'une *importance graduée* qui revient à ces différents groupes de victimes dans l'optique de la justice pénale internationale.

"Pourquoi les uns appartiendraient-ils aux nobles, aux touchantes victimes des crimes contre l'humanité - interroge Vergès -, quand les autres entreraient dans l'anonymat de "regrettables bavures"?"²²¹

Les représentants de la défense croient dévoiler le sens de cette "discrimination des cimetières" (Bouaïta): la commémoration des victimes, ainsi que la poursuite pénale des *crimes contre l'humanité* sont exercées par le droit pénal international comme une *affaire intérieure de la race blanche*: les hommes blancs ne peuvent jamais pardonner, subliment à l'infini et punissent le crime à base raciste perpétré à l'encontre de certains groupes des "siens".

b) Le deuxième critère répertorié par la défense ne relève pas de la sensation pour avoir largement été débattu par les opposants de la *jurisprudence de Nuremberg* - c'est le critère de la victoire militaire. C'est le critère qui désigne l'instrumentalisation et l'asservissement de la justice par le plus fort dans un conflit armé.

"Pour un observateur impartial - poursuit Vergès - (...) les horreurs ne se situent jamais dans un seul camp. Toutes les parties prenantes d'un conflit en commettent: les uns beaucoup, les autres beaucoup moins. Mais c'est le vainqueur qui écrit l'histoire. C'est le vainqueur qui instruit le dossier, qui notifie et distribue les chefs d'inculpation.

(...) Mais dès lors, cette notion de crime contre l'humanité si elle n'étend pas son champ à toute la planète, si elle reste orientée comme une arme uniquement vers le passé, risque de devenir une arme de propagande par laquelle le vainqueur s'attribue toutes les valeurs humaines, les nie à son voisin et s'efforce de prolonger à jamais dans les âmes le succès remporté par les armes y compris cette arme par excellence qu'a été l'avion de bombardement."²²²

Présentant sa version sur la partialité de la jurisprudence pénale internationale, Vergès finit par combiner les deux critères de sélectivité des poursuites: le *critère raciste*, et le *critère de la force*. Ainsi l'accusateur au nom de l'humanité se réduit à un groupe spécifique: "*le vainqueur blanc européen et nord-américain de la Deuxième guerre*":

"A Nuremberg, nous dit-on, c'est l'humanité qui se présentait en accusatrice. Singulière humanité à tout le moins(...) humanité regroupant les seuls vainqueurs. Pas tous les vainqueurs, parce que les peuples coloniaux s'en trouvaient exclus, quand il y avait deux fois leur place: comme héros et comme victimes.

(...) Comment peut-on se présenter comme mandataire de l'humanité, sans la majorité des hommes qui la constitue?"²²³

"Une conception de l'humanité qui se réduit - conclut Vergès -, oui qui se réduit aux seuls vainqueurs blancs européens et nord-américains de la guerre ne constitue pas un progrès vers quelque nouvel ordre pénal international comme on voudrait nous le faire croire. Elle incarnerait bien au contraire une régression vers le désordre primitif où il n'existe d'autre justice que la vengeance, d'autre droit que celui du vainqueur, d'autre critère que la force."²²⁴

IV. Dérogation, par le procès, au principe de légalisme en droit pénal

1. Au niveau du droit matériel

a) L'incrimination *crime contre l'humanité* et son statut spécial

De très vifs reproches à propos du procès Barbie, articulés par la défense, portent sur la prétendue dérogation, au cours du procès, au principe de légalisme en droit pénal. Ce principe serait violé déjà au niveau du droit matériel, notamment par l'incrimination *crime contre l'humanité* et son statut juridique dérogatoire - l'imprescriptibilité. La nouvelle incrimination est, selon la défense, étrangère à l'esprit de la justice traditionnelle, et cela à toutes les étapes consécutives de sa conception: depuis la Charte du TMI de Nuremberg jusqu'à sa dernière rédaction, présentée par la Cour de Cassation de Paris.

Cette nature étrangère à l'esprit de la justice serait tributaire, en premier lieu, des origines de la nouvelle incrimination: elle serait conçue sous la pression de circonstances politiques particulières et représenterait le produit d'un opportunisme politique, aussi bien à Nuremberg qu'à Paris. Ainsi, l'avocat Bouaïta rappelle les réserves à l'égard de la nouvelle incrimination, exprimées au moment de sa création, par un des protagonistes français du procès de Nuremberg:

"Le grand pénaliste français cité par M. le procureur général, Donnedieu de Vabres, qui avait participé au procès de Nuremberg (...) dénonçait lui-même le subjectivisme de la méthode choisie pour définir le crime contre l'humanité et le génocide en dénonçant les risques de vengeance, de chantage, de sectarisme que pouvait engendrer cette inculpation. Le légalisme des incriminations lui paraissait suspect et ces conceptions nouvelles "fumeuses". Il craignait l'immixtion des grandes puissances dans la politique intérieure des petits Etats.

Ces précisions résumées à l'essentiel tendent à montrer que la notion de crime contre l'humanité est née sous l'influence de facteurs éminemment politiques et sujets à controverses."²²⁵

La définition française proposée par la Cour de Cassation serait, non moins que celle de Nuremberg, un fruit d'opportunisme politique. Pour accréditer cette thèse, l'avocat Mbemba se réfère, lui aussi, à l'opinion exprimée par un grand pénaliste français, connaisseur du procès Nuremberg: Casamayor:

"La Cour de Cassation - soutient Casamayor - a eu l'audace de modifier la définition du crime contre l'humanité écrite dans la Charte de Nuremberg. Notre Cour suprême a réduit le champ d'application de la répression aux crimes commis "au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique". On peut

s'étonner qu'une juridiction plutôt conformiste soit allée jusqu'à modifier un texte international. Sans doute avait-elle sérieusement assuré ses arrières. Grâce à cette manœuvre, la France bénéficie de l'impunité. Si des Français ont commis des crimes abominables, comme ils n'appartiennent pas à un pays qui "pratique l'hégémonie idéologique", leurs agissements ne peuvent constituer que des crimes ordinaires avec, comme conséquence non négligeable, le bénéfice de la prescription."²²⁶

Le flou de la définition du *crime contre l'humanité*, ainsi que l'évolutivité de l'incrimination quant à son champ d'application, continueraient à nourrir l'opportunisme politique ayant présidé à sa conception, également au niveau de son application par la justice.

"Ainsi - constate Vergès - trois ans après le début de l'instruction, six mois après sa clôture par le juge Riss le débat continuait non seulement sur le nombre d'infractions imputables à Barbie, mais sur ce qui constituait le crime contre l'humanité lui-même, dont on nous dit que Barbie, quand il était en France, ne pouvait pas ignorer l'existence (...) parce que c'est une notion qui fait partie des fondements de notre civilisation et qu'elle seule justifie ce procès magique.

(...) La Cour de Lyon a une définition du crime contre l'humanité, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en a une autre (...) Poursuivre un homme sans connaître exactement la définition du crime qu'on va lui reprocher!"²²⁷

Dans la vision de la défense, le statut juridique dérogatoire de cette nouvelle incrimination, notamment la règle de l'imprescriptibilité qui l'accompagne, représente aussi un écart significatif du "droit ordinaire", c'est-à-dire de la "tradition juridique ancestrale".

"L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité - souligne Bouaïta - fait courir le danger d'une fabrication de crimes post-facto, renforce la soif de vengeance en perpétuant la haine, déroute les principes du droit criminel."²²⁸

Vergès met en avant l'importance cruciale de la prescription en droit pénal dans l'histoire juridique française. Il décrit la règle de la prescription comme étant "consubstantielle à la tradition française, à la culture juridique française parce que, depuis que la France est la France, cette règle venue du droit romain n'a pas connu d'exception". A titre d'illustration Vergès évoque un cas-précédent de l'histoire juridique française:

"Quand, après Waterloo, le roi de France revient, il existe en France un certain nombre de députés qui ont voté la mort de son frère, Louis XVI. C'est, sous la royauté, le crime le plus grave, qui porte un nom particulier, pour en souligner la gravité, c'est le crime de régicide.

(...) Le roi de France revient, il existe des dizaines et des dizaines de régicides en France. Auteurs de la mort, responsables de la mort ignominieuse de son frère, le roi de France ne les aura pas poursuivis; il en a exilé quelques-uns, il en a nommé quelques autres ministres parce que la prescription était passée."²²⁹

Le procès qui applique pour la première fois le statut dérogatoire de l'incrimination crime contre l'humanité représenterait, en soi-même, un procès dérogatoire, une dérive par rapport au fonctionnement séculaire de la justice.

"Le procès Barbie - déclare Vergès - est un procès exceptionnel, je veux dire un procès d'exception. L'histoire de France a connu bien des tourments, mais je n'ai pas de souvenir que des juges de la Monarchie, de l'Empire, des cinq Républiques aient jamais jugé quelqu'un plus de 40 ans après les actes incriminés.

(...) vous vivez, vous aussi, à votre façon, ce qu'il est convenu d'appeler une grande première, car c'en est une que de remettre en cause l'ancestral fonctionnement de la justice."²³⁰

b) Violation du *principe de non-rétroactivité en droit pénal (Nullum crimen nulla poena sine lege)*

La défense s'applique à démontrer que l'application de l'incrimination de *crime contre l'humanité* par le Tribunal de Nuremberg et au cours du procès Barbie constitue la plus grave atteinte au "droit ordinaire". Et cela en raison de l'application rétroactive de la nouvelle incrimination.

"Il est cependant un principe sacré et universel du droit pénal - rappelle Bouaïta - que l'on pourrait assimiler à une norme de "jus cogens": celui de la légalité des délits et des peines et en corollaire celui de la non-rétroactivité des lois pénales".

Cependant: "La doctrine française et notamment les grands pénalistes Merles et Vitu considèrent à juste titre que la loi de 1964, à laquelle fait référence M. le procureur général, est rétroactive."²³¹

Pour débattre la même question, Vergès puise à nouveau dans la casuistique:

"Mais alors, dira-t-on, et quand des crimes ont été commis, des crimes considérés comme des crimes par tout le monde et qu'il n'existe pas de loi, resteront-ils impunis?"

Oui, dit la tradition des pays démocratiques. Non, dit une autre tradition. Dans une conférence de juristes, de pénalistes tenue dans le début des années 30 il s'est trouvé un professeur de droit pour proposer un autre adage: Nullum crimen sine poena, qu'il n'y ait pas de crimes sans châtement. C'était le représentant du III Reich."²³²

2. Violation de règles de procédure pénale au cours du procès

a) La livraison de Barbie à la France par les autorités boliviennes

Vergès soutient la thèse d'un pur et simple enlèvement, sous l'apparence d'expulsion, et en infraction à la loi sur l'extradition. En guise de comparaison avec la norme de la justice traditionnelle qui serait ici violée, l'avocat se réfère une nouvelle fois à la casuistique juridique:

"Il existe deux manières quand on veut s'assurer de quelqu'un qui est au-delà des mers, au-delà des frontières. L'une est d'opérer par des hommes de main, par des policiers complaisants. L'autre est de respecter les principes. Il existe un précédent fameux dans l'histoire de France, c'est celui des hussards de Choiseul.

(...) Nous sommes sous le Consulat. Des émigrés quittent le port de Douvres pour rejoindre le port de Hambourg. Ce sont des hussards, armés par Choiseul, émigré pour lutter contre la République. La tempête dans La Manche précipite le navire qui les transporte sur des récifs, sur des obstacles et le navire s'échoue à Boulogne. Les gendarmes arrêtent les hussards de Choiseul et envoient un messenger vers le premier Consul en lui demandant ce qu'on doit faire de ces hussards. Et le premier Consul répond en envoyant aux hussards des sauf-conduits, un petit viatique et la lettre suivante: "Il n'appartient pas à la République de garder prisonniers ceux que Dieu et le malheur ont jetés sur ce rivage".

Je ne sais pas ce qu'on dira du premier Consul mais c'était là un respect de la tradition de la France et c'est cette tradition qui fait la renommée de la France au-delà des mers. Ce n'est pas l'autre tradition, celle qui consiste à prendre quelqu'un pour qui je n'ai aucune sympathie, le colonel Argoud, alors qu'il est dans un hôtel de Munich, le faire saisir par quelque Arturo français, le saucissonner, le ficeler, le mettre dans une voiture qui traversera la RFA, sans que nos honorables procureurs protestent, et à amener le colonel Argoud sur le parvis de Notre-Dame. Et les juges diront: "Ce qui s'est passé en amont ne nous regarde pas, le colonel Argoud est là, nous allons le juger".

Deux traditions."²³³

b) La défense croit détecter plusieurs autres irrégularités de procédure qui s'accumulent au point de créer l'impression d'une justice d'exception.

Vergès évoque, parmi d'autres irrégularités, la fragilité des témoignages 40 ans après les faits, "la mise sous influence des témoins dans cette affaire"²³⁴; l'opportunisme des témoignages ("Leurs variations tendent simplement à accuser Barbie, à le faire condamner parce qu'il incarne tout ce que l'on reproche à l'Allemagne."²³⁵) confortant l'accusation dans son aspiration à "condamner au bénéfice du doute".²³⁶ Dans un ton sarcastique Vergès ajoute, parmi les irrégularités de procédure reprochées, "le nouveau respect des droits de l'accusation et la nouvelle présomption de culpabilité, les deux vertus cardinales de la procédure humanitaire en France nouvelle".²³⁷

Les conclusions que tire Vergès sont de lourdes accusations:

"Une cause dont on vous dit qu'elle est celle de la justice immanente arrive ainsi devant vous par une série d'illégalités et de mensonges assez impressionnants. Barbie ne vous a pas été livré par l'exécution du droit, mais par infraction aux règles."²³⁸

"Ce procès est une immense tricherie."²³⁹

Et une conclusion qui boucle l'ensemble des reproches:

"Barbie est devant vous à la suite de fraudes répétées, à la suite de la violation de la loi, de la violation d'une règle séculaire et de la violation des droits de l'homme, et par l'application au lieu de l'adage latin qui vient de Rome d'un adage qui nous vient de Berlin, du III Reich."²⁴⁰

3. L'introduction de la métaphysique dans le procès

Les irrégularités procédurales du procès Barbie, que la défense croit détecter, ne seraient pas des omissions, des erreurs involontaires et corrigibles. L'accusation prendrait sciemment en compte des déviations du "*droit ordinaire*", en élevant la poursuite des *crimes contre l'humanité* en tâche suprême d'une "*justice immanente*" qui, étant superposée à la jurisprudence ordinaire, pourrait justifier le non-respect des formalités procédurales à la lettre, et de la lettre de la loi matérielle.

Ainsi le respect scrupuleux de la légalité ne semble pas être une préoccupation majeure pour l'accusation, reproche Vergès:

"La légalité vaut pour autant qu'elle rende service, si elle n'obéit pas aux ordres on l'oublie."²⁴¹

Pire encore, Vergès suggère la possibilité, pour une accusation obstinée, de camoufler des violations du droit par une simulation de légalité:

"Le droit est une technique, ce sont des règles qui servent à protéger les droits de l'homme mais qui servent aussi, pour des esprits ingénieux, à violer les droits de l'homme sous l'apparence de la légalité."²⁴²

La "*justice immanente*" dévierait de la nature de la justice humaine, qui est une institution de la raisonnable, pour tourner en une entreprise religieuse, une institution de l'affection:

"Une affaire où le droit commun s'efface au profit d'un système sans repère ni boussole, plus proche de la pensée magique que de la raison critique".²⁴³

"Alors, M. le Président, Mesdames et Messieurs les Jurés - Vergès clôt-il son raisonnement - prenez garde, nous sortons ici du temporel, nous sortons des actes examinables, discutables, justiciables, du libre examen, pour entrer par effraction dans le droit divin. Ce procès ne procède pas d'une décision de justice mais d'un acte religieux, dès lors le silence révérenciel autour de lui s'explique, nul n'ose en contester le principe par peur d'un sacrilège.

(...) L'accusation ni les parties civiles n'échappent, ni ne peuvent échapper à cette infiltration de la métaphysique dans le droit.

(...) Cette infiltration du religieux dans la justice vous explique aussi le retour permanent dans notre vie sociale du thème nazi promu ainsi au destin du diable sempiternel."²⁴⁴

Et Vergès de donner le nom à cette nouvelle métaphysique: "*religion civile officielle*".²⁴⁵

Section deuxième **Le procès "Honecker et autres"²⁴⁶**

Introduction

A la différence du procès Barbie qui est doté d'une transcription intégrale des débats en séances, le procès Honecker ne dispose pas de pareille transcription, la procédure appliquée du Land Berlin ne l'exigeant pas. Les pièces archivées du procès Honecker ne sont que des pièces écrites: notamment l'acte d'accusation, les requêtes au tribunal des deux parties, certaines déclarations des accusés, et les trois jugements rendus: celui de la Cour Régionale de Berlin (Landgericht Berlin), de la Cour Fédérale de Justice (Bundesgerichtshof), et de la Cour Constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht). Dans le cas du procès Barbie, c'est la situation contraire qui se présente, concernant la documentation: la transcription complète étant accessible, les pièces écrites (notamment l'acte d'accusation et le jugement) n'y sont pas contenues.

Pour les fins de la présente recherche, qui ne sont pas de nature juridique, mais simplement sociologique, cette divergence dans le statut des documents disponibles ne présente pas un handicap majeur. Bien que lacunaires et de nature différente, les pièces disponibles des deux procès permettent de reconstituer, et avec une clarté suffisante, les prises de position ayant égard au couple conceptuel légalité - légitimité, c'est-à-dire les thèses principales et les chaînes argumentatives des deux parties à chacun des deux procès.

Dans le cas du procès Barbie les pièces disponibles permettent de reconstituer l'opposition classique accusation (Ministère public et parties civiles) - défense. Dans les pièces disponibles du procès Honecker, le réquisitoire du Ministère public n'étant pas inclus, le poids de l'argumentation accusatrice est réparti entre, d'une part, l'acte d'accusation, et d'autre part, les jugements consécutifs des trois instances judiciaires, tous donnant raison au Ministère public. Si d'un point de vue strictement juridique il serait inadmissible de traiter conjointement des pièces provenant du Ministère public et des pièces provenant du tribunal, pour les fins de la présente recherche une telle démarche me paraît justifiée par la circonstance que, sans que soit émis le moindre doute sur l'impartialité des tribunaux, du moment où ils tranchent en faveur de l'une ou bien de l'autre des parties au procès, ils s'alignent sur l'une des deux positions, en accréditant et en renforçant sa philosophie sous-jacente. Dans le cas présent du procès Honecker, les trois tribunaux interpellés, malgré leurs

divergences en ce qui concerne l'appréciation pénale de l'acte délictueux (instigation à l'homicide ou bien autorité intellectuelle d'homicide) et la fixation de la peine, s'alignent, quant à la philosophie du jugement, nettement sur le raisonnement du Ministère public (tel qu'il est repérable à travers l'acte d'accusation). Cela me permet de traiter l'acte d'accusation, d'une part, et les trois jugements, d'autre part, comme une *unité d'analyse* se situant au pôle argumentatif de l'accusation, sous réserve d'indiquer clairement l'autorité propre de chaque référence. Pour tenir compte de cette circonstance, je vais désigner par la suite les positions contenues dans l'*unité d'analyse* en question comme *prises de position* de la "partie de l'accusation".

Les prises de position de la "partie de l'accusation"

Les thèmes principaux en rapport avec le couple conceptuel légalité - légitimité, qui se laissent dégager dans le corpus d'analyse visé, sont les suivants:

- I. Disculpation du comportement des victimes.
- II. Nature du régime communiste de la RDA
- III. Base juridique de l'inculpation
- IV. Non-conformité au droit de l'activité politique inculpée
- V. Non-validité du fait justificatif protégeant l'exercice de la violence étatique
- VI. Justice absolue: non-relevance pénale de la comparaison avec d'autres pays

I. Disculpation des réfugiés

Les personnes qui essayaient de franchir sans autorisation la frontière entre la RDA et la RFA, désignées comme "violeurs de frontière" ("Grenzverletzer") par les autorités de la RDA, se rendaient coupables d'un délit ou d'un crime (selon les circonstances du franchissement de la frontière), inscrit dans le Code pénal de la RDA. Elles étaient passibles de la peine privative de liberté.

Dans l'appréciation de leur comportement, opérée implicitement par le Ministère public, et reprise par les trois instances judiciaires - la Cour Régionale de Berlin, la Cour Fédérale de Justice et la Cour Constitutionnelle Fédérale - les réfugiés sont disculpés. Les procureurs et les juges refusent de reconnaître l'existence de contenu délictueux dans l'acte de franchissement non autorisé de la frontière entre les deux Etats allemands. Dans leur conception la disposition pénale de la RDA, instaurant un état de faits "franchissement non autorisé de la frontière" (article 213, version 1979 du Code pénal), est en contradiction avec une norme de droit international, contenue dans le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques, soit la norme garantissant le droit de chacun de quitter son pays. Du fait de la non-conformité au droit (au droit international en l'occurrence) de la disposition légale en cause, la violation de celle-ci ne serait pas condamnable, suivant la suggestion des procureurs et juges. Dans la même optique, la responsabilité propre des victimes d'avoir encouru sciemment le risque de danger de mort n'enlève rien à la responsabilité des gardes-frontière, ces derniers étant considérés pleinement responsables pour l'issue fatale du franchissement non autorisé de la frontière.

Les réfugiés, les "violeurs de frontière" selon l'usage courant de la RDA, sont qualifiés par le Ministère public de "personnes qui n'ont voulu rien d'autre que de quitter la RDA"²⁴⁷, ce qui équivaut à la formule, utilisée par la Cour Régionale de Berlin: "des réfugiés, qui voulaient faire usage de leur droit de quitter le pays".²⁴⁸

Dans l'appréciation de la Cour Régionale les réfugiés sont "des citoyens non dangereux" ("ungefährliche Mitbürger"). La Cour Fédérale de Justice les qualifie, selon la mention de la Cour Constitutionnelle, de "victimes (...) qui n'ont voulu rien d'autre que, non armées et sans menacer de biens juridiques universellement reconnus, traverser la frontière interallemande"²⁴⁹. La Cour Régionale reconnaît une certaine participation des victimes dans leur propre sort tragique, tout en reniant leur responsabilité:

"Dans le cas typique, la victime d'un homicide volontaire se retrouve prise dans la situation fatale sans sa propre entremise. Dans le cas examiné pourtant les victimes, conscientes du risque élevé, se sont placées dans une situation reconnue comme particulièrement dangereuse. Aucun cas n'a été recensé où la victime aurait été amenée, par l'arbitraire étatique, à une situation conflictuelle sans issue, au point que la tentative d'évasion eût été l'unique solution et par ce biais la mort eût été la conséquence forcée du comportement d'Etat. Il ne faut pas comprendre par là que les victimes seraient coresponsables, mais seulement que le cas visé s'écarte du cas typique d'homicide volontaire." (traduction propre).²⁵⁰

La participation des victimes dans leur propre sort n'enlève pourtant rien, selon la Cour de Berlin, à la responsabilité pénale des accusés:

"Les accusés ne peuvent pas non plus avancer l'argument que les victimes auraient provoqué elles-mêmes leur mort, qu'elles auraient pénétré sciemment dans le domaine frontalier dont la dangerosité aurait été connue à tout un chacun, et auraient par là accepté le risque de leur propre mort. (...) Les accusés savaient que le régime de surveillance de la frontière n'était pas en mesure d'intimider tous les citoyens de la RDA et pour cette raison provoquait toujours de nouveaux cas de mort." (traduction propre).²⁵¹

II. Nature du régime communiste de la RDA

1. Monopole légitimatoire du Parti communiste. Déviation de l'Etat de droit

La Cour de Berlin (s'appuyant certainement sur l'organigramme détaillé du système politique de la RDA, fourni par le Ministère public) dégage *le profil normatif spécifique* du régime communiste de la RDA. A la différence de l'Etat de droit, dans l'ex RDA, la source principale de l'ordre normatif, par conséquent le fondement de l'activité étatique, n'est pas la volonté du peuple, promulguée pour la durée dans une constitution, mais la *volonté du parti communiste*, conditionnée par la *vérité du parti*.

"Les accusés - conclut le tribunal -, en tant que représentants haut placés de l'Etat, ont cru ne pas devoir mesurer leur comportement aux normes juridiques, mais poser des étalons politiques. Tandis que l'Etat de droit se caractérise, entre autres, par l'exigence d'imposer la conformité au droit comme critère suprême pour l'appréciation de l'acte d'Etat, auquel devraient être subordonnées toutes considérations d'opportunité politique, les dirigeants de l'Etat et du Parti en RDA prenaient pour maxime suprême ce que le Parti croyait juste." (traduction propre).²⁵²

2. Primauté des considérations politiques (le bien de l'Etat) sur des biens juridiques (les droits des citoyens)

La source indiquée de l'ordre normatif de l'ex RDA - *la volonté et la vérité du Parti* - permet une envergure singulière de l'activité politique des autorités, non retenue par les contraintes et restrictions de prescriptions juridiques strictes et formelles, ni par un catalogue obligatoire de droits des citoyens. Le pouvoir est exempté du devoir de rendre des comptes, devant les tribunaux et sur la base de la loi formelle, pour son activité politique; il n'est soumis qu'à la "*raison du Parti*". De cette manière la marge de l'autorité discrétionnaire est élargie jusqu'aux allures du *volontarisme politique*, non entravé par les contraintes d'un juridisme pointilleux. Dans ce système normatif les objectifs de droit cèdent systématiquement le pas devant des considérations d'ordre politique; les droits des citoyens sont systématiquement subordonnés au bien suprême - le *bien présumé de l'Etat*, qui est censé coïncider avec celui du parti étatique.

"L'instruction a montré - résume le Ministère public dans l'Acte d'accusation - que ce ne sont pas des catégories juridiques, mais exclusivement des objectifs politiques qui avaient déterminé le comportement des inculpés dans le Conseil national de la défense. Le recours aux armes à feu était effectué en accomplissement de

la "mission de classe", qualifiée comme "profondément humaniste", et pour éviter des dommages politiques et moraux, causés à la RDA par les passages de la frontière." (traduction propre).²⁵³

Qui plus est, l'exercice du pouvoir judiciaire lui aussi devait céder le pas devant les considérations d'opportunité politique, d'après les constats de l'Acte d'accusation:

"Selon la volonté explicite ou présumée de la direction du Parti et de l'Etat des délits sont restés sans poursuite pour des raisons politiques, contraires à l'Etat de droit." (traduction propre).²⁵⁴

3. Clivage entre loi écrite et pratique étatique

Aussi bien le Ministère public que les tribunaux saisis pour le procès Honecker font état d'une particularité du système normatif de l'ex RDA: notamment *l'écart entre la loi écrite et la pratique étatique*. Un système juridique formel, tel que connu dans les vieilles démocraties de l'Europe, n'a jamais cessé d'exister en RDA. La loi fondamentale a bien été la Constitution, les lois ordinaires ont été votées par le Parlement d'après des règles formelles identiques à celles des pays occidentaux. A ce système juridique classique incombe pourtant le rôle de paravent de l'activité étatique. En réalité, le quotidien juridique se déroule à côté des lois fixées dans les textes, dans une sorte de *pratique juridique parallèle*. La pratique étatique est régie par un système de consignes et d'ordres, émanant du sommet de l'Etat (qui coïncide avec celui du Parti) et transmis jusqu'aux étages subalternes de la hiérarchie du pouvoir. Dans ce système réglementaire parallèle le mot d'ordre est normalement transmis sous forme orale. L'instruction orale se superpose aux textes écrits.

En ce qui concerne concrètement la *Loi sur la surveillance de la frontière* (posant les bases juridiques de l'activité de protection de la frontière interallemande), d'une part, et d'autre part la pratique juridique réelle en la matière, la Cour Fédérale de Justice croit avoir démasqué le caractère démagogique de cette loi, dont la prédestination serait de créer les apparences de droit:

"L'art 27 de la Loi sur la surveillance de la frontière²⁵⁵ - considère la Cour Fédérale de Justice (d'après la référence de la Cour Constitutionnelle) - ne devrait pas être pris en considération en tant que fait justificatif à l'égard des membres du Conseil national de la défense, et cela à plus forte raison qu'à l'égard des tireurs. Tandis que pour les tireurs il pourrait ne pas être complètement clair, pour les requérants, par contre, il serait tout à fait évident que ce paragraphe avait pour but de créer simplement l'apparence que l'usage des armes à feu reposait sur des règles internationales strictes." (traduction propre).²⁵⁶

L'existence d'un *parallélisme juridique*, composé d'une virtualité juridique, contenue dans les textes de lois, et d'une pratique juridique, opérant par un système de commandements, est articulée dans le jugement de la Cour de Berlin:

"Dans l'ensemble des commandements adressés aux troupes stationnées à la frontière une importance primordiale fut accordée à l'empêchement de toute tentative d'évasion. A cette maxime était subordonnée la vie du réfugié particulier. (...) Le tribunal ne part pas, dans ce cas, de l'existence d'un ordre formel écrit, qui aurait prescrit explicitement la mise à mort des réfugiés. (...) La fixation écrite d'une telle instruction aurait été contraire à la pratique juridique en RDA. La mise à mort des réfugiés n'a jamais été l'objectif propre du régime de surveillance de la frontière, le but principal était surtout l'empêchement de toute tentative d'évasion. Dans l'accomplissement de cet objectif on devait, certes, éviter tout homicide, en même temps on envisageait la mort du réfugié, en cas de nécessité. Cela a été transmis aux soldats par leurs supérieurs, et sous forme orale. Les lois, ordres et instructions écrits étaient ainsi sciemment falsifiés et élargis.

Il ne s'agit décidément pas, dans ce procès, du texte des dispositions sur l'usage des armes à feu, pour la raison que ce n'était pas le texte écrit qui primait pour les soldats, mais ce qui leur était transmis par leurs supérieurs pendant la formation, l'enseignement politique et le service quotidien." (c'est moi qui souligne) (traduction propre).²⁵⁷

III. Base juridique de l'accusation

1. Le droit de la RDA

La poursuite des ex-dirigeants de la RDA par des tribunaux de la RFA est basée sur le *Traité sur l'unification allemande* en date du 6 septembre 1990, entré en vigueur le 3 octobre 1990. L'Acte d'accusation indique comme source formelle de l'inculpation l'art. 315, paragraphe 1-3 du contrat mentionné, d'après lequel est applicable, pour les délits commis en RDA avant la date du 3 octobre 1990, l'art. 2 du Code pénal de la RFA, contenant le *principe de non-rétroactivité en droit pénal*.

A la suite de ces textes les actes des inculpés doivent être jugés d'après le droit en vigueur au lieu et temps de leur commission, le droit de la RDA en l'occurrence; après quoi ces actes sont à évaluer, au profit des inculpés, d'après le droit pénal de la RFA, qui s'est substitué à celui de l'ex-RDA.

2. Responsabilité individuelle

La Cour de Berlin s'est appliquée à examiner l'activité politique des accusés ex-dirigeants de la RDA avec la grille du Code pénal. L'activité décisionnelle de dignitaires éminents de l'ex-Etat socialiste allemand est décomposée, dans cet examen qui se veut dépassionné et technique, en série d'actes relevant du pénal, détachés de leur signification immanente, qui est celle d'actes de la haute politique mondiale et de l'agir dans l'Histoire. L'activité collective des accusés, ayant agi dans les collèges du Parti, de l'Etat et du Bloc (le Bloc de l'Est), est opérationnalisée par les procureurs et juges de manière à en déduire la mesure de la responsabilité, respectivement de la culpabilité concrète et individuelle des accusés. La Cour de Berlin isole l'aspect criminel d'une activité de haute politique, ayant été exercée comme un complexe comportemental particulièrement compliqué.

"Si la construction du Mur devait être convenue entre les Etats Unis et l'URSS - tranche par exemple la Cour - cela n'aurait en rien changé la non-conformité au droit de la mise à mort des réfugiés; non plus le degré de culpabilité des accusés." (traduction propre).²⁵⁸

2.1. Contextualisation de la responsabilité (culpabilité) individuelle

Ce qui se présente, au regard des accusés, comme la quintessence de leur activité - à savoir l'agir historique, le rôle d'acteurs dans le grand jeu politique de la guerre froide - est pris en considération par les juges dans l'appréciation judiciaire de l'activité des accusés, mais

d'une manière renversée: l'aspect politico-historique est repoussé depuis le centre du complexe comportemental vers sa périphérie. Il est présenté comme un contexte de l'activité criminelle des accusés, comme les circonstances extérieures de leur conditionnement, comme des circonstances atténuantes de leur culpabilité. Les circonstances atténuantes, ou autrement dit les caractères spécifiques de l'activité politique des accusés, sont les suivantes:

a) Conditionnement des accusés par le système en vigueur ou par "l'appareil".

b) Le régime de surveillance de la frontière comme conséquence de la guerre froide.

c) Influence de l'URSS et du Pacte de Varsovie sur le processus décisionnel en RDA, en premier lieu en matière militaire. Le Conseil national de défense devait aussi tenir compte, en plus des intérêts de la RDA, de ceux de l'URSS et du bloc militaire tout entier.

Toutefois l'influence soviétique sur l'aménagement du régime de surveillance de la frontière est, d'après les estimations du tribunal, de mesure moins importante que celle prétendue par les accusés:

"Le tribunal confirme sa conviction que la RDA n'était certes pas complètement souveraine à propos du régime de surveillance de la frontière, mais qu'elle avait largement carte blanche pour l'aménagement concret." (traduction propre).²⁵⁹

d) Soumission des accusés au pouvoir quasi dictatorial de Honecker, qui par la possession, dans une sorte "d'union personnelle", des fonctions les plus importantes dans le Parti et l'Etat, influence et contrôle tous les collègues décisionnels du pouvoir.

e) Présence d'un régime de surveillance de la frontière préétabli à l'arrivée au pouvoir des accusés. Proximité de leur activité délictueuse des caractères d'un délit par omission.

2.2. Caractère de la responsabilité concrète et individuelle des accusés

A l'exception de Honecker, il n'est pas reproché aux accusés d'avoir initié et mis en œuvre le régime de surveillance de la frontière. Leur contribution coupable à ce régime consiste, premièrement, dans sa non remise en cause, donc son acceptation; deuxièmement, dans la participation active au maintien, voire au perfectionnement du régime en question.

a) Conformisme passif

Le contenu du reproche faible pourrait être désigné comme "conformisme passif": l'adaptation de son propre comportement à un système injuste, l'omission de s'opposer à ce système et en plus l'omission de refuser son service au système injuste.

"Les accusés étaient eux-mêmes incités. Cela ne doit pas signifier - estime la Cour de Berlin - qu'ils eussent été "victimes" du système ou bien qu'ils se fussent trouvés dans un état de contrainte. (...) Le fait qu'ils n'eurent jamais à l'esprit de se révolter contre cette politique ne devrait pas être justifié avec l'argument qu'une opposition à la ligne politique aurait eu, certainement, des conséquences décisives pour eux." (traduction propre).²⁶⁰

b) Participation active

La Cour reconnaît à charge des accusés une participation active et volontaire, par conviction, au maintien du régime injuste de surveillance de la frontière.

D'une part, bien que subordonnés à Honecker et ayant assumé, de ce fait, une moindre responsabilité, les accusés ont occupé des postes suffisamment élevés dans la hiérarchie du Parti et de l'Etat pour que l'on puisse les considérer comme coresponsables avec le principal initiateur.

"Ils ont codéterminé - considère la Cour - la politique de la RDA et par là aussi le régime de surveillance de la frontière, en pleine conviction." (traduction propre).²⁶¹

D'autre part, et c'est le reproche fort, en ce qui concerne le domaine de la sécurisation de la frontière les accusés ont agi en militaires haut placés, dans leur domaine propre.

"Les deux accusés²⁶² ont quand même contribué objectivement - précise la Cour - au maintien du régime de surveillance de la frontière, dans une mesure dépassant la simple appartenance au Conseil national de la défense. En tant que militaires ils comprenaient la sécurisation de la frontière comme leur propre tâche de première importance et étaient, par conséquent, intéressés au succès du régime de surveillance de la frontière. Ils agissaient en même temps dans leur propre domaine." (traduction propre).²⁶³

Qui plus est, d'après la Cour, les accusés ont fait preuve de loyauté envers le système en place et d'un certain zèle dans l'exercice de leurs fonctions:

"Les accusés ont apporté leur concours - constate la Cour - pendant un long laps de temps d'environ 18 à 20 ans au maintien de l'appareil de protection de la frontière. La protection de la frontière était réfléchie jusqu'au dernier détail et parfaitement organisée." (traduction propre).²⁶⁴

c) Causalité naturelle de l'activité politico-professionnelle des accusés par rapport aux morts à la frontière

En exerçant leurs fonctions politico-professionnelles de militaires haut placés, en contribuant activement au maintien et au perfectionnement du régime de surveillance de la frontière, les accusés ont provoqué, comme conséquence de leur activité d'Etat, la mort de 7, respectivement 8 victimes, d'après le jugement de la Cour.

"Les accusés ont provoqué la mort de 7, respectivement 8 victimes avec préméditation. Leur comportement a été causal pour les conséquences. (...) La circonstance mentionnée, que les accusés n'ont apporté pratiquement aucun changement dans l'état présent des choses, n'exclut pas la causalité de leur comportement dans le sens de la formule "conditio sine qua non". (...) Sans ces décisions et ordres la chaîne de commandements qui en découle n'aurait pas été mise en exécution et les comportements des gardes-frontière ayant provoqué la mort des victimes ne se seraient pas réalisés. Dans ce cas les accusés ne peuvent pas avancer l'argument que finalement aucun changement ne se serait produit s'ils s'étaient abstenus d'émettre une décision ou bien l'ordre N 101, parce que la direction politique les aurait immédiatement écartés de leurs fonctions et les aurait substitués par des personnes prêtes à accomplir les comportements souhaités. Le fait que dans le cas de notre abstention probablement une autre personne se serait immédiatement substituée à nous et aurait accompli le même comportement, ne change rien dans la causalité de notre comportement concret." (traduction propre).²⁶⁵

3. Assimilation de l'activité politique des accusés à des états de faits de droit commun, à des figures de criminalité organisée

a) Qualification de l'acte examiné

Aussi bien la Cour Régionale que la Cour Fédérale de Justice ont reconnu les accusés coupables, en procédant à une assimilation du *contenu de l'activité politique* des accusés (et non pas d'éventuels abus de pouvoir ou d'écarts personnels de la ligne du Parti et de l'Etat) à des états de faits de droit commun, à des figures de criminalité organisée en l'occurrence. L'activité politique au plus haut échelon de l'Etat est ainsi déshabillée de son auréole de pathétique et traitée comme une affaire triviale de criminalité concertée, décodable à l'aide de la grille du Code pénal.

La Cour de Berlin procède à une qualification de l'activité décisionnelle des accusés en tant que relevant du droit pénal:

"Les accusés devraient être qualifiés dans le cas présent comme des "criminels de bureau"; ils n'ont pas tué les victimes, qui leur étaient inconnues en tant que personnes concrètes, de leurs propres mains." (traduction propre).²⁶⁶

Le contenu de cette criminalité de bureau, qui est imputée aux accusés, consiste dans la mise en place d'une chaîne de commandements aux conséquences meurtrières. La description de la chaîne meurtrière, présentée par le Ministère public dans l'Acte d'accusation, est reprise sur le fond par la Cour de Berlin et la Cour Fédérale de Justice. Le Ministère public a notamment trouvé que:

"Les inculpés ont provoqué, à travers les positions occupées dans le Conseil national de la défense, les causes primaires des homicides et tentatives d'homicide. *Les décisions* qui étaient prises là représentaient, dans le système étatique centraliste de la RDA, *le comportement même* (c'est moi qui souligne) qui conduisait à la mort, respectivement aux lésions corporelles des fugitifs.

Le régime de surveillance de la frontière était (...), sur l'ordre des inculpés, édifié de telle manière que l'exécution des décisions du Conseil national de la défense déclenchait un cycle infallible (Rädewerk). L'exécution des décisions par le dernier chaînon de la chaîne de commandements était simplement l'acte final d'une machinerie, maîtrisée par les inculpés.

(...) Il est vrai que les derniers exécutants agissaient de manière pénalement responsable, mais en même temps le système était construit, en ce qui concerne la sélection des gardes-frontière et leur remplaçabilité, de sorte que la décision personnelle du particulier n'était pas déterminante." (traduction propre).²⁶⁷

b) Qualification des rapports des accusés entre eux

Concernant la qualification des rapports des accusés entre eux pendant l'accomplissement de l'acte délictueux, la Cour de Berlin et la Cour Fédérale de Justice ont suivi la démarche du Ministère public, en retenant la figure de la co-autorité (Mittäterschaft).

"Il ne manque pas non plus d'éléments subjectifs indispensables pour la co-autorité (Mittäterschaft) - argumente le Ministère public -, notamment la décision commune d'agir. Le comportement basé sur la division du travail s'est accompli au moyen d'une distribution de rôles, fixée dans la structure des commandements, souhaitée et acceptée par tous les participants. Ce système de commandements assurait que le succès visé en commun pouvait être atteint avec des forces communes. *Les commandements remplacent ce qui est autrement exigé, à savoir l'entente* (c'est moi qui souligne). Il n'est pas indispensable que les co-auteurs se connaissent mutuellement, pour autant que chacun soit conscient du fait qu'il existe à côté de lui encore quelqu'un ou quelques-uns qui coagissent et sont investis de la même conscience." (traduction propre).²⁶⁸

c) Degré de participation à l'acte criminel - d'après le droit de l'ex RDA

Le *Traité sur l'unification allemande*, base juridique immédiate des poursuites en question, exige explicitement l'application du droit de l'ex-RDA à l'égard des ex-citoyens de

la RDA, et à une étape suivante, l'évaluation de leur comportement, au profit des accusés, d'après le droit de la RFA.

L'infraction imputée aux accusés, retenue par le Ministère public et confirmée par la Cour de Berlin et la Cour Fédérale de Justice, c'est *l'homicide volontaire* aussi bien d'après le droit de l'ex-RDA que d'après celui de la RFA.

Il s'agit ensuite pour les tribunaux de déterminer le degré de participation des accusés à l'acte incriminé. La Cour de Berlin reconnaît les accusés coupables *d'instigation commune à l'homicide*.

"Dans le cas d'une instigation en chaîne - argumente la Cour de Berlin - l'instigateur n'est pas tenu de connaître l'auteur en personne; il suffit pour lui de connaître d'un côté la personne qui est le destinataire immédiat de son instigation - c'est-à-dire le membre suivant de la chaîne - et d'un autre côté le cercle des personnes, duquel va provenir l'auteur (BGH St 6, 359; KG, NJW, 991, 2654). Les accusés savaient que leurs décisions s'adressaient au ministre de la défense, respectivement au chef des troupes stationnées à la frontière, et que les exécutants devaient être membres de ces troupes. L'individualisation exacte des victimes n'est pas nécessaire non plus." (traduction propre).²⁶⁹

La Cour Fédérale de Justice, qui est saisie pour examiner le jugement attaqué de la Cour de Berlin, s'aligne sur le raisonnement du tribunal compétent, et approuve son résultat:

"L'instigation présuppose notamment, d'après le droit de la RDA, que l'incité ait accompli, de manière intentionnelle et contraire au droit, un état de faits de droit pénal. L'acte instigateur doit avoir été commis à l'égard d'un auteur déterminé et pour un délit précis (Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, Staatsverlag der DDR, 1 Aufl 1976, s. 379). L'intention de l'instigateur doit concerner toutes les circonstances essentielles du délit respectif (Strafrecht der DDR, Kommentar zum StGB 5 Aufl., Staatsverlag der DDR 1987, § 22).

Ces conditions sont ici remplies.

Il n'est pas indispensable que l'instigateur ait présagé dans son imaginaire tous les détails des événements consécutifs, en particulier qu'il connaisse personnellement le lieu, le temps de l'événement, la victime et l'auteur dans chaque cas précis. (...) Il suffit que l'instigateur ait connaissance du fait qu'à la base des mesures ordonnées par lui, installation de mines, entre autres, des réfugiés peuvent perdre la vie." (traduction propre).²⁷⁰

d) Degré de participation à l'acte criminel - d'après le droit de la RFA

Le Code pénal de la RFA s'étant avéré plus clément pour les accusés, c'est ce dernier qui est appliqué, conformément au *Traité sur l'unification allemande*. Cependant, tandis que la Cour Régionale retient le même degré de participation que d'après le droit de la RDA - incitation à l'homicide -, la Cour Fédérale de Justice casse cette décision, en soutenant la

présence, suivant le Code pénal de la RFA, de l'autorité intellectuelle d'homicide. Dans son argumentation la haute Cour assimile l'activité décisionnelle des membres du Conseil national de la défense aux figures du crime organisé du type de la criminalité économique ou bien de la criminalité mafieuse. Selon l'argumentation de la Cour, l'autorité intellectuelle dans de pareils cas de figure est due au fait que l'auteur dispose d'autorité sur des structures organisationnelles lui obéissant de manière infaillible:

"Il existe pourtant des cas d'espèce dans lesquels, malgré que l'on soit en présence d'un auteur direct agissant en pleine responsabilité, la participation de l'auteur intellectuel provoque de manière presque automatique la réalisation de l'état de faits souhaité par lui. Cela peut se produire si l'auteur intellectuel dispose, à l'aide de structures organisationnelles, de conditions de base dans lesquelles son intervention crée un déroulement infaillible. De telles conditions de base sont présentes dans le cas de structures organisationnelles d'Etat, d'entreprise ou bien de telles proches des affaires ou des hiérarchies de commandements. Si dans un cas pareil l'auteur médiat (Hintermann) agit en connaissance de ces circonstances, surtout s'il profite de la disposition inconditionnelle de l'auteur direct à accomplir l'état de faits, et s'il souhaite le succès comme résultat de son propre comportement, c'est lui l'auteur sous la forme de l'autorité intellectuelle.

(...) On a affaire à une autorité intellectuelle comprise dans ce sens, non seulement dans le cas d'abus de prérogatives étatiques, mais aussi dans le cas de criminalité organisée de type mafieux, lorsque la distance spatiale, temporaire et hiérarchique entre le sommet de l'organisation qui émet les ordres et l'auteur direct parle plutôt contre une co-autorité basée sur la division du travail.

Le problème de la responsabilité dans l'entreprise économique se laisse résoudre de la même manière." (traduction propre).²⁷¹

IV. Non-conformité au droit de l'activité politique inculpée

La tâche primordiale de l'accusation dans ce procès est de démontrer que, dans l'exercice de leurs hautes fonctions d'Etat, les accusés ont violé le droit, le droit de l'ex-RDA en l'occurrence. L'accusation se voit obligée de surmonter le reproche principal de la défense, selon lequel l'activité politique des accusés se serait déroulée dans le cadre strict de l'ordre légal de la RDA, et ne serait incriminée que post factum par les tribunaux de la RFA. Au fond, l'accusation doit apporter une réponse concluante à la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire des accusés d'autoriser le recours aux armes à feu s'inscrit dans le cadre de l'usage légitime de la violence par les organes étatiques, comme les accusés le prétendent, ou bien le recours à la violence par les organes de l'Etat dans les circonstances concrètes ne représente qu'un crime de droit commun, sous le masque d'usage légitime de la violence étatique. L'accusation doit prouver la véracité de la deuxième option de réponse.

Le Ministère public soutient, dans l'Acte d'accusation, cette deuxième option de réponse, développant une logique argumentative polyvalente. Le Ministère public examine parallèlement deux volets distincts de non-conformité au droit de l'activité inculpée: 1/ non-conformité au droit positif supérieur; 2/ non-conformité au droit extra-positif, c'est-à-dire aux exigences de la justice matérielle.

1. Non-conformité au droit positif supérieur

L'Acte d'accusation examine la non-conformité au droit positif supérieur, et cela à deux niveaux différents:

a) Non-conformité de la pratique étatique aux lois respectives

Le Ministère public observe que le clivage, établi pour le système normatif de la RDA en général, entre la loi écrite et la pratique étatique, est reflété en particulier dans l'activité politico-professionnelle des accusés, dans leur position de co-auteurs et exécutants de la pratique étatique.

"Bien que la *Loi sur la frontière* et les prescriptions sur l'usage des armes à feu eussent contenu le principe de proportionnalité - souligne l'Acte d'accusation - les accusés ont contribué à ce que la formation des gardes-frontière se poursuive à l'écart de ces prescriptions. Les soldats ne connaissaient même pas, dans la plupart des cas, lesdites prescriptions, respectivement la *Loi sur la frontière*. Au lieu de cela on leur rappelait en permanence que les passages de frontière devaient être empêchés, en cas d'exception aussi avec des coups

meurtriers, "les violeurs de frontière" devaient être "liquidés". Si un garde-frontière arrivait à contrecarrer une, comme on l'appelait, "violation de frontière", il était félicité et récompensé par une somme d'argent, et d'ailleurs aussi dans le cas où il n'aurait pas respecté les conditions de la Loi sur la frontière ou les prescriptions sur l'usage des armes à feu." (traduction propre).²⁷²

La Cour Régionale raisonne dans le même sens, mais en évoquant un écart de la pratique étatique, co-déterminée par les accusés, par rapport aux principes juridiques contenus dans le Code pénal de la RDA:

"Les accusés savaient - affirme la Cour - que l'homicide des réfugiés à la frontière était une injustice. Pourtant ils ont envisagé cette injustice, pour des considérations politiques. Ils ont rangé, dans leur décision autonome, l'intérêt (présumé) de l'Etat devant le bien juridique que constitue la vie du citoyen particulier. Le Code pénal de la RDA, malgré l'accent mis sur les intérêts étatiques et ceux de la société, ne connaît pas une telle préférence. Il n'est pas non plus rédigé de façon floue, apte à donner l'impression d'une infériorité du bien juridique de la vie du citoyen particulier. Au lieu de cela, la place primordiale de ce bien juridique est généralement reconnue." (traduction propre).²⁷³

b) Non-conformité de la pratique étatique, aussi bien que de la Loi sur les passeports (Passgesetz) de la RDA, à la Constitution et au droit international.

Le Ministère public révèle un deuxième degré de non-conformité au droit positif supérieur: la Loi sur les passeports, c'est-à-dire la loi spéciale qui règle le domaine de la libre circulation des personnes, est elle-même anticonstitutionnelle et en contradiction avec les obligations de droit international que la RDA assumait en l'espèce. Le comportement des accusés, ayant contribué à imposer l'application de cette loi par des moyens violents, est par conséquent anticonstitutionnel et en infraction au droit international.

"Les agissements des accusés étaient - prétend l'Acte d'accusation - jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de la RDA du 6 avril 1968, en contradiction avec le droit constitutionnel²⁷⁴. La Constitution de la RDA du 7 octobre 1949, remplacée par la suite par la Constitution du 6 avril 1968, garantissait explicitement dans l'art.10 paragraphe 3 phrase 1 le droit à l'émigration. Une règle restreignant la liberté de sortie du territoire, que l'art.10 paragraphe 3 phrase 2 autorisait, n'avait pas été édictée jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 6 avril 1968. Par la Loi sur les passeports de la RDA du 15 septembre 1954, qui rendait le franchissement de la frontière tributaire de la possession d'un passeport ou d'un visa sans pourtant déterminer les conditions dans lesquelles les demandes de passeport ou de visa pouvaient être refusées, et ne prévoyant aucun recours en justice à l'encontre des décisions administratives respectives, était pratiquement supprimé et non pas simplement restreint le droit à la libre sortie du pays.

Les mesures prises par les accusés ont assuré que l'interdiction anticonstitutionnelle de quitter le pays soit imposée au moyen de la violence, allant, dans le cas extrême, jusqu'à des conséquences mortelles. Elles étaient pour cette raison, aussi bien que la Loi sur les passeports elle-même, anticonstitutionnelles d'après l'art.4 paragraphe 1 phrase 1 de la Constitution de la RDA de 7 octobre 1949." (traduction propre).²⁷⁵

Concernant la non-conformité au droit international, le Ministère public constate:

"Le comportement des inculpés viole l'art. 12, paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 qui, après ratification le 2 novembre 1973 par la RDA, entre en vigueur le 23 mars 1976.

(...) Cette disposition est la suivante:

"Chacun a le droit de quitter tout pays, y compris le sien".

(...) Par l'art. 8 paragraphe 1 phrase 1 de sa Constitution la RDA s'était déclarée explicitement liée par ces normes généralement reconnues du droit international." (traduction propre).²⁷⁶

2. Non-conformité au droit extra positif

Le Ministère public distingue un deuxième volet de non-conformité au droit de l'activité politique visée, parallèle au et indépendant du volet de non-conformité au droit positif. C'est le corpus de lois spéciales et d'actes exécutifs concernant la circulation des personnes, en liaison avec ceux concernant la sécurisation de la frontière, qui est mis en cause. Ce système de normes et mesures ayant été en flagrante violation du noyau ferme du droit et de la justice matérielle, le service fidèle et volontaire à ce système, l'activité de son imposition et maintien seraient par là entachés de non-conformité au droit. La valeur légale d'un tel système de normes, ainsi que de l'activité à leur service, serait nulle.

"Les prescriptions et les décisions du Comité national de la défense - soutient le Ministère public-, les dispositions sur l'utilisation des armes à feu reposant sur ces dernières, ainsi que *les article 26 et 27 de la Loi sur la frontière de la RDA du 25 mars 1982 en liaison avec l'article 213 paragraphe 3 du Code pénal de la RDA ne pourraient pas*, indifféremment du fait qu'à travers eux est violé du droit positif supérieur, *être considérés comme œuvre normative digne de respect* (c'est moi qui souligne), destinée à l'accomplissement d'une tâche étatique.

(...) Dans le but de la conservation du système de domination imposé au peuple de la RDA, étaient autorisées, selon le système des lois et leur application par les organes de la RDA (...), non seulement l'exécution de peines privatives de liberté, mais aussi la commission de lésions corporelles et même d'homicide à l'égard de ceux qui, par l'évasion, désirent faire usage de leur droit de quitter le pays.

(...) De pareilles règles légales et actes étatiques violent dans une mesure insupportable l'exigence de la justice matérielle. Ils doivent être considérés comme une atteinte au noyau du droit à la vie et à la liberté. Cependant, de pareilles atteintes ne doivent être causées par aucune loi et aucun acte des autorités. *Des mesures*

étatiques qui violent ce noyau doivent rester, pour cette raison, hors considération."(c'est moi qui souligne)
(traduction propre).²⁷⁷

V. Non-validité du fait justificatif protégeant l'exercice de la violence étatique

La Cour Constitutionnelle est saisie par les requérants, condamnés par la Cour Régionale du Land Berlin et dont la condamnation est confirmée par la Cour Eédérale de Justice, afin d'examiner si le *principe de non-rétroactivité en droit pénal* (contenu dans art. 103 paragraphe 2 de la Constitution fédérale) n'était pas lésé à leur égard. Le recours est motivé par l'affirmation que le tribunal compétent (et à sa suite la Cour Fédérale de Justice), en refusant de reconnaître la validité d'un fait justificatif qui atteste le caractère licite de leur comportement, aurait failli à l'application correcte du droit de l'ex RDA. Il s'agit du fait justificatif contenu dans les dispositions de la *Loi sur la frontière*, qui règlent l'usage des armes à feu par les gardes-frontière (art. 27 et 28), telles qu'elles sont interprétées par la pratique étatique de l'ex RDA. C'est le fait justificatif qui permettrait aux organes étatiques d'user de la violence dans des cas définis, sans tomber sous le coup de l'interdiction de tuer.

La réponse que la Cour constitutionnelle doit livrer sur la question de l'éventuelle application rétroactive du droit pénal par la Cour Régionale et la Cour Fédérale de Justice se réduit dans le cas concret au soin de répondre si le fait justificatif mentionné aurait dû être pris en considération ou bien aurait dû être écarté comme non-valable par les tribunaux de la RFA, en application du droit de la RDA.

La question du fait justificatif atteint le rang de question pivot du procès Honecker, elle focalise les enjeux principaux de la jurisprudence ouest-allemande à l'encontre de la "criminalité gouvernementale" ("Regierungskriminalität"). Par la réponse à cette question la Cour Constitutionnelle fournit en même temps, indirectement, une réponse à la question précédente, celle de la conformité ou la non-conformité au droit du comportement des condamnés.

1. Résumé des précédentes réponses des instances judiciaires

Avant de conclure son jugement, la Cour Constitutionnelle se réfère à la jurisprudence de la Cour Fédérale de Justice en la matière, ainsi qu'à l'avis du Ministère de la justice et du Ministère provincial de la justice du Land Berlin (Senatsverwaltung für Justiz zu Land Berlin).

a) La jurisprudence de la Cour Fédérale de Justice

On peut conclure à la suite du résumé, présenté par la Cour Constitutionnelle, des positions prises par la Cour Fédérale de Justice, que cette dernière poursuit une démarche de double argumentation pour fonder la non-validité du fait justificatif, et par là la non-conformité au droit du comportement des accusés. C'est au fond une démarche similaire à celle développée à propos du même sujet par le Ministère public. D'un côté, la Cour Fédérale de Justice fonde la non-validité du fait justificatif au moyen des ressources propres du droit de la RDA. En second lieu, la Cour Fédérale de Justice recourt à des ressources intellectuelles extérieures au droit positif de la RDA, en puisant dans une tradition métaphysique de la jurisprudence allemande, incarnée par des emprunts aux travaux du philosophe du droit Gustav Radbruch.

Dans la première ligne argumentative, la Cour Fédérale de Justice soutient la possibilité d'une interprétation du droit de la RDA différente de celle opérée par la pratique étatique à l'époque des faits, et qui aurait évité la violation des droits de l'homme. Une telle interprétation aurait démontré la non-validité du fait justificatif visé tout en restant à l'intérieur du système normatif de la RDA:

"Un fait justificatif pour des cas comme celui qui nous préoccupe n'aurait pas dû être déduit, déjà à l'époque, de l'art. 27 paragraphe 2 de la Loi sur la frontière de la RDA, *correctement interprété* (c'est moi qui souligne), prenant en considération les limites imposées par le sens de la loi et à la lumière de la Constitution de la RDA et de ses obligations en droit international. (...) L'espoir que le droit continuera d'être appliqué dans l'avenir comme dans la pratique étatique à l'époque, de manière qu'un fait justificatif non conforme aux droits de l'homme soit reconnu, ne mériterait pas de protection." (traduction propre).²⁷⁸

Dans la seconde ligne argumentative la Cour Fédérale de Justice conteste la validité du fait justificatif par le recours à des ressources juridiques extérieures au système normatif de la RDA, notamment par le recours simultanément à la fameuse "*formule de Radbruch*", et aux dispositions droits-de-l'hommes d'un Pacte international:

"Un fait justificatif pourrait être écarté en raison de non-conformité au droit supérieur uniquement dans le cas où il contiendrait une violation flagrante des bases de la justice et de l'humanité; cette violation devrait être de nature à léser les convictions juridiques relatives à la valeur et à la dignité de l'homme, qui sont communes à tous les peuples. L'opposition de la loi positive à l'équité devrait être à tel point insupportable, que la loi en tant que droit injuste devrait reculer devant l'équité. Cet étalon, établi dans la formule de Radbruch, à laquelle avait été fait appel pour le jugement des pires crimes violents nazis, serait valable aussi pour les

homicides à la frontière inter-allemande, bien que ceux-là ne puissent pas être égalés au génocide nazi. Des étalons plus concrets y seraient ajoutés aujourd'hui. Les conventions internationales sur les droits de l'homme offrent des repères pour trancher quand un Etat a violé les droits de l'homme, selon la conviction de la *société juridique mondiale*. A cet égard l'art. 12 paragraphe 2 et l'art. 6 paragraphe 1 phrases 1 et 3 de la Convention internationale sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966 sont d'une importance particulière." (traduction propre).²⁷⁹

b) L'avis du Ministère de la Justice

Dans son avis exprimé sur l'acceptabilité du fait justificatif le Ministère de la Justice se tient explicitement à la première ligne argumentative développée par la Cour fédérale de Justice, qui propose une interprétation du droit de l'ex-RDA compatible avec le respect des droits de l'homme.

c) L'avis du Ministère de la Justice du Land Berlin

Le Ministère de la Justice du Land Berlin, pour sa part, raisonne dans le sillon de la deuxième ligne argumentative de la Cour Fédérale de Justice, s'appuyant sur la formule de Radbruch:

"La référence des requérants à des règles qui seraient édictées par tous les Etats ou unions d'Etats pour la protection des frontières et la réglementation de la circulation transfrontalière, ne concernerait pas la situation du régime de surveillance de la frontière de l'ex-RDA. Le droit à l'entrée et à la sortie serait réglé dans les Etats de la communauté internationale, et en particulier en RFA, par le droit administratif; utiliser le coup final pour l'application de ce droit serait absolument opposé au principe de proportionnalité. De cette manière le régime de surveillance de la frontière de la RDA se serait retrouvé dans une contradiction insupportable avec les idées fondamentales de justice et d'humanité. A l'égard de ce régime serait justifiée l'appréciation de Radbruch selon laquelle la validité serait à enlever à un système de droit qui se trouverait dans une contradiction à tel point insupportable avec l'équité, que la loi en tant que droit injuste devrait céder devant l'équité." (traduction propre).²⁸⁰

2. La réponse de la Cour Constitutionnelle

La Cour Constitutionnelle confirme le résultat auquel aboutissent la Cour Régionale et la Cour Fédérale de Justice - la non-validité du fait justificatif -, mais en développant une voie argumentative originale. L'article 103 paragraphe 2 de la Constitution (contenant le *principe de non-rétroactivité en droit pénal*) n'est pas lésé, tranche la Cour Constitutionnelle, et cela en dépit du refus de prendre en compte un fait justificatif reconnu à l'époque des faits. La non-validité du fait justificatif est fondée, différemment de la démarche intellectuelle de la

Cour Fédérale de Justice, par un recours aux ressources du droit constitutionnel non pas de l'ex-RDA, mais de la RFA. Dans la situation judiciaire particulière, survenue à la suite du *Traité sur l'unification allemande* et l'obligation qui incombe aux tribunaux de la RFA d'exercer le pouvoir judiciaire à l'égard des forfaits commis sur le territoire de l'ex-RDA avant la date de l'unification, ces tribunaux doivent appliquer le droit de la RDA à l'égard de ses ex-citoyens, *mais sans pourtant sortir du cadre légal imposé par la Constitution de la RFA*. Dans ce cas spécifique le refus de retenir le fait justificatif de la *Loi sur la frontière* s'impose par le *soin de fidélité à la Constitution de la RFA*. En cas de prise en considération du fait justificatif visé, une contradiction serait apparue entre deux principes constitutionnels. Dans cette situation spécifique *sont autorisées*, selon l'avis du gardien qualifié de la Constitution, *des restrictions dans l'interdit absolu de la rétroactivité*, fixé à l'art. 103 paragraphe 2 de la Constitution, et cela pour des raisons constitutionnelles (von Verfassung wegen).

L'examen des principes constitutionnels en question, opéré par la Cour, se résume dans les postulats suivants:

a) L'art. 103 paragraphe 2 est une manifestation du *principe de l'Etat de droit* (Rechtsstaatsprinzip). L'adage "aucune peine sans loi préexistante" reflète, en droit pénal, les exigences du *principe de l'Etat de droit*, notamment l'exigence de *sécurité juridique* et celle de *justice objective*.

"Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'équité - raisonne la Cour Constitutionnelle - il /l'article 103 paragraphe 2/ prévoit qu'en matière pénale, où l'Etat peut porter des atteintes très grave à la personnalité, seul le législateur est compétent pour décider des incriminations. Dans le domaine du droit pénal, le principe de la légalité est ainsi doublé d'une stricte limitation de compétence au profit du législateur. (...) Pour le citoyen, l'article 103 paragraphe 2 de la Loi fondamentale fonde la confiance sur le fait que l'Etat ne peut poursuivre comme acte délictueux que les comportements qui, à l'époque de leur survenance, correspondaient à une incrimination légale ou pour lesquels le législateur avait fixé une peine déterminée.

(...) L'article 103 paragraphe 2 protège contre la modification *a posteriori*, au détriment de l'auteur, de l'appréciation du contenu répréhensible de l'acte concerné. (...) Aussi commande-t-il également que continue d'être appliqué un fait justificatif qui était prévu par la loi à l'époque de la commission de l'infraction même s'il a disparu lorsque se déroule la procédure pénale." (traduction de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Arrêt *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*).²⁸¹

b) La fonction de protection de l'art. 103 paragraphe 2 de la Constitution se rapporte normalement à des faits accomplis dans le domaine de validité de la Constitution fédérale.

Dans ce cas normal le *principe de non-rétroactivité*, fixé à l'art. 103 paragraphe 2 est *sous-tendu par le principe de l'Etat de droit*, parce que les lois pénales édictées dans les conditions de démocratie, séparation des pouvoirs et respect des droits fondamentaux, remplissent par là-même les exigences de la *justice objective*.

Ce n'est plus cependant le cas, lorsque les tribunaux de la RFA ont endossé la tâche d'appliquer le droit de l'ex-RDA, c'est-à-dire d'un Etat qui n'a pas respecté ni la démocratie, ni la séparation des pouvoirs, ni les droits fondamentaux. L'application inconditionnelle de ce droit conduit à un *conflit entre les exigences incontournables de la Constitution, relevant de l'Etat de droit, et le principe absolu de non-rétroactivité* de l'article 103 paragraphe 2 de la Constitution.

"Cette non-rétroactivité - accentue la Cour Constitutionnelle - trouve, on l'a dit, sa justification au regard de l'Etat de droit */rechtsstaatliche Rechtfertigung/* dans le principe particulier de la confiance dont sont empreintes les lois pénales, *lorsqu'elles sont adoptées par un législateur démocratique tenu au respect des droits fondamentaux*. (c'est moi qui souligne) Cette base particulière de confiance fait défaut si, pour les actes criminels les plus graves, l'autre Etat incrimine certains faits tout en excluant dans certaines circonstances leur caractère répréhensible par l'admission de faits justificatifs, en invitant même, par-dessus la norme écrite, à commettre de tels actes, en les favorisant et en violant gravement les droits de l'homme généralement reconnus par la communauté internationale. Le détenteur du pouvoir étatique a ainsi mis en place un système à ce point contraire à la justice qu'il ne peut survivre qu'aussi longtemps que subsiste *de facto* l'autorité étatique qui en est responsable." (traduction de la Cour européenne des Droits de l'Homme).²⁸²

La Cour Constitutionnelle clôt son argumentation avec la conclusion:

"Dans cette situation tout à fait particulière, *l'exigence de justice objective*, qui englobe également le respect des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale, *interdit l'application de pareils faits justificatifs*. *La protection absolue de la confiance par l'article 103 paragraphe 2 de la Loi fondamentale doit alors céder le pas* (c'est moi qui souligne), sans quoi le système de la justice pénale de la République fédérale entrerait en contradiction avec les prémisses d'Etat de droit */rechtstaatliche Prämissen/* sur lesquelles elle repose." (traduction de la Cour européenne des Droits de l'Homme).²⁸³

c) Faisant état de continuité jurisprudentielle, la Cour Constitutionnelle s'appuie sur une position concordante exprimée par la Cour suprême en zone britannique de l'Allemagne dans l'immédiat après-guerre, et suivie par la Cour Fédérale de Justice d'antan :

"A cet égard, la Cour suprême pour la zone britannique et après elle la Cour Fédérale de Justice se sont prononcées sur la question de savoir si l'inapplicabilité d'une norme à cause d'une méconnaissance grave de principes juridiques supérieurs peut, *a posteriori*, rendre un acte punissable. Elles ont estimé *qu'il pouvait y avoir des dispositions et des directives auxquelles, nonobstant leur prétention à faire oeuvre juridique, il y a lieu de dénier leur caractère juridique parce qu'elles violent les principes juridiques applicables indépendamment de toute reconnaissance étatique; quiconque agit en se conformant à de telles dispositions demeure punissable.* (c'est moi qui souligne)

(...) La Cour Fédérale de justice a fait observé que, dans ce genre de cas, le comportement des auteurs n'est pas apprécié à l'aune de critères dont la validité ne serait devenue générale que plus tard. De même, on n'imposerait pas aux intéressés de répondre à la question de ce qui est licite ou illicite sur la base de critères qui, à l'époque des faits n'étaient pas encore applicables ou ne l'étaient plus. *Il ne faudrait pas supposer que les auteurs n'avaient pas connaissance, lors des faits, de certains principes déterminants et indispensables pour la vie en commun des êtres humains, qui font partie du noyau dur et intangible du droit.*" (c'est moi qui souligne) (traduction de la Cour européenne des Droit de l'Homme).²⁸⁴

d) Finalement, la Cour Constitutionnelle inscrit sa conclusion actuelle dans un fil de continuité avec sa propre pratique jurisprudentielle:

"La Cour Constitutionnelle fédérale n'a eu jusqu'ici à traiter du problème de l'"illicéité légale"/*gesetzliches Unrecht*/ qu'en dehors de la sphère pénale. Elle a considéré que lorsqu'il y a une contradiction intolérable entre le droit positif et la justice, *le principe de sécurité juridique peut devoir céder devant celui de la justice objective.* (c'est moi qui souligne) Elle s'est référée à cet égard aux explications de Gustav Radbruch et en particulier à la formule qui porte le nom de l'intéressé. (...) Elle a en outre souligné à plusieurs reprises que l'inapplicabilité du droit positif doit demeurer confinée à une infime minorité de cas d'extrême, et qu'une législation simplement illicite et inacceptable selon une conception éclairée peut, du fait de l'élément d'ordre qui lui est inhérent, acquérir une validité juridique et être créatrice de sécurité juridique. (...) Toutefois, a-t-elle ajouté, l'époque de la domination national-socialiste a montré que le législateur peut donner naissance à des situations totalement contraires à l'équité (...) et que dès lors il y a lieu de proscrire d'emblée l'obéissance à une norme absolument incompatible avec l'idée de justice." (traduction de la Cour européenne des Droit de l'Homme).²⁸⁵

VI. Justice absolue. Non-pertinence judiciaire de la comparaison entre la situation juridique dans l'ex-RDA et celle dans d'autres pays

1. Comparaison non-fondée

La Cour Fédérale de justice conteste (d'après le résumé de sa position par la Cour Constitutionnelle) la thèse de la défense portant sur la parenté des textes juridiques est- et ouest-allemands, réglant l'usage des armes à feu par les organes étatiques. La défense s'emploie à inscrire le cas de la RDA dans une normalité européenne, en insistant simultanément: a/ que le régime de surveillance de la frontière mise en place par la RDA serait identique avec celui de tous les pays membres du Pacte de Varsovie, et b/ que les dispositions juridiques sur l'usage des armes à feu de la RDA coïncideraient littéralement avec les textes respectifs de la RFA. Les arguments de la défense visent à créer l'impression que la RDA représente un cas standard, un cas banal. La Cour Fédérale de justice s'applique à dévoiler les apparences, en signalant le clivage existant entre texte juridique et pratique étatique dans l'ex RDA et par là l'écart significatif de la situation en RDA de la normalité prétendue. Cet écart est imputé concrètement au non-respect, par la pratique étatique, du *principe de proportionnalité*, contenu dans les textes.

"A la conclusion qu'il y a lieu d'écarter - insiste la Cour Fédérale de Justice - comme entaché d'une illicéité étatique extrême le fait justificatif couvrant, selon la pratique de l'Etat, le meurtre des "voleurs de frontière", les requérants ne sauraient objecter que le droit à la vie et le droit à la libre circulation des personnes ne sont pas garantis de manière inconditionnelle par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et que les Etats de droit démocratiques d'inspiration occidentale prévoient dans leurs dispositions légales l'usage des armes à feu dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit de poursuivre et d'arrêter des malfaiteurs. Certes, les dispositions légales de la RDA concernant l'usage des armes à feu à la frontière interallemande correspondaient dans leur libellé aux dispositions applicables dans la République fédérale sur l'utilisation de la force */unmittelbarer Zwang/*. Il ressort toutefois des constatations des jugements attaqués que se trouvaient superposés aux dispositions légales des ordres qui ne permettaient absolument pas de modérer l'usage des armes à feu sur le fondement du principe de proportionnalité et qui communiquaient aux troupes chargées sur place de la surveillance de la frontière la conception de leurs supérieurs - avec, au sommet de la chaîne hiérarchique, du Conseil national de défense - selon laquelle les "voleurs de frontière" devraient être "anéantis" si le franchissement de la frontière ne pouvait être évité par d'autres moyens. Cette subordination du droit à la vie de l'individu à l'intérêt de l'Etat à empêcher le franchissement de la frontière a abouti à faire passer le droit écrit derrière les impératifs de l'efficacité politique. Il s'agit là, objectivement, d'une illicéité extrêmement grave." (traduction de la Cour européenne des Droits de l'Homme).²⁸⁶

2. Comparaison non-pertinente

A la différence de la démarche de la Cour Fédérale de justice, la Cour Régionale de Berlin conteste non pas le résultat de la comparaison de la situation juridique est-allemande avec celle ouest-allemande et d'autres pays. Elle refuse, pour ainsi dire, d'entrer en matière. Pour elle une pareille comparaison est bel et bien non pertinente pour les débats et pour l'issue du procès.

C'est une position qui opte pour l'examen du cas, à lui seul, face au droit, indépendamment de la fréquence avec laquelle des cas semblables sont présents dans la réalité juridique. C'est l'approche que l'on pourrait appeler fondamentale, aspirant à une justice absolue, confrontant le cas, pris en lui-même, au droit. L'approche opposée serait conventionnaliste ou bien réaliste, qui admet la poursuite pénale d'une conduite uniquement si toute conduite identique a les mêmes chances réelles d'être poursuivie.

a) La Cour de Berlin se désintéresse, en premier lieu, du fait affirmé par la défense que tous les pays du Pacte de Varsovie auraient eu un régime de surveillance de la frontière identique à celui de la RDA:

"Le fait qu'aussi d'autres pays eussent éventuellement procédé contrairement au droit international n'exerce aucune influence sur la sentence." (traduction propre).²⁸⁷

b) L'utilité d'une comparaison avec les pratiques étatiques d'usage des armes à feu en RFA est également niée par la Cour de Berlin:

"Le tribunal a rejeté la requête de l'accusé Kessler, en date du 2 septembre 1993, d'entendre le ministre de l'intérieur de la RFA à l'époque, M. ... , vu que l'ensemble des faits évoqués sont sans importance pour la décision. Les questions: quelle est la pratique sécuritaire de l'Office fédéral de protection des frontières (points 1 à 8 de la requête); comment l'Office fédéral de protection des frontières surveillait la frontière avec la RDA en comparaison avec d'autres frontières (points 9 à 14 de la requête); comment les trois alliés occidentaux procédaient dans les zones de sécurité militaire (points 19 à 22 de la requête) et combien de personnes ont été tuées en RFA à la suite de l'usage des armes à feu par la police, sont sans relation avec la question de savoir si la RDA avait le droit de tuer des réfugiés qui voulaient simplement faire usage de leur droit de quitter le pays." (traduction propre).²⁸⁸

Les prises de position de la défense

Les thèmes en rapport avec le couple conceptuel légalité - légitimité, qui se laissent dégager dans le corpus d'analyse visée, sont les suivants:

- I. Coresponsabilité des victimes pour leur propre sort
- II. Nature du système politique de la RFA
- III. Contexte historico-politique de l'activité des accusés
- IV. Légalité du comportement des accusés
- V. Contestation de l'appréciation judiciaire de l'histoire politique
- VI. Sélectivité de la justice politique

I. Coresponsabilité des victimes pour leur propre sort

La défense tient les victimes pour coresponsables de leur propre mort, respectivement des lésions corporelles qu'elles ont subies. En connaissance du danger élevé de leur entreprise, elles ont sciemment et librement affronté le risque. L'issue tragique de leur aventure est, dans cette interprétation, la conséquence de leur libre choix comportemental. Qui plus est, les victimes ont accompli un comportement délictueux, en assumant le risque qui y est lié.

L'avis de l'accusé Kessler dans ce sens est résumé dans l'Acte d'accusation:

"D'ailleurs ce ne seraient pas les responsables pour le minage qui auraient eu une intention meurtrière, mais les "violeurs de frontière" eux-mêmes auraient eu une intention suicidaire, vu que les endroits minés de la frontière seraient dûment signalés comme tels par des panneaux appropriés."²⁸⁹

"Quiconque est entré dans un champ de mines - confirme Streletz - l'a fait en connaissance des dangers réels." (traduction propre).²⁹⁰

Le témoin de la défense B. évoque le caractère coupable de la conduite des victimes, les qualifiant de "gens qui - en connaissance des dangers liés à la *tentative de franchissement illicite de la frontière* - furent blessés ou tués"²⁹¹, et développe:

"Celui qui tentait, en négligeant tous les avertissements, de surmonter les champs de mines, encourait sciemment et volontairement le risque qui y est lié.

(...) Personne ne pouvait déclencher une détonation de mine par négligence." (traduction propre).²⁹²

II. Nature du système politique de la RFA. Incomparabilité des systèmes politiques

1. Continuité politique ininterrompue de l'Etat allemand, à l'exception de l'existence de la RDA

Dans sa déclaration devant le tribunal, conçue comme un ultime condensé récapitulatif de sa profonde conviction politique, l'accusé Eric Honecker soumet à virulente critique la tenue même du procès, tout en lui attribuant une profonde signification d'emblème du système politique allemand. Honecker décrit l'actuelle Bundesrepublik comme liée par un fil de continuité politique à l'Etat allemand historique, la seule exception dans cette continuité étant représentée par l'existence, 40 ans durant, de la RDA.

La déclaration permet de déduire les caractères suivants (dans l'optique de Honecker) de la nature politique de l'Etat allemand: a/ Etat au service du capitalisme, au détriment des intérêts de la masse de la population ; b/ Etat anticomuniste; c/ Etat répressif, instrumentalisant la justice pour se défaire de ses opposants politiques - communistes et antifascistes.

a) Etat au service du capitalisme

Honecker démasque la notion d'"économie de marché" comme un euphémisme pour désigner le "capitalisme" et estime que le choix politique pour ce dernier sollicite, en tant que conséquences indirectes, des vies humaines - "les morts de l'économie de marché".

"Celui qui refuse à son peuple le droit au travail et le droit au logement - ajoute l'ancien chef d'Etat - comme c'est le cas de la RFA, prend en compte que beaucoup de gens sont privés de moyens d'existence et qu'ils ne voient point d'autre issue que de se séparer de la vie. Chômage, manque de domicile, consommation de stupéfiants, criminalité liée à l'approvisionnement, criminalité tout court sont tous des conséquences de la décision politique pour l'économie sociale de marché. Même des décisions si politiquement neutres, d'après les apparences, comme la limitation de la vitesse sur les autoroutes, sont des conséquences d'une constitution étatique, chez laquelle non pas les politiciens librement élus, mais les boss économiques non élus ont la parole." (traduction propre).²⁹³

b) Etat anticomuniste

Honecker développe sa critique à l'égard de la Bundesrepublik en présentant cette dernière comme héritière politique et idéologique de l'Etat hitlérien. Le fil rouge ininterrompu qui lierait l'actuelle Bundesrepublik à son prédécesseur - le III Reich - est identifié par Honecker comme l'anticommunisme viscéral et militant. Ainsi il dresse une fresque de

l'avènement du pouvoir nazi, depuis la perspective de la lutte politique entre les partisans national-socialistes et communistes.

"En 1933 - entame Honecker, pédagogue - beaucoup d'Allemands, comme on sait, ont élu, dans des élections libres, le parti national-socialiste, et le président du Reich, Hindenburg, qui avait été lui aussi librement élu déjà en 1932, a nommé, tout à fait démocratiquement, Adolf Hitler chancelier. Ensuite les précurseurs politiques de nos partis établis, à l'exception du PSD, ont voté la loi des pleins pouvoirs qui a concédé à Hitler des pouvoirs dictatoriaux. Seuls les communistes avaient dit, avant les élections citées: "Celui qui choisit Hindenburg, choisit Hitler, celui qui choisit Hitler, choisit la guerre". Lors de la votation de la loi sur les pleins pouvoirs les députés communistes étaient déjà écartés du Reichstag. Beaucoup de communistes étaient emprisonnés ou bien vivaient dans l'illégalité. Déjà à cette époque commença, avec l'interdiction des communistes, le déclin de la démocratie en Allemagne." (traduction propre).²⁹⁴

Dans la situation politique actuelle de la RFA, incarnée par excellence par le procès en court comme un procès symbole contre un chef d'Etat dissout, Honecker croit discerner une parenté idéologique avec l'esprit de l'époque national-socialiste:

"Le procès démontre sa dimension politique aussi comme un procès contre des antifascistes. Pendant que la populace droite néonazie se déchaîne impunément dans les rues, pendant que des étrangers sont persécutés et, comme à Mölln, assassinés, l'Etat de droit montre toute sa force dans la détention de Juifs manifestants et à juste titre dans la persécution des communistes. Ici il ne manque pas de fonctionnaires et d'argent. Tout cela nous l'avons déjà eu une fois.

Si l'on résume le contenu politique de ce procès, il se manifeste comme une continuation de la guerre froide, comme une négation du nouveau raisonnement. Il dévoile le vrai caractère politique de cette République fédérale.

(...) La justice allemande mène des procès politiques, comme si Guillaume II gouvernait toujours. Elle a de nouveau surmonté la provisoire "faiblesse" politique libérale, qui l'avait marquée après 1968, et de nouveau acquis la bonne vieille forme anticommuniste." (traduction propre).²⁹⁵

c) Etat répressif, instrumentalisant la justice pour se défaire de ses opposants politiques - communistes et antifascistes.

La continuité politique de l'Etat allemand se traduit, selon Honecker, aussi bien dans la continuité de sa nature capitaliste et anticommuniste, que dans la continuité de la pratique étatique répressive - notamment par la répression politique avec l'instrument d'une justice servile. Honecker récapitule l'histoire de ce qu'il croit être la jurisprudence politiquement servile de l'Etat allemand:

"L'Etat de droit allemand a déjà accusé et condamné Karl Marx, August Bebel, Karl Liebknecht et beaucoup d'autres socialistes et communistes. Le Troisième Reich a continué cette tendance dans plusieurs procès, dont j'ai vécu un en tant qu'accusé, avec des juges repris de l'Etat de droit de la République de Weimar. Après l'effondrement du fascisme allemand et de l'Etat d'Hitler, la RFA n'avait pas besoin de chercher de nouveaux procureurs et juges pour poursuivre de nouveau pénalement des communistes en masse, pour leur enlever l'emploi et le pain à l'aide de conseils de prud'hommes ou bien pour les écarter du service public ou les poursuivre d'une autre manière à l'aide de tribunaux administratifs. Maintenant nous sommes en train de vivre ce que nos camarades en Allemagne de l'Ouest ont déjà vécu pendant les années 50. Depuis environ 190 ans c'est toujours le même arbitraire.

(...) Les politiciens et les juristes disent: nous devons juger les communistes, parce que nous n'avons pas jugé les nazis. Cette fois-ci nous devons digérer le passé. (...) La vérité est que la justice ouest-allemande ne pouvait pas punir les nazis, parce que les procureurs et les juges ne pouvaient pas se punir eux-mêmes. La vérité est que la justice ouest-allemande devait son niveau à l'époque (...) aux nazis repris. La vérité est que les communistes, les citoyens de la RDA sont poursuivis aujourd'hui pour les mêmes raisons pour lesquelles ils ont toujours été poursuivis en Allemagne. Uniquement pendant les 40 ans d'existence de la RDA c'était l'inverse. Cette omission doit être maintenant digérée." (traduction propre).²⁹⁶

Honecker résume la nature politique de l'Etat allemand dans la formule lapidaire: "*L'Etat de droit RFA n'est pas un Etat du droit, mais un Etat de la droite*".²⁹⁷

2.Relativisme sociétal. Incomparabilité des systèmes politiques

La défense développe une vision relativiste de société politique et de justice, d'après laquelle il n'existe pas de modèle ou bien de critères universels pour une société juste. La balance entre justice et injustice est à établir à l'intérieur de chaque type de société et de système politique, et ces derniers ne sont ni comparables entre eux ni qualifiables à l'aide d'une grille hiérarchique.

En ce qui concerne concrètement la proportion entre justice et injustice dans la société de l'ex-RDA, la défense l'évalue dans les termes suivants:

"Il n'y a aucun doute, et nous l'avons déjà répété plusieurs fois, la RDA n'a pas été une source d'humanité concernant la protection des droits des citoyens devant le pouvoir étatique. Cette circonstance a trouvé incontestablement son expression extrême dans le régime de surveillance de la frontière. A celui-ci correspondait une vision propagée de société qui présupposait l'identité, inexistante en réalité, des intérêts de l'Etat avec ceux des citoyens. Par ailleurs, la RDA protégeait ses citoyens, par exemple, de la criminalité liée aux stupéfiants, qui coûte la vie de tant de milliers par an en RFA; elle les protégeait des peurs existentielles et du chômage (...). Cela aussi est à mettre sur le compte du régime de surveillance de la frontière." (traduction propre).²⁹⁸

La conclusion est tirée de cette illustration: "*Justice et injustice ont des dimensions différentes dans chaque société, cela ne signifie pas qu'elles peuvent être mesurées l'une à l'égard de l'autre*".²⁹⁹

III. Contexte historico-politique de l'activité des accusés

1. La guerre froide. Coresponsabilité des deux camps

Les représentants de la défense sont unanimes à exiger une contextualisation du comportement des accusés. Cette démarche serait primordiale pour la recherche de la vérité - aussi bien devant la Justice que devant l'Histoire. Des considérations de la défense se dégagent une sorte de *Zeitgeist* qui détermine, dirige et restreint le spectre d'options comportementales des acteurs, qui les tétanise en quelque sorte. Les vecteurs des conduites individuelles étant imbriqués dans une entité les dépassant, la responsabilité individuelle est, elle aussi, partiellement ou entièrement absorbée par une *responsabilité partagée* et généralisée, qui se dissout finalement dans une sorte de *causalité objective* dépassant le libre arbitre des acteurs. Ces derniers sont réduits à des *agents d'une objectivité* toute puissante.

Dans le cas examiné cette objectivité prend l'image concrète de la confrontation entre deux blocs politico-militaires durant la guerre froide. Les *Zeitgeist considérations*, que partagent tous les représentants de la défense, sont introduites par Honecker dans sa déclaration devant le tribunal:

"Le verdict de l'Histoire sur la RDA ne peut pas être prononcé, sans que l'on tienne compte des événements qui se sont produits dans d'autres pays pendant la période de l'existence de la RDA, et ayant eu pour cause la confrontation entre les deux blocs. Je pense aussi que les comportements politiques peuvent être jugés uniquement dans la perspective de l'esprit de leur époque. Si vous fermez les yeux devant ce qui s'est passé dans le monde à l'extérieur de l'Allemagne entre 1961 et 1989, vous ne pouvez pas prononcer un verdict juste." (traduction propre).³⁰⁰

La division du monde en deux camps opposés, qui trouve une expression, entre autres, dans le dressement de frontières imperméables entre les blocs, est une conséquence de la Deuxième guerre mondiale, imputable à la responsabilité conjointe des deux camps. Cette donnée objective de la période de la guerre froide constitue, au regard de la défense, le déterminant majeur, la limite extérieure de l'activité politique des accusés. La part de leur activité politique qui est directement conditionnée par cette donnée objective majeure devrait être exemptée de responsabilité individuelle, la responsabilité revenant à la configuration même des deux camps.

"La délimitation des frontières - estime le témoin K. - fut le résultat d'un processus historique mondial, sur lequel les accusés n'ont eu aucune influence. A ma connaissance, sur le banc des accusés sont assis trois

hommes comme représentant les politiciens de l'Est et de l'Ouest, qui, il y a à peine 4 ans, ne voyaient aucune autre possibilité pour la stabilité en Europe que la sécurité des frontières. Aucun des inculpés n'a eu la possibilité - même s'il l'avait voulu - de modifier le régime de surveillance de la frontière. Les frontières, qui traversaient l'Europe d'un bout à l'autre et qui séparaient les deux systèmes mondiaux et blocs militaires, étaient le fruit de l'ordre de l'après-guerre.

(...) Il y a eu, malheureusement, des morts du côté des deux camps. Ils sont la conséquence du clivage à l'intérieur de l'Europe et de l'Allemagne. Ils ne peuvent pas être attribués à la charge uniquement de la RDA. Sont assis ici non pas des criminels, mais des prisonniers de la guerre froide." (traduction propre).³⁰¹

Le témoin B. exprime, dans sa déposition devant le Tribunal, une pareille conviction:

"La sécurisation militaire de la frontière étatique avec l'OTAN était, avec toutes ses conséquences, un résultat de la guerre froide, qui a fait beaucoup de victimes dans toutes les parties du monde.

(...) Les blessés et les tués des deux côtés appartiennent aux conséquences tragiques de la politique de guerre froide, qui a été menée aussi bien par les Etats de l'OTAN que par ceux du Pacte de Varsovie.

La responsabilité pour cette politique doit, par conséquent, être portée ensemble." (traduction propre).³⁰²

Le témoin L., après avoir soutenu précisément le même point de vue que celui des deux témoins cités ci-dessus, va plus loin, en tirant les conséquences logiques de ce raisonnement:

"S'il fallait rendre justice - conclut le témoin - aux victimes regrettables à la frontière étatique par le moyen de la poursuite pénale et la condamnation des coupables, il faudrait alors traduire en justice, dans un procès politique, les principaux responsables de la guerre froide des deux Etats allemands et des deux Pactes politico-militaires, et instruire minutieusement, qui dans quelle forme et avec quelle intensité avait contribué au développement et à l'aggravation périodique de la confrontation Est - Ouest.

Les plus importants documents politiques et militaires de la RDA et une grande partie des résolutions du Pacte de Varsovie sont à votre disposition, ajoutez-y les documents de la RFA et de l'OTAN et comparez les intentions, comportements et objectifs des deux côtés, et je suis convaincu qu'à ce moment la politique de la RDA et ses représentants s'en tirera bien.

Si, au contraire, dans ce procès en cours et dans de futurs procès, la participation et la responsabilité de l'Occident dans la guerre froide est dissimulée et même niée avec persistance comme jusqu'à maintenant, une nouvelle injustice va être inévitablement créée et le clivage interne de l'Allemagne approfondi." (traduction propre).³⁰³

Dans la version d'une *responsabilité partagée* et portée conjointement par les deux blocs politico-militaires de la guerre froide, certains représentants de la défense font un pas

supplémentaire, en passant en accusation. La construction et le maintien du Mur de Berlin, loin d'être une décision volontariste, signe de mauvaise volonté du Bloc de l'Est, serait plutôt une mesure de défense contre l'agressivité croissante du côté opposé.

"C'était une politique d'agression non armée - déclare Honecker -, que la RFA menait contre la RDA. C'était ça la forme de la guerre froide en sol allemand (...) c'était cette politique, qui a mené au Mur.

(...) Elle /la RFA/ utilisait cette supériorité multiple à l'égard de la RDA à chaque occasion, mais surtout en promettant aux citoyens de la RDA des avantages matériels, s'ils abandonnaient leur pays. Beaucoup de citoyens de la RDA ont cédé à cette tentation et ont fait ce que les politiciens de la RFA attendaient d'eux: "ils ont voté avec leurs pieds". (traduction propre).³⁰⁴

La construction du Mur s'explique, dans cette optique, comme un acte de défense légitime, de sauvegarde de l'existence même de l'Etat de la RDA, et de la paix:

"La RDA et ses alliés du Pacte de Varsovie - rappelle Honecker - se sont retrouvés dans une situation difficile. La politique de roll back semblait avoir du succès en Allemagne. L'OTAN s'appêtait à élargir sa sphère d'influence jusqu'à l'Oder.

En conséquence de cette politique est apparue en 1961 une situation critique en Allemagne, qui menaçait la paix globale. L'humanité s'est retrouvée au bord d'une guerre nucléaire. Dans ces circonstances donc les Etats du Pacte de Varsovie ont décidé la construction du Mur." (traduction propre).³⁰⁵

Pourtant après la construction du Mur des mesures d'autodéfense de l'Etat de la RDA se seraient de nouveau imposées, face aux provocations de l'autre côté. Le témoin B. confirme que les accusés "ont toujours exigé de moi de faire tout le possible pour empêcher les incidents à la frontière, respectivement pour ne pas permettre que les provocations depuis le territoire de la RFA et Berlin-Ouest - desquelles on comptait chaque année plusieurs milliers - dégénèrent en incidents"³⁰⁶.

Le témoin L., de sa part, impute à la RFA d'avoir incité des citoyens est-allemands au franchissement non autorisé de la frontière, après la construction du Mur. Il se réfère à un jugement de la Cour Constitutionnelle de la RFA de l'année 1973, dans lequel la frontière interallemande est désignée comme "frontière allemande interne":

"On a abusé largement de ce jugement dans les années passées pour la manipulation de citoyens est-allemands désireux de quitter le pays. On leur a constamment suggéré, complètement dans l'esprit de la guerre froide, et en connaissant la fausseté de ces allégations, que cette frontière pouvait être passée par chaque Allemand, à tout temps et lieu, sans que cela implique une quelconque culpabilité pour transgression de la loi."³⁰⁷

2. Souveraineté limitée de la RDA : légalité de Bloc et domination soviétique

Le contexte historique à prendre en compte, de l'activité politique des accusés, inclut incontestablement, d'après la défense, l'appartenance de la RDA à une alliance supra-étatique, d'où découle le degré d'autonomie des décisions politiques prises par ses dirigeants. Les accusés et leurs représentants soulignent le double conditionnement des décisions politico-militaires adoptées par le sommet de l'Etat est-allemand : a/ la domination soviétique directe comme conséquence immédiate de l'issue de la Deuxième guerre mondiale ; b/ l'intégration de la RDA dans une alliance politique et militaire (le Bloc de l'Est) ayant créé une sorte de *légalité de Bloc* supra-étatique et ayant amené la perte partielle de souveraineté, et la satellisation du pays.

Selon la défense, une partie des décisions concernant la sécurisation de la frontière interallemande, surtout celles datant d'avant la construction du Mur - l'emplacement de champs de mines notamment - incombent directement aux forces d'occupation soviétiques. Ainsi la défense de Streletz se réfère-t-elle, dans une demande d'administration de preuves, à la lettre de K. (membre de l'ex commandement militaire de l'URSS), qui appuie la thèse de l'implication soviétique dans la sécurisation de la frontière interallemande :

" L'ex commandement militaire de l'Union soviétique avait - lit-on dans la requête mentionnée - d'après cette lettre, prédéterminé, par l'intermédiaire de l'état-major du Groupe des Forces armées soviétiques en Allemagne, quels états de faits étaient à créer en liaison avec les violations de la frontière. Ici, sous chiffre 7, on est en présence d'une manière d'agir bien particulière:

"durcir les dispositions concernant la responsabilité des membres de la police frontalière dans le cas de passage en RFA, en qualifiant ce passage non pas comme désertion, mais comme trahison envers la RDA ".

Ce n'est pas une recommandation, ce n'est pas une demande, c'est une instruction indiquant comment la RDA devait réviser ses prescriptions juridiques et ses lois. On peut aussi considérer cela comme une preuve du manque, de fait, de souveraineté." (traduction propre).³⁰⁸

D'ailleurs, l'implication soviétique dans les affaires de la RDA relevant de la sécurité et la défense, et de la sécurité des frontières en particulier, est une évidence reconnue aussi par les responsables occidentaux à l'époque.

" Dans toutes les conversations politiques et les discussions sur la situation entre la RDA et la RFA - atteste Streletz dans sa déclaration devant le Tribunal - les politiciens occidentaux ont toujours souligné que la

politique de la RDA était déterminée, en fin de compte, par l'Union soviétique et par les conséquences de la Deuxième guerre mondiale. Un rôle d'Etat satellite était réservé à la RDA." (traduction propre).³⁰⁹

b) Légalité de Bloc

La défense met en avant la circonstance que la RDA a participé à une alliance supra-étatique, dont les décisions ne pouvaient pas être contestées impunément par les membres de l'exécutif des pays membres. Le domaine de la sécurisation des frontières extérieures de l'Alliance avait été, en tant que domaine hautement sensible, soustrait aux prérogatives des Etats et soumis au *pouvoir collégial du Bloc*. Ainsi la construction du Mur de Berlin n'est pas une décision autonome des dirigeants est-allemands, mais une décision formelle du collège supra-étatique sous l'égide de Moscou.

"La vérité est - révèle Honecker - que la construction du Mur a été décidée à une session des Etats membres du Pacte de Varsovie le 5 août 1961 à Moscou. (...) Nous tous, qui portons la responsabilité dans les Etats membres du Pacte de Varsovie, avons pris cette décision ensemble."³¹⁰

"Le régime de surveillance de la frontière a été renforcé - confirme le témoin L. - et l'on a commencé la construction signalétique et technique planifiée de la frontière, sur la base et en application de la "Déclaration des gouvernements des Etats membres du Pacte de Varsovie" du 12 août 1961." (traduction propre).³¹¹

La *dimension supra-étatique* qu'acquiert le ressort de sécurisation des frontières extérieures du Bloc est à la base, d'une part, de *l'uniformité du régime de surveillance des frontières* adopté par tous les pays membres, et d'autre part, de *l'obligation d'alliance*, qui s'impose à cet endroit. Ces deux aspects sont soulignés, dans leur liaison interne, par le témoin K.:

"Tous les Etats membres étaient obligés - rappelle le témoin - selon l'art. 5 du Pacte, de "garantir l'inviolabilité de leurs frontières et territoires". C'était conforme aux intérêts stratégiques de tous les Etats membres. Pour cette raison le régime de surveillance de la frontière était similaire à travers l'Europe depuis la Baltique jusqu'à la Mer Noire. Aucun Etat ne pouvait - même s'il l'avait souhaité - sortir du Pacte sans rupture avec l'Union soviétique (voir la Hongrie en 1956 et la Tchécoslovaquie en 1968).

(...) Tous étaient sous contrainte d'alliance qui résultait de la confrontation Est-Ouest. (...) Heinz Kessler et Fritz Streletz n'ont pas exercé d'influence ni sur le contenu, ni sur la prolongation du Pacte, et par conséquent, sur les obligations qui s'ensuivaient pour la RDA non plus." (traduction propre).³¹²

Le même témoin soutient à un autre endroit:

"Les accusés étaient assermentés, conformément à la Constitution de la RDA, d'assurer l'inviolabilité de la frontière étatique et de soigner la "fraternité d'armes" avec les armées de l'Union soviétique et les autres Etats socialistes. *Faire quelque chose d'autre aurait été une trahison* (c'est moi qui souligne).

(...) Les résolutions prises par tous les chefs de Parti et d'Etat du Pacte de Varsovie créaient pour l'armée populaire des obligations d'alliance. (...) Aucun des accusés n'avait la possibilité de détourner ces résolutions, à moins de commettre une trahison des intérêts de l'Alliance." (traduction propre).³¹³

L'uniformité du régime de surveillance des frontières mène aux mêmes conséquences tragiques dans d'autres pays du Pacte ayant des frontières communes avec des pays "capitalistes", tels la Hongrie et la Tchécoslovaquie. Cette affirmation est contenue dans une requête de la défense de Kessler, demandant la convocation comme témoin du ministre de l'intérieur de la RFA de l'époque:

"Le témoin va confirmer (...)

15. qu'il est informé par les rapports de son ministère que de très nombreuses tentatives d'évasion ont aussi été entreprises depuis la Tchécoslovaquie vers la RFA. Pour une partie par des citoyens de la RDA, pour une autre partie aussi par des citoyens de la Tchécoslovaquie, à l'occasion de quoi les tentatives d'évasion ont été empêchées dans de nombreux cas à l'aide des armes à feu par les fonctionnaires de la frontière de la Tchécoslovaquie, et qu'ici aussi on est arrivé à des blessures mortelles.

16. qu'il avait connaissance aussi d'incidents à la frontière entre la Hongrie et l'Autriche, où des citoyens de l'ex RDA voulaient aussi passer depuis la Hongrie en RFA; ici aussi les tentatives ont été empêchées par l'usage des armes à feu, ce qui a eu, en partie, des conséquences mortelles.

17. que la Tchécoslovaquie avait miné certaines sections de sa frontière avec la RFA." (traduction propre).³¹⁴

IV. Légalité du comportement des accusés

1. Fidélité à la Constitution, aux lois et aux décisions du pouvoir politique. Fait justificatif de la Loi sur la frontière

Les accusés et leurs représentants attirent l'attention sur la circonstance qu'ils tiennent pour capitale, que ce n'est pas un quelconque abus de pouvoir qui leur est reproché, mais c'est le *contenu de leur activité politique décisionnelle* qui est mis en question et pour lequel ils doivent rendre des comptes.

La défense insiste à plusieurs reprises sur l'argument que les décisions prises par le Conseil national de la défense se situent strictement dans le cadre de la légalité. Les ordres du Ministère de la défense, qui sont imputables à deux des trois accusés, seraient conformes à la loi du ressort - la *Loi sur la frontière* de 1982 - aussi bien qu'à la Constitution.

Kessler précise lors de son audition en phase d'instruction "qu'il n'y aurait jamais eu ni un ordre de tirer, ni une instruction quelconque de la part de l'inculpé Honecker ou d'un autre responsable, contraire à la Loi sur la frontière".³¹⁵

Les affirmations de Streletz sur la question sont parfaitement concordantes avec la déposition de son supérieur de l'époque:

"Le recours aux armes à feu à la frontière aurait été soumis à des prescriptions rigoureuses.

(...) il n'y aurait eu ni un ordre écrit ou oral, ni une instruction quelconque qui auraient provoqué des agissements meurtriers à la frontière, jamais ce qu'on appelle "ordre de tirer" n'aurait-il existé, c'est-à-dire tirer aussitôt et sans égard.

(...) il n'aurait connaissance d'aucun cas dans lequel des gardes frontières auraient été punis pour la raison d'avoir tiré à côté." (traduction propre).³¹⁶

La défense avance la thèse que l'activité visée des accusés dans le domaine de la sécurisation de la frontière étatique était non pas simplement couverte par la Constitution et la loi du ressort, mais qui plus est, cette activité était l'exécution d'une *obligation d'agir*, imposée par la Constitution et la loi.

"L'usage possible des armes à feu - affirme Streletz dans sa déclaration devant le Tribunal - a été déduit de l'art. 7 paragraphe 1 de la Constitution, et comme un mandat de l'Assemblée nationale de la RDA à l'exécutif.

Selon cet article les organes étatiques étaient obligés d'assurer l'intégrité territoriale de la RDA et l'inviolabilité de ses frontières(...) ainsi que la protection et l'usage du territoire de l'Etat.

De ce mandat étatique s'ensuivent, d'une part, l'obligation d'agir des organes compétents, et d'autre part, l'obligation de l'Etat de garantir la sécurité juridique nécessaire aux personnes chargées de l'accomplissement de ce mandat." (traduction propre).³¹⁷

La légalité du comportement visé des accusés signifie enfin, selon le témoin L., non pas seulement que c'est un comportement couvert ou bien exigé par la loi, elle signifie aussi *le devoir d'obéissance à la loi* et de *non-contestation* d'une disposition adoptée par l'Assemblée nationale, *indifféremment de l'approbation ou la désapprobation personnelle de cette loi*.

"Comme j'ai déjà souligné - expose le témoin L. -, les membres des troupes stationnées à la frontière ont toujours agi sur la base de la Constitution, des lois et des autres dispositions de la RDA, ainsi que de certaines exigences du Pacte de Varsovie, qu'ils ont considérées, en raison de la situation à la frontière, comme justifiées et conformes au droit et qu'ils ont appliquées, mais qu'ils n'ont pas édictées.

Ainsi par exemple en 1979 la peine comminatoire pour passage illégal de la frontière fut élevée de 5 à 8 ans, par disposition de l'Assemblée nationale avec la 3-ème Loi de modification du Code pénal, sans qu'un membre des troupes stationnées à la frontière eût exercé la moindre influence.

Aussi ça ne peut pas être le devoir ou la responsabilité des membres des troupes stationnées à la frontière (comme cela est demandé, d'une manière ou d'une autre, par les tribunaux de la RFA) de contrôler la conformité au droit des lois en vigueur ou de les mettre en question." (c'est moi qui souligne) (traduction propre).³¹⁸

La défense plaide la non-culpabilité des accusés sur la base de la chaîne argumentative suivante:

a) Les accusés en tant que représentants de l'exécutif ont assumé l'obligation de servir la loi sans pourtant déterminer ou influencer le contenu de celle-ci. Par conséquent, toute responsabilité concernant le contenu de la loi devrait leur être enlevée.

b) Le service fidèle à la loi, *quel que soit son contenu*, ne peut pas être fautif. Si une loi spéciale lève partiellement l'interdit général de tuer dans des cas déterminés, l'application ponctuelle de cette disposition doit être considérée comme un acte licite.

"La disposition "usage des armes à feu" - développe le témoin B. -, contenue dans la Loi sur la frontière du 25 mars 1982, règle une prérogative de l'Etat, un droit au recours aux armes à feu, mais pas une obligation de tuer.

Elle contient en même temps la garantie étatique que l'usage des armes à feu conforme aux prescriptions légales n'est pas un délit." (traduction propre).³¹⁹

Dans le recours devant la Cour Constitutionnelle les trois plaignants font valoir que le droit de la RDA n'est pas correctement appliqué à leur égard par les tribunaux compétents, en raison du refus de prendre en considération l'autorisation d'utiliser des armes à feu, contenue dans les art. 27 et 28 de la *Loi sur la frontière*, et par conséquent l'exemption de poursuite pénale pour l'usage autorisé des armes à feu.

"Contrairement à la position de la Cour Fédérale de justice - estime par ex. le requérant Streletz, d'après le résumé de la Cour Constitutionnelle -, chaque acte serait, à l'époque de son accomplissement, justifié selon le droit de la RDA et n'aurait pas pu être poursuivi en justice selon le système du droit en vigueur pendant cette période. L'interprétation divergente de l'art. 27 de la Loi sur la frontière de la RDA, développée par la Cour Fédérale de Justice a posteriori, serait en contradiction avec le principe de non-rétroactivité de la loi pénale. La Cour Fédérale de Justice se serait placée avec son interprétation sciemment au-dessus du droit positif, afin de justifier une condamnation avec des arguments de la justice objective. Dans ce but seraient transgressées les limites constitutionnelles de l'art.103 paragraphe 2 de la loi principale. Le recours au droit extra-positif à la mesure de la "formule de Radbruch" serait intenable.

(...) D'autre part, l'acteur ne devrait pas voir ébranlée sa confiance, protégée par la Constitution, que son acte s'inscrivant dans le cadre du système du droit en vigueur à une époque donnée, serait considéré comme conforme au droit." (traduction propre).³²⁰

2. Manque de violation du droit international

Selon les accusés et leurs représentants le droit international positif n'a pas été violé par les actes incriminés.

Dans son recours auprès la Cour Constitutionnelle Kessler développe le raisonnement suivant, résumé par la Cour :

"Par le minage de la frontière étatique et la réglementation sur l'usage des armes à feu en cas de violation de la frontière, la RDA aurait poursuivi le but légitime de défendre ses frontières. Les règles correspondantes, en particulier la Loi sur la frontière, seraient conformes au standard international. L'art. 27 de la Loi sur la frontière, qui aurait prévu l'usage des armes à feu simplement comme ultime moyen, serait conforme au droit international. (...) Un droit subjectif de quitter le pays ne serait pas contenu ni dans la Constitution de la RDA, ni dans celle de la RFA. Une règle commune de droit international avec ce contenu n'aurait pas existé non plus. Il ne pourrait pas être question du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ne serait ce que pour la raison que la RDA ne l'aurait jamais transformé en droit interne." (traduction propre).³²¹

L'ex-adjoint du ministre Kessler poursuit, dans son recours auprès la Cour Constitutionnelle Fédérale, résumé par cette dernière, la même logique de raisonnement, en se concentrant, lui, sur l'examen du droit à la vie:

"Un droit non limité à la vie du citoyen n'aurait pas pu être déduit du droit extra-positif. Chaque ordre juridique étatique, y compris celui de la RFA, contiendrait des restrictions légales, et surtout concernant l'usage des armes à feu à l'encontre de délinquants. (...) Ainsi l'art. 2 paragraphe 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, contiendrait, certes, une interdiction générale de tuer, mais pourtant n'interdirait pas *l'homicide au nom de l'Etat* (c'est moi qui souligne) entre autres aussi dans le cas où il se serait agi d'une arrestation en bonne et due forme ou bien lorsqu'il se serait agi d'empêcher l'évasion de personnes légalement détenues." (traduction propre).³²²

La défense évoque, en tant qu'argument en faveur de la conformité au droit international du régime de surveillance de la frontière interallemande, le manque de sanction de la part de la communauté internationale.

Cet argument est avancé par le témoin L.:

"Concernant l'appréciation du régime de surveillance de la frontière de la RDA par les tribunaux de la RFA comme "régime injuste", je me permets de rappeler encore une fois que ce régime n'a jamais été mis en cause ou condamné par l'Assemblée générale de l'ONU et ses organes compétents ou bien par l'OSCE.

Evidemment la communauté internationale a été guidée, entre autres, par le principe que le droit différent n'est de loin pas un droit injuste, même quand il n'est pas au goût du voisin direct ou bien d'autres Etats." (traduction propre).³²³

V. Contestation de l'appréciation pénale de l'histoire politique

1. L'activité politique – haute sphère d'activité, détachée de la vie banale et orientée vers l'Histoire

Les représentants de la défense sont animés par une vision pathétique de l'agir politique. Dans cette vision la sphère de la grande politique est en quelque sorte détachée de la réalité banale du quotidien, c'est une sphère qui se superpose au cours ordinaire de la vie normale, une sphère d'exaltation, située dans l'Histoire et vis-à-vis de l'Histoire. Cette haute sphère de l'activité des humains représente un agir collectif face à des exigences objectives. Elle est constituée de pans entiers de la réalité, tels la guerre, la paix, la révolution, etc., *non réductibles à des actes individuels de personnes concrètes susceptibles d'assumer une responsabilité devant des institutions humaines empiriques*. La seule instance qui supervise, évalue et "prononce des verdicts" à l'égard des acteurs, c'est l'Histoire. Les décisions prises dans cette sphère sont mesurables uniquement à l'aide de catégories politiques - telles le bien public, la sauvegarde de la paix, la mission du prolétariat, l'indépendance nationale, etc. - et ne se prêtent pas à des appréciations d'une autre nature, par exemple juridique.

Honecker évoque à plusieurs reprises dans sa déclaration l'Histoire comme dernière instance d'appréciation:

"Chacun se fait - assure-t-il - aussi ridicule devant l'Histoire qu'il veut ou qu'il peut."³²⁴

"Le verdict de l'Histoire sur la RDA ne peut pas être prononcé, sans que (...)"³²⁵

La plus haute instance humaine d'appréciation - la justice - est, elle aussi, "justiciable" devant l'Histoire:

"La jurisprudence allemande rend cela possible. Seulement devant l'Histoire et le bon sens ne va-t-elle pas passer avec succès"³²⁶.

"Avec votre jugement, vous allez vous dresser vous-mêmes devant l'Histoire."³²⁷

Mesurées avec les catégories politiques, les décisions mises en cause des hauts dirigeants de l'ex RDA n'ont, selon Honecker, rien à se reprocher, bien au contraire, c'est à la postérité de certifier leur bien-fondé.

"Des politiciens importants hors de l'Allemagne - explique l'ex chef d'Etat -, mais aussi en RFA, ont reconnu après 1961 qu'avec la construction du Mur la situation internationale s'était détendue.

(...) A mon avis, ni l'Accord de principe (Grundlagenvertrag), ni Helsinki, ni la Réunification de l'Allemagne n'auraient eu lieu, si le Mur n'avait pas été construit à l'époque ou bien s'il avait été détruit avant la fin de la guerre froide. C'est pourquoi je pense que moi, aussi bien que mes camarades, n'avons endossé aucune culpabilité, non pas seulement juridique, mais politique et morale non plus, en disant "oui" au Mur et en y persistant." (traduction propre).³²⁸

La balance des conséquences tragiques du régime de surveillance de la frontière, d'un côté, et des conséquences imaginables au cas où ce régime n'aurait pas été adopté, de l'autre côté, penche, elle aussi, en faveur des décisions politiques en question, d'après le bilan dressé par Honecker:

"Lorsque vous tenez cette décision politique pour erronée et nous reprochez pénalement, à moi et à mes camarades, les morts à la frontière, alors je vous dis, la décision que vous tenez pour juste aurait eu comme conséquence des milliers et des millions de morts." (traduction propre).³²⁹

"On doit aussi se demander ce qui se serait passé si nous avions adopté le comportement que l'accusation tient pour allant de soi. C'est-à-dire si nous n'avions pas construit le Mur, si nous avions autorisé la sortie de la RDA et si nous avions par là abandonné volontairement la RDA déjà en 1961. Des spéculations ne sont pas nécessaires pour que l'on puisse imaginer les conséquences d'une telle politique. Il faut seulement se rappeler ce qui s'est passé en 1956 en Hongrie et en 1968 en Tchécoslovaquie. Les troupes soviétiques, qui étaient en plus présentes sur le sol de la RDA, seraient intervenues en 1961 exactement de la même manière qu'ailleurs. Aussi Jaruzelski a-t-il déclaré en 1981 en Pologne l'état d'urgence afin d'empêcher une telle intervention.

Une telle aggravation de la situation qui nous est demandée par l'accusation comme un acte politique, moral et juridique allant de soi, aurait signifié le risque d'une troisième guerre mondiale." (traduction propre).³³⁰

Le témoin B. partage ce bilan positif des conséquences du régime de surveillance de la frontière, en opérant, lui aussi, avec les catégories politiques de guerre et paix internationale:

"Ce que l'on appelle communément la guerre froide pourrait être désignée comme Troisième guerre mondiale. Cette guerre était menée, comme on le sait, avec différents moyens - non en dernier lieu avec des moyens militaires - en différents endroits du monde.

Qu'elle n'a pas pris cette dernière forme aussi en Allemagne, on le doit en grande partie au régime de surveillance de la frontière de la RDA, introduit depuis l'année 1961, ainsi qu'au comportement mesuré et

responsable, respectueux de la vie humaine, de centaines de milliers de gardes-frontière de la RDA." (traduction propre).³³¹

2. Refus de soumettre la haute politique à une appréciation juridique pénale

La défense reproche à l'accusation de mesurer l'activité décisionnelle des plus hauts collègues politiques avec des mesures qui ne sont pas les siennes et qui n'y sont guère appropriées, notamment avec l'instrumentarium du Code pénal.

"Les reproches contre moi - proteste Honecker -, respectivement contre nous, visent donc des résolutions du Conseil national de la défense, des résolutions d'un organe constitutionnel de la RDA. L'objet de ce procès est par là la politique de la RDA, les efforts du Conseil national de la défense de défendre et de sauvegarder la RDA comme Etat. Cette politique doit être criminalisée par ce procès. La RDA doit être, par là, stigmatisée comme "Etat injuste" et tous ceux qui l'avaient servie, qualifiés de criminels." (traduction propre).³³²

La défense de l'accusé Albrecht précise, dans une requête adressée au tribunal, qu'un point litigieux principal entre la défense et l'accusation consiste dans la question de la relevance pénale de l'activité examinée.

"Comme le montre le cours des audiences jusqu'à maintenant - avance l'avocat dans cette requête -, le Ministère public et le Tribunal tiennent pour relevant du pénal le fait qu'une frontière ait existé,

a) qui a été minée de manière à ce que son franchissement, dans n'importe quelle direction, ait représenté un risque mortel, et

b) qu'il a existé un état réglementaire qui autorisait le recours aux armes à feu contre toute personne adulte tentant de franchir la frontière sans autorisation de l'Etat, afin d'empêcher le franchissement de la frontière.

(...) Si les faits, décrits sous a/ et b/ ont une relevance pénale, reste discutable entre l'accusation et la défense. Du point de vue de la défense, il ne s'agit pas là seulement d'un problème juridique, mais l'appréciation touche à des questions politiques et historiques.

L'élucidation des circonstances qui ont mené à l'établissement et l'aménagement du régime de surveillance de la frontière est en liaison directe avec la question de savoir si après tout, on est en présence d'un comportement pénalement relevant." (traduction propre).³³³

La défense de Streletz s'oppose vivement, dans une déclaration devant le tribunal, à une *lecture judiciaire du contenu de l'Histoire*:

"Ce procès ne doit pas servir - avertit-il - à réduire le dramatisme historique de l'après-guerre en Allemagne au reproche d'un simple crime de droit commun." (traduction propre).³³⁴

Le témoin B. s'aligne sur l'avis exprimé ci-dessus:

"C'est une erreur de croire - estime-t-il - que la souffrance pour les victimes de la guerre froide pourrait être diminuée avec des mesures pénales unilatérales, comme c'est une erreur de supposer que le développement politique en Europe serait à évaluer par le droit pénal.

Le passé ne peut être jugé autrement que du point de vue politique." (traduction propre).³³⁵

VI. Sélectivité et opportunisme de la justice politique

1. Similarité des règles juridiques réglementant l'usage de la force par les organes étatiques de la RDA et de la RFA, ainsi que des conséquences de l'usage de la force

Les représentants de la défense cherchent à démontrer une symétrie parfaite en ce qui concerne l'état réglementaire statuant l'usage de la force par les organes de l'Etat dans les deux Allemagnes.

Ils soutiennent que dans les deux Etats allemands, et de manière symétrique, le monopole de la violence étatique n'avait appartenu que partiellement au pouvoir autonome de l'Etat respectif. Tout au long de la guerre froide ce monopole était restreint et intégré dans une sorte de monopole de Bloc, détenu par l'alliance politico-militaire respective.

"La fidélité à l'Alliance - rappelle le témoin K. - a été en RDA, comme aussi en RFA aujourd'hui, une obligation constitutionnelle."³³⁶

"Le rôle, la place et les obligations des troupes stationnées à la frontière - précise le témoin L. -, ainsi que ceux de l'Armée populaire et des autres organes de défense et de sécurité de la RDA, ont été déterminés par le primat de la politique, c'est-à-dire, par les décisions politiques de la direction du Parti et de l'Etat et des organes politiques supérieurs du Pacte de Varsovie.

A ma connaissance, cela a été et est toujours le cas en RFA et dans l'Organisation du Traité de l'Atlantique du Nord." (traduction propre).³³⁷

La défense prétend ensuite qu'une minutieuse comparaison des dispositions respectives des lois réglementant le recours aux armes à feu par les organes étatiques dans les deux Etats allemands démontre la convertibilité des deux systèmes réglementaires visés. Il s'est avéré, suite à l'exercice de comparaison, que les art. 27 et 28 de la Loi sur la frontière est-allemande correspondaient dans les termes aux dispositions respectives des deux lois ouest-allemandes en la matière: UZWG (*Loi sur l'usage de la force publique: Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes*) et UZWGBW (la loi se rapportant à l'armée, la Bundeswehr). Le représentant de Kessler déclare dans ce sens:

"Il demande pour cette raison que les dispositions correspondantes de la RFA soient consultées, pour qu'elles puissent être comparées avec les dispositions sur l'usage des armes à feu. La question de la sortie de la

RDA sans autorisation serait une "deuxième paire de chaussures", qui ne devrait pas être mélangée avec la première question.

A cela il faudrait ajouter que, aussi bien d'après les dispositions de l'art. 11 de UZWG que d'après celles de l'art. 15 et 16 de UZWGBW, à compter de l'entrée en vigueur des lois, resp. le 10 mars 1961 et le 12 août 1965, des coups de feu peuvent être tirés à la frontière et seront couverts par la loi. Si l'on compare ces dispositions, elles sont semblables, et en plus les prescriptions de l'ancienne République fédérale sont encore plus larges en ce qui concerne le cercle des personnes concernées que celles de la RDA." (traduction propre).³³⁸

A un autre endroit, dans une requête de la défense de Kessler, demandant la convocation comme témoin du Ministre de l'intérieur de la RFA en poste pendant la période examinée, le représentant de l'accusé expose les affirmations ci-dessous:

"Le témoin va confirmer,

1. que les dispositions de la RFA dans le passé et jusqu'à aujourd'hui, surtout pour la période pendant laquelle il a été ministre fédéral de l'intérieur, postulaient, à l'égard des employés de la police des frontières, des douaniers et autres employés à la frontière:

2. que l'inviolabilité de la frontière de la RFA devait être assurée;

3. que tout franchissement injustifié de la frontière devait être empêché;

4. qu'il s'agit de franchissement injustifié aussi lorsque celui-ci se produit en absence de passeport valable;

5. que les fonctionnaires à la frontière sont instruits d'empêcher le franchissement illicite de la frontière avec les moyens de la Loi sur l'usage de la force publique. Celle-ci devait être appliquée, dans les cas extrêmes, aussi par l'usage des armes à feu;

6. que pendant la formation des soldats à la frontière cette loi était interprétée et expliquée de la même manière qu'elle l'était par l'opinion dominante dans la doctrine et les tribunaux, c'est-à-dire que le coup de feu avec dol éventuel était aussi couvert par cette loi;

7. qu'à sa connaissance, le comportement des fonctionnaires à la frontière était considéré comme justifié, s'ils avaient eu recours aux armes à feu dans les conditions décrites, de façon que soit l'instruction judiciaire n'était pas ouverte, soit elle était fermée déjà par les autorités d'instruction." (traduction propre).³³⁹

Les dispositions réglementant l'usage des armes à feu de la RDA correspondant à la lettre à celles de la RFA, on est inévitablement confronté à des conséquences identiques dans la pratique des deux Etats allemands. Les conséquences tragiques de cet état réglementaire qui sont reprochées aux accusés ne représentent pas une spécificité est-allemande, considère la défense, mais sont, elles aussi, comparables au bilan tragique du recours institutionnel aux armes en RFA.

Le témoin L. développe la thèse que le risque lié à l'usage des armes à feu est un risque techniquement conditionné et comme tel universel et inévitable, indépendamment du régime politique en place.

"On ne peut jamais exclure complètement - souligne le témoin -, comme le montre l'expérience de la vie, une blessure mortelle non intentionnelle, en cas d'usage recommandé des armes à feu. (...) Ainsi en cas d'usage des armes contre les extrémités inférieures d'une personne, le danger n'est jamais écarté que de manière non intentionnelle soient atteints de gros vaisseaux sanguins, ce qui pourrait provoquer la mort relativement vite.

De pareils cas se sont produits lors du recours aux armes à feu à la frontière de la RDA et de même pendant l'usage des armes à feu par les membres des organes armés de la RFA, surtout aux frontières de la RFA.

(...) Ce qui me préoccupe à cet égard, c'est le fait que l'on concède à ce fonctionnaire de la RFA et à d'autres, ayant recouru aux armes correctement en accomplissement de leur devoir, qu'ils n'ont pas voulu tuer, alors qu'on impute en principe à tous les ex gardes-frontière de la RDA, ayant tiré conformément aux dispositions de recours aux armes à feu, l'intention de tuer." (traduction propre)³⁴⁰

La défense prétend savoir, enfin, que le nombre de personnes humaines tuées non intentionnellement par les organes de l'ordre dans chacun des deux Etats allemands pendant la période visée, est aussi comparable.

Dans la requête de la défense de Kessler, demandant la convocation comme témoin de l'ex-ministre de l'intérieur de l'Allemagne fédérale, on lit:

"Le témoin va confirmer:

(...) 24. que pendant la période 1971-1988 ont été tués, lors de recours aux armes à feu par la police, environ 250 personnes en RFA, en partie à la frontière." (traduction propre).³⁴¹

2. Chapitres de l'histoire récente de décisions politiques ayant entraîné la perte de vies humaines

Le reproche de sélectivité à l'adresse de la justice politique repose sur l'argument que si les victimes à la frontière interallemande sont portées à charge des responsables des décisions politiques respectives en tant que "auteurs intellectuels du crime", les responsables de certaines décisions politiques dans certains pays de réputation démocratique restent hors la portée de la justice et jouissent du plein respect en RFA même, alors que leurs décisions politiques ont aussi eu comme conséquence la perte de vies humaines innocentes. Honecker dresse dans sa déclaration un aperçu des cas de violence étatique armée, déclenchée par des Etats de réputation démocratique, à partir des années 60, et restée non poursuivies en justice.

Il évoque la guerre des Etats-Unis au Vietnam; le différend armé entre l'Angleterre et l'Argentine en 1982 à propos des îles de Falkland; l'occupation de Grenade par les troupes américaines en 1983; les bombardements des villes de Tripolis et Bengasi par l'aviation américaine en 1986, en représailles d'actes de terrorisme; l'enlèvement du général Noriega au Panama en 1989, sur l'ordre du président américain.

"J'ai passé en revue - l'ex-chef d'Etat clôt-il l'aperçu - uniquement les Etats reconnus particulièrement comme Etats de droit, avec seulement certaines de leurs décisions politiques. Chacun peut comparer comment se situent ces décisions par rapport à la décision de dresser un Mur à la frontière entre le Pacte de Varsovie et l'OTAN." (traduction propre).³⁴²

3. Instrumentalisation du droit par la politique

a) Justice des vainqueurs

La défense est de l'avis que la tenue même du procès, sous les fausses apparences d'un acte de justice, représente en réalité un acte de consécration symbolique de la victoire du système politique occidental sur son rival.

Cette thèse est appuyée en premier lieu par l'allusion que les reproches à l'encontre des accusés sont entachés d'opportunisme, fabriqués sur mesure pour la situation du moment.

Ainsi constate Honecker :

"On appelle aujourd'hui des criminels ceux qu'on saluait hier, avec tous les respects, comme des invités officiels et partenaires.

(...) Il est évident que ce procès ne va pas laisser intacts tous ces politiciens qui se pressaient pour une audience chez moi et étaient contents de me recevoir chez eux. Que des êtres humains étaient tués à la frontière, que j'étais le président du Conseil national de la défense, le secrétaire général, le président du Conseil d'Etat de la RDA, qui en tant que le politicien le plus haut placé portait la plus grande responsabilité pour le Mur, était connu même aux enfants en Allemagne." (traduction propre).³⁴³

Ensuite c'est la base juridique de l'évaluation des comportements inculpés qui est mise en cause par la défense. Le tribunal crée les apparences, par le maniement formel de textes juridiques est-allemands, d'appliquer le droit en vigueur à l'époque des faits, alors qu'en substance c'est le droit de la Bundesrepublik qui constitue la base juridique sous-jacente du procès.

Dans une demande d'administration de preuves la défense d'Albrecht développe amplement sa conviction sur la nature du procès comme justice des vainqueurs:

"Qualifiant le caractère de ce procès, le Ministère public avance qu'il s'agirait ici uniquement de l'établissement de responsabilité pénale individuelle, plus précisément de la question *quand et comment et sur quelle base le comportement politique d'un politicien se prête à une appréciation pénale*. C'est là le thème principal de ce procès. Pour l'histoire politique et juridique ce n'est pas un nouveau thème. Aussi les bases juridiques, choisies jusqu'à maintenant dans l'Histoire pour la poursuite pénale du comportement politique, sont-elles incontestables selon notre appréciation. Ce n'ont jamais été les bases juridiques qui étaient déterminantes pour le comportement politique des politiciens, convoqués à rendre des comptes. Personne ne va affirmer sérieusement que la tête de Charles II d'Angleterre et de Louis XVI de France ont été coupées sur le terrain juridique de la monarchie absolue. Les puritains de Cromwell et les jacobins (...) ont eu la pleine conscience qu'avec la tête du roi ils enterraient aussi l'ancien ordre juridique au nom d'un nouveau. Sur la base de ce fait incontestable il faudra mesurer l'affirmation que les accusés devraient rendre des comptes d'après le droit de la RDA et pour cette raison il ne s'agirait pas de justice des vainqueurs. (...) *Si le droit de la RDA avait été appliqué, les accusés ne seraient pas ici.*

(...) L'accusation ne repose pas sur le droit de la RDA, même si elle mentionne les normes du Code pénal de la RDA (...), parce qu'elle ne repose pas sur son terrain juridique. (c'est moi qui souligne)

(...) La notion de "justice des vainqueurs" n'est pas à la mauvaise place. Les puritains et les jacobins n'auraient pas été horrifiés par cette notion. Pourquoi le Ministère public veut-il l'éviter? (...), ou bien parce que la prétention de poursuivre est justifiée, en fin de compte, par la violation des droits de l'homme? Cette dernière circonstance n'est pourtant pas opposée à la notion mentionnée. Les puritains, eux aussi, se sont référés à un droit supérieur, d'ailleurs encore imprégné de religion, lorsqu'ils ont décapité leur roi. Les jacobins ont été plus laïcs, ils ont posé devant la guillotine une déclaration des droits de l'homme et droits civils." (traduction propre).³⁴⁴

Enfin, ce sont le statut et la composition du tribunal qui alimentent les reproches de partialité et de triomphalisme à son encontre. La nature des incriminations exige, selon la défense, une composition différente du tribunal, et un statut international, garant d'impartialité dans l'affaire examinée.

Telle est l'idée communiquée par la défense d'Albrecht:

"En vérité on leur reproche une violation des droits de l'homme, qui sont en même temps des droits reconnus par le droit international, notamment la violation du droit de libre circulation et d'épanouissement individuel. Une compétence internationale et un tribunal international n'existent pas.

(...) D'après des informations de la presse l'ancien ministre allemand des affaires étrangères Hans-Dietrich Genscher a récemment appelé à la création, le plus tôt possible, d'un tribunal pénal international, sous l'égide de l'ONU. Uniquement de cette manière peuvent être appelés à rendre compte, dans le futur, les personnes qui sont responsables de crimes contre l'ordre juridique international. Ce procès montre combien cet appel est argumenté et nécessaire, pour qu'on ne se retrouve toujours dans une situation d'urgence comparable au procès de Nuremberg, avec un goût de justice des vainqueurs." (traduction propre).³⁴⁵

b) Justice au service de buts politiques

Loin d'être l'expression d'un besoin de justice impartiale, ce procès est, d'après la perception de Honecker, un puissant instrument politique du pouvoir ouest-allemand pour écraser idéologiquement son ennemi vaincu et pour renforcer dans les consciences sa propre position. La définition de la nature du procès est donc, en plus d'un procès des vainqueurs, aussi un procès-outil dans un combat politique.

"Avec ce procès - déclare Honecker - on fait exactement ce qu'on nous reproche à nous. On se défait des opposants politiques avec les moyens du droit pénal." (traduction propre).³⁴⁶

Honecker s'applique à déceler, sur la base de différents éléments, un véritable programme politique et idéologique, que ce procès serait censé servir: diabolisation du socialisme; enterrement de l'idéal de justice sociale; triomphe définitif et total du capitalisme; avènement d'une société réservée aux seuls riches.

"Il ne reste comme but politique de ce procès - estime Honecker - que l'intention de discréditer totalement la RDA et par là le socialisme en RDA.

(...) La victoire de l'économie du marché (comme on appelle aujourd'hui de manière euphémique le capitalisme) et l'effondrement du socialisme doivent être totaux. On veut, comme disait autrefois Hitler devant Stalingrad, que "cet ennemi ne se redresse plus jamais". Les capitalistes allemands ont toujours eu une propension vers le total." (traduction propre).³⁴⁷

Le but politique poursuivi par le pouvoir ouest-allemand à l'aide de ce procès aurait aussi une dimension plus globale, dépassant la signification interne ouest-allemande:

"Il ne s'agit donc pas de moi ou de nous, nous qui sommes accusés dans ce procès. Il s'agit de beaucoup plus. Il s'agit de l'avenir de l'Allemagne, de l'Europe, même du monde, qui semblait commencer si allègrement avec la fin de la guerre froide et avec le nouveau raisonnement. Ici non seulement la guerre froide est prolongée, ici doivent être posées les fondations pour une Europe des riches. (...) Notre stigmatisation comme assassins doit servir de moyen à cela." (traduction propre).³⁴⁸

L'instrumentalisation de la justice pour des buts politiques s'étendrait, au-delà de l'incrimination du système politique rival, jusqu'à l'instrumentalisation vulgaire du sort tragique des victimes:

"Ici, en déterminant le but politique de ce procès - poursuit Honecker - je ne m'empêche pas de constater avec quel moyen le but du procès, le dénigrement de la RDA, devait être atteint. Ce moyen, ce sont les morts à la frontière. Nous, et surtout vous, avez déjà vécu comment, sans égard à la pitié et la convenance, étaient commercialisés les portraits des morts.(...) Chaque mort a été ainsi utilisé, plutôt abusé dans la lutte des entrepreneurs pour la sauvegarde de leur propriété capitaliste. (...) Les morts doivent démontrer l'inhumanité de la RDA et du socialisme et détourner de la misère du présent et des victimes de l'économie sociale de marché." (traduction propre).³⁴⁹

c) Opportunisme politique du maniement du droit extra-positif

La défense exprime des doutes quant à l'ampleur du respect des droits de l'homme de la part des gouvernements de pays qui se veulent des modèles de démocratie. Elle décèle notamment un certain opportunisme politique dans le maniement des droits de l'homme : ainsi l'Allemagne fédérale est-elle soupçonnée d'à la fois restreindre le spectre de validité de ces droits, si c'est politiquement profitable ou bien si c'est dans l'intérêt de l'Etat, et d'agiter les mêmes droits comme une arme contre son ennemi principal, en l'accusant de violation desdits droits.

Concrètement, c'est le droit de libre circulation des personnes qui est visé, en réponse au reproche formulé par l'accusation de violation par l'ex-RDA de ce droit.

Honecker s'attaque à cette attitude ambiguë avec une remarque ironique :

"L'Allemagne a été divisée en 4 zones. La libre circulation des personnes n'existait pas. Ce droit de l'homme n'était pas encore valable chez les Alliés à cette époque-là. Il n'était pas valable à l'égard des émigrés allemands qui, comme Gerhart Eisler, voulaient retourner en Allemagne depuis les USA." (traduction propre).³⁵⁰

Le respect fidèle et inconditionnel de ce même droit par l'actuelle Bundesrepublik est également mis en question, non sans ironie, dans une requête de la défense d'Albrecht. L'avocat traite du droit de libre circulation dans un aperçu historique:

"Pourtant ni cette Déclaration, ni la Proclamation d'indépendance de Jefferson ne contiennent un droit de l'homme de quitter le pays. Avec la chute des entraves féodales c'était devenu une évidence que chacun se déplace où il veut. Les révolutionnaires bourgeois auraient ressenti comme une blague d'élever une évidence au rang de droit de l'homme. Cette évidence obtint ce rang seulement avec la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Pourtant au droit de l'homme de sortie du pays ne correspondait pas, déjà à cette époque-là, un droit respectif d'entrée, le droit correspondant était et l'est toujours simplement le droit à l'asile. Maintenant nous sommes en train de vivre la situation singulière, que dans ce procès la violation du droit de l'homme à la sortie du

pays constitue la base de l'accusation, alors qu'en même temps on étudie au niveau étatique comment restreindre le plus possible le droit à l'asile." (traduction propre).³⁵¹

4. Définition d'une justice impartiale à l'égard de responsables politiques

La contestation, par la défense, de la tenue du procès reposant sur le reproche d'asservissement de la justice par la politique, et la question fondamentale posée par le procès étant celle des conditions et des bases d'une évaluation judiciaire de l'activité politique, Honecker formule une définition du *procès politique équitable*:

"Je suis le dernier - assure le concerné - qui soit opposé aux critères coutumiers ou bien juridiques pour le jugement et la condamnation de politiciens. Seulement doivent être remplies trois conditions:

Les critères doivent être exactement formulés, et d'avance.

Ils doivent être valables pour tous les politiciens de la même manière.

Un tribunal impartial, c'est-à-dire un tribunal qui n'est pas composé ni par des amis, ni par des ennemis des accusés, doit trancher." (c'est moi qui souligne) (traduction propre).³⁵²

Chapitre deuxième **Conceptions (implicites) de société politique des deux parties aux procès**

Introduction

L'analyse descriptive des *prises de position* des deux parties à chacun des deux procès permet de conclure, et avec un degré de netteté suffisamment élevé, à l'opposition symétrique de deux *visions de société politique*. Une ligne de démarcation philosophique nette sépare le contenu des positions exprimées par, d'un côté, les représentants du Ministère public de Lyon et Berlin, les parties civiles dans le procès Barbie, et les trois Cours allemandes saisies pour le procès Honecker, ce que j'ai appelé pour les buts de la recherche "la partie de l'accusation", et de l'autre côté, les avocats de la défense dans les deux procès et les accusés dans le procès Honecker.

Les représentants de la première position pourraient être nommés *tenants de la justice politique*: concrètement d'une répression de la criminalité étatique (Regierungskriminalität) ou plus largement d'un *examen judiciaire du fonctionnement étatique*. Les représentants de la seconde tendance pourraient être désignés comme *adversaires de la justice politique*.

La confusion autour de la notion de *justice politique* provient du fait que ce terme est utilisé dans deux sens diamétralement opposés mais liés par le fait qu'ils expriment, tous les deux, une tension dans la relation politico-juridique.

Dans le sens le plus répandu, à connotation fortement négative, *justice politique* signifie l'asservissement du droit par la politique, l'abus du système judiciaire comme un appareil répressif pour écraser des ennemis politiques ou idéologiques, pour écarter de la scène politique les ennemis en les enfermant, voire en les liquidant au moyen de peines pénales infligées par des tribunaux serviles. Dans ce sens la notion de *justice politique* désigne *l'emprise de la politique sur le droit et l'abus du système juridique par le pouvoir politique*.

Afin de distinguer nettement les deux sens du même terme, je vais appeler la justice politique dans ce premier sens "*justice politisée*".

Dans le deuxième sens le même terme désigne la configuration inverse de la relation politico-juridique: la juridicisation de la sphère politique, la soumission de l'activité politique, y compris de l'activité étatico-gouvernementale, à l'appréciation et au contrôle judiciaire en dernière instance.

Dans le premier sens la *justice politique* (*politische Justiz*) signifie l'examen juridique, *commandité par le pouvoir étatique*, de l'activité de *protagonistes politiques se situant à l'extérieur de l'enceinte du pouvoir*, tels par exemple des partis ou des personnalités de l'opposition, la presse oppositionnelle ou bien des groupes contestataires armés et des mouvements contestataires pacifiques.

Dans le deuxième sens la *justice politique* (*politische Gerechtigkeit*) signifie l'examen judiciaire de l'activité de *tous les protagonistes de la vie politique, y compris de ceux qui détiennent le pouvoir étatique en place*, effectué par une *autorité judiciaire indépendante*, n'obéissant pas à des pressions de la part du pouvoir.

Section première

Vers une justice politique (politische Gerechtigkeit):

Conception de société politique de la "partie de l'accusation"

Les représentants de la "partie de l'accusation" dans les deux procès tendent vers une justice politique dans le deuxième sens, donc, vers une appréciation judiciaire de la sphère politique dans son ensemble, jusqu'aux sommets du pouvoir étatique.

La philosophie implicite des tenants de cette version de justice politique se laisse reconstituer autour des complexes d'idées suivants:

- I. Juridicisation de la politique
- II. Juridictionnalisation du droit. Droit immanent et justice immanente
- III. Rétrécissement et recentrage du cercle de la violence légitime
- IV. Evaluation juridique des régimes politiques. Etat criminel et Etat injuste

I. Juridicisation de la politique

La poursuite pénale de *la violence politiquement motivée* - par exemple insurrection, guérilla, terrorisme - est connue bien avant le Tribunal de Nuremberg. Pourtant, dans l'appréciation pénale de l'acte délictueux, le caractère spécial de l'intention - la poursuite de buts politiques - prévaut sur l'élément matériel de l'acte, ce qui trouve son expression dans la distinction entre des condamnés dits politiques et ceux de droit commun (dits criminels). Dans cette approche pénaliste à l'égard de la résistance armée au pouvoir en place ou bien à l'ordre normatif établi, l'acte violent est réprimé sans que ne soit niée sa substance politique.

L'originalité du procès de Nuremberg et de la *jurisprudence de Nuremberg* consiste en premier lieu dans *l'examen judiciaire de l'activité décisionnelle étatique*, plus concrètement dans le contrôle de l'exercice correct par l'Etat du monopole de la violence. Ce ne sont plus la nuisance et la dangerosité d'agissements anti-étatiques qui sont visées, mais celles d'agissements étatiques. Et, inversement, il ne s'agit pas de protection de l'Etat, mais de protection contre l'Etat.

Cette jurisprudence représente une étape dans le processus de rationalisation de la vie politique, et de sa banalisation. Par l'exercice d'une évaluation contraignante de l'activité politique à l'aide de catégories qui ne sont pas les siennes propres - des catégories juridiques - est enlevé à la sphère politique un caractère essentiel de son existence séculaire: *sa majesté*. Le *contenu d'une décision politique* disposant de l'usage de la violence d'Etat se voit désormais soumis à une sorte d'expertise juridique, et après être qualifié et quantifié, en sort avec une étiquette juridique.

Pendant le procès de Nuremberg est entamé aussi un deuxième volet du processus de banalisation de la sphère politique. Si les trois chefs d'accusation - *guerre d'agression, crime de guerre* et *crime contre l'humanité* - laissent intacte la nature politique des actes examinés, deux autres figures juridiques - les notions de complot ou conspiration, et la qualification des collèges du pouvoir national-socialiste d'organisations criminelles- *donnent naissance à un procédé d'assimilation d'agissements politiques à des états de faits de droit commun*, un procédé qui est de nature à écarter la dimension politique du comportement jugé.

Si la première voie de banalisation de la sphère politique au cours de son examen judiciaire est simplement *confirmée* par le procès Honecker, la deuxième voie est *développée* par la contribution des procès Barbie et Honecker.

Klaus Barbie est jugé devant la Cour d'Appel de Lyon pour *crimes contre l'humanité*. Les chefs d'accusation - rafle d'Izieu, rafle au siège de OGIF (Organisation générale des Israélites de France) et le dernier train de déportation des Juifs de France - soulignent le caractère politic-idéologique de son activité criminelle: loyauté zélée au régime et à l'idéologie du Troisième Reich, ainsi qu'à ses méthodes brutales d'imposition. En même temps, vu que le Code pénal français ne comporte pas, à l'époque du procès, de définition du *crime contre l'humanité*, le procureur général prend le soin de déchiffrer l'incrimination ayant des origines de droit international, en la décomposant en éléments constitutifs de droit commun propres au droit positif français, telles qu'homicide volontaire et séquestration arbitraire. De cette manière il opère une "vulgarisation" de l'infraction examinée, en lui enlevant l'auréole de "noblesse" attachée à la criminalité politique par rapport à la criminalité "ordinaire" de droit commun.

Dans le procès Honecker le caractère extraordinaire de la criminalité visée est écarté d'emblée dès le début. *Aucune incrimination spécifiant la nature politique de l'acte n'est envisagée*, contrairement aux cas de répression de la criminalité national-socialiste. Les décisions politiques ayant entraîné des conséquences fatales sont mises à l'examen judiciaire à l'aide du Code pénal de la RDA, et lors d'une deuxième étape, de la RFA, comme *relevant d'une criminalité banale*. Le processus décisionnel des collèges du Parti et de l'Etat est assimilé à la figure de *co-autorité de malfaiteurs organisés*. Les protagonistes du procès Honecker prennent soigneusement garde de ne pas être confondus avec une juridiction d'exception à connotation négative, symbolisée, dans leur vision, par le procès de Nuremberg. Ils s'opposent également à la qualification *justice politique* à l'égard de la justice qu'ils rendent. La conclusion qu'ils suggèrent, concernant le caractère des infractions visées, est qu'elles sont, certes, le fait de politiciens haut placés et qu'elles sont commises en exercice de leurs tâches politico-professionnelles, mais que le *contenu répréhensible* de cette activité ne relève que du droit pénal ordinaire.

John Locke aurait accordé un clin d'oeil bienveillant aux magistrats, lui qui avait établi, il y a un siècle et demi, une équation osée: "L'injure est la même, le crime est égal, qu'il soit commis par un homme qui porte une couronne ou par un homme de néant".³⁵³

Nous assistons, par ce procédé, au couronnement logique du processus de *désenchantement de la politique*, entamé à Nuremberg en 1946.

II. Juridictionnalisation du droit. Droit immanent et justice immanente

Le procès de Nuremberg représente une première par le fait qu'une instance juridictionnelle ad hoc anticipe le contenu de législations nationales et de conventions internationales. Vigoureusement critiqué par les *tenants de l'orthodoxie légaliste*, il ne transmet pas moins à la postérité des figures juridiques que l'on peut considérer, 50 ans plus tard, comme *établies* dans la pratique juridique des *adeptes de l'aile droit-de-l'hommiste* parmi les juristes.

La notion pénale de *crime contre l'humanité*; la justiciabilité des plus hauts dignitaires d'un Etat en raison de leurs actes d'Etat; l'adaptation de l'incrimination de complot pour cerner l'activité collective répréhensible d'un collègue étatique; la dérogation de l'effet absolu de l'ordre d'un supérieur lors d'hostilités armées; la précision de l'éventail d'actes constitutifs de *crimes de guerre*, représentent un patrimoine conceptuel de cette Cour d'exception.

Le "*philosophe collectif*" du procès de Nuremberg forge, d'une part, un ensemble de concepts et de catégories juridiques, mais au-delà de ça il crée un phénomène qui marque la deuxième moitié du XX-ème siècle et ne cesse de s'amplifier après le début des années 90, que l'on pourrait appeler *la juridictionnalisation d'un segment du droit* et la constitution progressive de ce segment en une branche de droit nommée *droit humanitaire*. Le droit humanitaire incarnant la dimension droit-de-l'hommiste du système juridique englobe aussi bien la protection des droits humains par l'instrumentarium étatique que leur protection contre l'éventuel arbitraire du pouvoir étatique. Le *droit humanitaire* constitue la limite du pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques et simultanément de la souveraineté d'un Etat, ainsi que, par là même, la raison d'être de la *justice politique* (dans le deuxième sens du terme).

La *juridictionnalisation du droit*, entamée à Nuremberg et poursuivie par les procès Barbie et Honecker, représente une *anticipation normative* qui s'exerce à travers le dépassement, par l'instance juridictionnelle, du droit positif, du *libellé de la règle pénale pertinente*, et à travers l'orientation de l'interprétation jurisprudentielle aux *principes fondamentaux du droit*, aussi bien écrits que non écrits, bref, à un fond avoué ou non avoué de droit naturel.

Klaus Barbie est jugé pour *crime contre l'humanité*, c'est-à-dire pour une infraction de droit international qui est, certes, implémentée dans le droit pénal interne avec la loi de 1964 déclarant ledit crime imprescriptible, mais n'en est pas moins de sources

jurisprudentielles, celles de Nuremberg. De surcroît, l'adaptation française de l'incrimination internationale constitue elle-même une contribution jurisprudentielle. Après un débat juridique éclaircissant la récente notion pénale et qui a eu lieu, de l'aveu même du procureur général Pierre Truche, à l'abri de la représentation nationale, dans un cercle restreint de professionnels de la justice, l'aboutissement de la notion française de *crime contre l'humanité*, fondement immédiat du procès Barbie, est dû à la Cour de Cassation. La Cour à Paris n'opère pas avec la définition de *crime contre l'humanité* provenant de Nuremberg à la lettre, mais développe et adapte en quelque sorte celle-ci, en ajoutant à l'énumération des actes matériels constitutifs du crime, reprise du TMI, une formule cernant l'intention spéciale du crime: "au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique".

D'ailleurs, un commentateur du nouveau code pénal français, Henri Leclerc, reconnaît l'*anticipation jurisprudentielle* sur la définition de l'infraction. A propos de l'article 212 ("des autres crimes contre l'humanité"), déjà cité dans la note n 90, on lit le commentaire suivant:

"Aux définitions provenant de l'art. 6c du Tribunal de Nuremberg, le code a ajouté des définitions juridiques proches de celles que la Cour de Cassation avait été amenée à préciser pour englober dans les poursuites contre Barbie les faits commis contre les résistants. Ceux qui combattent le "système idéologique" sont protégés au même titre que les groupes victimes de ces crimes"³⁵⁴.

Dans le cas du procès Honecker, la *juridictionnalisation du droit* se manifeste à travers une sorte de "*rectification*", à l'aide du "moule" *des principes fondamentaux du droit*, de règles pertinentes et de pratiques juridiques déviant de ces principes. Cette "*rectification*" s'opère à deux niveaux.

Tout d'abord la Cour fédérale de justice fournit une interprétation des principes inhérents au droit de la RDA, déductibles de la Constitution, du Code pénal et des engagements de droit international assumés par la RDA. La primordialité du droit à la vie, la reconnaissance du droit à l'émigration, ainsi que le *principe de proportionnalité* censé guider le recours à la violence étatique seraient, d'après cette interprétation, partie intégrante du droit de la RDA. La pratique étatique en vigueur à l'époque des faits se serait écartée du droit écrit *correctement interprété*.

A un deuxième niveau la haute Cour met en question le contenu même de dispositions parlementaires, comme par exemple certaines dispositions de la *Loi sur les passeports* ou bien l'incrimination du passage non autorisé de la frontière interallemande

incluse dans le Code pénal de la RDA. Cette mise en question est exercée comme une sorte de *contrôle de conformité du droit positif à un droit supérieur*, ce dernier articulé dans de nombreuses constellations verbales, entre autres: "*les bases de la justice et de l'humanité*"; "*les convictions juridiques relatives à la valeur et la dignité de l'homme, qui sont communes à tous les peuples*", etc.

La Cour constitutionnelle, se référant à une position de la Cour suprême en zone britannique de l'Allemagne de l'après-guerre, position partagée par la Cour fédérale de justice d'antan (citée à la page 179 du présent texte), évoque la formule suivante: "*principes juridiques applicables indépendamment de toute reconnaissance étatique*". La Cour fédérale de justice soutient, à l'occasion du procès Honecker: "Il ne faudrait pas supposer que les auteurs n'avaient pas connaissance, lors des faits, de *certaines principes déterminants et indispensables pour la vie en commun des êtres humains, qui font partie du noyau dur et intangible du droit.*" (cité à la page 179 du présent texte).

Toutes ces différentes articulations de principes juridiques désignent *un fond de droit extra-positif et supra-étatique*, une sorte de *droit immanent*, qui constitue *l'étalon qualifié* pour l'évaluation de règles individuelles, de segments de droit, voire de tout un système de droit positif. Le *droit immanent* dépasse tout système concret de droit positif limité dans le temps et dans l'espace et s'impose par ses dimensions d'universalité et de longévité. Il est porté par la *communauté juridique planétaire*. Ce *droit immanent* est non-institutionnel et transcende le droit international. Le droit international, avec son aile droit-de-l'hommiste, représente une approche et une manifestation positives des exigences du *droit immanent*. Le *droit immanent* se présente sous une allure d'objectivité et n'est pas réductible à des accords et traités que des Etats auraient pu passer entre eux pour le reconnaître et l'observer. De par son statut *extra-conventionnel* il a un rapport à la *vérité juridique*. Ce droit transcendant représente l'unique instance permettant de mettre en question une décision ou une réalisation majoritaire.

Ainsi, par exemple, le Ministère public au procès Honecker plaide pour le *déni du caractère de droit à certaines dispositions législatives*: "(...) ainsi que l'article 26 et 27 de la Loi sur la frontière de la RDA du 25 mars 1982 en liaison avec l'article 213 paragraphe 3 du Code pénal de la RDA ne pourraient pas, indifféremment du fait qu'à travers eux est violé du droit positif supérieur, être considérés comme œuvre normative digne de respect" (cité à la page 172). Dans la référence déjà citée de la Cour suprême pour la zone britannique, celle-ci est explicite: "Elles ont estimé qu'il pouvait y avoir *des dispositions et des directives*

auxquelles, nonobstant leur prétention à faire oeuvre juridique, il y a lieu de dénier leur caractère juridique (c'est moi qui souligne), parce qu'elles violent les principes juridiques applicables indépendamment de toute reconnaissance par l'Etat; quiconque agit en se conformant à de telles dispositions demeure punissable." (cité à la page 179).

La nature essentielle de ce droit - de représenter la *vérité juridique* - l'approprie à la fonction d'évaluation de tout système normatif concret, et par là au statut d'unique instance apte à l'examen critique de la *normalité de l'immédiat*. Dans le miroir de cette *vérité juridique* que le *droit immanent* incarne, une *image renversée* de la *réalité juridique* est concevable, et ce fut le cas notamment pendant la répression des crimes national-socialistes: des serviteurs fidèles de l'ordre normatif nazi, y compris des juges appliquant le droit positif à la lettre, des subordonnés exécutant des ordres à la lettre jusqu'aux bourreaux exécutant des peines infligées par des tribunaux, se sont vu reprocher, par les tribunaux d'après-guerre, la commission de crimes graves, alors que des contestataires et des opposants au régime ayant violé les règles en vigueur, ayant agi dans l'illégalité et la clandestinité, se sont vu reconnaître le bien-fondé et la légitimité de leurs actes. Une pareille tendance, quoique moins prononcée, est observable lors de la répression de la *Regierungskriminalität* de l'ex-Etat socialiste allemand par les tribunaux de la *Bundesrepublik*. D'une manière moins explicite les procureurs et juges procèdent, parallèlement à l'inculpation de fidèles du régime, à une sorte de réhabilitation morale des "violeurs de frontière", qui, eux, avaient commis un délit (ou un crime) au sens du Code pénal de la RDA.

La propension à la *vérité juridique*, donc la validité extra-contractuelle, du *droit immanent*, est à la base de son application inconditionnelle absolue, soustraite aux comparaisons avec d'autres situations analogues. La non-pertinence pénale de la comparaison casuistique est fermement exprimée par l'accusation aussi bien au procès Barbie qu'au procès Honecker.

III. Rétrécissement et recentrage du cercle de la violence légitime

Le procès de Nuremberg réexamine le problème constitutif de l'Etat moderne européen, celui de la violence légitime. L'événement jurisprudentiel à une portée dépassant sa signification proprement juridique suscite une "réédition" actualisée du grand "débat" théorique fondateur d'antan. La *vision fondamentale du monde* que véhicule le procès de Nuremberg représente en quelque sorte une *révision* de celle qui avait assisté l'apparition de l'Etat national.

Si l'Etat moderne naissant a pour vocation première de contenir les énergies destructives, la propension à la violence - face inextricable, paraît-il, de l'imparfaite condition humaine -, ce n'est pas par l'abolition définitive de la violence qu'il croit parvenir à sa tâche, mais par un transfert de celle-ci vers un détenteur autorisé. Avec ce transfert la violence généralisée est freinée et l'usage de la violence passe sous le contrôle de l'Etat. Comme contrepoids à l'interdiction absolue, pour les particuliers, de tuer et d'agresser (sous réserve du cas de la légitime défense), l'Etat est exempté de cette interdiction absolue, précisément dans le but d'imposer son respect aux citoyens.

Cette contradiction initiale pèse sur l'histoire empirique de l'Etat moderne comme un vice de naissance, inextricable lui aussi à l'instar de la propension à la violence qu'il est censé contenir et contrecarrer.

Le procès de Nuremberg représente, entre autres, une *tentative de reformulation du contrat initial*, destinée à réformer profondément l'édifice étatique.

Dressant les contours d'un nouvel ordre international qui porte atteinte à la souveraineté inconditionnelle de l'Etat, le procès de Nuremberg impose pour la première fois des restrictions efficaces à l'exercice souverain de la violence étatique - vers l'extérieur. Ces restrictions sont aussitôt formalisées dans la *Charte de l'ONU*, qui bannit la *guerre d'agression* du spectre de la violence légitime de l'Etat.

En fin de compte, la question épineuse de la violence légitime se réduit à la question de cerner *le champ de l'exception à l'interdiction de tuer et d'agresser autrui*, en d'autres termes, *le champ de l'homicide autorisé non répréhensible*. Un pas gigantesque dans la *restriction* (au moins doctrinale et formelle, sinon dans la pratique) de ce champ est franchi sur le plan extérieur, à la fois par la négative - en excluant la *guerre d'agression* - et de manière positive - par la protection du droit à la vie en tant que valeur juridique primordiale,

réglée dans le *Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques* et dans la *Convention européenne des droits de l'homme*.

Le procès contre "Honecker et autres" représente une étape supplémentaire dans l'entreprise pacificatrice de la justice politique. C'est cette fois-ci l'exercice de la violence étatique à l'intérieur de l'Etat, à l'encontre de ses propres citoyens, qui est soumis à l'examen judiciaire. Le *principe de proportionnalité*, qui devrait guider l'usage de la force étatique, est réaffirmé fermement par les procureurs et juges, et le droit primordial à la vie de tout être humain, y compris des délinquants ou supposés tels, sort renforcé du procès en question.

A la différence des procès Nuremberg et Honecker, les procès Eichmann et Barbie manifestent une tendance à substituer au droit à la vie, en tant que bien juridique le plus hautement placé, le droit à la dignité. Ce glissement opéré à travers l'infraction *crime contre l'humanité* (celle-ci englobant l'infraction de génocide) qui dépasserait sur l'échelle de l'horreur l'infraction *crime de guerre*, tend à réhabiliter tacitement le phénomène de la guerre en tant que tel en introduisant, aussi implicitement, une distinction entre *guerre normale* et *guerre criminelle*.

De manière assez explicite cette distinction est contenue dans le plaidoyer du représentant de parties civiles Rappoport (cité à la p. 121) : "Et bien, il faut le dire, ce n'est pas la guerre, il ne s'agit pas ici d'une *guerre comme toutes les guerres* (c'est moi qui souligne), d'une guerre gagnée par l'un, perdue par l'autre, accompagnée des inévitables souffrances des guerres. (...) Il ne s'agissait pas d'assurer la victoire des armes, mais bien le triomphe et la mise en place de l'ordre nazi. (...) Ces actions criminelles ne sont pas les hasards ou les regrettables fatalités de la guerre."

Le procès Barbie affronte, parallèlement au problème de la violence étatique (exercée par des fonctionnaires de l'Etat national-socialiste, secondés par les fonctionnaires de Vichy), celui de la violence politique anti-étatique. Le statut juridique que l'appréciation de la "partie de l'accusation" réserve aux "combattants volontaires de l'ombre" (c'est-à-dire les combattants contre l'ordre nazi et l'ordre de Vichy), est contradictoire.

Du point de vue de l'ordre normatif imposé par l'occupation allemande et l'acquiescement français de Vichy, le statut des combattants est celui de "terroristes".

Développant une approche juridique positiviste (à la base du droit international positif en la matière), le représentant de parties civiles le bâtonnier du Granrut concède le caractère "coupable" des activités de la Résistance. D'après son appréciation déjà citée à la p.125, "ceux qui s'engageaient dans le combat de l'ombre prenaient un risque, ils savaient que

s'ils étaient pris, ils pouvaient passer devant un tribunal militaire, être condamnés à mort et fusillés. C'était, si je puis dire, le jeu tragique de la guerre souterraine. Ca c'était le respect des droits de la guerre, le *respect de la Convention de la Haye* (c'est moi qui souligne), les francs-tireurs, comme on dit, peuvent être considérés comme résistants, ou les résistants comme des francs-tireurs et *peuvent être effectivement considérés comme coupables* (c'est moi qui souligne), et le cousin de Joe Nordmann a été l'un des premiers à comparaître devant un tribunal allemand à Paris, et *régulièrement* (c'est moi qui souligne), si je puis dire, à être condamné à mort par un tribunal militaire allemand présidé par un juriste."

Ce regard strictement positiviste, exprimé par le bâtonnier du Granrut à l'égard de la Résistance française, est minoritaire dans la "partie de l'accusation". Côté "partie de l'accusation", le procès Barbie représente, entre autres, un hommage rendu à la Résistance qui est clôturé dans la conclusion prononcée à ce sujet par le procureur général vers la fin des audiences (citée à la p 121): "Ces audiences l'ont bien montré, la Résistance fut une épopée magnifique".

Le représentant de la LICRA, l'avocat Kormann, prononce un véritable plaidoyer en faveur de la Résistance:

"Nous constatons aussi que malheureusement une fois les bornes dépassées, il ne reste plus au citoyen d'espoir qu'en la force armée. Malheureusement comme la chirurgie par rapport à la médecine est l'échec de la médecine, et bien ici les forces armées étaient l'échec de la parole. Mais c'étaient elles qui nous ont sauvés et elles méritent que je dise également un mot à leur sujet. Nous voulons dire que s'agissant en France de l'action glorieuse de la Résistance nous saluons l'arrêt rendu par la Cour de Cassation qui inclut dans sa définition des crimes contre l'humanité les déportations infligées aux Résistants.

(...) Après l'infamie de l'acquiescement, l'infamie du renoncement et la participation active à la ségrégation, la Résistance avec bonheur était et est notre honneur, elle est le gage d'avenir de toutes les minorités, l'assurance que certaines choses ne peuvent quand même pas se commettre en France."³⁵⁵

Le même M. Kormann prononce tout aussi, prenant prétexte du discours utilisé par la défense de Barbie, un plaidoyer contre le terrorisme et contre "les terroristes de tout bord" qui, estime l'avocat, "au nom d'un soi-disant prolétariat international opprimé, viennent poser chez nous des bombes et que l'on défendra ensuite en faisant valoir d'identiques raisons, en faisant valoir que *leur combat est le combat de la légitimité, puisqu'il s'agit de lutter contre un agresseur illégitime*. Et puisqu'il s'agit de lutter contre un agresseur illégitime, on est légitimé à se servir de bombes et à prendre les armes." (cité à la page 132).

Si l'on résume les développements jurisprudentiels au sujet de la violence en rapport avec l'Etat, on pourrait les englober dans les termes d'une *révision substantielle du contrat initial instituant la force étatique*. Dans la conception étatique qui ressort du "débat" fondateur l'Etat est institué comme le *garant de la paix civile*. Son rapport à la violence consiste dans la fonction d'arbitre et de frein à la violence entre les particuliers. Par conséquent, l'Etat moderne naissant est conçu comme le *maître de la violence privée*.

L'apport jurisprudentiel à la théorie du contrat initial consiste dans l'*addition d'un nouveau "chapitre"*, portant sur *la maîtrise et la limitation de la violence politique*. Il s'agit d'un aspect foncièrement différent du rapport de l'Etat à la violence: sous cet aspect l'Etat apparaît soit comme *source* soit comme *cible* de la violence. Le "chapitre" de la violence politique pourrait être présenté schématiquement comme suit:

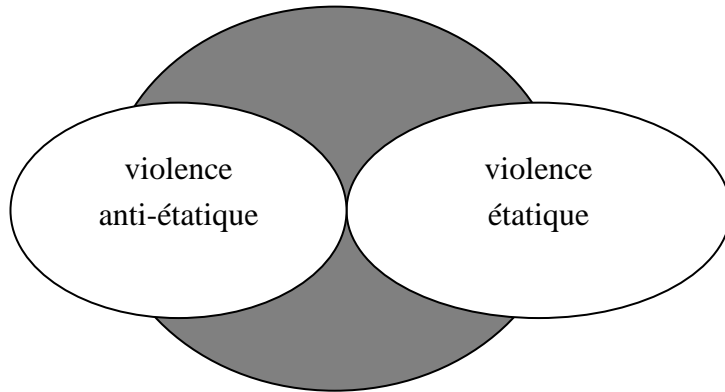
1. L'Etat comme source de la violence
 - a) à l'extérieur - guerre
 - b) à l'intérieur - interventions policières à l'encontre de manifestations politiques
2. L'Etat comme cible de la violence
 - a) Résistance
 - b) Terrorisme

A la suite des prises de position de l'accusation (rejointes par les tribunaux respectifs dans les procès traités) au sujet de la *violence politiquement motivée*, ainsi conceptualisée, on peut présenter le *rétrécissement de l'espace de la violence politique légitime* par le biais de la circonscription de la violence illégitime.

Circonscription de la violence politique illégitime

à l'extérieur

terrorisme



guerre d'agression

des méthodes de guerre prohibés
par le droit de la guerre
(le droit de la Haye et le droit
de Genève)

à l'intérieur

terrorisme

emploi de la force étatique
à l'encontre de contestataires
en violation du principe de
proportionnalité

méthodes prohibés de répression
de la résistance armée
(traitements inhumains et
dégradants, déportations)

criminalisation de protestataires

IV. Evaluation juridique des régimes politiques. Etat criminel (Verbrecherstaat) et Etat injuste (Unrechtstaat)

La réalité factuelle dont traite le procès Honecker diffère qualitativement et quantitativement de celle traitée par le procès Barbie. Non pas uniquement la défense, mais aussi les procureurs et juges de Honecker et coaccusés prennent le soin de préciser que les crimes imputés aux dirigeants est-allemands ne sont pas à comparer, quant à leur ampleur, aux crimes national-socialistes. Les victimes du régime national-socialiste se mesurent par des millions de vies humaines, celles du régime communiste est-allemand par quelques centaines. A l'aspect quantitatif il faut ajouter la différence de nature quant à l'intention, les conditions et l'outil de la *violence institutionnelle* des deux Etats totalitaires allemands. Ces différences de l'activité criminelle sont à la base de l'emploi de deux notions distinctes pour caractériser les deux types de régimes visés: l'Etat national-socialiste est désigné comme "*Etat criminel*"; l'Etat communiste³⁵⁶ est-allemand simplement comme "*Etat injuste*". Sous réserve de différence quantitative quant à l'ampleur et à l'intensité criminelle, des parallèles avec le régime national-socialiste sont évoqués ou s'imposent par comparaison, tout au long du procès Honecker.

Dans les deux procès visés le Ministère public examine à *charge* des accusés *le contenu de leur activité politico-professionnelle et leur service zélé au régime politique respectif*. L'accusation décèle une liaison interne entre le *contenu répréhensible* de l'activité des accusés et le *profil normatif du régime*. Le dénominateur commun des deux systèmes totalitaires visés est désigné par la négative: sous réserve de la différence dans le degré d'accentuation du profil normatif, les deux Etats se présentent comme une *négation du modèle de la démocratie parlementaire et de l'Etat de droit*. Dans le cas du régime national-socialiste cette négation est explicitement affichée, souhaitée et sciemment réalisée. Dans le cas du régime communiste, étant incomplète, cette négation est aussi camouflée par le maintien des apparences de la démocratie parlementaire.

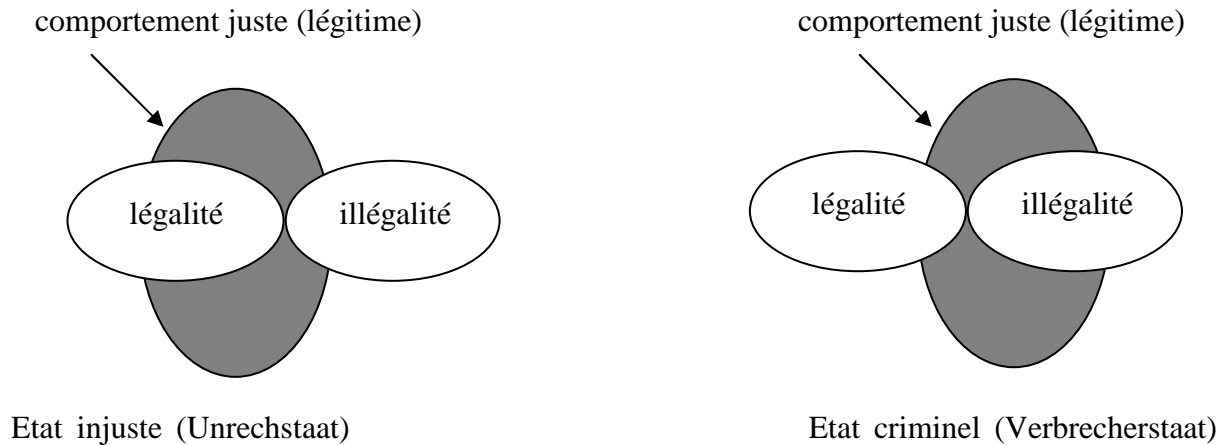
L'évaluation, par les tribunaux, du degré d'injustice des deux ordres normatifs visés se fait par le double biais de 1/ la pondération de la réalité juridique avec la balance de la légalité formelle; et 2/ le contrôle du contenu des textes formels avec les critères universalisés des principes de droit et des catalogues de droits.

Avec le premier procédé le caractère injuste ou criminel de l'Etat respectif est démontré à travers la révélation d'une pratique étatique arbitraire, c'est-à-dire à l'écart de la loi

écrite et formelle. Par ce procédé est mis en lumière le clivage entre *légalité formelle* et *pratique étatique réelle*, et par conséquent l'ampleur de la sphère d'illégalité du fonctionnement étatique. L'évaluation de la pratique étatique avec la mesure de sa conformité légale n'est dotée de sens que dans une démocratie parlementaire. Cette mesure ne serait pas pertinente pour un Etat qui se réclamerait sans ambiguïté comme une négation de l'Etat législateur. Vu que les deux Etats totalitaires conservent les apparences ou des résidus de parlementarisme, le contenu de leur pratique juridique réelle est soumis à une appréciation par rapport à cette *prétention légaliste*.

L'évaluation judiciaire de *contenus* d'activités politiques et par ce biais de régimes politiques repose sur un présupposé fondamental: l'admission que le pouvoir étatique, comme tout autre sujet politique, est susceptible de dévier du droit, de violer le droit et de créer de l'injustice, voire d'engendrer de la criminalité. A l'aide de ce présupposé et en faisant abstraction de faits justificatifs ou même de l'absence d'éléments constitutifs (dans le cas de répression des crimes national-socialistes), les tenants de la justice politique *élargissent* le concept traditionnel de criminalité, qui signifie l'accomplissement d'éléments constitutifs fixés dans le Code pénal et dans d'autres dispositions pénales sous réserve de faits justificatifs établis dans les lois étatiques. Le nouveau concept de criminalité déborde le cadre strict d'infraction à la loi pour s'étendre sur une partie de l'hémisphère de la légalité. Ainsi, la légalité d'un comportement, c'est-à-dire la conformité à une loi (le cas échéant à un acte juridique provenant de l'exécutif) formellement promulguée, à elle seule ne suffit pas à certifier sa légitimité et son irréprochabilité pénale. Inversement, des comportements qui se situent dans la sphère de l'illégalité formelle, qui sont réprimables par le pouvoir étatique en place, peuvent s'avérer conformes au droit, parce que protégés par des *principes fondamentaux de droit* ou par des *catalogues des droits de l'homme*.

Si l'on se représente le comportement juridiquement relevant (pénalement relevant en l'occurrence) comme partagé en deux hémisphères par le droit positif: celui de la légalité et celui de l'illégalité, le comportement juste, en d'autre terme *légitime*, ne coïncide pas entièrement, selon la conception visée, avec l'hémisphère de la légalité, mais se situe à cheval entre les deux hémisphères. De même pour le comportement *illégitime*.



Sur la base de ce schéma, déduit des *prises de position* de l'accusation, les systèmes politiques sont rendus mesurables quant à leur affinité avec le droit et la justice, par la taille des parties respectives se situant dans les deux hémisphères, qui forment le comportement juste. Ainsi, l'idéal de l'*Etat juste* serait la coïncidence parfaite du comportement juste avec la sphère de la légalité. Par analogie, si la partie de l'hémisphère de la légalité, se situant à l'extérieur du comportement juste, est de relativement petite taille, on parle d'*Etat injuste*. Si, par contre, une petite partie seulement de l'hémisphère de la légalité et une grande partie de l'hémisphère de l'illégalité forment le comportement juste, il y a lieu de parler d'*Etat criminel*.

Dans cette vision, l'*Etat de droit* serait un *Etat modèle*, se situant le plus proche possible de l'idéal.

Section deuxième

Contestation de la justice politique et de la justice politisée: Conception de société politique de la défense

La philosophie implicite de la défense se laisse structurer d'une manière quasi symétrique par rapport à celle "de la partie de l'accusation", contestant point par point la *vision fondamentale* véhiculée à travers les *prises de position* de l'accusation.

Aussi bien la défense de Klaus Barbie que celle de Honecker et ses coaccusés se situe dans la tradition de critique de Nuremberg en ce qu'elle conteste la légitimité du procès auquel elle est enjointe à collaborer. La défense ne se limite pas à plaider la non-culpabilité des accusés et à demander leur pur et simple acquittement. Elle se place, en quelque sorte, au delà de son rôle positif et empirique dans un procès pénal. En s'attaquant aux prémisses du type de jurisprudence à laquelle elle participe, en transformant sa tâche de défendre l'accusé en celle d'accuser son adversaire dans le procès - l'Etat respectif (représenté par le Ministère public) - la défense adopte une allure métaphysique.

La vision de la défense, *contestant la légitimité de la justice politique*, pourrait être reconstituée autour des points suivants:

- I. Fatalisme historique. "Culpabilité d'une époque"
- II. Justice conventionnelle. Contre une justice sélective
- III. Réal-légalisme
- IV. Le Mal d'Etat
- V. Dénonciation de la justice politique comme justice politisée (*Realpolitik bis*), instrumentalisant la "religion" des droits de l'homme

I. Fatalisme historique. "Culpabilité d'une époque"

Les représentants de la défense contestent la pertinence d'une approche judiciaire à l'égard d'événements politiques. L'enchaînement du scénario politique se réalise dans l'Histoire et sa pénétration intellectuelle sous forme d'accès à la compréhension et reconstitution de la vérité est réservée à l'historiographie. Le courant de la vie politique obéit à ses lois propres et demeure imperméable à une intervention judiciaire. L'agir politique ou l'agir dans l'Histoire signifie affronter des situations objectives et opérer avec un degré d'imprévisibilité et d'improvisation. Les acteurs politiques sont impliqués dans la plénitude de l'immédiat, ils sont dominés dans leur conduite par un *Zeitgeist* qui se dégage de leur environnement social. Le scénario politique, pris ensemble avec le temps et le lieu de son déroulement, constitue une monade qui est reflétée dans la notion d'"époque historique".

Dans cette vision pathétique de la vie politique comme une sphère autonome soumise à ses propres lois objectives, l'accomplissement des événements politiques ne devrait pas être imputé juridiquement à des responsables politiques sur le modèle d'imputation de responsabilité juridique à des personnes privées pour leurs actes privés. Le comportement d'un collègue étatique qui représente la vie de l'Etat ne peut pas être égalé au comportement privé du particulier, agissant à son propre compte. Si ce dernier est guidé par sa volonté et par là juridiquement (pénalement) responsable, le premier obéit à des exigences objectives qui dépassent, se superposent à et infléchissent sa volonté personnelle. La responsabilité personnelle des dirigeants politiques est, dans cette vision déterministe et fataliste, transférée vers *des structures*. La responsabilité pénale individuelle serait une imposture, les déroulements historiques étant imputables à *l'esprit de l'époque*. Il se peut qu'une époque soit animée par un bon ou un mauvais esprit. Les contemporains, dans leurs destins de marionnettes, n'ont d'autre choix que de s'en accommoder. L'expression la plus brillante de la *Zeitgeist*-résignation et du désinvestissement personnel est contenu dans la formule de l'avocat d'Eichmann: "*la culpabilité d'une époque*"(cité à la p 108).

Dans l'optique de cette conception de l'Histoire, l'examen judiciaire d'événements historiques se rapproche du sacrilège. La juridicisation de la politique signifierait une atteinte à l'intégrité de l'Histoire par le biais d'une logique étrangère et abstraite, réductrice par l'imposition d'une dogmatique implacable, rompant la plénitude de l'immédiat historique, en fin de compte herborisant la chaire vivante de l'Histoire.

II. Justice conventionnelle. Contre une justice sélective

Les représentants de la défense dans le procès Barbie et le procès Honecker considèrent la justice internationale pénale (la défense de Honecker est de l'avis que le cas examiné des hauts responsables étatiques de l'ex-Allemagne de l'Est relève du droit international, malgré que des juridictions de l'Allemagne fédérale en soient saisies) *sélective, partielle et guidée par des critères communautaristes*.

La particularité de la justice internationale pénale consiste dans la nature politique des activités répréhensibles visées. La *sélectivité* reprochée à cette justice ne consiste certes pas dans un tri des justiciables suivant le critère de leur nationalité ou de tout autre caractère social. La sélection ne s'exerce pas au niveau individuel (d'après le schéma: on va inculper telle et telle personne, mais on ne va pas déranger telle autre pour avoir commis une infraction identique, parce que bénéficiant de faveurs spéciales), mais au niveau communautaire. Ce ne sont pas des comportements individuels privés qui sont soumis à l'examen juridique, mais sont évaluées des politiques étatiques et des pratiques étatiques concrètes, l'évaluation pouvant remonter jusqu'au système politique de la société respective. La justice internationale pénale, en poursuivant les responsables de politiques et pratiques étatiques de certains Etats et en omettant de poursuivre les responsables de politiques et pratiques étatiques identiques provenant d'autres Etats, opère objectivement un *classement des Etats*, bien qu'elle s'efforce d'établir la culpabilité individuelle, et non pas collective, des responsables étatiques.

Les représentants de la défense désignent un paradoxe de la *jurisprudence de Nuremberg*: par son fonctionnement lacunaire et sélectif, la jurisprudence internationale pénale de type Nuremberg constitue en elle-même *une source d'injustice supplémentaire* qui sape l'avènement d'un ordre international juste. La défense plaide, par défaut d'universalité de la justice internationale pénale (ou bien de la justice politique), l'abandon de son application à des cas sélectionnés, même si dans les cas examinés des manifestations de la pire horreur et de la barbarie pouvaient être démontrées.

Le reproche de *sélectivité* à l'adresse de la justice internationale pénale va de paire avec celui de *partialité*. Vu que les justiciables de la justice politique ont commis les infractions présumées au nom d'un Etat ou d'un régime politique et non pas en tant que personnes privées, les opposants de la jurisprudence de Nuremberg contestent la légitimité de tout tribunal composé de représentants d'Etats adversaires à celui de l'accusé. L'argumentation en est double: 1/ l'éventuelle partialité des juges provenant d'Etats qui sont des parties

prenantes dans le conflit examiné; 2/ plus grave, l'impunité simultanée de pratiques étatiques identiques à celles qui représentent la matière du procès, imputables à l'Etat d'appartenance des juges. Ces deux circonstances ternissent sérieusement l'image de la justice visée, en lui attribuant des nuances vengeresses.

Derrière les reproches formulés par la défense se dessine sa vision du droit et de la justice. A la vision du *droit immanent* et à la *justice immanente*, ayant rapport à la *vérité juridique*, la défense oppose la vision *d'un droit conventionnel* et *d'une justice conventionnelle* comme création humaine n'ayant pas de substance objective, d'existence en soi, mais provenant de *l'entente des hommes*. Est justice (équité) ce que les hommes s'entendent pour considérer comme telle. Cette justice est relative: les cas de justice ou d'injustice ne se mesurent pas à l'aide d'étalons immuables.

Si la justice politique devait quand même exister, la seule base équitable, peut-on déduire des prises de position de la défense, serait constituée par le *principe d'universalité* et le *principe de réciprocité*³⁵⁷

1. Le *principe d'universalité* exige de soumettre à l'examen juridique tous les cas qui, à la suite d'une opération de comparaison, présentent les mêmes caractères. Vu que la vision conventionnaliste de la justice nie le caractère objectif du crime et considère l'incrimination comme provenant d'une *décision* (par ex. la question pertinente ne serait pas "qu'est-ce qu'un *crime contre l'humanité*" mais "qu'est-ce qu'on va s'entendre à considérer comme *crime contre l'humanité*"), la réponse à la question de savoir quels cas s'étant produits au cours de l'Histoire à différents endroits peuvent être englobés par la définition de *crime contre l'humanité* dépendrait de la *composition du forum* appelé à se prononcer. Par conséquent, le respect du principe d'universalité pourrait être assuré uniquement dans le cas d'une *représentativité de l'autorité décisionnelle*. C'est pour cette raison que la défense "symbolique" du procès Barbie s'octroie une mission inhabituelle pour une enceinte de justice: la mission représentative. En assumant la représentation des "peuples colonisés", les avocats de Klaus Barbie entendent élargir la représentativité du forum décisionnel en matière de nouvelles incriminations de droit international pénal.

2. Le *principe de réciprocité* exige l'examen juridique simultané des agissements de toutes les parties d'un conflit ou des hostilités armées, même s'il devait s'avérer que la culpabilité se situe prioritairement dans l'un des camps. Cet examen ne peut être confié qu'à une juridiction neutre par rapport au conflit examiné, qui ne soit composée "ni par des amis, ni par des ennemis des accusés" (Honecker).

Les opposants au procès de Nuremberg reprochent au tribunal international d'avoir réprimé les *crimes de guerre* commis uniquement par les représentants des forces de l'Axe et de ne pas avoir instruit d'éventuels *crimes de guerre* perpétrés par les Alliés (les vainqueurs de la guerre).

Enfin, l'accusé Honecker reproche à la juridiction ouest-allemande de retenir à charge des accusés des décisions politiques ayant coûté des vies humaines, alors que, dans le camp adverse de la guerre froide, des alliés des plus respectés de la Bundesrepublik au sein de l'OTAN - les Etats-Unis et la Grande Bretagne - auraient, en pleine impunité, pris des décisions politiques ayant sollicité un nombre important de victimes.

Le *principe de réciprocité* en matière de justice politique aurait pu permettre à la justice internationale pénale de *sanctionner les comportements coupables dans tous les camps d'un conflit* au lieu de sanctionner des dirigeants d'Etats en raison du type de leur régime politique. En appliquant ce principe la justice internationale pénale saurait éviter de stigmatiser certains Etats tout en épargnant d'autres et d'opérer indirectement une sorte de *classement des Etats* et de leurs systèmes politiques.

Aussi longtemps que la justice internationale pénale n'est pas constituée sur les bases de l'équité, et par le consentement représentatif des Etats de la planète, continuer à exercer cette justice lacunaire et ad hoc représenterait, en soi, engendrer de l'injustice supplémentaire. En conclusion, mieux vaut renoncer à réprimer un crime que de réprimer sélectivement.

III. Real-légalisme

Le terrain de prédilection sur lequel la défense, dans les deux procès, affronte conceptuellement la "partie de l'accusation", c'est la conception de légalité et de conformité au droit.

La défense réfute le reproche central de l'accusation portant sur la présence de violation du droit de la part des accusés. La raison de la divergence dans la qualification des comportements examinés des accusés soit comme conformes au droit soit comme constitutifs d'une violation du droit, réside dans les présupposés conceptuels des deux parties.

L'accusation, dans les deux procès, argumente sur la présence de violation du droit d'après le même schéma, comportant deux niveaux :

1. Illégalité de la pratique étatique respective en raison de non-respect du texte des lois parlementaires ;
2. Non-conformité au droit de certaines des lois, parce que portant atteinte à des *principes fondamentaux et généraux du droit*, reconnus par tous les peuples civilisés.

La défense conteste chacun des présupposés contenus sous les chiffres 1 et 2.

1. La conception de légalité qui est à la base du raisonnement juridique de l'accusation se rapporte au système politique de la démocratie parlementaire moderne. L'accusation considère le système politique de la démocratie parlementaire comme un *acquis* de l'Etat national moderne, comme un *standard minimum universel* de la civilisation moderne. Ce standard serait opérationnel dans le processus d'appréciation des comportements politiques juridiquement (pénalement) relevant.

A cette conception de légalité que l'on pourrait appeler "*normativiste*" la défense oppose une conception "*réaliste*".

La conception réaliste conteste la réduction de la diversité de systèmes politiques à un modèle obligé, soit-il réputé comme le meilleur. La légalité ne se réduit pas à la conformité au système des lois parlementaires, ce qui est le signe distinctif de la démocratie parlementaire. Plus large, le concept de légalité, contenu implicitement dans les *prises de position* de la défense, désigne la *conformité à l'ordre normatif en vigueur tel quel*. La nature du système politique (par exemple démocratie ou dictature) spécifiant l'ordre normatif respectif n'est pas un élément constitutif du concept de légalité. *Tout système politique contient une prétention à la légalité, pour autant qu'il soit établi. Le comportement qui s'inscrit dans le cadre du mode de fonctionnement du système normatif en place est légal.* En

ce qui concerne la relation système de lois - pratique étatique, non seulement la pratique étatique participe à la détermination du système légal, mais elle y joue un rôle central.

Ce concept de légalité consacre la force du *factuel* sur le *normatif* (du *Sein* sur le *Sollen*), ainsi que la toute puissance de l'immédiat, et en fin du compte, du pouvoir étatique en place. La légalité s'apparente au conformisme et à l'obéissance inconditionnelle, d'un côté, et au volontarisme du pouvoir politique, de l'autre.

2. Ayant écarté la force contraignante de la *norme juridique* au profit de la force contraignante du *fait juridique*, la défense est conséquente dans son conformisme, aussi concernant ce qui est exposé sous le chiffre 2. Après avoir élargi le concept de légalité (par rapport à celui de l'accusation) dans un aspect, elle le rétrécit dans un autre aspect: la légalité n'englobe que des règles positives de droit, tout en écartant des principes généraux ou fondamentaux flous, considérés comme du droit extra-positif entraînant une "infiltration de la métaphysique dans le droit". Pour résumer: légalité égale au système normatif tel quel; droit égal à l'ensemble des prescriptions positives.

Partant de cette conception de légalité et de droit, la défense attaque doublement le côté opposé dans le procès:

1. Le reproche d'illégalité formulé à l'encontre de l'activité politico-professionnelle des accusés ne tient pas. Ils ont "leur" légalité - celle de leur système politique - à leur côté.

2. L'organisation du procès respectif et la base juridique de l'accusation - tant au niveau du droit matériel que procédural - représente en soi une atteinte au principe de légalité en procès pénal, une érosion du légalisme rigoureux au profit d'une justice superposée, imbibée de métaphysique.

IV. Le mal d'Etat

L'entreprise de la "partie de l'accusation" de localiser le Mal dans un des deux camps du conflit en question, au cours duquel les crimes examinés ont été commis (forces de l'Axe - Alliés; OTAN - Pacte de Varsovie), et de diagnostiquer les causes profondes de la criminalité visée dans la nature du système politique - l'*Etat totalitaire* - n'obtient pas l'entier consentement de la défense.

La défense oppose la thèse de la *culpabilité réciproque* et de la *responsabilité partagée* des deux camps impliqués dans les conflits respectifs, quoi qu'à un degré différent de culpabilité. La ligne de démarcation entre innocents et coupables ne passe pas forcément le long de la frontière entre Etats totalitaires et Etats démocratiques, mais à l'intérieur de chaque Etat et de chaque bloc d'Etats.

A l'optimisme démocratique facile espérant vaincre *le Mal provenant de l'Etat*, à condition d'évincer la *forme déviante de l'Etat* - la dictature totalitaire -, la défense répond avec un pessimisme réaliste. Selon cette version pessimiste *le Mal d'Etat* n'est pas circonscrit dans l'hémisphère de l'Etat totalitaire, il est *transsociétal*. Certains phénomènes inhérents à l'Etat national moderne engendrent un Mal inextricable. *Le Mal d'Etat fait partie de l'aspect institutionnel de la condition humaine*.

Quelques figures emblématiques du Mal d'Etat se laissent déduire des prises de position de la défense:

1. L'état de guerre

La défense aux procès se rapportant à la criminalité national-socialiste s'emploie à mettre en avant le phénomène de la guerre inter-étatique en tant que *module explicatif* et racine profonde des comportements pénalement poursuivis. La plongée dans l'*état de guerre* obéit à ses propres "règles" devant lesquelles s'estompent les divergences les plus significatives en l'*état de paix*, celles par exemple entre l'Etat démocratique et la dictature totalitaire. La défense conteste la distinction, suggérée par l'accusation, entre "*guerre criminelle*" et "*guerre ordinaire*", en s'appuyant sur la thèse de l'identité principielle et objective de l'horreur produite par des affrontements militaires.

2. L'intervention sécuritaire

La défense au procès Honecker examine les actes des accusés sous l'angle de l'usage obligé de la force par les organes sécuritaires de l'Etat. De manière analogue à l'*état de guerre*, les situations critiques de recours à la force étatique sont traitées comme une réalité en soi,

obéissant à des exigences spécifiques. L'homicide autorisé aussi bien volontaire que non-volontaire au cours d'interventions sécuritaires représente une conséquence techniquement conditionnée et non pas politiquement colorée. *Tout comme la plongée dans l'état de guerre, l'entrée dans une situation d'intervention sécuritaire efface les divergences structurelles entre les Etats*, par l'identité des conséquences fatales souvent inévitables.

3. La tension entre la sphère politique et la sphère juridique

L'aspect politique et l'aspect juridique de la construction étatique, quoi que constamment enchevêtrés, entretiennent une relation de tension conditionnée par leur nature propre. La vie de l'Etat ne se déroule pas en toute quiétude et sérénité, sous forme d'application fidèle de prescriptions juridiques. La bonne gouvernance de l'Etat dans un environnement incontrôlable et changeant (par exemple la guerre froide et le comportement imprévisible du camp opposé) implique une marge d'autonomie décisionnelle du pouvoir politique. Si l'aspect juridique de la construction étatique est prédominant pour des périodes de statu quo, l'aspect politique gagne en importance et revient au devant de la scène en périodes de rupture dans la vie de l'Etat. Si le conformisme juridique est la règle pour une société statique, le volontarisme politique caractérise une société en mouvement ou en crise. Cette tension interne dans le complexe étatique est inhérente à l'Etat et constitue une source potentielle de distorsions, indifféremment de la nature du système politique.

4. La raison d'Etat

La *raison d'Etat* représente un aspect incontournable de l'Etat national souverain, consubstantiel à son existence même. La *raison d'Etat* est en quelque sorte la garantie technico-politique de la *raison d'être* de l'Etat souverain. Si l'Etat national, distinct et juxtaposé à tous les autres Etats nationaux, a une *valeur en soi*, cette valeur est solidifiée et protégée par l'évocation de la *raison d'Etat* en tant que justification suprême pour des situations d'exception et des dérogations au fonctionnement régulier de *la vie de l'Etat*. La *raison d'Etat* est évoquée dans des situations de *menace à la sécurité de l'Etat* en question. Tout comme les figures de *l'état de guerre* et de *l'intervention sécuritaire*, l'évocation de la *raison d'Etat* transcende les caractères structurels des Etats, propres à leur système politique. L'évocation de la *raison d'Etat* a des conséquences identiques, indépendamment du système politique de l'Etat: c'est le recours à la *Realpolitik*, pouvant porter atteinte au respect des droits de l'homme jusqu'à l'abrogation à titre d'exception de certains de ces droits. Si les systèmes politiques, dans leur fonctionnement régulier, diffèrent de manière substantielle quant à la

reconnaissance et le respect des droits fondamentaux, l'évocation de la raison d'Etat les dispense de manière identique de l'obligation au respect inconditionnel de ces droits.

Les avocats de la défense se réfèrent, à titre d'exemples, à certaines pratiques étatiques émanant précisément des Etats qui assument le rôle d'accusateur aux procès examinés.

Ainsi, rappelle avec insistance Jacques Vergès, l'évocation de la *raison d'Etat* pendant la guerre d'Algérie a permis à la France non seulement de bafouer les droits de l'homme desquels elle se réclame solennellement - en pratiquant la torture et les exécutions extra-pénales (crimes qu'elle reproche à Klaus Barbie) - mais à un deuxième degré cette même *raison d'Etat* empêche la poursuite pénale des violations, avec l'instrument de l'amnistie, d'un côté, et de l'autre côté, avec l'instrument de la reconnaissance de l'imprescriptibilité des *crimes contre l'humanité* uniquement, à la différence de la majorité des pays signataires de la Convention de l'ONU, reconnaissant aussi l'imprescriptibilité des *crimes de guerre*.

Les avocats de Honecker se réfèrent, de leur côté, au droit de libre circulation des personnes, dont la violation par la RDA, accompagnée de l'emploi de la force, constitue la matière du procès Honecker. L'évocation de la *raison d'Etat* est à l'origine, remarque la défense, des restrictions au droit à l'asile opérées par la RFA, et cela simultanément à la tenue du procès Honecker.

V. Dénonciation de la justice politique comme justice politisée (Realpolitik bis), instrumentalisant la "religion civile" des droits de l'homme

Derrière la prétention de la jurisprudence de Nuremberg de se constituer en rempart contre la pure *Realpolitik* en contraignant les real-politiciens à se plier devant la primauté du droit et des droits fondamentaux, la défense voit se profiler le spectre d'une *Realpolitik* déguisée, au deuxième degré. Les manifestations de cette *Realpolitik* se situent à deux niveaux:

1. Par le trait d'équivalence qu'elle met entre l'*Etat de droit* et la sauvegarde des principes universels de droit, la *jurisprudence de Nuremberg* attribuée à l'*Etat de droit*, en quelque sorte, le *monopole de la détention et de l'interprétation des principes universels*. Les protagonistes de cette jurisprudence opèrent en même temps avec le sous-entendu de la coïncidence parfaite entre le système de l'*Etat de droit* et l'Occident. Ainsi la bataille *proprement juridique* pour l'extension de la sphère de reconnaissance des principes universels de droit et des droits fondamentaux cache une deuxième face: la lutte pour l'imposition partout dans le monde du modèle politique de l'*Etat de droit* comme étant le seul compatible avec les principes en cause. L'*Etat de droit* est prisé comme le modèle d'*Etat* qui est, de par sa nature, universable. Mais la mission de promotion planétaire de l'*Etat de droit*, ce dernier perçu comme un acquis civilisationnel des peuples occidentaux, est une mission de *militantisme politique* par excellence.

2. Sitôt que la mission de répandre à l'échelle planétaire les principes fondamentaux de droit prend les allures de promotion de principes occidentaux, le privilège de l'interprétation qui incombe aux tribunaux des *Etats de droit* mène au résultat opposé: à une incohérence intéressée dans cette interprétation, à une sélectivité des poursuites pour violation des principes universels. Par la sélectivité les tribunaux régressent au rôle d'exécuteurs involontaires de calculs politiques: la poursuite judiciaire pour les violations des droits fondamentaux est entamée uniquement contre des Etats ennemis, tandis que les Etats partenaires, même s'ils ont commis de pareilles violations, sont épargnés de poursuites. L'imposition de la "religion civile" des droits de l'homme cache, et contre la bonne intention des magistrats impliqués, un dessous politique: elle est instrumentalisée en arme politique, dirigée contre les Etats ennemis. C'est une forme dissimulée de *Realpolitik*, plus répugnante encore que toute autre, parce qu'elle conduit à la confusion par son extrême surnoiserie: elle

instrumentalise en arme de prédilection précisément le remède que certains beaux esprits croyaient avoir trouvé pour réparer les effets désastreux de la Realpolitik.

TROISIEME PARTIE

**RESULTATS DE LA RECHERCHE :
VERS UNE LEGITIMITE PRINCIPIELLE**

INTRODUCTION

Etude idéographique

La légitimité de l'ordre normatif établi d'une société est un phénomène de la conscience, donc d'ordre idéal. Si elle "réside" dans la conscience individuelle des citoyens d'une société particulière, voire de la société planétaire, son *articulation* n'en émane pas moins de sources bien précises. Ces sources représentent des condensés argumentatifs, aptes à se propager à partir d'un *porteur de messages* vers la multitude des consciences individuelles. Le *porteur de messages* privilégié varie en fonction du lieu et l'époque, mais il se situe en tout cas à un topos visible de la société en cause, et dispose d'une capacité d'influence factuelle sur le processus décisionnel au niveau communautaire et sur la définition des codes de comportement au niveau individuel. La *source de l'articulation* du mode de légitimité est dotée, dans la société en question, d'une telle importance, qu'elle participe, en quelque sorte, à la création intellectuelle du mode de légitimité qu'elle articule et qui est véhiculé par le *porteur de messages* privilégié.

Dans la présente recherche j'ai arrêté mon attention sur deux *sources d'articulation* de conceptions de la légitimité, véhiculées respectivement par deux *porteurs de messages* privilégiés de l'époque concernée:

- pour l'Etat européen moderne naissant (XVII-ème siècle), le *porteur de message* privilégié, c'est l'oeuvre littéraire, et particulièrement l'oeuvre philosophique, diffusée sous forme de *livre imprimé*; la source d'articulation du mode de légitimité est représentée par le *corpus de théories jus- naturalistes*.

- pour la période de crise (ou de mutation) légitimatoire de l'Etat européen qui marque la deuxième moitié du XX-ème siècle, le *porteur de messages* privilégié, ce sont les *médias de masse*; la *source d'articulation* du mode de légitimité est représentée par les *procès politiques médiatisés de la jurisprudence de Nuremberg*.

Il s'agit, dans les deux cas, d'une étude purement idéographique, qui a pour objectif de dégager les *contenus intellectuels* portant sur le sujet visé. Elle n'a pas pour but la *critique* des idées, mais la *reconstitution de complexes conceptuels latents (implicites) à partir de leurs composantes et de leur manifestations - les prises de position (les thèses, les assertions)*. Pour paraphraser Durkheim, j'ai traité les idées comme "des choses": comme des théorèmes purs de la coexistence des hommes sociables. J'ai abordé les complexes d'idées gisant dans le

corpus jus-naturaliste, ou enfermés dans les dossiers des procès politiques visés, comme constituant le fondement intellectuel de la construction et de la reconstruction politico-étatique, en même temps que comme des supports de la conception légitimatoire, qui préfigure le profil normatif de l'époque en question.

Pour aboutir à la reconstitution de la conception légitimatoire de la jurisprudence de Nuremberg (dans ses développements les plus récents), et sa comparaison avec la conception jus-naturaliste de la légitimité, il m'a fallu passer par quelques étapes méthodologiques intermédiaires.

Pour la conception légitimatoire jus-naturaliste:

1. "Radiographie" des composantes des théories étatiques respectives, renfermant l'aspect légitimatoire (dans la première partie);
2. Extraction de l'aspect légitimatoire des théories étatiques (dans cette troisième partie).

Pour la conception légitimatoire aux origines jurisprudentielles:

1. Exposé des significations juridico-sociologiques du procès de Nuremberg et du procès Eichmann (dans la deuxième partie);
2. Exposé des prises de position des parties aux procès Barbie et Honecker (dans la deuxième partie);
3. Déduction des *conceptions de société politique* respectives sur la base des *prises de position* (dans la troisième partie);
4. Extraction de l'aspect légitimatoire des conceptions de société politique respectives (dans cette troisième partie).

Chapitre premier

La conception de la légitimité dans le corpus jus-naturaliste

I. Légitimité plurimodale

Comme on a déjà essayé de le démontrer dans la première partie, les conceptions étatiques de Hobbes et de Locke représentent, sans aucune ambiguïté, la référence classique pour exprimer deux modes de légitimité : la *légitimité gouvernementaliste* et la *légitimité législatrice parlementaire*. Un bref résumé récapitulatif de ces deux modèles de légitimité sera utile pour les développements postérieurs.

La différence majeure entre les deux conceptions ne consiste pas dans le fait que les deux penseurs politiques souscrivent à deux formes différentes de régime politique: Hobbes défendant inconditionnellement le régime de la monarchie absolue, Locke étant un adepte fervent du parlementarisme. Ce n'est pas ce choix proprement politique qui trace la ligne de démarcation profonde entre les visions étatiques de deux penseurs. Tous les deux admettent d'ailleurs, comme héritage incontesté de la pensée gréco-romaine, et sans beaucoup s'étendre là-dessus, l'existence de trois régimes politiques possibles: la monarchie, l'aristocratie et la démocratie. Si Hobbes s'applique ensuite à cautionner le régime monarchique, et Locke, pour sa part, le régime de la démocratie représentative, l'un et l'autre le font pourtant sans contester la raison d'être des autres régimes politiques, et l'un et l'autre ne le font qu'avec la conviction que le régime prôné correspond au mieux à la nature et aux finalités de la *République (Commonwealth)*.

Ce n'est donc pas sur le terrain du régime politique concret que se joue la distinction, ce sont deux visions de la *République* qui s'affrontent. La *République* de Hobbes, - c'est le *Léviathan* - créature artificielle, détenteur du *glaiive public*. Le présupposé anthropologique de Hobbes, notamment sa méfiance vis-à-vis de l'homme dans l'*état de nature*, l'amène à considérer la promotion de l'homme naturel à la sociabilité et à la civilité comme un coup disciplinaire dû à la menace par la force publique. La faillibilité de l'homme originel est à l'origine de la fonction civilisatrice du bâton. L'existence d'une société civile distincte du pouvoir politique n'est pas imaginable: société civile et pouvoir public ne font qu'un; c'est

précisément le pouvoir public qui fait d'une multitude une société, et c'est le détenteur de la souveraineté qui personnalise la multitude incorporée.

"L'opinion selon laquelle un monarque reçoit son pouvoir d'une convention - remarque Hobbes -, autrement dit sous condition, vient de ce qu'on ne comprend pas cette vérité facile, que les conventions, n'étant que paroles et souffle, n'ont pour obliger, contenir, contraindre ou protéger, aucune autre force que celle qu'elles tiennent du glaive public, c'est-à-dire des mains non entravées de cet homme ou assemblée d'hommes qui détient la souveraineté et dont les actions sont ratifiées par tous, et exécutées par la vigueur de tous, unis dans le souverain."³⁵⁸

Cette citation illustre bien l'idée de Hobbes, que le détenteur du pouvoir public agit en souverain, parce que *ses actes ne lui appartiennent pas en propre*. Tous ses actes politiques sont par définition, en vertu du contrat d'institution de la République, et donc d'avance (quel que soit leur contenu), ratifiés par tout un chacun, par le corps intégral.

A la différence de la distinction, opérée par Locke, entre société civile et pouvoir public, Hobbes opère une différenciation à l'intérieur de la personne du détenteur de la souveraineté, celui-ci étant en possession de deux personnalités: une *personnalité naturelle* (physique) et une *personnalité politique*:

"(...) quiconque est dépositaire de la personnalité du peuple, ou appartient à l'ensemble qui en est dépositaire, est aussi dépositaire de sa propre personne naturelle, et, même s'il est attentif, dans sa personnalité politique, à favoriser l'intérêt commun, il est néanmoins plus attentif encore ou en tout cas pas moins, à favoriser son bien privé, celui de sa maison, de sa parenté, de ses amis, et en général, si l'intérêt public vient à s'opposer à l'intérêt privé, il donne la préférence à celui-ci - les passions des hommes, en effet, sont communément plus puissantes que leur raison".

Si Hobbes porte sa préférence du côté de la monarchie absolue comme régime politique, c'est précisément en raison de la supposée capacité naturelle de la forme monarchique à protéger la *personnalité politique* du Prince d'éventuels égarements dus à sa *personnalité naturelle* ou bien à obliger au mieux la *personne physique* de servir les finalités de la *personne politique*:

"Il s'ensuit que c'est là où l'intérêt public et l'intérêt privé sont le plus étroitement unis que l'intérêt public est le plus avantagé. Or, dans une monarchie, l'intérêt privé est le même que l'intérêt public: la richesse, le pouvoir, l'honneur d'un monarque ne repose que sur la richesse, la force et la réputation de ses sujets; aucun roi, en effet, ne peut être riche, glorieux ou en sécurité, si ses sujets sont pauvres, exposés au mépris, trop affaiblis

par le besoin ou les dissensions pour soutenir une guerre contre leurs ennemis. Dans une démocratie, en revanche, ou dans une aristocratie, la prospérité publique n'ajoute pas autant à la fortune privée d'un homme corrompu ou ambitieux que ne le fait, bien souvent, une recommandation perfide, une action traîtresse, une guerre civile."³⁵⁹

Dans la doctrine hobbesienne, à la différence de celle de J. Locke, la participation citoyenne à la gouvernance de l'Etat n'est pas envisageable, parce que la gouvernance est le fait du corps tout entier, exercée par la figure du gouverneur. Par l'acte d'investiture les particuliers ont autorisé le détenteur de la souveraineté à exécuter leurs propres actes et de sorte ils se sont constitués en *sujets du souverain*. La *sécurité des sujets*, qui sont, dans la *République*, à l'abri de la violence originelle, et non pas la *participation citoyenne*, constitue la quintessence de la *République*.

La société est, dans la doctrine hobbesienne, indissociable de *l'appareil de l'Etat*. *L'appareil de l'Etat*, ce n'est pas une caste au pouvoir, une classe politique, c'est *l'aspect technico-politique de la gouvernance de la société*. Dès lors toute révolte ou révolution dirigée contre le détenteur de la souveraineté ne représente autre chose que la *subversion de l'ordre civil*. Anti-étatique coïncide parfaitement avec anti-social et anti-civilisationnel.

La *République* de Locke ne représente pas une rupture avec l'état naturel, ni un saut inaugural dans la civilité, mais une amélioration substantielle de la condition humaine originelle. *L'état naturel*, tout en étant un état social initial de l'homme naturel, se caractérise par son extrême vulnérabilité. *L'état naturel* est marqué par une instabilité chronique, qui est la conséquence du *déficit organisationnel* et de *l'absence de garanties institutionnelles* des relations sociales. L'édification d'une société politique moyennant un contrat instituteur ne démolit pas les données de *l'état naturel*, mais les intègre dans un artifice humain et consensuel. A la suppression de la liberté naturelle dans la *République* hobbesienne correspond, dans la *République* lockienne (le *Commonwealth*), la *sécurisation de la liberté naturelle par la garantie légale*.

Le présupposé anthropologique de Locke se caractérise par la confiance optimiste à l'égard de l'homme naturel. Si Hobbes voit dans la *nature* égoïste de l'homme la racine du Mal que la construction étatique est appelée à extirper, Locke localise la source du Mal dans la *déviance* par rapport à la *nature humaine*. Les humains qui se comportent conformément à leur nature (l'écrasante majorité) sont bien intentionnés à l'égard de leurs semblables. Il se

trouve pourtant des êtres "dépravés" qui s'écartent de leur prédestination naturelle et se comportent contrairement aux préceptes des lois de la raison. Ils déclenchent la violence contre les "gens de bien" qui, ayant le droit naturel de se protéger contre une agression, se voient piégés dans un cycle de violence sans issue. L'édifice de la République (Commonwealth) est censé sauvegarder la liberté, en assurant la sécurité des gens innocents contre les attaques des délinquants naturels - ceux qui violent les préceptes de leur nature humaine. Pour cette raison la fonction juridictionnelle de la République est, d'après la remarque pertinente de Simone Goyard-Fabre, "le critère même de l'état civil"; un pouvoir judiciaire n'est pas prévu par Locke, à côté du législatif et l'exécutif, parce que, d'après la même auteur, "le Commonwealth tout entier se caractérise par sa capacité juridictionnelle".³⁶⁰

La majorité des gens dans l'*état naturel* observant les *lois naturelles*, ils n'ont besoin de la force publique que pour se protéger des agressions d'une petite minorité de violeurs des lois naturelles. La force publique qu'ils édifient par leur consentement libre est censée garantir leurs droits, en organisant l'exercice de leurs libertés à l'aide de lois proclamées. L'institution de la *République* ("*Commonwealth*") ne représente pas un dessaisissement des droits de la part des contractants, mais la délégation, à une représentation législative, du mandat d'édicter des lois. Dans la doctrine étatique de Locke les prérogatives du pouvoir exécutif (du prince en l'occurrence) sont circonscrites dans les limites imposées par les lois étatiques, que le "peuple" s'est données par ses représentants. Dans cette construction doctrinale, société politique (peuple) et appareil étatique sont distincts. Le pouvoir exécutif ne procède pas d'un pacte d'auto-assujettissement des sujets, mais d'un mandat de la part de citoyens responsables. La construction étatique chez Locke est basée sur la participation citoyenne. Le pouvoir exécutif est soumis au contrôle du peuple. Le peuple, en sa qualité citoyenne, veille à la prévention et à la sanction d'éventuels abus de pouvoir. Il est en droit, s'il le juge opportun, de remplacer le détenteur du pouvoir exécutif ou même la forme de gouvernement (le régime politique). Si pourtant les gouvernants usaient de la force et empêchaient le peuple d'intervenir contre l'exercice abusif du pouvoir, il appartient au peuple de s'y opposer, y compris par la force. Le droit du peuple à la rébellion contre un oppresseur injuste est incontestable, au même titre que le droit de l'homme naturel à la légitime autodéfense contre un agresseur violent.

II. Légitimité souverainiste (corporative-particulariste)

Les deux modes de légitimité (on peut y ajouter un troisième - le mode qui se fait jour à travers la conception de Grotius) décrits ci-dessus présentent des caractères, et surtout des implications politiques pratiques, diamétralement opposés. Le sujet sur lequel ils s'affrontent le plus spectaculairement, c'est celui concernant le droit de résistance. Tandis que Locke désigne, en cas de rébellion du peuple contre le pouvoir (le prince), ce dernier comme le vrai déclencheur des hostilités parce que coupable d'abus de pouvoir, Hobbes, pour sa part désigne, en cas de représailles par le pouvoir public, comme vrai auteur de ces représailles les rebelles mêmes.

En dépit de cette opposition polaire, on est en présence d'une différence entre des espèces d'un même genre. Les deux *modes de légitimité* opposés représentent des *sous-divisions* d'un même *type de légitimité*, en l'occurrence celui d'une *légitimité souverainiste-corporative*.

Aussi bien Hobbes que Locke (ainsi que d'ailleurs Grotius et Pufendorf) jettent les bases intellectuelles du phénomène de *l'incorporation* des particuliers dans une société distincte. Si la société distincte apparaît sous deux formes différentes - soit elle ne fait qu'un avec le pouvoir public censé la personnaliser, soit elle présente une autonomie civique vis-à-vis de l'appareil de l'Etat - elle n'en constitue pas moins un corps achevé, juxtaposé à d'autres corps pareils, qui lui sont étrangers. Avec l'institution de la *République (Léviathan ou Commonwealth)* une vie perpétuelle vient à être insufflée à une *personnalité artificielle, non-réductible à l'addition des personnalités naturelles de ses membres mortels*, un monstre sacré vient de naître. Simone Goyard-Fabre dénomme le phénomène, qu'elle observe chez Locke, "scission":

"Tel est, selon Locke, le principe originaire des sociétés civiles: la sociabilité naturelle n'acquiert son effectivité que si les hommes scindent la grande communauté naturelle primordiale en sociétés particulières. Afin de sauvegarder dans la paix et la sécurité les droits inhérents à leur nature, ils ont consenti à cette scission par un acte volontaire et libre."³⁶¹

Le corps public est doté, avec l'acte de son institution par les contractants libres, d'un esprit commun, d'une "âme". C'est notamment l'existence de cette "âme" qui représente le fait majeur, par rapport auquel la circonstance qu'elle réside dans le peuple ou bien dans le prince-détenteur de la souveraineté n'est que secondaire. Cette "âme" représente la source de la

souveraineté, la capacité dont le corps, en se constituant, s'investit, de disposer en dernière instance de son existence.

Avec l'institution de la société distincte le particulier autonome de l'état naturel acquiert une *existence dédoublée*: en tant qu'à la fois *particulier* (personne individuelle, porteur de droits) et *incorporé* (le fait qu'il soit incorporé en tant que sujet ou en tant que citoyen n'est que secondaire). Sa vie se désagrège en vie privée et vie civique (politique).

Et si Grotius, honoré comme "le jurisconsulte du genre humain", accompagne la théorisation de cette "scission" d'une prise en considération du "vaste assemblage des communautés humaines", se profilant par là comme père du droit international, il s'agit pour lui d'établir et d'arrêter les relations inter-corps. Si tout de même des particuliers tombent dans son viseur d'internationaliste juridique, c'est toujours dans leur qualité d'incorporés, dans leur dimension politique.

La *légitimité souverainiste* cautionne comme valeur suprême le *bien commun*. On peut à nouveau distinguer des nuances dans la perception du bien commun chez Hobbes et chez Locke. Le bien commun consiste, d'après Hobbes, dans la conservation du pouvoir public, ce dernier étant le garant suprême de la paix et de "toutes les satisfactions de la vie". Pour Locke le bien commun ne se réduit pas au pouvoir public, au contraire, c'est au pouvoir public d'assurer la sauvegarde des "biens" ("la vie, la propriété, la liberté") de tous les membres de la société. Chez Locke le bien commun coïncide donc avec la sauvegarde des droits individuels par le moyen de la force commune. Dans ces différentes perceptions du bien commun on pourrait entrevoir les germes de deux programmes politiques aux antipodes l'un de l'autre: le premier annonçant un régime autoritaire et stagnant, l'autre un système libéral. Néanmoins, ici comme ailleurs il ne s'agit que d'espèces du même genre. Si, dans les perceptions respectives du bien commun, le centre de gravité oscille entre les droits des individus et le bien que constitue leur force publique, il est question dans les deux cas de figure du *bien commun d'une communauté distincte*, d'un organisme particulier, rigoureusement démarqué d'autres communautés semblables et du reste du genre humain. La *légitimité souverainiste* est en soi *particulariste*. Les communautés souveraines, représentées par leur personnalité artificielle, s'affirment comme les acteurs du théâtre mondial.

1. Légitimité bi-dimensionnelle

La *légitimité souverainiste*, telle qu'elle ressort des écrits des jus-naturalistes, comporte deux dimensions: contractuelle et rationnelle.

a) *L'aspect contractuel* de la *légitimité souverainiste* émane du libre consentement. L'engagement pris avec *l'acte initial* (l'acte de la première institution de la République, ou bien, pour les générations postérieures, son approbation, expresse ou tacite, par chaque membre de la société qui atteint l'âge de la majorité): de s'associer avec un certain nombre de ses semblables pour ne former ensemble qu'un corps; de se donner un système de gouvernance du corps; de désigner des gouvernants, conformément au système de gouvernance choisi; de conformer son comportement aux préceptes édictés par les gouvernants - crée une *obligation* pour le contractant. Cette obligation est, d'après les divergences doctrinales entre Hobbes et Locke, celle de *l'obéissance inconditionnelle* (Hobbes) ou bien celle de la *loyauté civique* (Locke).

L'aspect contractuel représente la base de la *légalité*: la validité et l'impérativité du système des actes juridiques, émanant du pouvoir politique validement (par consentement) désigné. Le système des lois étatiques représente la toile de fond du tissu social. Celui qui agit à l'encontre des lois étatiques s'élève contre le moyen d'organisation de la vie en commun, donc contre le *contrat social*. En agissant d'une manière illicite, il agit par là-même d'une manière a-sociale.

b) *Aspect rationnel (essentiel). Vérité juridique*

Pourtant, l'orthodoxie du *contrat social* n'aboutit pas à une sorte d'artificialité législatrice ou de volontarisme politique. Parce que *l'aspect contractuel* de la légitimité est complété, ou mieux, sous-tendu par son *aspect rationnel (essentiel)*. *L'aspect essentiel* se rapporte au contenu des lois étatiques. La compétence législative de la République (qu'elle soit remise entre les mains d'un Prince, comme le veut Hobbes, ou bien d'une assemblée de représentants du peuple comme le souhaiterait Locke) ne consiste pas dans une *création de lois*. *Les lois ne sont pas le produit de l'imagination collective créative d'un collège étatique*. La compétence législative se limite à la *découverte de lois*, déjà présentes dans la nature humaine, *leur articulation* et leur *interprétation authentique*.

Les jus-naturalistes perçoivent des lois étatiques comme si ces dernières étaient analogues aux lois physiques de la nature: aussi bien les lois juridiques que les lois physiques sont déjà présentes dans la nature (physique ou humaine) avant toute intervention de l'homme;

elles sont une donnée naturelle précédant leur formulation, respectivement proclamation (promulgation). La contribution humaine est le fait de leur *découverte* et de leur *interprétation authentique*. Dans le cas des lois physiques la compétence de la découverte et de la formulation appartient aux scientifiques. En ce qui concerne les lois juridiques, la question pertinente est de savoir à qui échoit le pouvoir de l'*interprétation authentique* des *lois naturelles*. Autour de la réponse à cette question s'édifient les conceptions législatrices opposées de Hobbes et de Locke.

L'interprète qualifié de la *loi naturelle* ne pourrait être, dans la doctrine de Hobbes, autre que le détenteur de la souveraineté :

" Que la loi ne puisse jamais être opposée à la raison - estime Hobbes -, nos légistes l'admettent. (...) Mais le doute porte sur ce point : quel est celui dont la raison sera reçue comme loi ? Cela ne peut s'entendre d'aucune raison particulière. (Il y aurait en effet autant de contradictions dans les lois qu'il en est dans les Ecoles) (...) Aussi la loi ne procède-t-elle pas de cette jurisprudence ou sagesse des juges subalternes, mais de la raison de cet homme artificiel que nous étudions ici, c'est-à-dire de la République et de ses commandements."³⁶²

D'après Locke, la compétence de l'*interprétation authentique* des *lois naturelles* réside dans la "raison" de l'assemblée représentative du peuple, parce que celle-ci reflète la "raison" du peuple.

Le point commun entre Hobbes et Locke sur cette question est que l'interprète qualifié, que ce soit le Prince ou l'assemblée, représente toujours la *raison publique*.

c) relation entre l'aspect contractuel et l'aspect rationnel de la légitimité (l'aspect contractuel et l'aspect rationnel de la légitimité considérés ensemble)

D'après la formule laconique de Simone Goyars-Fabre, se rapportant à Locke, "le bilan positif du pouvoir législatif ne fait aucun doute". Cette formule est extrapolable à Hobbes. Dans le corpus de doctrines jus-naturalistes, le contenu des lois étatiques ne peut pas être mis en question, parce que celui-ci n'est pas un produit de la volonté et de la création humaine, mais précède à l'acte légiférant de l'appareil législatif. L'aspect essentiel des lois humaines n'est donc pas à la disposition de l'homme. La pièce de la législation étatique se joue uniquement sur le terrain de l'exégèse. C'est notamment le champ d'action de l'aspect contractuel. Les conventions instituant la République ont pour but de garantir d'une part *l'efficience des lois naturelles*, mais d'autre part l'irréprochabilité de leur *interprétation authentique*. *Les origines contractuelles de l'organe législatif assurent l'infailibilité des lois*

étatiques (donc l'infailibilité de l'interprétation des lois naturelles): la raison collective ne peut pas avoir tort.

Les deux aspects de la légitimité sont conceptualisés par Hobbes dans les termes de "justice" et "équité". La notion de "justice" couvre le sens de l'*aspect contractuel*, celle de l'"équité", de l'*aspect essentiel*.

On s'aperçoit que dans le système de doctrines jus-naturalistes *la légalité* (l'aspect contractuel) *est intérieure à la légitimité*. De ce fait même, elle est impérativement valable: parce que par définition non arbitraire et ayant des supports objectifs (les lois naturelles préexistantes).

La relation interne entre la légitimité et la légalité est détectée par Hobbes (cependant, sans qu'il recoure aux termes "légitimité" et "légalité") dans une impeccable constellation logique:

"En effet, dans l'état de pure nature, les lois de nature, qui consistent dans l'équité, la justice, la gratitude, et les autres vertus morales qui dépendent de ces premières, ne sont pas proprement des lois (...), mais des qualités qui disposent les hommes à la paix et à l'obéissance. C'est une fois qu'une République est établie (et pas avant) qu'elles sont effectivement des lois, en tant qu'elles sont alors les commandements de la République, et qu'en conséquence elles sont aussi des lois civiles. (...)La loi de nature est donc, dans toutes les Républiques du monde, une partie de la loi civile. Et réciproquement, la loi civile est une partie des préceptes de la nature: en effet, la justice, autrement dit *l'exécution des conventions* et le fait de rendre à chacun ce qui lui revient, *est un précepte de la loi de nature* (c'est moi qui souligne); or tout sujet d'une République s'est engagé par convention à obéir à la loi civile (...): l'obéissance à la loi civile est donc une partie de la loi de nature."³⁶³

La relation d'inclusion de la légalité par la légitimité est démontrée ici par une double argumentation:

1. La loyauté contractuelle étant un précepte de la *loi naturelle*, on est tenu à son engagement inconditionnel au respect des lois civiles (quel que soit leur contenu);

2. L'infailible conformité à l'équité du contenu des lois civiles est assurée par le fait que:

a) les lois civiles ne représentent qu'une adaptation des lois naturelles (les *lois naturelles* faisant partie de la *nature de l'homme*, sont par définition intangibles et contiennent l'équité);

b) avec l'institution de la République les gens édifient la personne artificielle de l'interprète qualifié des lois naturelles.

2. Non-justiciabilité de la personne politique du souverain; impossibilité de *loi injuste*

Dans le corpus de doctrines jus-naturalistes l'option de *loi injuste*, comme déjà démontré (dans la première partie de la présente recherche), n'est pas envisageable. Le législateur ne peut pas se tromper ou bien s'écarter de l'équité, dans sa tâche de traduire les lois naturelles en lois civiles.

Par contre, des écarts de la loi sont toujours possibles au cours de l'exécution par le pouvoir public. Hobbes envisage deux cas de figure d'éventuelles erreurs de la part du détenteur du pouvoir:

1. Dans une relation de droit (normalement de droit privé), lorsque l'Etat est partie vis-à-vis d'un de ses "sujets". Dans ce cas le pouvoir souverain n'apparaît pas dans sa personnalité politique, mais simplement comme partie dans une relation juridique réglée par une loi :

"Si un sujet a un litige avec son souverain à l'occasion de l'application d'une loi déjà existante, au sujet d'une dette, ou de la propriété de biens meubles ou immeubles, ou de quelque service exigé de lui, ou d'une peine corporelle ou pécuniaire: il a la même liberté d'intenter une action pour la défense de ses droits que s'il plaidait contre un autre sujet; et il le fera devant les juges nommés par le souverain. Etant donné en effet que c'est en vertu d'une loi antérieure, et non de son pouvoir, que le souverain exige alors, il déclare par là même qu'il ne réclame rien de plus que ce qui est dû aux termes de ladite loi. L'action intentée n'est donc pas contraire à la volonté du souverain, et par conséquent le sujet a la liberté de réclamer que sa cause soit introduite et que la sentence soit rendue conformément à cette loi. Mais si le souverain réclame ou prend quelque chose en alléguant son pouvoir, il n'existe en ce cas aucun recours légal: car ce qu'il fait en vertu de son pouvoir, est fait avec l'autorisation de chaque sujet, et par conséquent celui qui intente une action contre le souverain l'intente contre lui-même."³⁶⁴

2. Lorsque le détenteur de la souveraineté, en agissant dans sa *personnalité politique*, viole une *loi de la nature*:

"Il peut donc arriver, et en effet il arrive souvent, dans les Républiques, qu'un sujet soit mis à mort sur un ordre émané du pouvoir suprême, aucune des deux parties n'étant cependant en tort vis-à-vis de l'autre. (...) Ces considérations restent valables dans le cas d'un prince souverain qui met à mort un sujet innocent. Car, encore qu'une telle action, étant contraire à l'équité, s'oppose à la loi de nature, comme dans le cas de David

causant la mort d'Urie, ce n'est pas néanmoins une injustice commise à l'égard d'Urie, mais une injustice commise à l'égard de Dieu: pas à l'égard d'Urie, parce que le droit de faire ce qu'il voudrait avait été donné à David par Urie lui-même; mais à l'égard de Dieu, parce que David était le sujet de Dieu qui, par la loi de nature, interdit toute offense à l'équité. David lui-même a confirmé manifestement cette distinction, quand, se repentant de son acte il a dit: Contre toi seul j'ai péché."³⁶⁵

Hobbes justifie, dans ce deuxième cas de figure, l'*immunité de juridiction du détenteur de la souveraineté*, lorsqu'il agit en sa *personnalité politique*. En vertu de l'aspect contractuel de la légitimité, *la personnalité politique du prince est inviolable*. L'inculper équivaldrait à une inculpation de la *République*. Si la *personnalité politique* du prince (c'est-à-dire la *République* elle-même) agit contrairement à l'équité, ce n'est pas dans le pouvoir des humains d'en juger, parce que ce n'est pas à la portée des humains de déterminer le contenu des *lois naturelles* (dont l'équité est la substance), donc c'est à Dieu, la source primaire des *lois naturelles*, de juger.

Chapitre deuxième

La révolution légitimatoire de l'Etat postmoderne

Apport jurisprudentiel de la jurisprudence de Nuremberg à la conception de la légitimité

La tension entre légitimité et légalité marque comme un fil rouge les interventions des deux parties au procès Barbie et au procès Honecker. On peut répertorier cinq cas de figure, dans lesquels cette tension est articulée, par l'une ou l'autre partie au procès:

1. Concernant le système nazi:

L'accusation au procès Barbie développe la thèse (comme déjà démontrée dans l'analyse descriptive) que le pouvoir national-socialiste se réclame d'une *légitimité idéologique le dispensant explicitement du respect de la légalité*;

2. Concernant la résistance au régime nazi:

L'accusation au procès Barbie rend hommage à la Résistance française contre le régime d'occupation nazi et le gouvernement collaborationniste de Vichy. L'ordre légal formel instauré par le gouvernement français sous l'occupation est apprécié comme illégitime par l'accusation, ce qui justifierait le droit à l'opposition active, y compris par la violence: donc *légitime opposition armée à la légalité formelle illégitime*;

3. Concernant le terrorisme inspiré par une idéologie tiers-mondiste (procès Barbie):

L'un des représentants de parties civiles au procès Barbie (notamment le représentant de la LICRA) affirme l'existence d'une parenté entre le discours appelé "subversif" de la défense et le discours du terrorisme tiers-mondiste, ce dernier se réclamant du *combat de la légitimité contre l'opresseur injuste, par conséquent, contre la légalité du pays-oppresseur*.

4. Concernant le régime communiste:

L'accusation au procès Honecker démontre que *la pratique étatique* de l'Etat est-allemand, *se réclamant d'une légitimité idéologique* ("la mission humaniste de la classe ouvrière"), est exercée à l'encontre de la légalité.

5. Concernant la *jurisprudence de Nuremberg*:

La défense aux deux procès dénonce la *violation du principe de légalisme en droit pénal* (la subordination de la justice aux lois) de la part de la *jurisprudence de Nuremberg*, qui se croirait *légitimée par une justice immanente*.

Finalement, la défense conteste la *légitimité de la jurisprudence de Nuremberg* (et du procès respectif, auquel elle participe), *faute de légalité planétaire*.

Avant de procéder à un traitement systématique de cette tension à multiples facettes à l'intérieur du couple conceptuel légitimité - légalité, il faut introduire une distinction. Tout au long de l'analyse descriptive des *prises de position* des deux parties aux procès respectifs, ainsi que lors de l'exposition des philosophies implicites sous-jacentes, j'ai réservé "droit égal à la parole" à chacune des deux parties. Mais lorsqu'il s'agit d'articuler l'apport jurisprudentiel dans la détermination du mode de légitimité "en vigueur" à la fin du XX-ème siècle, il convient de retenir la *position* de l'une des parties aux procès, celle notamment qui est *validée par le jugement*. En l'occurrence, s'agissant des procès Barbie et Honecker, la philosophie implicite de l'accusation est rendue, grâce à l'effet de validation des jugements respectifs, *position dominante dans l'espace publique*. C'est en premier lieu cette philosophie (sortie triomphante à l'issue des procès visés) qu'il convient de comparer avec l'héritage philosophique des fondateurs intellectuels de l'Etat moderne, pour mesurer d'éventuelles évolutions. La philosophie opposée, celle qui émane de la défense, est à considérer comme une *critique*, comme une source d'opposition à la conception dominante.

Le mode de légitimité "promulgué" par la contribution de la *jurisprudence de Nuremberg* est développé en réaction au régime normatif respectif que les accusés représentent en tant que responsables.

Afin de mettre de l'ordre dans la multiplicité, exposée ci-dessus, de variantes de tension à l'intérieur du couple conceptuel légitimité - légalité, il faut prendre comme point de départ encore une fois le mode de légitimité dominant dans le corpus jus-naturaliste, et ensuite examiner le mode de légitimité réclamé par les régimes politiques que les inculpés représentent en tant que responsables haut placés, pour à la fin cerner la spécificité du mode de légitimité validé par l'apport jurisprudentiel des procès visés.

I. Mode de légitimité articulé par le corpus jus-naturaliste: légitimité souverainiste (corporativiste-particulariste)

1. L'élément matériel est constitué des *lois naturelles* préétablies qui précèdent la législation humaine et contiennent les préceptes de l'équité. Le contenu de ces lois a le statut de *vérité juridique*. La législation humaine se réduit à l'*interprétation authentique* et la traduction de ces lois non écrites en textes étatiques contraignants.

2. L'élément formel est constitué du *contrat social*, duquel dérive *la raison publique*. La *raison publique* accomplit la transformation des *lois naturelles* en lois humaines. La volonté générale est toujours bienveillante et juste, *il n'existe pas de majorité fautive, pas de souverain fautif*. La légalité représente le moyen d'incorporation, l'organisation, la toile de fond de la société distincte, elle en est donc indissociable. Une atteinte à la légalité signifierait en même temps atteinte à la vie en société. La légalité représente un aspect interne de la légitimité, parce qu'elle n'est qu'une astuce humaine pour assurer la validité des *lois naturelles*, le contenu des lois ne pouvant jamais être mis en question. La légalité représente un élément relativement variable, c'est le produit de l'entendement d'un groupe humain, qui n'est pas irréversible: la société distincte peut être "dissoute".

La relation directe du particulier aux préceptes des lois naturelles étant entachée de défaillances, la légalité est le représentant institutionnel de la légitimité, le passage obligé, une institution d'accès, pour l'incorporé, le civilisé, à la légitimité. C'est un acquis communautaire, créé, sauvegardé et mis à la disposition de chaque incorporé; un intermédiaire entre le code de comportement individuel et le contenu des lois naturelles.

II. Mode de légitimité légaliste, articulé par le positivisme juridique

Le mode de légitimité souverainiste est suivi et, en quelque sorte, "détrôné" non pas directement par les régimes normatifs totalitaires, mis en revue lors des procès Barbie et Honecker, mais par un mode de légitimité intermédiaire, que l'on peut appeler *légaliste* et qui est articulé par le courant du positivisme juridique. Ce mode de légitimité reste en dehors de notre attention, d'une part, parce qu'il n'est pas directement traité par les procès (il n'est qu'un chaînon intermédiaire, une des préconditions aux régimes visés), et d'autre part, parce qu'il a déjà été analysé en profondeur au cours du débat sociologique allemand consacré à la relation légitimité - légalité.³⁶⁶ Ce qu'il convient tout de même de souligner, c'est que le courant du positivisme juridique (en tant que philosophie et pratique juridique), qui domine le XIX-eme et le début du XX-eme siècle, fonde l'*émancipation de la légalité de l'enceinte légitimatoire* et l'*avènement du technocratisme législatif*. La légalité pure montée en puissance représente l'expansion de l'aspect contractuel (formel) de la légitimité au détriment de tout élément substantiel (matériel). L'aspect contractuel envahit l'espace entier de la légitimité en transformant la légitimité en coquille vidée de substance, capable d'absorber (d'accueillir) tout contenu adopté d'après les règles institutionnalisées de l'art de légiférer.

III. Prétention à la légitimité idéologique, articulée par les doctrines totalitaires

Le mode de légitimité réclamé par les régimes totalitaires du XX-ème siècle s'installe à la fois *sur la base de* et *en opposition* au mode de *légitimité légaliste*. Il est d'emblée entaché d'ambiguïté, ce qui explique les interprétations contradictoires de ses origines intellectuelles: certains (par ex. Gustav Radbruch, Carl Schmitt³⁶⁷) cherchent sa genèse dans le positivisme juridique et le présentent comme le couronnement logique du positivisme: n'importe quel contenu, même en désaccord éclatant avec l'équité, peut revêtir la forme de "loi", si la procédure législative est respectée; d'autres le présentent comme une négation du légalisme et un dérivé de l'idéologie (comme déjà démontré, le Ministère public au procès Barbie).

Dans le cas de "légitimité" idéologique le couple conceptuel légitimité - légalité éclate, la liaison entre les deux membres du couple est rompue. Dans ce cas on ne peut pas parler strictement de mode de légitimité, mais plutôt de *prétention à la légitimité* de la part des régimes respectifs.

Pour la première fois dans l'histoire de l'Etat moderne des sociétés distinctes génèrent des régimes normatifs qui ne reposent pas sur le droit. La société se réclame apte à être régie sans le moyen du droit, mais avec des *substituts du droit*, avec des *apparences de droit*:

1. Le substitut de l'élément matériel est constitué par l'idéologie:

a) raciste

b) communiste

2. Le substitut de l'élément formel est constitué par le commandement (acte juridique sans *contrat social* valide)

Si l'on considère cette *prétention à la légitimité* du point de vue traditionnel qui est celui du droit, elle se présente comme doublement déficiente:

a) du point de vue contractuel: les actes juridiques (les "lois") sont édictés en infraction à la contractualité, parce que la représentation du peuple (du corps politique) est faussée ou bien réduite au rôle d'automate docile du pouvoir réel;

b) du point de vue matériel: les actes juridiques défient le principe même du droit - l'égalité - et représentent une négation de l'équité, par le fait qu'ils ne tendent pas à organiser la vie en société de tous les membres d'une société, mais servent d'instrument d'exclusion de groupes entiers de cette société, et de combat (jusqu'à la destruction) contre ces groupes. Ils ne

sont donc pas un moyen de la coexistence, mais du combat. Pour cette raison les "lois" (les commandements) sont de *purs instruments* de la politique, vidés de la substance de l'équité et du droit tout court. C'est le règne du volontarisme politique, de l'expérimentation sociale, de la science fiction: *invention de "lois"*, sans égard à des contenus préétablis, aux exigences de l'équité.

Le régime normatif à base idéologique (la *prétention à la légitimité idéologique*) est au coeur de la *jurisprudence de Nuremberg*. La *jurisprudence de Nuremberg*, tout en distribuant des peines individuelles à des responsables d'actes criminels d'après l'appréciation du droit, aboutit, comme *résultat extra-pénal et conceptuel*, à un "*verdict*" contre la *prétention à la légitimité idéologique*.

Le travail doctrinal du "*philosophe collectif*" des procès Nuremberg est synthétisé par le philosophe allemand Gustav Radbruch. A la différence des jus-naturalistes du XVII-ème siècle, dont les idées jouent un rôle anticipatif par rapport à la réalité étatico-juridique, notamment anticipatif par rapport aux codifications consécutives du droit, le rôle du philosophe emblématique du phénomène Nuremberg est plutôt réflexif: il exprime les tendances, en se plaçant non pas en tant que père spirituel, mais en tant que porte-parole de ces tendances.

Dans le procès Honecker, en revanche, le recours à l'héritage juridique de Nuremberg ne s'opère pas directement, mais par l'intermédiaire de l'articulation philosophique des tendances Nuremberg par Gustav Radbruch. Ainsi la continuité de la lignée jurisprudentielle Nuremberg (ou bien la réception des principes de Nuremberg par la période après-communiste) est assurée via le travail de réflexion du grand philosophe.

L'oeuvre emblématique de Radbruch, en ce qui concerne la conceptualisation du phénomène Nuremberg, c'est un article portant le titre significatif "Injustice légale et droit supra-légal" ("*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*"), apparu dans la *Süddeutsche Juristenzeitung* en 1946 (précédé par un court essai "Cinq minutes de philosophie du droit" - "*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*" en date du 12.09.1945).

Radbruch illustre la rupture entre légalité et légitimité qui caractérise l'ordre normatif national-socialiste à l'aide de l'analyse de certains cas de répression de crimes national-socialistes dans l'immédiat après-guerre. Il s'agit notamment de cas dans lesquels les accusés ont agi en conformité avec les lois national-socialistes, et ont, en l'occurrence, appliqué ces lois en tant que juges.

Dans un des cas analysés (le cas du dénonciateur Puttfarken) le Ministère public auprès la Cour Régionale de l'Etat de Thüringue fournit l'argumentation suivante:

"Personne ne s'était imaginé avant qu'un tribunal allemand eût pu servir d'instrument pour un criminel. Pourtant nous sommes en présence actuellement de tels états de faits. Et le cas Puttfarken *ne va pas rester le seul*. Le fait que le tribunal ait agi en conformité *formelle* au droit en prononçant le jugement injuste ne contredit pas l'autorité intellectuelle. D'ailleurs, s'il devait encore y avoir des doutes, ils ont été dissipés par le *Ergänzungsgesetz* de Thuringe datant du 8.02.1946 en ce qu'il stipule dans l'art. II du paragraphe 47 alinéa 1 du Code pénal: "Sera puni comme auteur celui qui a accompli le comportement répréhensible de manière coupable, seul ou se servant de quelqu'un d'autre, aussi dans le cas où l'autre personne a agi conformément au droit". Par là on ne crée pas de droit matériel nouveau avec effet rétroactif; il s'agit simplement d'une interprétation authentique du droit pénal en vigueur depuis 1871." (traduction propre)³⁶⁸

Dans un deuxième cas, rapporté et analysé par Radbruch, le procureur général de l'Etat de Sachsen annonce son intention de soumettre à la justice des jugements inhumains prononcés par les tribunaux allemands, aussi lorsque ces jugements sont rendus en conformité avec les lois national-socialistes, avec l'argumentation suivante:

"La législation de l'Etat national-socialiste, sur la base de laquelle, comme dans le cas examiné, sont prononcées des condamnations à la peine de mort, est dénuée de toute validité juridique.

(...) Aucun juge ne peut se référer à une loi et adosser son jugement sur celle-ci, à une loi qui est non pas seulement injuste, mais qui est *criminelle*. Nous nous référons aux *droits de l'homme* qui sont au-dessus de toute législation écrite, au droit inaliénable, provenant de temps immémoriaux, qui refuse toute validité aux ordres criminels de tyrans inhumains.

(...) Guidé par ces considérations, je crois que des juges doivent être accusés qui ont prononcé des jugements incompatibles avec les exigences d'humanité et qui ont condamné à la peine de mort pour des bagatelles." (traduction propre)³⁶⁹

Parallèlement aux cas de répression de comportements conformes aux lois formelles, Radbruch examine un cas de refus de réprimer des comportements qui violent la loi formelle. Le jugement de ces cas est basé sur la Loi sur la réparation de l'injustice national-socialiste causée par les organes judiciaires, promulguée dans la zone américaine (*Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege*), et qui stipule: "Des actes politiques, par lesquels est opposée résistance au national-socialisme ou bien au militarisme, ne sont pas répréhensibles".³⁷⁰

L'analyse jurisprudentielle de Radbruch permet de déduire l'éclatement du couple conceptuel légitimité - légalité. Cette rupture est exprimé de manière laconique dans l'assertion de Radbruch qu'il existerait des lois au contenu arbitraire et criminel ("Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts"³⁷¹). L'auteur ne recourt pas au terme "légitimité", mais ce terme se laisse déduire du concept utilisé: "la valeur qui habite la loi" ("ein Wert der dem Gesetz innewohnt"). La valeur en question est constituée d'un trio hiérarchique: équité, sécurité juridique et opportunité, l'équité se situant au sommet, la sécurité juridique devant reculer devant l'équité en cas de conflit tout en étant elle-même un aspect de l'équité, et l'opportunité occupant le dernier échelon.

Radbruch se réfère implicitement au *droit naturel*, à l'endroit où il affirme qu'il existe des principes de droit ("Rechtsgrundsätze") ayant priorité devant toute législation. Le caractère de droit serait à enlever à une loi positive qui serait opposée à ces principes³⁷². Le déni du caractère de droit à une loi positive porte atteinte à la sécurité juridique. Pour résoudre ce conflit de valeurs, Radbruch élabore sa fameuse solution, qui a gagné de notoriété lors du procès Honecker sous le nom de "*formule de Radbruch*" ("*Radbruch'sche Formel*"):

"Dans le cas d'une collision entre l'équité et la sécurité juridique, c'est-à-dire entre du droit positif mais de contenu contestable, et du droit contenant l'équité mais qui n'est pas édicté en forme de loi, il s'agit en réalité d'un conflit de l'équité avec soi-même: un conflit entre l'apparente et la vraie équité. (...)

Le conflit entre équité et sécurité juridique devrait être résolu de manière à ce que le droit positif, assuré par la législation et le pouvoir, doive conserver la priorité aussi lorsque son contenu est inique et inopportun, à l'exception du cas où l'opposition de la loi positive à l'équité atteint une mesure à tel point insupportable, que la loi en tant que "droit erroné" devrait reculer devant l'équité. Il est impossible de dresser une ligne plus précise entre les cas de lois iniques et ceux de lois qui sont valables malgré leur contenu erroné; une autre démarcation pourrait pourtant être établie avec rigueur: là où la moindre aspiration à l'équité fait défaut, là où l'égalité qui constitue le noyau de l'équité est sciemment ignorée par la législation, une telle loi représente non pas simplement du "droit erroné", elle se soustrait plutôt à la nature du droit. Parce que l'on ne peut pas définir le droit, y compris le droit positif, autrement qu'un ordre et une réglementation qui est prédestinée de par sa nature à servir l'équité." (traduction propre)³⁷³

Radbruch applique sa formule comme une mesure pour établir si les produits de la législation, édictés sous forme de loi, ont la nature de droit. Il constate qu'à la base de cette mesure, le caractère de droit serait à nier à des parties entières de la production législative national-socialiste. Cette législation n'a pas comme point de repère les exigences de l'équité, mais bien au contraire, elle est idéologiquement motivée par des contenus iniques:

"Alfred Rosenberg avait fourni la théorie nécessaire déjà à propos du jugement Potempa, dans le "Völkischer Beobachter". L'homme ne serait pas égal à l'homme, le meurtre ne serait pas égal au meurtre, l'assassinat du pacifiste Jaurès serait avec raison apprécié en France différemment de la tentative de meurtre du nationaliste Clemenceau; l'auteur d'un délit, qui a commis son erreur avec une motivation patriotique, ne pourrait pas être frappé par la même peine que celui motivé par des raisons qui, d'après le point de vue national-socialiste, vont à l'encontre du peuple. Par là on avait exprimé d'emblée que le "droit" national-socialiste se soustrait à l'exigence de base de l'équité: traitement égal des cas identiques." (traduction propre)³⁷⁴

La réflexion philosophique de Radbruch se condense en une *synthèse de nouveaux principes* tirés de l'expérience jurisprudentielle de l'après-guerre.

En retour, cette synthèse philosophique est appliquée au cours du procès Honecker comme fondement doctrinal, et cela dans deux aspects:

1. Un aspect général, qui se limite à l'esprit de la doctrine Radbruch;
2. Un aspect concret, qui se traduit par la parenté des solutions apportées par les magistrats du procès Honecker avec les solutions des juristes de l'après-guerre qui sont examinées dans les textes de Radbruch:

a) Le reproche d'application rétroactive de la loi pénale est contré, aussi bien dans le cas Puttfarken, examiné par Radbruch (cas jugé par la Cour de Thuringe), que dans le cas du jugement Honecker par la Cour fédérale de justice, avec l'argument de l'*interprétation correcte (authentique) de la loi existante*.

b) Dans l'argumentation du procureur général de Thuringe (citée par Radbruch), aussi bien que dans celle des juges de la Cour fédérale de justice, *la référence aux droits de l'homme*, qui se situeraient dans un rapport de supériorité à la loi positive, est destinée à invalider la force juridique d'ordres inhumains, arrêtés par des chefs autoritaires.

c) Finalement, la formule de Radbruch, à l'aide de laquelle Radbruch lui-même fonde le déni du caractère de droit à une série de lois national-socialistes, est appliquée par la Cour fédérale de justice dans le même but : enlever le caractère de droit à certaines parties de la réglementation de l'Etat est-allemand (la *Loi sur les passeports* en liaison avec des dispositions du Code pénal, ainsi que la chaîne des ordres, réglementant l'exercice des fonctions par les troupes stationnées à la frontière).

IV. La légitimité principielle

On peut conclure à une *symbiose philosophique - jurisprudentielle qui préside à l'apparition d'un nouveau mode de légitimité*. Dans sa critique du national-socialisme Radbruch se réfère implicitement au *droit naturel*. Sa principale attention est portée à la restitution de la *valeur substantielle qui anime la loi* - de la *vérité juridique*, en quelque sorte. Mais en même temps il met en garde contre le danger d'aller trop loin dans ce sens, en négligeant la sécurité juridique, qui n'est autre chose qu'un aspect de l'équité. Face aux ravages provoqués par la rupture de l'harmonie entre légitimité et légalité et la dégradation de chacune des deux composantes désagrégées, Radbruch tend à restaurer l'équilibre initial, propre à la vision jus-naturaliste. Il recourt à un recyclage des ressources du jus-naturalisme.

La question majeure qui se pose à ce propos, c'est de savoir si la montée en puissance de la *jurisprudence de Nuremberg*, philosophiquement accompagnée par Radbruch, signifie la restauration, la revalorisation, le retour conceptuel au jus-naturalisme. C'est, en résumé, la question principale de la présente recherche.

La réponse sera fournie par la comparaison directe de trois aspects fondamentaux de la *conception jus-naturaliste* avec les aspects correspondants de la *conception jurisprudentielle de Nuremberg*.

La conception jus-naturalise

1. Le jus-naturalisme classique, à travers tous ses modèles apparemment opposés, est unanime dans la consécration de la *légitimité à base souverainiste*, c'est-à-dire il consacre théoriquement l'*incorporation*. Le corps civil est politiquement personnifié. La personne artificiellement créée - la *personne politique* - n'est pas réductible à l'addition des membres du corps politique; elle a une existence palpable à côté et au-dessus des existences particulières: c'est un *Dieu artificiel, création humaine*.

2. L'homme naturel étant, dans sa solitude originelle, sans repères lui permettant de reconnaître infailliblement les préceptes de la raison, la légalité forme un guide de comportement, un interprète institutionnalisé des *lois naturelles*. La légalité, c'est une astuce civilisationnelle, institutionnellement solidifiée en acquis de la communauté, qui assure l'accès de chaque particulier à la légitimité.

3. Le détenteur de la souveraineté n'est pas disponible, dans sa *personne politique*, à l'appréciation d'une instance empirique, par exemple d'une juridiction humaine. Vu que la représentation de la société politique est exercée par des êtres humains - par des *personnes physiques* (monarque ou assemblée) -, la personnalité de ces représentants est dédoublée: en *personne physique* et en *personne politique*. "*Personne politique*" a pourtant deux significations: d'une part la société incorporée, le corps, la société politique; et d'autre part la qualité du détenteur de la souveraineté dans laquelle il agit non pas à titre individuel, mais en tant que personnification du corps. Le détenteur de la souveraineté est justiciable, pour autant qu'il ait abusé de sa *personne politique*, pour autant qu'il ait instrumentalisé son rôle de personnifier la société pour les intérêts propres de sa *personne naturelle*. Uniquement la *personne naturelle* du détenteur de la souveraineté est disponible à l'appréciation judiciaire. Sa *personne politique* (l'activité au nom du corps et pour le corps) est intouchable, parce qu'autrement le corps lui-même serait mis en cause. Mais le corps, c'est le Dieu artificiel, auquel tout le reste est inférieur.

La jurisprudence de Nuremberg

1. La *jurisprudence de Nuremberg* représente en premier lieu une attaque frontale contre l'*immunité de juridiction* de la *personne politique*. Dans tous les procès en cause, sont jugés comme des *personnes physiques* des ex-dirigeants d'Etat (à l'exception de Klaus Barbie, qui est un fonctionnaire d'Etat de rang moyen), qui sont appelés à rendre des comptes et à assumer la peine *individuellement*, en tant que personnes physiques, pour des actes qu'ils ont accomplis en leur qualité de *personnes politiques*. Par ce procédé, qui constitue une vraie révolution judiciaire, un double coup est porté à la souveraineté étatique, à l'incorporation, au Dieu artificiel:

a) En s'attaquant à la *personne physique* du détenteur de la souveraineté perçu comme une incarnation du régime politique visé, en retenant donc à charge son activité en tant que *personne politique*, la jurisprudence met en cause et tend à incriminer la *personne politique* dans l'autre sens, c'est-à-dire le corps lui-même.

b) Mais en même temps, en imputant personnellement, individuellement aux dirigeants étatiques la responsabilité pénale pour leurs actes d'Etat, la jurisprudence de ce type nouveau renonce à prendre en compte le dédoublement à l'intérieur de la personne du détenteur de la souveraineté. La jurisprudence néglige cette distinction en imputant à la

personne naturelle du dirigeant étatique la responsabilité intégrale pour tous ses actes, y compris pour les actes d'Etat, en traitant la personne du dirigeant de l'Etat comme une personnalité intégrale, c'est-à-dire comme une personne naturelle intégrale, en faisant disparaître l'impact de la spécificité représentative de sa personne politique, finalement en faisant disparaître la *majesté* de la personne de l'homme d'Etat, en réduisant l'homme d'Etat à un homme tout court, un homme libre dans ses actes et responsable de ceux-ci.

Par ce même procédé, en désignant personnellement les coupables pour des événements politiques désastreux, en la *personne physique* des dirigeants d'Etat, la jurisprudence certifie la non-culpabilité de tous les autres, des incorporés en tant que personnes physiques.

Pour réparer l'injustice causée par des événements politiques désastreux, la jurisprudence de Nuremberg s'attaque à la *personne physique* des détenteurs de la souveraineté, en retenant à charge leur activité en tant que *personne politique*, et par là elle s'attaque au corps politique lui-même et certifie l'innocence des incorporés en tant que *personnes physiques*.

2. Par la formule "Injustice légale et droit supra-légal", avancée par Radbruch, qui résume la quintessence de la démarche innovatrice de Nuremberg, une attaque est portée aussi à la légalité comme aménagement institutionnel intermédiaire entre les lois naturelles et le comportement individuel.

La légalité n'est pas mise en cause en elle-même, mais ce qui est mis en cause, c'est sa validité absolue et inconditionnelle. La portée de sa validité est relativisée et conditionnée par la nature du régime politique en place. Ainsi la confiance illimitée et commode de l'individu dans cet intermédiaire est ébranlée, la vigilance individuelle est exigée et le libre arbitre réveillé et responsabilisé.

La *jurisprudence de Nuremberg* démontre les dangers d'une légalité erronée et par là détrône la légalité de son rôle d'unique repère qualifié pour le comportement légitim. Le rôle de repère et le positionnement intermédiaire de la légalité est en partie substitué par un autre chaînon intermédiaire, à savoir la *non-répréhensibilité*. Le critère de non-répréhensibilité ne remplace pas entièrement la légalité, il est en rapport de complémentarité avec celle-ci, se substituant à elle dans des situations de *crise légitimatoire de la légalité* (iniquité matérielle ou procédurale). La légalité conserve son rôle de repère dans le régime de *l'Etat de droit*. Par contre, dans tout régime représentant une *négation de l'Etat de droit*, l'individu est appelé à ne pas se conformer indistinctement aux prescriptions de la loi étatique, mais à *s'orienter vers la*

non-répréhensibilité de son comportement, cette dernière pouvant être déterminée par une juridiction conforme à l'Etat de droit, et au regard des principes universels du droit, reconnus par tous les peuples civilisés.

Par ce procédé, la *jurisprudence de Nuremberg* annonce l'avènement d'une jurisprudence pénale internationale (malgré le manque de juridiction planétaire) qui joue un rôle, sur le plan international, analogue au rôle du tribunal constitutionnel sur le plan national, et qui est censée veiller à la protection de l'Etat de droit là où il est instauré et à l'imposition de ses *conséquences* là où il ne l'est pas ou bien là où il est rudimentaire ou érodé. Cette jurisprudence acquiert le rôle d'un *collaborateur politique* puissant dans la construction d'un nouvel ordre international. Il ne s'agit certes pas de monter des coups d'Etat pour écarter des dictatures sanglantes et leur substituer l'Etat de droit. Mais il s'agit tout de même d'imposer, par-dessus la tête de dictateurs souverains, les conséquences de l'*Etat de droit* à l'égard des particuliers. Cette jurisprudence planétaire, gardienne des *principes universels de droit*, et respectivement de l'*Etat de droit* comme garant de ces principes, s'adresse directement aux individus du monde entier, les appelant à accéder directement (immédiatement) à la légitimité, en se passant, dans certains cas, de l'intermédiaire du système légal de leur Etat, en dépassant leur appartenance étatique. Si ce n'est plus la légalité de leur Etat qui fournit la clé d'accès à la légitimité, c'est en quelque sorte la légalité propre à l'Etat de droit, faisant figure d'un standard de légalité.

3. En fin de compte, par les procédés décrits sous les points 1 et 2, la jurisprudence de Nuremberg aboutit à l'avènement d'une tendance de *désincorporation*. De cette manière se réalise, comme par ironie, justement ce que Hobbes désigne comme absurdité et atteinte au bon sens. En contestant l'idée d'une convention passée entre le détenteur de la souveraineté et ses sujets, le philosophe ironise: "Au reste, quand c'est une assemblée qui est rendue souveraine, nul alors ne se figure qu'une telle convention est intervenue lors de l'institution; nul n'est assez sot pour dire, par exemple, que le peuple de *Rome* avait fait une convention avec les Romains, comme quoi il détiendrait la souveraineté sous telle ou telle condition, *les Romains pouvant légitimement déposer le peuple romain au cas où celles-ci ne seraient pas remplies.*" (c'est moi qui souligne)

La *jurisprudence de Nuremberg* invite notamment "les Romains" à déposer "le peuple de Rome" au cas où celui-ci glisserait vers un régime-négation flagrante de l'*Etat de droit*.

Le nouveau mode de légitimité - que l'on va appeler la *légitimité principielle* - atteste des changements à la fois dans les deux aspects de la légitimité, par rapport à la légitimité souverainiste:

1. Concernant l'aspect matériel: les *lois naturelles* toutes faites et préexistantes sont remplacées par des principes de droit *extraits de la pratique* des "peuples civilisés". De telle manière le *factuel*, sous forme de coutume, détrône le *rationalisme normatif du jus-naturalisme*. La *vérité juridique* n'est plus à puiser dans les préceptes préétablis de la raison, mais est à extraire, sous forme de principes, de l'expérience civilisationnelle de certains peuples. La *vérité juridique* est désormais considérée comme un *acquis civilisationnel* réalisé dans la pratique de certains peuples (les "peuples civilisés").

2. L'élément contractuel est assumé par des conventions internationales. Une contractualité planétaire est ébauchée qui, quoi que paraphée par les représentants des corps politiques, engage immédiatement les individus. C'est un renforcement de la personnalité politique (civique) de chaque particulier comme "citoyen" de la planète.

L'avènement de la *légitimité principielle* relève d'un paradoxe: avec les ressources de tendances néojusnaturalistes on aboutit à détrôner la créature du jus-naturalisme - l'incorporation, donc l'Etat souverain moderne. Le jus-naturalisme part d'une situation hypothétique de particuliers indépendants à qui le *droit naturel* suggère de s'agréger. Nuremberg accomplit la démarche opposée: au droit international de Grotius (droit inter-étatique) Nuremberg ajoute un droit international liant immédiatement les individus. Il part de la situation de particuliers incorporés auxquels les principes fondamentaux suggéreraient dans certaines situations de faire abstraction de leur appartenance et allégeance étatique, et dans des cas extrêmes, de désobéir au pouvoir étatique auquel ils sont formellement soumis, bref, de se comporter en désincorporés.

Dans les procès Honecker et Barbie *les principes fondamentaux*, et *l'Etat de droit* comme leur détenteur et garant, sont constitués en *double étalon* pour mesurer les actes politiquement motivés qui sont pénalement relevants. Une distinction est imposée, sur cette base, à la fois entre l'Etat de droit et l'Etat totalitaire, et entre le terrorisme (dirigé contre l'Etat de droit) et la Résistance (dirigée contre l'Etat totalitaire).

Comme ultime résultat de l'oeuvre conceptuelle de la jurisprudence de Nuremberg, un troisième membre apparaît à l'intérieur du vieux couple conceptuel légitimité - légalité, pour tempérer la tension séculaire:

légalité - non-répréhensibilité - légitimité

V. Opposition à l'émergence de la légitimité principielle: la critique conceptuelle de la défense

La défense s'oppose avec véhémence à la *justice politique*, et d'ailleurs dans ses deux sens: dans le sens de *justice politique* proprement dit et dans le sens de *justice politisée*.

1. Elle s'oppose au processus de juridicisation de la politique à l'échelle planétaire, en contestant bel et bien la *relevance pénale* des actes politiquement motivés, qu'ils soient imputables au sommet de l'Etat ou au contraire à des groupements politiques qui tendent à subvertir le pouvoir de l'Etat. Elle plaide pour l'autonomie, la valeur propre et la majesté de la sphère politique de la société distincte comme porteuse d'une souveraineté intacte et inconditionnelle.

2. Elle s'oppose simultanément à la *justice politisée*, c'est-à-dire l'instrumentalisation de la justice à des fins politiques, les interventions d'opportunité de forces ou de tendances politiques dans l'enceinte de la justice, l'asservissement de la justice par le plus fort, la justice des vainqueurs et la justice partisane, l'écrasement brutal de l'adversaire par le procédé de procès spectaculaires.

3. La *jurisprudence de Nuremberg* constitue, au regard de la défense, la cible idéale de son combat juridico-philosophique. Car la défense voit se profiler, derrière les apparences de *justice politique* proprement dit, le spectre d'une *justice politisée*. La *jurisprudence de Nuremberg* cacherait, derrière les allures d'examen scrupuleusement judiciaire de criminalité politique, une double face: celle d'une arme de prédilection d'une *Realpolitik bis*.

La fenêtre est ouverte au moyen du remplacement des *lois naturelles* chez les jus-naturalistes (des préceptes normatifs préétablis, contenus dans la raison) par le *factuel*: les principes contenus dans les traditions, coutumes, usages des "peuples civilisés". Pour les jus-naturalistes, tous les peuples incorporés sont égaux et également civilisés et uniquement ceux qui ne sont pas incorporés (qui n'ont pas formé d'Etat) demeurent dans l'état de nature, c'est-à-dire à un stade pré-civilisationnel (barbare). Pour les *principialistes*, même parmi les peuples incorporés certains seraient assimilables à des "barbares": par exemple l'Etat national-socialiste ou l'Etat communiste, entre autres (néobarbarie).

L'instance planétaire (le TMI), et à sa suite d'autres tribunaux qui se réclament d'une compétence universelle, sont appelés à se prononcer notamment à l'aide des repères que constituent les *principes fondamentaux, communs à tous les peuples civilisés*.

Les adversaires de la *jurisprudence de Nuremberg* voient se profiler, par le biais de la prétention universaliste, une sorte de *Realpolitik bis*: la subversion de la souveraineté de certains Etats "paria" et l'imposition depuis l'extérieur d'un système politique uniforme, auto-proclamé comme le seul digne de respect. A l'aide de deux équations politico-juridiques:

a/ les principes universels du droit sont matérialisés dans le système politique de l'Etat de droit ; et b/ l'Etat de droit est la forme d'Etat implémentée dans les pays de l'Occident, on aboutit à l'affirmation de la suprématie politico-juridique de l'Occident sur le reste de la planète, et au fondement idéologique d'un *nouvel hégémonisme*.

Au résultat paradoxal auquel aboutit l'accusation: éroder, par le recyclage de ressources jus-naturalistes, la créature du jus-naturalisme - la souveraineté étatique -, s'ajoute une deuxième face du paradoxe. La défense, opposant virulent à la restauration du *droit naturel*, aboutit, avec des arguments de pur légalisme, à la défense de la création du jus-naturalisme - le statut incorporé de l'homme et la souveraineté inconditionnelle de l'Etat. Le nouveau mode de légitimité est combattu parce que perçu comme une forme de *subversion de la souveraineté* et pour cette raison la légalité pure lui est opposée comme une sauvegarde de la souveraineté. Par analogie avec le résultat final du raisonnement philosophique de la "partie de l'accusation", la défense finit par insérer, dans le vieux couple conceptuel légitimité - légalité, un troisième membre:
légitimité - subversion - légalité

BIBLIOGRAPHIE

Archives du procès Klaus Barbie

Archives du procès "Honecker und andere"

Archives du procès de Nuremberg

ANDRE – VINCENT, PHILIPPE, *Les révolutions et le droit*, Paris, 1975

ANSART, PIERRE, *Les sociologies contemporaines*, Paris, Seuil, 1990

Archives d'un procès. Klaus Barbie, Sous la direction de Bernard-Henri Lévy, Paris, 1987

ARENDT, HANNAH, *Auschwitz et Jérusalem*, Deuxtemps Tierce, 1991

ARENDT, HANNAH, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, 1991

ARENDT, HANNAH, *Le système totalitaire*, Paris, Seuil, 1972

AUGE, G, Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius – *Archives de la philosophie du droit*, Paris, XIII, p. 99 – 144

BADIE, BERTRAND et PIERRE BIRNBAUM, *Sociologie de l'Etat*, Paris, Grasset, 1991

BARDIN, LAURENCE, *L'analyse de contenu*, 1989

Beschluss 55/92. Honecker-Haft als Menschenwürdeverstoss – *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, Heft 8

BOLLE, PIERRE-HENRI, *La Suisse et l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, Neuchâtel, 1977

BOURDIEU, PIERRE, *La noblesse d'Etat: les grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Editions de Minuit, 1989

BRIMO, A, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, 1978

CARBONNIER, JEAN, *Sociologie juridique*, Paris, 1972

DELMAS-MARTY, MIREILLE, Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain- *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1994, p. 474-490
Droit international pénal, sous la direction de Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, Paris, 2000

DUFOUR, ALFRED, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, 1991

DURAND, IVES, *Le nouvel ordre européen nazi. La collaboration dans l'Europe allemande (1938 – 1945)*, Complexe, 1990

ELIAS, NORBERT, *Über den Prozess der Zivilisation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1990
Erhöhung der Strafe im Potsdamer Sonderfall - *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, Heft 4

Les enfants d'Hitler: les fils et les filles des dignitaires du IIIe Reich parlent de leurs parents, Paris, 1993

FAVOREU, De la démocratie à l'Etat de droit – *Le Débat*, 1991, 64

FETSCHER, IRING und HERFRIED MÜNKLER, *Piperbuch der politiscen Ideen*, München – Zürich, Band 3, 5

FORIERS, PAUL, *L'organisation de la paix chez Grotius*, Vrin, 1987

GOYARD-FABRE, SIMONE, *John Locke et la raison raisonnable*, Vrin, 1986

GRAVEN, JEAN, *Principes fondamentaux d'un code répressif des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Genève, 1950

Grosse Prozesse. Recht und Gerechtigkeit in der Geschichte, München, Bech, 1996

GROTIUS, HUGUES, *Le droit de la guerre et de la paix*, Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984

Grotius et l'ordre juridique international. Travaux du colloque H. Grotius, Genève 10 – 11.11.1983, Lausanne, Payot, 1985

GRYNFOGEL, C., Un concept juridique en quête d'identité: le crime contre l'humanité – *Revue international de droit pénal*, 1992, p. 1027 – 1047

HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992

HABERMAS, JÜRGEN, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, 1978

HABERMAS, JÜRGEN, *Recht und Moral – Tanner Lectures*, 1986

HABERMAS, JÜRGEN, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich – Kritische Justiz*, 1987, Jahrgang 20

HAMON, LEO et PAUL THIBAUD, *Le Conseil constitutionnel et la démocratie – le Débat*, 1987, 13

HAZARD, PAUL, *La crise de la conscience européenne*, Paris, 1935

HITLER, ADOLF, *Mon combat*, Traduction intégrale de "Mein Kampf", Paris, Nouvelles Editions latines, 1934

HOBBS, THOMAS, *Léviathan*, Sirey, 1971

HOBBS, THOMAS, *De la nature humaine*, Paris, Vrin, 1971

HÖFFE, OTFRIED, *Gibt es ein interkultureles Strafrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999

HÖFFE, OTFRIED, *La justice politique*, Presses universitaires de France, 1991

Justice internationale. De Nuremberg à la Haye et Arusha, Sous la direction de Alain Destexhe et Michel Foret, Bruxelles, Bruyant, 1997

KANT, E., *Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf*, Leipzig, 1984

KELSEN, HANS, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, 1988

KEMPNER, ROBERT, *Le Troisième Reich en procès: acteurs et témoins*, Tournai, Casterman, 1972

LESSAY, FRANCK, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, Presses universitaires de France, 1988

LOMBOIS, CLAUDE, *Un crime international en droit positif français – Droit pénal contemporain, mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Paris, Cujas, 1989

LOCKE, JOHN, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1992

MAILLARD, JEAN DE, *La politique en proie à l'éthique – Le Débat*, 1995, 87

MERINDOL, PIERRE, *Barbie: le procès*, Lyon, La Manufacture, 1987

MERTENS, PIERRE, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1974

MEUER, DIETER, *Der Verfassungsgerichtshof und das Strafverfahren – Juristische Rundschau*, 1993, Heft 3

Le nouveau code pénal, Introduit et commenté par Henri Leclerc, Paris, Seuil, 1994

Nouvelle histoire des idées politiques, Sous la direction de Pascal Ory, Paris, 1987

OTT, WALTER et KLAUS MATHIS, *Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas: Die wichtigsten Thesen im Überblick - Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2001, 120, 399-418

PAPADATOS, PIERRE, *Le procès Eichmann*, Genève, 1964

PELLA, VESPASIEN, *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1964

PESTALOZZA, CHRISTIAN, *Der "Honecker-Beschluss" des Berliner Verfassungsgerichtshofs – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1993, Heft 4

POTTECHER, FREDERIC, *Grands procès*, Genève, 1979

PRELOT, MARCEL, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 1959

Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988

PUFENDORF, SAMUEL VON, *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, Amsterdam, 1708

- RADBRUCH, GUSTAV, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946 – *Gesamtausgabe*
- RAYNAUD, PHILIPPE, La démocratie saisie par le droit – *Le débat*, 1995, 87
- REHBINDER, M, *Rechtssoziologie*, Berlin, 1993
- Revisionsurteil des BGH – *Neue juristische Wochenschrift*, 1992, Heft 2
- Revisionsurteil des BGH – *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, Heft 30
- ROSENAU, HENNIG, *Tödliche Schüsse in staatlichen Auftrag*, Baden-Baden, 1996
- ROTTLEUTHNER, HUBERT, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt, 1987
- SINTOMER, IVES, *La démocratie impossible? Politique et modernité chez Weber et Habermas*, Paris, la Découverte, 1999
- SCHMITT, CARL, *Du politique. "Légalité et légitimité" et autres essais*, Pardès, 1990
- Sociologie générale*, Sous la direction de Jean-Pierre Durand et Robert Weil, Paris, Vigot, 1997
- STARCK, CHRISTIAN, Der Honecker-Beschluss des Berliner VerFGH – *Juristenzeitung*, 1993, 5
- TERNON, IVES, *L'Etat criminel: les génocides au XXème siècle*, Paris, Editions du Seuil, 1995
- Des théories du droit naturel – Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1988, 11
- TOUCHARD, JEAN, *Histoire des idées politiques, vol. 1*, Presses universitaires de France, 1988
- Urteil des LG im I Mauerschützenprozess – *Juristenzeitung*, 1992, 13
- Urteil des Landgerichts im II Mauerschützenprozess – *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, Heft 10
- VARAUT, JEAN-MARC, *Le procès de Nuremberg*, Perrin, 1992
- VILLEY, MICHEL, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1983
- WASSERMANN, RUDOLF, Zum Ende des Honecker-Verfahrens – *Neue juristische Wochenschrift*, 1993, Heft 24
- WEBER, MAX, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, 1991
- WEBER, MAX, *Le savant et le politique*, Paris, 1959
- WEBER, MAX, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1976

WEIBEL, ERNEST, La violence et le terrorisme au niveau politique – *Conférences universitaires*, Université de Neuchâtel, 1976

WESEL, UVE, *Der Honecker-Prozess: ein Staat vor Gericht*, Frankfurt am Main, Eichborn, 1994

WIEVIORKA, ANNETTE, *Le procès Eichmann*, Complexe, 1989

WIEVIORKA, ANNETTE, *Le procès de Nuremberg*, Rennes, Editions Ouest-France, 1995

NOTES

¹ Cette tendance est articulée dans une série de publications dans la revue française *Le Débat*, entre autres: Favoreu, *De la démocratie à l'Etat de droit*, 1991, 64; Hamon, Léo et Paul Thibaux, *Le Conseil constitutionnel et la démocratie*, 1987, 13; Jean de Maillard, *La politique en proie à l'éthique*, 1995, 87; Raynaud, Philippe, *La démocratie saisie par le droit*, 1995, 87; Cohen-Tanugi, Laurent, *Qui a peur du Conseil constitutionnel*, 1987, 43; Guénaire, *La Constitution ou la fin de la politique*, 1991, 64.

² D'après Carl Schmitt, l'antithèse entre légitimité et légalité a été formulée pour la première fois par le français Lamennais en 1829. Carl Schmitt propose une explication historique de cette parenté:

"Sans doute des antithèses de droit et de morale, de droit et de politique sont-elles possibles et normales, mais l'antithèse nette entre le droit et la légalité, qui fait justement l'objet de notre analyse, ne saurais s'exprimer en anglais. En France, au contraire, dans la patrie de la législation étatique et des grandes codifications, le corps administratif de l'Etat a survécu à une demi-douzaine de changements de régime depuis 1799. Aussi y a-t-on vu apparaître les formulations les plus précises d'une légalité purement formelle et fonctionnelle par opposition au droit substantiel et à la légitimité historique.

(...) Immédiatement après 1848, le président Louis Napoléon fit proclamer qu'il fallait "sortir de la légalité pour rentrer dans le droit". Depuis 1900 environ, l'opposition en France affirme, qu'elle représente le "pays réel" face au "pays légal".

Le France est le pays des légistes. Elle a une grande tradition étatique centraliste, mais aussi un important corps d'avocats libres et une magistrature qui ne se considère pas seulement comme une partie de l'administration judiciaire de l'Etat. Ainsi s'explique le fait qu'en France la séparation du droit et de la légalité ait été ressentie plus tôt et plus vivement que partout ailleurs, comme elle y a été formulée de la manière la plus éloquente. (...) En Allemagne, au contraire, on n'a pas conscience que bien plus tard de l'antithèse, quand elle avait déjà les effets les plus massifs."

Schmitt, Carl, *Du politique. "Légalité et légitimité" et autres essais*, Pardès, 1990, p. 220

³ Weber, Max, *Economie et société*, tome premier, Paris, Plon, 1971

⁴ *Ibid*, p. 222

⁵ "Il existe en principe - nous commencerons par là - trois raisons internes qui justifient la domination, et par conséquent il existe trois fondements de la *légitimité*. Tout d'abord l'autorité de l'"éternel hier", c'est-à-dire celle des coutumes sanctifiées par leur validité immémoriale et par l'habitude enracinée en l'homme de les respecter. Tel est le "pouvoir traditionnel" que le patriarche ou le seigneur terrien exerçaient autrefois. En second lieu l'autorité fondée sur la grâce personnelle et extraordinaire d'un individu (charisme); elle se caractérise par le dévouement tout personnel des sujets à la cause d'un homme et par leur confiance en sa seule personne en tant qu'elle se singularise par des qualités prodigieuses, par l'héroïsme ou d'autres particularités exemplaires qui font le chef. C'est là le pouvoir "charismatique" que le prophète exerçait, ou - dans le domaine politique - le chef de guerre élu, le souverain plébiscité, le grand démagogue ou le chef d'un parti politique. Il y a enfin l'autorité qui s'impose en vertu de la "légalité", en vertu de la croyance en la validité d'un statut légal et d'une "compétence" positive fondée sur des règles établies rationnellement, en d'autres termes l'autorité fondée sur l'obéissance qui s'acquitte des obligations conformes au statut établi. C'est là le pouvoir tel que l'exerce le "serviteur de l'Etat" moderne, ainsi que tous les détenteurs du pouvoir qui s'en rapprochent sous ce rapport."

Weber, Max, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 114

⁶ Weber, Max, *Economie et société*, tome premier, Paris, Plon, 1971

⁷ Habermas, Jürgen, *Recht und Moral. Tanner Lectures*, in: Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 541

"Max Weber begreift die staatlichen Ordnungen der modernen westlichen Gesellschaften als Ausprägungen "legaler Herrschaft". Sie stützen ihre Legitimität auf den Glauben an die Legalität der Herrschaftsausübung. Die legale Herrschaft gewinnt einen rationalen Charakter unter anderem dadurch, dass der Glaube an die Legalität gesetzter Ordnungen und der Kompetenz der zur Herrschaftsausübung Berufenen eine andere Qualität hat als der Glaube an Tradition oder Charisma: es ist die der Rechtsform selbst innewohnende Rationalität, die der in legalen Formen ausgeübten Herrschaft Legitimität verschafft. Diese These hat eine lebhaftige Diskussion ausgelöst. Max Weber stützte damit einen positivistischen Rechtsbegriff: Recht ist genau das, was der politische Gesetzgeber (ob dieser nun demokratisch legitimiert ist oder nicht) nach einem rechtlich institutionalisierten Verfahren als Recht setzt."

⁸ Habermas, Jürgen, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *Kritische Justiz*, 20 Jahrgang, 1987, p. 2

"Auf dieser Seite kann das Recht als Mittel der bürokratische Herrschaftsausübung allerdings nur so lange Ordnungsfunktionen erfüllen, wie es auf der anderen Seite in Gestalt geheiligter Rechtstraditionen zugleich den nichtinstrumentellen, unverfügbaren Character behält, den der Herrscher in der Rechtsprechung respectieren muss. Zwischen diesen beiden Momenten - der Unverfügbarkeit des in der gerichtlichen Konfliktregelung vorausgesetzten Rechts, der Instrumentalität des für die Herrschaftsordnung in Dienst genommenen Rechts - besteht eine unaufgelöste Spannung. Sie bleibt unauffällig, solange die sakrale Grundlage des rechts nicht angefochten wird und der Sockel des traditionsfesten Gewohnheitsrechts in der Alltagspraxis fest verankert ist."

⁹ Habermas, Jürgen, *Recht und Moral, Tanner Lectures*, in: Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992,

¹⁰ Habermas (et d'autres auteurs) désigne comme droit de la raison (Vernunftrecht) le courant jus-naturaliste de l'époque moderne (XVII-XVIII siècle), évitant la confusion avec le droit naturel pré-moderne qui s'est développé dans une mouvance théologique. Pourtant, dans la tradition littéraire de langue française, le terme de "droit naturel" est conservé aussi pour désigné le courant du droit de la raison, souvent avec la précision "droit naturel moderne". Dans la présente recherche je vais m'en tenir à cette option, ainsi qu'au terme "jus-naturalisme".

¹¹ Habermas, Jürgen, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, in: *Kritische Justiz*, 20 Jahrgang, 1987, p. 7

¹² Habermas, Jürgen, *Recht und Moral, Tanner Lectures*, in: Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 562.

"Auch das Bundesverfassungsgericht verfügt bei seiner konkreten Werteabwägung nicht über Kriterien, nach denen es den Vorrang normativer Prinzipien (wie Gleichbehandlung oder Menschenwürde) oder wichtiger methodischer Prinzipien (wie Verhältnismässigkeit und Angemessenheit) vor funktionalen Imperativen (das Betriebsfriedens, der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr oder allgemein des sog. Möglichkeitsvorbehalt) auszeichnen könnte (...). Und der Verdacht, dass sich im Aufeinanderprallen solcher nicht weiter rationalisierbarer Wertpräferenzen das durchsetzungsfähigste Interesse auch tatsächlich durchsetzt, ist nur zu begründet."

¹³ Dans la typologie proposée par Carl Schmitt l'auteur ne parle certes pas explicitement de diversité de "modes de légitimité", mais de diversité de types d'Etats. Pourtant, le critère, sur lequel s'opère la classification, n'est autre que la nature de la justification du pouvoir étatique, ce qui est exactement le signe distinctif de la légitimité.

¹⁴ Schmitt, Carl, *Du politique. "Légalité et légitimité" et autres essais*, Pardès, 1990, p. 39

¹⁵ Cette distinction se laisse interpréter dans le sens, non pas que "l'Etat législateur parlementaire" est privé de légitimité, mais que la légalité de cet état se suffit à elle-même comme base légitimatoire, tandis que les autres types d'Etats mentionnés nécessitent une base légitimatoire supplémentaire ne coïncidant pas avec la légalité du système.

¹⁶ Ibid, p. 42

¹⁷ Dufour, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, 1991

¹⁸ Weber, Max, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, 1991

¹⁹ Wieworka, Annette, *Les procès de Nuremberg et d'Eichmann en perspective – Justice internationale. De Nuremberg à la Haye et Aruscha*, Bruxelles, Bruyant, 1997 ; Varaut, Jean-Marc, *Le procès de Nuremberg*, Perrin, 1992 ; Lyon-Caen, Arnaud, in: *Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988

²⁰ Varaut, Jean-Marc, *Le procès de Nuremberg*, Perrin, 1992

²¹ Prélot, Marcel, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 1959, p. 7

"L'idéographie objective - L'idéal serait à cet égard d'établir d'abord une nomenclature précise des problèmes ainsi soulevés. Posés à tous les auteurs politiques de la même manière, dans une sorte de vaste *gallup rétrospective* une suite de questions fondamentales devrait obtenir leur réponse."

²² le terme de "puissance civile" est largement utilisé dans les écrits de l'époque et correspond à peu près à la notion d'aujourd'hui de "société politique". Il a donc un sens plus large que la notion d'Etat.

²³ Weber, Max, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959

²⁴ Ibid

²⁵ La présentation de la conception de Grotius est basée sur : Grotius, Hugues, *Le droit de la guerre et de la paix*. Traduction de Jean Barbeyrac, Publication de l'Université de Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1984

²⁶ Ibid, Livre II, VII, XIX, p. 341

²⁷ Ibid, Discours préliminaire, XX, p. 13

²⁸ Ibid, Livre I, III, I, 2, p. 108

²⁹ Ibid, Discours préliminaire, V, p. 3

³⁰ Ibid, Livre I, I, X, 2, p. 49

³¹ Ibid, Livre I, I, X, 1, p. 48

³² Le terme de "droit civil", utilisé par les jus-naturalistes, ne correspond pas à la signification d'aujourd'hui. Contrairement au "droit civil" d'aujourd'hui, qui est opposé au "droit public", le "droit civil" chez les jus-naturalistes s'oppose au "droit naturel", pour signifier le droit positif, posé par l'autorité législative d'un Etat.

³³ Ibid, Livre II, XI, IV, 1, p. 401

³⁴ Ibid, Livre I, II, VI, 4, p. 78

³⁵ Ibid, Discours préliminaire, XIX, p. 13

³⁶ Ibid, Livre II, VII, XXVII, 2, p. 348

³⁷ Cette contradiction est probablement la source des divergences considérables dans le camp des commentateurs quant à l'appréciation générale de son oeuvre

³⁸ La présentation de la conception de Hobbes est basée sur: Hobbes, Thomas, Léviathan, Sirey, 1971

³⁹ Ibid, p. 124

⁴⁰ Ibid, p. 127

⁴¹ Ibid, p. 175

⁴² Ibid, p. 178

⁴³ Ibid, p. 207

⁴⁴ "En effet, ayant le pouvoir de faire les lois et de les repousser, il peut quand cela lui plaît se libérer de cette sujétion en repoussant les lois qui le dérangent en en faisant de nouvelles" - Ibid, p. 283

⁴⁵ Ibid, p. 327

⁴⁶ Ibid, p. 219

⁴⁷ Ibid, p. 327

⁴⁸ Ibid, p. 359

⁴⁹ Ibid, p. 203

⁵⁰ Ibid, p. 200

⁵¹ Ibid, p. 288

⁵² Ibid, p. 300

⁵³ Ibid, p. 296

⁵⁴ Ibid, p. 299

⁵⁵ Ibid, p. 220

⁵⁶ Ibid, p. 370

⁵⁷ Ibid, p. 285

⁵⁸ Ibid, p. 377

⁵⁹ La présentation de la conception de Pufendorf est basée sur: Pufendorf, Samuel von, Les droits de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle, Amsterdam, 1708

⁶⁰ Ibid, p. 323, VII

⁶¹ Ibid, p. 288-289, IX

⁶² Ibid, p. 355, IV

⁶³ Ibid, p. 25, XVII

⁶⁴ Ibid, p. 351, IV, 4

⁶⁵ Ibid, p. 109, XI

⁶⁶ Ibid, , p. 148, II

⁶⁷ Ibid, p. 336, III, 2

⁶⁸ La présentation de la conception de John Locke est basée sur: Locke, John, Traité du gouvernement civil, GF - Flammarion, 1992

⁶⁹ Ibid, p. 228, 111

⁷⁰ Ibid, p. 200, 77

⁷¹ Ibid, p. 147, 8

⁷² Ibid, p. 238, 128

⁷³ Ibid, p. 274, 175

⁷⁴ Ibid, p. 275, 176

⁷⁵ Ibid, p. 239, 131

⁷⁶ Ibid, p. 231; 115, 116

⁷⁷ Ibid, p. 311, 226

⁷⁸ Ibid, p. 295, 207

⁷⁹ Ibid, p. 275, 176

⁸⁰ Ibid, p. 312, 228

⁸¹ Ibid, p. 189, 63

⁸² Ibid, p. 184, 57

⁸³ Ibid, p. 177, 45

⁸⁴ L'année de naissance de Hobbes (1588 - 1679) est assez proche à celle de Grotius (1583 - 1645), tandis que l'année de naissance de Pufendorf (1632 - 1694) et celle de Locke (1632 - 1704) coïncident

⁸⁵ exposée dans l'essai déjà citée: Le savant et le politique, Paris, 1959

⁸⁶Varaut, Jean-Marc, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992, p. 410.

L'auteur expose exhaustivement ces principes, au nombre de sept:

"Principe n 1: *Toute personne qui commet un acte qui constitue un crime selon le droit international est responsable de ce chef et passible d'un châtement.*

Principe n 2: *Le fait que la législation nationale ne punit pas un acte qui est un crime international ne dégage pas de la responsabilité en droit international celui qui l'a commis.*

(...)

Principe n 3: *Le fait que l'auteur d'un crime international a agi en qualité de chef d'Etat ou de fonctionnaire ne dégage pas sa responsabilité en droit international.*

Principe n 4: *Le fait pour quelqu'un d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international, pourvu qu'il ait eu la possibilité morale de choisir.*

Les trois infractions internationales constituent le principe n 6: ce sont les crimes contre la paix, infraction des seuls gouvernants, et les crimes de guerre et crimes contre l'humanité qui sont autant des crimes d'exécution que des crimes de gouvernement.

Dès lors, le crime contre l'humanité, par les lois prises en l'application de la recommandation de l'ONU de proclamer son imprescriptibilité, acquiert son autonomie. Il n'est pas nécessaire que le crime soit en relation avec les deux premiers crimes pour être punissable ni qu'il soit le fait de l'Axe et de ses alliés.

(...)

Principe n 7: *La complicité dans la commission d'un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité est un crime suivant le droit international.*

(...)

Principe n 5: *Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit.*" (p. 410 - 411)

⁸⁷ Un des protagonistes du procès de Nuremberg, le procureur français Edgar Faure, parle d'un "élargissement de la conscience de l'humanité", cité par Varaut, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992, p. 408.

⁸⁸ Mertens, Pierre, L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité, Editions de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 206.

⁸⁹ Graven, Jean, Principes fondamentaux d'un code répressif des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Genève, 1950.

⁹⁰ Le Code pénal français de l'année 1993 distingue, dans la catégorie de crimes contre l'humanité, entre le génocide (chapitre I) et "des autres crimes contre l'humanité" (chapitre II):

"Chapitre I. Du génocide

Art. 211 - 1

Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants:

- atteinte volontaire à la vie;
- atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique;
- soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe;
- mesures visant à entraver les naissances,
- transfert forcé d'enfants.

Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

(...)

Chapitre II. Des autres crimes contre l'humanité

Art. 212 - 1

La déportation, la réduction en esclavage, ou la pratique massive et systématique d'exécutions sommaires, l'enlèvement de personnes suivi de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux, et organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité.

(...)

Art. 212 - 2

Lorsqu'ils sont commis en temps de guerre en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'humanité, les actes visés à l'art. 212 - 1 sont punis de la réclusion criminelle à perpétuité.

(...)

Art. 213 - 3

La participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de l'un des crimes définis par les art. 211 - 1, 212 - 1 et 212 - 2 est punie de la réclusion à perpétuité."

⁹¹ le terme est de Casamayor (dont le vrai nom est Serge Fuster), membre de l'accusation française du procès, cité par Annette Wieworka, *Le procès de Nuremberg*, Rennes, Editions Ouest-France, 1995, p. 193

⁹² A titre d'exemple, voici comment un des représentants de la défense, le Dr Otto Von Lüdinghausen, apprécie le rôle anticipatif qui incombe au TMI:

"Ainsi une responsabilité immense vous incombe, si lourde qu'aucun tribunal du monde n'en a jamais assumé de pareille.

Vous devez, Messieurs les juges, selon la volonté et la pensée du père de ce procès, le président Roosevelt, disparu bien trop prématurément pour le monde entier, poser la première pierre du temple de la paix des peuples. Vous avez pour charge d'établir les fondations qui serviront à atteindre l'idéal de la paix éternelle qu'il avait conçu. C'est sur votre jugement que se baseront les générations futures. Vous avez à donner pour l'avenir les directives au moyen desquelles ceux qui viendront après nous chercheront à atteindre ce but élevé.

(...) *Mais ceci suppose en même temps que la sentence que vous prononcerez contre les accusés ne soit pas une sentence au sens ordinaire du terme, un arrêt rendu contre chacun des accusés et leurs actions, mais la nouvelle loi fondamentale dans laquelle tous les tribunaux futurs puiseront la loi d'après laquelle ils prononceront leurs sentences.*" (c'est moi qui souligne)

cité par Varaut, Jean-Marc, *Le procès de Nuremberg*, Perrin, 1992, p. 418-419.

⁹³ Wieworka, Annette, *Le procès de Nuremberg*, Rennes, Editions Ouest-France, 1995, p. 186.

⁹⁴ entres autres: Annette Wieworka, Jean-Marc Varaut, Eric David, Lyon-Caen, Claude Lombois, Mireille Delmas-Marty, ainsi que les acteurs de la justice qui ont préparé, organisé et mené le procès Barbie.

⁹⁵ archives du procès Nuremberg

⁹⁶ Le juriste belge Eric David, dans une étude consacrée aux instruments juridiques de Nuremberg et leur actualité, classe les éléments innovateurs du procès en trois groupes:

A. Etablissement d'incriminations coutumières et partiellement nouvelles (p. 94 - 105);

B. Etablissement des critères de responsabilité individuelle (p. 105 - 109);

C. Le rejet d'exceptions pénales traditionnelles, notamment:

1. Rejet d'une exception de procédure: immunité de juridiction des dirigeants d'un Etat;
2. Rejet d'un principe général du droit pénal: la non-rétroactivité des lois pénales;
3. Rejet d'une cause de justification classique: le commandement de la loi ou de l'autorité. (p. 109-113)

Le procès de Nuremberg. Conséquence et actualisation. Bruxelles, Bruyant, 1988.

⁹⁷ Dans son essai notoire "Politik als Beruf" Weber définit l'Etat comme suit:

"Qu'est-ce qu'un Etat? Lui non plus ne se laisse pas définir sociologiquement par le contenu de ce qu'il fait. Il n'existe en effet presque aucune tâche dont ne se soit pas occupé un jour un groupement politique quelconque; d'un autre côté, il n'existe pas non plus de tâches dont on puisse dire qu'elles aient de tout temps, du moins *exclusivement*, appartenu en propre aux groupements politiques que nous appelons aujourd'hui Etats ou qui ont été historiquement les précurseurs de l'Etat moderne. Celui-ci ne se laisse définir sociologiquement que par le *moyen* spécifique qui lui est propre, ainsi qu'à tout autre groupement politique, à savoir la violence physique (...)

Par contre il faut concevoir l'Etat contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé - la notion de territoire étant une de ses caractéristiques - revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements, ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'Etat le tolère: celui-ci passe donc pour l'unique source du "droit" à la violence".

Weber, Max, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 112-113.

⁹⁸ A cet égard il est très révélateur, que pour Grotius (et c'est une opinion largement admise à son époque) le terme de "homicide" ne couvre pas tous les cas de mise à mort d'un être humain, mais il a une signification beaucoup plus restreinte:

"Car la défense de répandre le sang n'est pas plus étendue que le Commandement de la Loi, *Tu ne tuera point*: or il est clair, que ce Commandement n'a rendu illicite ni la peine de mort infligé aux criminels, ni les Guerres entreprises par autorité publique. Ainsi et la Loi de *Moïse*, et la Loi donnée à *Noé*, tendent plutôt à expliquer et renouveler le Droit de la Nature, obscurci et comme éteint par les mauvaises coutumes qui régnaient alors, qu'à établir quelque chose de nouveau. De sorte que l'*effusion du sang* défendue par la Loi donnée à *Noé*, doit être entendue dans un sens qui emporte quelque chose de mauvais et de criminel: de même que par l'*Homicide* on n'entend pas tout acte par lequel on ôte la vie à un homme, mais seulement celui que l'on commet, lors qu'on tue un innocent; et cela de propos délibéré. Il me semble aussi, que ce qui est dit ensuite de l'effusion du sang de celui qui aura répandu le sang d'un autre, ne marque pas simplement le fait, ou ce qui arrivera, mais emporte encore un droit que les hommes ont d'ôter la vie aux Meurtriers."

Grotius, Hugues, Le droit de la guerre et de la paix, Livre I, II, V, 2, p. 74.

⁹⁹ cette expression a été utilisée par le procureur général Pierre Truche pendant le procès Barbie

¹⁰⁰ Le procès de Nuremberg. Conséquences et actualisation, Bruxelles, Bruyant, 1988, p. 97 - 98.

¹⁰¹ si l'on s'en réfère à Hannah Arendt, la formulation de cette notion reviendrait au philosophe allemand Karl Jaspers. ("Verbrecherstaat")

¹⁰² Cette idée est explicitement exprimée pendant le procès Eichmann par le tribunal de Jérusalem qui, après avoir cité le jugement de Nuremberg, déclare: "A State that plans and implements a "final solution" cannot be treated as *par in parem*, but only as a gang of criminals", cité par Eric David: Le procès de Nuremberg. Conséquence et actualisation. Bruxelles, Bruyant, 1988, p. 144.

¹⁰³ Jean-Marc Varaut cite la remarque suivante de Herzog, exprimée dans la "Revue pénale suisse" de l'année 1946:

"Ce n'est pas parce que les milliers d'hommes sont morts dans les camps de concentration que les assassins cessent d'être des criminels de droit commun".

Varaut, Jean-Marc, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992, p. 317.

¹⁰⁴ Voici le commentaire de Jean-Marc Varaut à ce sujet:

"Lorsqu'enfin l'accord intervient sur le principe d'un tribunal international, sur les incriminations, sur la procédure et sur le lieu du procès, Nuremberg, il n'est question que de juger les criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe. Le statut ne reprend pas la mention dans la déclaration de capitulation signée par les plénipotentiaires allemands, qui exprimait la bonne intention de réprimer tous les crimes de guerre: "Il en sera de même dans le cas de tout national d'une quelconque des Nations Unies qui est accusé d'avoir commis une infraction aux lois de son pays". Et si les bombardements indiscriminés de Londres et l'utilisation des armes de représailles, telles les fusées V1 et V2, ne sont pas au nombre des chefs d'accusation, c'est sans doute pour ne pas y inclure les bombardements indiscriminés par la R.A.F. des populations civiles, dont le bombardement au phosphore de Dresde constitue le paroxysme.

A cette occasion, remarquons que l'on ne semble jamais avoir rapproché de la date de constitution de ce tribunal de la conscience universelle - le 8 août 1945 - des dates de l'événement majeur qui inaugure une ère nouvelle, l'ère thermonucléaire: le 6 août 1945, bombardement d'Hiroshima, et le 9 août, bombardement de Nagasaki. Le bombardement atomique des populations de ces villes a fait moins de morts que les bombardements conventionnels de Dresde, Hambourg, Cologne et Tokyo, mais il a infligé des souffrances atroces aux rescapés atteints par la radioactivité. Il a, plus encore que les bombardements conventionnels, *vicié les deux principes du droit de la guerre* (c'est moi qui souligne): le premier interdit tout moyen de guerre apte à causer des souffrances inutiles; la conférence de la Haye de 1899 avait transformé en principe général les prohibitions spécifiques traditionnelles des armes empoisonnées, des balles explosives et des gaz asphyxiants. Le second principe est celui en vertu duquel il est interdit de frapper sans discrimination les combattants et les civils."

Jean-Marc Varaut, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992, p. 42

Annette Wieworka, de sa part, s'étend sur le cas soviétique:

"Parmi les vainqueurs, l'Union soviétique. Et sa présence parmi les puissances accusatrices donne un argument de poids aux adversaires du procès. Car non seulement l'URSS avait signé avec l'Allemagne un pacte de non-agression assorti d'un protocole partageant tout simplement la Pologne et déclenché cette guerre en même temps que l'Allemagne, mais elle avait perpétré aussi sur les officiers polonais, à Katyn notamment, des massacres à grande échelle."

Annettes Wieworka, le Procès de Nuremberg, Rennes, Editions Ouest-France, 1995, p. 180

¹⁰⁵ voir Graven, Jean, Principes fondamentaux d'un code répressif des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Genève, 1950

¹⁰⁶ cité par Varaut, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992, p. 358

¹⁰⁷ cité par Varaut, p. 394

¹⁰⁸ "La fonction monstrueuse ne se juxtapose pas aux fonctions régulières, mais s'y articule et les commande. (...) C'est dans le mécanisme du service public criminel lui-même issu d'une doctrine inhumaine, que réside la grande originalité et la profonde malfaisance des entreprises que le tribunal avait à juger", cité par Annette Wieworka, Le Procès de Nuremberg, Rennes, Editions Ouest-France, 1995, p. 112.

¹⁰⁹ phénomène largement décrit et démontré par tous les auteurs qui, après Hannah Arendt, traitent du système d'extermination nazi.

¹¹⁰ par ex., dans Varaut, Le Procès de Nuremberg; Yves Ternon, L'Etat criminel: les génocides au XX-ème siècle, Paris, Edition du seuil, 1995

¹¹¹ cité par

¹¹² cité par Wieworka, Le procès de Nuremberg, Rennes, Editions Ouest-France, 1995, p. 82

¹¹³ Annette Wieworka. Le procès de Nuremberg, p. 178

¹¹⁴ Jean- Marc Varaut, Le procès de Nuremberg, Perrin, 1992

¹¹⁵ Papadatos, Pierre, Le procès Eichmann, Genève, 1964, p. 37

¹¹⁶ Annette Wieworka, Le procès Eichmann, Complexe, 1989, p. 24:

"La loi israélienne de 1950 modifie à peine cette définition /celle de crime contre l'humanité/: "L'expression crime contre l'humanité désigne l'un quelconque des actes ci-après: meurtres, extermination, mise en esclavage, privation de nourriture ou déportation et autres actes inhumains, commis contre la population civile, et persécutions pour des motifs fondés sur la nationalité, la race, la religion ou les opinions politiques". La seule différence, on le voit, - et elle est importante puisqu'elle fait du crime contre l'humanité un crime en soi, hors du contexte de la guerre - est d'avoir déconnecté ce crime des deux autres mentionnés à Nuremberg. (crime de guerre et crime contre la paix)"

¹¹⁷ cité par Mertens, Pierre, L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité, Edition de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 211

¹¹⁸ cité par Mertens, p. 213

¹¹⁹ cité par Anne Wieworka, Le procès Eichmann, Complexe, 1989, p. 25

¹²⁰ Yves Ternon, L'Etat criminel: les génocides au XX-ème siècle, Paris, Edition du Seuil, 1995

¹²¹ la conférence de Wannsee est convoquée par Heydrich le 20 Janvier 1942 dans la banlieue berlinoise avec l'objectif d'assurer la coordination des différents services du Reich dans l'accomplissement de la solution finale. Eichmann y fut présent

¹²² cité par Papadatos, Le procès Eichmann, Genève, 1964, p. 13 - 14

¹²³ Wieworka, Le procès Eichmann, Complexe, 1989, p. 60

¹²⁴ cité par Yves Ternon, L'Etat criminel: les génocides au XX-ème siècle, Paris, Edition du Seuil, 1995 p. 167

¹²⁵ Ibid, p. 167

¹²⁶ Wieworka, Le procès Eichmann, Complexe, 1989, p. 58

¹²⁷ Ibid, p. 102

¹²⁸ cité par Wieworka, p. 44

¹²⁹ Ibid, p. 44

¹³⁰ Ibid, p. 102

- ¹³¹ cité par Wieviorka, p. 108
- ¹³² p. 26, 33^e audience, APB /Archives du procès Barbie)
- ¹³³ p. 49, 33^e audience, APB
- ¹³⁴ p. 54, 33 audience, APB
- ¹³⁵ p. 21, 33 audience, APB
- ¹³⁶ p. 2, 33 audience, APB
- ¹³⁷ p. 61, 33 audience, APB
- ¹³⁸ p. 55, 33 audience, APB
- ¹³⁹ p. 56, 33 audience, APB
- ¹⁴⁰ p. 23, 33 audience, APB
- ¹⁴¹ p. 25, 33 audience, APB
- ¹⁴² p. 26, 33 audience, APB
- ¹⁴³ p. 25, 33 audience, APB
- ¹⁴⁴ p. 25, 33 audience, APB
- ¹⁴⁵ p. 26-27, 33 audience, APB
- ¹⁴⁶ p. 27, 33 audience, APB
- ¹⁴⁷ p. 23, 33 audience, APB
- ¹⁴⁸ p. 10, 11^e audience, APB
- ¹⁴⁹ p. 14, 32 audience, APB
- ¹⁵⁰ p. 15, 32 audience, APB
- ¹⁵¹ p. 7, 33 audience, APB
- ¹⁵² p. 7, 11 audience, APB
- ¹⁵³ p. 14, 32 audience, APB
- ¹⁵⁴ p. 17, 11 audience, APB
- ¹⁵⁵ p. 18, 11 audience, APB
- ¹⁵⁶ p. A/2-6, 22^e audience, APB
- ¹⁵⁷ p. 28, 26 audience, APB
- ¹⁵⁸ p. 29, 26 audience, APB
- ¹⁵⁹ p. A/12-15, 25^e audience, APB
- ¹⁶⁰ p. 8, 33 audience, APB
- ¹⁶¹ p. 38, 26 audience, APB
- ¹⁶² p.22, 26 audience, APB
- ¹⁶³ p. 11, 33^e audience, APB
- ¹⁶⁴ p. 11, 33^e audience, APB

- ¹⁶⁵ p. 11-12, 33^e audience, APB
- ¹⁶⁶ p. 25, 26^e audience, APB
- ¹⁶⁷ p. 13, 33^e audience, APB
- ¹⁶⁸ p. 23, 26 audience, APB
- ¹⁶⁹ p. 31-32, 26 audience, APB
- ¹⁷⁰ p. 16, 33^e audience, APB
- ¹⁷¹ p. 17, 33^e audience, APB
- ¹⁷² p. 17, 33^e audience, APB
- ¹⁷³ p. 26-27, 26^e audience, APB
- ¹⁷⁴ p. 40, 26^e audience, APB
- ¹⁷⁵ p. 10, 26^e audience, APB
- ¹⁷⁶ p. 15, 26^e audience, APB
- ¹⁷⁷ p. 13-15, 26^e audience, APB
- ¹⁷⁸ p. A/8, 22 audience, APB
- ¹⁷⁹ p. A/,22 audience, APB
- ¹⁸⁰ p. 7-8, 6^e audience, APB
- ¹⁸¹ p. A/16, 35 audience, II partie, APB
- ¹⁸² p. A/16, 35 audience, II partie, APB
- ¹⁸³ p. 20, 11 audience, APB
- ¹⁸⁴ p. 37-38, 35 audience, APB
- ¹⁸⁵ p. A/22, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁸⁶ p. A/22-23, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁸⁷ cité par Mbemba, p. 24, 35 audience, APB
- ¹⁸⁸ cité par Vergès, p. 20, 11 audience, APB
- ¹⁸⁹ p. A/35 – 36, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹⁰ p. A/37, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹¹ p. A/45, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹² p. 37 - 38, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹³ 35^e audience, APB
- ¹⁹⁴ p. A/20 - 21, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹⁵ p. A/32, 35^e audience, II partie, APB
- ¹⁹⁶ p. A/5, 36 audience, APB
- ¹⁹⁷ p. A/24, 36 audience, APB
- ¹⁹⁸ p. A/30 - 31, APB

¹⁹⁹ commandant de l'armée allemande en France

²⁰⁰ ambassadeur de Vichy à Paris

²⁰¹ chef de la RSHA à Paris

²⁰² 36^e audience, APB

²⁰³ p. A/74, 36 audience, APB

²⁰⁴ p. A/30, APB

²⁰⁵ p. A/32, APB

²⁰⁶ p. A/33, 35 audience, II partie, APB

²⁰⁷ p. A/40, APB

²⁰⁸ p. A/37, APB

²⁰⁹ p. A/24, 36 audience, APB

²¹⁰ p. A/33, APB

²¹¹ p. A/47, APB

²¹² p. A/19, 36 audience, II partie, APB

²¹³ p. A/3, 35 audience, II partie, APB

²¹⁴ p. A/13, 25 audience, II partie, APB

²¹⁵ p. A/17, 35 audience, II partie, APB

²¹⁶ p. A/20, 35 audience, II partie, APB

²¹⁷ 11 audience, APB

²¹⁸ p. A/58, APB

²¹⁹ p. 43, 35 audience, APB

²²⁰ p. A/24, 35 audience, II partie, APB

²²¹ p. 12, 35 audience, APB

²²² p. A/31, 35 audience, II partie, APB

²²³ p. 14, 35 audience, APB

²²⁴ p. A/34, 35 audience, II partie, APB

²²⁵ p. A/10, 35^e audience, II partie, APB

²²⁶ p. 25, 35^e audience, APB

²²⁷ p. A/20, 36^e audience, APB

²²⁸ p. A/ 9, 35^e audience, II partie, APB

²²⁹ p. 20, 36^e audience, APB

²³⁰ p. A/42, APB

²³¹ p. A/10-11, 35^e audience, II partie, APB

²³² p. 22, 36^e audience, APB

²³³ p. 9-10, 36^e audience, APB

²³⁴ p. A/3, APB

²³⁵ p. A/12, APB

²³⁶ p. A/11, APB

²³⁷ p. A/1, APB

²³⁸ p. 16, 36^e audience, APB

²³⁹ p. A/14, APB

²⁴⁰ p. 23, 36^e audience, APB

²⁴¹ p. A/16, 36^e audience, APB

²⁴² p. 13, 36^e audience, APB

²⁴³ p. A/44, APB

²⁴⁴ p. A/54-55, APB

²⁴⁵ p. A/56, APB

²⁴⁶ Le procès "Honecker und andere" a été mené initialement contre 6 accusés, membres du Conseil national de la défense:

Eric Honecker " der frühere Generalsekretär der SED, Vorsitzende des Staatsrates und Vorsitzende des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR"

Erich Mielke, "das frühere Mitglied des Politbüro des Zentralkomitees der SED, Mitglied des Nationalen Verteidigungsrates und früherer Minister für Staatssicherheit der ehemaligen DDR"

Willi Stoph , "das frühere Mitglied des PB des ZK der SED, Mitglied des NVR und früherer Vorsitzender des Ministerrates und Stellvertreter des Vorsitzenden des Staatsrates der ehemaligen DDR"

Heinz Kessler, "das frühere Mitglied des PB des ZK der SED, Mitglied des NVR und früherer Minister für Nationale Verteidigung der ehemaligen DDR"

Fritz Streletz, "der frühere Sekretär des NVR der ehemaligen DDR"

Hans Albert, "der frühere erste Sekretär der Bezirks- und Bezirkseinsatzleitung Suhl der SED und Mitglied des NVR der ehemaligen DDR"

²⁴⁷ Anklageschrift, p. 773, APH /Archives procès Honecker/

"Menschen(...) die nichts weiter wollten, als die DDR zu verlassen"

²⁴⁸ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 195:

"Flüchtlinge, die lediglich von ihrem Ausreiserecht Gebrauch machen wollten"

²⁴⁹ Urteil BVG, p. 35, APH:

"Opfer (...) die nichts weiter gewollt hätten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechtsgüter die innerdeutsche Grenze zu überschreiten."

²⁵⁰ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 251:

"das Opfer eines vorsätzlichen Tötungsdelikts typischerweise ohne eigenes Zutun in die tödliche Situation gerät. Hier jedoch haben sich die Opfer in Bewusstsein des hohen Risiko in die als ausserst gefährlich erkannte Situation begeben. Es ist nicht festgestellt worden, dass auch nur eines der Opfer durch staatliche Willkür in eine so ausweglose Konfliktsituation gebracht worden wäre, dass der Fluchtversucht die einzige Lösung und somit der Tod zwangsläufige Konsequenz des staatlichen Handelns war. Damit soll kein Mitverschulden der Opfer zum Ausdruck gebracht werden, sondern lediglich, dass der typische Fall des Totschlags ein anderer ist."

²⁵¹ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 212 – 213:

"Ebensowenig können sich die Angeklagten darauf berufen, die Opfer hätten ihren Tod selbst verursacht, sie seien bewusst in den Grenzbereich, dessen Gefährlichkeit jedermann gekannt habe, eingedrungen und hätten dadurch ihren eigenen Tod in Kauf genommen. (...) Die Angeklagten wussten, dass das Grenzregime nicht in der Lage war, alle DDR-Bürger abzuschrecken und deshalb immer wieder Todesfälle verursachte."

²⁵² Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 252-253:

"Die Angeklagten haben als hochrangige Repräsentanten des Staates geglaubt, ihr Handeln nicht an rechtlichen Normen messen zu müssen, sondern politische Maßstäbe anlegen zu dürfen. Während sich der Rechtsstaat u.a. dadurch auszeichnet, dass bei der Bewertung staatlichen Handelns stets die Rechtmässigkeit oberstes Kriterium ist, dem sich auch politische Zweckmässigkeitserwägungen unterzuordnen haben, herrschte in der Staats- und Parteiführung der DDR das Verständnis vor, oberste Maxime sei das, was die Partei für richtig hält."

²⁵³ Anklageschrift, p. 778, APH:

"Schliesslich weisen die Ermittlungen aus, dass keine rechtlichen Kategorien, sondern ausschliesslich politische Ziele das Handeln der Angeschuldigten im Nationalen Verteidigungsrat bestimmten. Der Schusswaffeneinsatz erfolgte in Erfüllung des als "zutiefst humanistisch" bezeichneten "Klassenauftrags" und zur Vermeidung eines politischen und moralischen Schadens, der der DDR (...) durch Grenzdurchbrüche erwuchs."

²⁵⁴ Anklageschrift, p. 781, APH:

"nach dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Willen der Staats- und Parteiführung aus politischen, rechtsstaatswidrigen Gründen Straftaten nicht verfolgt wurden."

²⁵⁵ L'art 27 de la Loi sur la surveillance de la frontière postale:

"(1) Die Anwendung der Schusswaffe ist die äusserste Massnahme der Gewaltanwendung gegenüber Personen. Die Schusswaffe darf nur in solchen Fällen angewendet werden, wenn die körperliche Einwirkung ohne oder mit Hilfsmitteln erfolglos blieb oder offensichtlich keinen Erfolg verspricht. Die Anwendung von Schusswaffen gegen Personen ist dann zulässig, wenn durch Waffenwirkung gegen Sachen oder Tiere der Zweck nicht erreicht wird.

(2) Die Anwendung der Schusswaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Sie ist auch gerechtfertigt zur Ergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind.

(3) Die Anwendung der Schusswaffe ist grundsätzlich durch Zuruf oder Angabe eines Warnschusses anzukündigen, sofern nicht eine unmittelbar bevorstehende Gefahr nur durch die gezielte Anwendung der Schusswaffe verhindert oder beseitigt werden kann.

(4) Die Schusswaffe ist nicht anzuwenden, wenn

- a) das Leben oder die Gesundheit Unbeteiligter gefährdet werden können.
- b) die Personen dem äusseren Eindruck nach im Kindesalter sind oder
- c) das Hoheitsgebiet eines benachbarten Staates beschossen würde.

Gegen Jugendliche und weibliche Personen sind nach Möglichkeit Schusswaffen nicht anzuwenden.

(5) Bei der Anwendung der Schusswaffe ist das Leben von Personen nach Möglichkeit zu schonen. Verletzten ist unter Beachtung der notwendigen Sicherheitsmassnahmen Erste Hilfe zu erweisen."

²⁵⁶ Urteil BVG, p. 19, APH:

"Für die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates müsse mehr noch als für die Todesschützen gelten, dass Art. 27 des Grenzgesetzes als Rechtverteidigungsgrund ausscheide. Dass diese Vorschrift lediglich den Anschein habe erwecken sollen, der Schusswaffengebrauch werde nach strengen, international anerkannten Regeln gehandhabt, habe sich zwar den Schützen nicht erschlossen, sei jedoch von den Beschwerdeführern in vollem Umfang erkannt worden."

²⁵⁷ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 212:

"Die Befehlslage in der Grenztruppen stellte die Verhinderung jeden Fluchtversuchs an oberste Stelle. Dieser Maxime wurde das Leben des einzelnen Flüchtlings untergeordnet. (...) Die Kammer geht dabei nicht von der Existenz eines förmlichen Befehls in Schriftform aus, der ausdrücklich die Tötung von Flüchtlingen angeordnet hätte. Die schriftliche Fixierung einer solchen Weisung hätte der in der DDR geübten Praxis widersprochen. Die Tötung des Flüchtlings war auch nie das eigentliche Ziel des Grenzregimes; oberstes Ziel war vielmehr die Verhinderung jeden Fluchtversuchs. Bei der Durchsetzung dieses Ziels sollte zwar an sich jeder Tote vermieden werden, jedoch war notfalls der Tod des Flüchtlings in Kauf zu nehmen. Dies wurde den Grenzsoldaten durch ihre Vorgesetzten vermittelt, und zwar in mündlicher Form. Die schriftlichen Gesetze, Befehle und Dienstvorschriften wurden dabei gezielt verfälscht und erweitert."

Auf den Wortlauf der einzelnen Schusswaffengebrauchsbestimmungen kam es deshalb im vorliegenden Verfahren nicht entschieden an, da für die Grenzsoldaten nicht das geschriebene Wort entscheidend war, sondern das, was ihnen ständig durch ihre Vorgesetzten in der Ausbildung, im Politunterricht und im täglichen Dienst vermittelt wurde."

²⁵⁸ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 198:

"Wenn die Errichtung der Mauer zwischen den USA und der UdSSR abgesprochen gewesen sein sollte, würde dies weder an der Rechtswidrigkeit der Tötung von Flüchtlingen noch am Umfang der Schuld der Angeklagten etwas ändern."

²⁵⁹ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 211:

"Die Kammer stützt ihre Überzeugung, dass die DDR hinsichtlich des Grenzregimes zwar durchaus nicht völlig souverän war, jedoch bei der konkreten Ausgestaltung weitgehend freie Hand hatte."

²⁶⁰ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 250:

"Die Angeklagten waren selbst Angestiftete. Dies soll nicht etwa heissen, dass sie "Opfer" des Systems gewesen wären oder sich in irgendeiner Zwangslage befunden hätten. (...) Da sie sich nie mit dem Gedanken trugen, gegen diese Politik aufzubegehren, braucht auch nicht der Umstand zu ihren Gunssten gewertet zu werden, dass ein Opponieren gegen die politische Linie für sie mit Sicherheit entscheidende Konsequenzen gehabt hätte."

²⁶¹ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 250:

"haben sie die Politik der DDR und damit auch das Grenzregime in voller Überzeugung mitgetragen"

²⁶² Il s'agit des accusés Kessler et Streletz, le troisième accusé Albrecht étant exclu de ce raisonnement

²⁶³ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 214:

"Die beiden Angeklagten haben jedoch über ihre blosser Mitgliedschaft im NVR hinaus objectif in erheblichem Masse zur Aufrechterhaltung des Grenzregimes beigetragen. Sie sahen als Militärs die Grenzsicherung auch als ihre ureigene Aufgabe an und waren demzufolge am Erfolg des Grenzregimes interessiert. Sie handelten gleichsam "in eigener Sache."

²⁶⁴ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 246:

"Die Angeklagten haben über einen langen Zeitraum von ungefähr 18 bis 20 Jahren hinweg an der Aufrechterhaltung des Apparates zur Grenzsicherung mitgewirkt. Dieser war bis ins letzte Detail durchgedacht und perfect organisiert."

²⁶⁵ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 212:

"Die Angeklagten haben den Tod der sieben bzw sechs Opfer vorsätzlich verursacht. Ihr Handel war kausal für den Taterfolg. (...) Der dort hervorgehobene Umstand, dass die Angeklagten faktisch keine Änderung an den bestehenden Zustand bewirkt haben, schliesst nicht die Kausalität ihres Handelns in Sinne der "conditio sine qua non"-Formel aus. (...) Ohne diese Beschlüsse und Befehle wäre die nachfolgende Befehlskette nicht in Gang gesetzt worden und wären die zum Tode der Opfer führenden Handlungen der Grenzsoldaten nicht erfolgt. Dabei können sich die Angeklagten nicht darauf berufen, dass sich im Ergebnis möglicherweise nichts geändert hätte, wenn durch ihre Mitwirkung der NVR einen entsprechenden Beschluss verweigert hätte oder ein Befehl N 101 nicht zustande gekommen wäre, weil die politische Führung sie dann alsbald ihrer Funktionen enthaben und durch andere willfähige Personen ersetzt hätte, die die gewünschten Handlungen vorgenommen hätten. Der Umstand, dass bei Hinwegdenken der eigenen Handlung möglicherweise alsbald eine andere Person an die eigene Stelle getreten wäre und dieselbe Handlung vorgenommen hätte, ändert nichts an der Kausalität der konkreten eigenen Handlung."

²⁶⁶ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 212:

"Die Angeklagten im vorliegenden Fall sind als "Schreibtischtäter" einzustufen; sie haben die Opfer, die ihnen als konkrete Personen nicht bekannt waren, nicht eigenhändig getötet."

²⁶⁷ Anklageschrift, p. 770-771, APH:

"Die Angeklagten haben durch ihre im NVR entfaltenen Tätigkeiten die entscheidenden Ursachen zu den Tötungen und versuchten Tötungen gesetzt. In dem zentralistischen Staatssystem der ehemaligen DDR waren die dort getroffenen Anordnungen die eigentliche Tathandlung, die den Tod bzw die Verletzungen der Flüchtenden herbeigeführt haben.

Das Grenzregime war auf Veranlassung der Angeschuldigten. (...) so ausgestaltet, dass die Umsetzung der Beschlüsse des Nationalen Verteidigungsrates ein reibungsloses Räderwerk in Gang setzte. Die Ausführung der Beschlüsse durch die letzten Glieder der Befehlskette war lediglich der Schlusspunkt einer von ihnen beherrschten Maschinerie.

(...) Zwar handelten die letztlich Ausführenden strafrechtlich verantwortlich, doch war das System bezüglich der Auswahl der Grenzsoldaten und deren Ersetzbarkeit so ausgebaut, dass die Entscheidung eines Einzelnen nicht ausschlaggebend war."

²⁶⁸ Anklageschrift, p. 772, APH:

"Auch mangelt es nicht an der notwendigen subjektiven Komponente der Mittäterschaft, dem gemeinsamen Tatentschluss. Das arbeitsteilige Vorgehen ging einher mit einer Rollenverteilung, die in der von allen Beteiligten gewollten bzw akzeptierten Befehlsstruktur festgelegt war. Diese Befehlslage gewährleistete, dass der gemeinschaftlich angestrebte Erfolg mit vereinten Kräften erreicht werden konnte. Die Befehle ersetzen die ansonsten erforderliche Absprache. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Mittäter gegenseitig kennen, sofern sich jeder nur bewusst ist, dass neben ihm noch ein anderer oder andere mitwirken und diese von dem gleichem Bewusstsein erfüllt sind. (Jagusch, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4 Aufl., H 63 II,1)"

²⁶⁹ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 213:

"Bei einer Kettenanstiftung muss der Anstifter den eigentlichen Täter nicht kennen; es reicht aus, wenn er einerseits die Person kennt, die unmittelbaren Empfänger seiner Aufforderung - also nächstes Glied in der Kette - ist, und andererseits den konkreten Personenkreis, aus dem der Täter stammen wird. Die Angeklagten wussten, dass sich ihre Entscheidungen an den Minister für Nationale Verteidigung bzw den chef der Grenztruppen richteten und ausführende Täter Angehörige der Grenztruppen sein würden. Auch die genaue Individualisierung des Opfers ist nicht erforderlich."

²⁷⁰ Urteil BGH, p. 22-23, APH:

"Die vom Landgericht vorgenommene rechtliche Bewertung des Verhaltens der Angeklagten nach dem Recht der DDR trifft zu.

(...) Nach dem Recht der DDR setzt Anstiftung nämlich voraus, dass der Angestiftete rechtswidrig und vorsätzlich einen Straftatbestand verwirklicht. Die Anstiftungshandlung muss gegenüber einem bestimmten Täter erfolgen und sich auf eine konkret bestimmte Straftat beziehen; der Vorsatz des Anstifters muss sich auf alle wesentlichen Umstände der betreffenden Straftat erstrecken.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Es ist nicht erforderlich, dass der Anstifter in seine Vorstellung alle Einzelheiten des späteren Geschehensablauf aufgenommen hat, insbesondere Tatort, Tatzeit und Tatopfer und die jeweils unmittelbar handelnde Person für jeden Einzelfall individuell kennt. Danach genügt es, dass der Anstifter weiss, dass aufgrund der von ihm veranlassten Massnahmen, unter anderem Minenverlegung, Flüchtlinge zu Tode kommen können."

²⁷¹ Urteil BGH, p. 29-31, APH:

"Es gibt aber Fallgruppen, bei denen trotz eines uneingeschränkt verantwortlich handelnden Tatmittlers der Beitrag des Hintermannes nahezu automatisch zu der von diesem Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führt. Solches kann vorliegen, wenn der Hintermann durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft.

(...) Eine so verstandene mittelbare Täterschaft wird nicht nur bei Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse, sondern auch in Fällen mafiaähnlich organisierten Verbrechens in Betrag kommen, bei denen der räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle verantwortenden Organisationsspitze und den unmittelbar handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht. Auch das Problem der Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlichen Unternehmen lässt sich so lösen."

²⁷² Anklageschrift, p. 778-779, APH:

"Obwohl im Grenzgesetz und in den Schusswaffengebrauchsbestimmungen der Verhältnismässigkeitsgrundsatz formuliert war, bewirkten die Angeschuldigten, dass die Schulung der einzelnen Grenzsoldaten an diesen Vorschriften vorbei erfolgte. Den einzelnen Grensoldaten waren die Schusswaffengebrauchsbestimmungen bzw das Grenzgesetz zumeist gar nicht bekannt. Diesen wurde vielmehr stets eingeschärft, Grenzdurchbrüche seien notfalls auch mit tödlichen Schüssen zu verhindern, "Grnzverletzer" zu "vernichten". Gelang es einem Grenzsoldaten, einen sogenannten Grenzdurchbruch zu vereiteln, so wurde er belobigt und mit einer Geldprämie belohnt, und zwar auch dann, wenn er sich nicht an die Voraussetzungen des Grenzgesetzes bzw der Schusswaffengebrauchsbestimmungen gehalten hatte."

²⁷³ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, 213:

"Die Angeklagten wussten, (...) dass die Tötung von Flüchtlingen an der Grenze Unrecht war. Dieses Unrecht haben sie jedoch aus politischen Erwägungen in Kauf genommen. Sie haben das (vermeintliche) Staatsinteresse in eigenmächtiger Entscheidung über das Rechtsgut des Lebens des einzelnen Bürgers gestellt. Einen solchen Vorrang kennt das StGB der DDR trotz der Betonung der staatlichen und gesellschaftlichen Interessen nicht. Es ist auch nicht etwa so unklar gefasst, dass der Eindruck der Nachrangigkeit des Rechtsgutes des Lebens des einzelnen Bürgers entstehen könnte. Vielmehr ist die herausragende Stellung dieses Rechtsgutes allgemein bekannt."

²⁷⁴ cette partie de l'accusation ne concerne pas les trois accusés - Kessler, Streletz et Albert - contre lesquels le procès a été poursuivi jusque la prononciation de sentence. L'Acte d'accusation se rapporte aux 6 accusés contre lesquels le procès a été ouvert. L'extait cité de l'Acte d'accusation concerne les accusés pour lesquels le procès a été suspendu en raison de santé. (E. Honecker, E. Mielke et W. Stoph)

²⁷⁵ Anklageschrift, p. 773-774, APH:

"Bis zum Inkrafttreten der Verfassung der DDR vom 6 April 1968 standen die Handlungsweisen der Angeschuldigten vielmehr im Widerspruch zu dem bis dahin geltenden Verfassungsrecht. Die Verfassung der DDR vom 7 October 1949, die durch die spätere Verfassung vom 6 April 1968 ersetzt wurde, gewährleistete durch Art.10 Abs. 3 Satz 1 ausdrücklich das Recht auf Auswanderung. Eine die Ausreisefreiheit beschränkende Regelung, die gemäss Art.10 Abs. 3 Satz 2 zulässig war, wurde bis zum Inkrafttreten der Verfassung vom 6 April 1968 nicht erlassen. Durch das Passgesetz der DDR vom 15 September 1954, das den Grenzübertritt vom Besitz eines Passes oder Visums abhängig machte, aber nicht regelte, unter welchen Voraussetzungen die Ausstellung eines Passes oder Visums versagt werden konnte, und das auch keine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der diesbezüglichen Verwaltungsentscheidungen vorsah, wurde das Recht auf Ausreisefreiheit nicht beschränkt, sondern praktisch aufgehoben.

Die Massnahmen der Angeschuldigten dienten dazu, das der Verfassungslage widersprechende Ausreiseverbot mit notfalls tödlich wirkender Gewalt durchzusetzen. Sie waren deshalb ebenso wie das Passgesetz selbst gemäss Art.4 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung der DDR vom 7 October 1949 verfassungswidrig."

²⁷⁶ Anklageschrift, p. 774-775, APH:

"Der Verhalten der Angeschuldigten versties weiter gegen Art. 12 Abs 2 der Internationalen Konvention über zivile und politische Rechte vom 16 Dezember 1966, der, nach Ratifizierung am 2 November 1973, am 23 März 1966 in der DDR in Kraft getreten war.

(...) Diese Bestimmung lautet:

"Es steht jedem frei, jedes Land, auch sein eigenes, zu verlassen."

(...) Durch Art. 8 Abs. 1 Satz 1 der Verfassung hatte sich die DDR ausdrücklich zur Verbindlichkeit dieser allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts bekannt."

²⁷⁷ Anklageschrift, p. 776-777, APH:

"Die Anordnungen und Beschlüsse des NVR, die darauf fussenden Schusswaffengebrauchsbestimmungen sowie die Art. 26, 27 des Grenzgesetzes der DDR vom 25 März 1982 in Verbindung mit Art. 213 Abs 3 StGB/DDR können aber unabhängig davon, dass durch sie höherrangiges positives Rechts verletzt wurde, nicht als beachtliches Regelwerk zur Erfüllung einer staatlich vertretbaren Ordnungsaufgabe angesehen werden.

(...) Zur Sicherung des Fortbestandes des der Bevölkerung der DDR aufgezwungenen Herrschaftsystems waren nach der Gesetzeslage und deren Handhabung durch die staatlichen Organe der DDR gegen Bürger der DDR, die von ihrem(...) Recht auf Ausreise Gebrauch machen wollten, nicht nur die Verhängung von Freiheitsstrafe, sondern auch die Körperverletzung und sogar die Tötung desjenigen, der mittels Flucht sein Menschenrecht auf Ausreise ausüben wollte, erlaubt.

(...) Derartige gesetzliche Regelungen und staatliche Massnahmen verstossen in einem unerträglichen Mass gegen das Erfordernis materieller Gerechtigkeit. Sie müssen als Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf Leben und Freiheit angesehen werden. Derartige Eingriffe dürfen aber durch kein Gesetz und keine obrigkeitliche Massnahme vorgenommen werden (BVG 3, 232; 6, 199; BGH St 2, 234, 237; 3, 357, 363/364). Staatliche Massnahmen, die diesen Kernbereich verletzen, sind deshalb unbeachtlich."

²⁷⁸ Urteil BVG, p. 23, APH:

"Dem richtig interpretierten Art. 27 Abs 2 GrenzG/DDR hätte unter Beachtung der vom Wortsinn des Gesetzes gezogenen Grenzen und im Lichte der Verfassung der DDR und der von ihr eingegangenen völkerrechtlichen Bindungen schon zum Tatzeitpunkt ein Rechtfertigungsgrund für Fälle der vorliegenden Art nicht entnommen werden dürfen. Die Schutzrichtung von Art. 103 Abs 2 GG werde also im vorliegenden Fall nicht verfehlt: Die Erwartung, das Rechte werde, wie in der Staatspraxis zum Tatzeit, auch in Zukunft so angewandt werden, dass ein menschenrechtswidriger Rechtfertigungsgrund anerkannt werde, sei nicht schutzwürdig."

²⁷⁹ Urteil BVG, p. 21-22, APH:

"Er /der Rechtfertigungsgrund/ könne vielmehr nur dann wegen Verstossen gegen höherrangiges Recht unbeachtet bleiben, wenn in ihm ein offensichtlich grosser Verstoss gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit zum Ausdruck komme; der Verstoss müsse so schwer wiegen, dass er die allen Völkern gemeinsamen, auf Wert und Würde des Menschen bezogenen Rechtsüberzeugungen verletze. Der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit müsse so unerträglich sein, dass das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen habe. Dieser in der Radbruch'schen Formel umschriebene Masstab, der zu Beurteilung schwerster nationalsozialistischen Gewaltverbrechen herangezogen worden sei, gelte auch für die Tötung von Menschen an der innerdeutschen Grenze, obwohl diese nicht mit dem nationalsozialistischen Massenmord gleichgesetzt werden könne. Heute seien konkretere Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen. Die internationalen Menschenrechtspakete böten Anhaltspunkte dafür, wann ein Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletze. Von besonderen Bedeutung seien in diesem Zusammenhang Art. 12 Abs 2 und Art 6 Abs 1 Satz 1 und 3 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966."

²⁸⁰ Urteil BVG, p. 41, APH:

"Der Hinweis der Beschwerdeführer auf Regeln, die von allen Staaten oder von Staatengemeinschaften zum Schutz der Grenzen und zur Regelung des Grenzverkehrs erlassen worden seien, treffe die Situation des Grenzregimes der ehemaligen DDR nicht. Das Recht der Ein- und Ausreise sei in den Staaten der internationalen Völkergemeinschaft und insbesondere auch in der BRD als Verwaltungsrecht ausgestaltet; zu seiner Durchsetzung den Todesschuss einzusetzen sei absolut unverhältnismässig. Das Grenzregime der DDR habe sich damit in einem unerträglichen Widerspruch zu Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit befunden. Auf dieses treffe daher die Bewertung Radbruchs zu, nach der einem Recht die Geltung zu versagen sei, das in einem so unerträglichen Widerspruch zur Gerechtigkeit stehe, dass das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen habe."

²⁸¹ Urteil BVG, p. 47-48, APH:

"Im Interesse von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit gewährleistet Art. 103 Abs. 2 GG, dass im Bereich des Strafrechts, auf dessen Grundlage der Staat in die Persönlichkeit auf das schwerwiegendste eingreifen darf, nur der Gesetzgeber die strafwürdigen Rechtsgutsverletzungen bestimmt. Dies findet in Art. 103 Abs. 2 GG dadurch seinen Ausdruck, dass die rechtsstaatliche Gesetzesbindung zu einem strengen Parlamentsvorbehalt verschärft wird.

(...) Art. 103 Abs 2 GG schützt davon, dass die Bewertung des Unrechtsgehalts der Tat nachträglich zum Nachteil des Täters geändert wird (vgl BVerGE 46, 188 /193/). Deshalb gebietet er auch, einen bei Begehung der Tat gesetzlich beregelten Rechtfertigungsgrund weiter anzuwenden, wenn dieser im Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist."

²⁸² Urteil BVG, p. 50, APH:

"Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs 2 GG findet - wie dargelegt - seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden. Diese besondere Vertrauensgrundlage entfällt, wenn der andere Staat für den Bereich schwersten kriminellen Unrechts zwar Straftatbestände normiert, aber die Strafbarkeit gleichwohl durch Rechtfertigungsgründe für Teilbereiche ausgeschlossen hatte, indem er über die geschriebenen Normen hinaus zu solchem Unrecht aufforderte, es begünstigte und so die in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtete. Hierdurch setzte der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht."

²⁸³ Urteil BVG, p. 50, APH:

"In dieser ganz besonderen Situation untersagt das Gebot materieller Gerechtigkeit, das auch die Achtung der völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aufnimmt, die Anwendung eines solchen Rechtfertigungsgrundes. Der strikte Schutz von Vertrauen durch Art. 103 Abs. 2 GG muss dann zurücktreten. Anderenfalls würde die Strafrechtspflege der Bundesrepublik zu ihren rechtsstaatlichen Prämissen in Widerspruch geraten."

²⁸⁴ Urteil BVG, p. 51, APH:

"In diesem Zusammenhang haben der Oberste Gerichtshof für die britische Zone und ihm folgend der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, ob die Unbeachtlichkeit einer Norm wegen eines schweren Verstosses gegen höherrangige Rechtsprinzipien nachträglich zur Strafbarkeit führen kann. Sie haben die Auffassung vertreten, es könne Vorschriften und Anordnungen geben, denen trotz ihres Anspruchs, Recht zu setzen, der Rechtscharakter abzusprechen sei, weil sie jene rechtliche Grundsätze verletzten, die unabhängig von jeder staatlichen Anerkennung gelten; wer sich solchen Vorschriften entsprechend verhalte, bleibe strafbar. (vgl OGH St 2, 231 ff; BGH St 1, 391 /399/; 2, 173 /177/; 2, 234 /238/; 3, 110 /128/; 3, 357 /362f. 7)

Der BGH hat darauf hingewiesen, in solchen Fällen werde das Verhalten der Täter nicht an Massstäben gemessen, die erst später allgemeine Geltung erlang hätten. Auch werde ihnen nicht zugemutet, die Frage nach Recht oder Unrecht aufgrund zur Tatzeit noch nicht oder nicht mehr gültiger Massstäbe beantworten zu müssen. Es sei nicht anzunehmen, dass den Tätern massgebliche, für das menschliche Zusammenleben unentbehrliche Grundsätze, die zum unantastbaren Kernbereich des Rechts gehören, nicht auch schon zur Tatzeit bekannt gewesen seien (vgl BGH St 2, 234 /239/).

²⁸⁵ Urteil BVG, p. 52, APH:

"Das BVG war bisher mit dem Problem des "gesetzlichen Unrechts" nur im ausserstrafrechtlichen Bereich befasst. Es hat in Betracht gezogen, dass in Fällen eines unerträglichen Widerspruchs des positiven Rechts zur Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit geringer zu bewerten sein kann als der der materiellen Gerechtigkeit. Es hat dazu auch auf die Ausführungen von Gustav Radbruch (SJZ 1946, s. 105 ff. /Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 3, 1990, bearbeitet von W. Hassmer, s. 83 ff./), insbesondere die sogenannte Radbruch'sche Formel, Bezug genommen. (vgl BVerGE 3, 225 /232F./; 6, 132 /198 f./; 6, 389 /414 f./.) Dabei hat es mehrfach betont, dass eine Unwirksamkeit des positiven Rechts auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss und eine bloss ungerechte, nach geläuterter Auffassung abzulehnende Gesetzgebung durch das auch ihr innewohnende Ordnungselement noch Rechtsgeltung gewinnen und so Rechtssicherheit schaffen kann (vgl BVerGE 6, 132 /199/; 6, 389 /414f./). Indessen habe gerade die Zeit nationalsozialistischer Herrschaft gezeigt, dass der Gesetzgeber schweres "Unrecht" setzen könne (vgl BVerGE 3, 225 /232/; 23, 98 /106/) und deshalb einer Norm wegen unerträglichen Widerspruchs zur Gerechtigkeit von Anfang an der Gehorsam zu versagen sei (vgl BVerGE 23, 98 /106/; 54 /67 f./)."

²⁸⁶ Urteil BVG, p. 54, APH:

"Gegen das Ergebnis, dass der nach der Staatspraxis bestehende Rechtfertigungsgrund für die Tötung von "Grenzverletzern" als extremes staatlichen Unrecht unbeachtlich ist, können die Beschwädeführer nicht einwenden, das Recht auf Leben und das Recht auf Freizügigkeit seien nach den Vorschriften des Internationalen Paktes über bürgerlichen und politischen Rechte nicht vorbehaltlos gewährleistet; auch demokratische Rechtsstaaten westlicher Prägung sähen in ihren gesetzlichen Vorschriften unter bestimmter Voraussetzungen, insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung und Festnahme von Straftätern, den Schusswaffengebrauch ausdrücklich vor. Zwar trifft es zu, dass die gesetzlichen Vorschriften der DDR, soweit sie den Schusswaffengebrauch an der innerdeutschen Grenze regelten, den Vorschriften der BRD über die Anwendung unmittelbaren Zwangs im Wortlaut entsprachen. Die in den angegriffenen Urteilen getroffenen Festlegungen ergeben jedoch, dass die Gesetzeslage von Befehlen überlagert war, die für eine Eingrenzung des Schusswaffengebrauchs nach den Massstäben des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes keinerlei Raum liessen und den Angehörigen der Grenztruppen vor Ort die Auffassung ihrer Vorgesetzten, letztlich des Nationalen Verteidigungsrates, vermittelten, "Grenzverletzer seien zu "vernichten", wenn der Grenzübertritt mit anderen Mitteln nicht verhindert werden könne. Die Unterordnung des Lebensrechts des Einzelnen unter das staatliche Interesse an der Verhinderung von Grenzübertritten führte zur Hintansetzung des geschriebenen Rechts gegenüber den Erfordernissen politischer Zweckmässigkeit. Sie war materiell schwerstes Unrecht."

²⁸⁷ Urteil Landgericht, in: Neue justiz, 1994, 5, p. 195:

"Es hat jedoch keinen Einfluss auf die Entscheidung, ob möglicherweise auch andere Staaten sich völkerrechtswidrig verhalten haben."

²⁸⁸ Urteil Landgericht, in: Neue Justiz, 1994, 5, p. 195:

"Den Antrag des Angeklagten Kessler vom 2 September 1993 auf Vernehmung des ehemaligen Innenministers der Bundesrepublik, Herr..., hat die Kammer abgelehnt, da sämtliche behaupteten Tatsachen aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung ohne Bedeutung waren (Art. 244 Abs. 3 Satz 2 Alternative 2 StPO). Die Fragen, wie die Praxis der Grenzsicherung beim Bundesgrenzschutz ist (Punkte 1 bis 8 des Antrages), wie der Bundesgrenzschutz die Grenze zur DDR im Vergleich zu denen zu anderen Ländern bewachte (Punkte 9 bis 14 des Antrages), wie die drei Westalliierten mit militärischen Sperrgebieten verfahren (Punkte 19 bis 22 des Antrages) und wie viele Personen durch polizeilichen Schusswaffeneinsatz in der BRD getötet worden sind (Punkt 24 des Antrages), stehen in keinem Zusammenhang mit der Frage, ob die DDR berechtigt war, Flüchtlinge, die lediglich von ihrem Ausreiserecht Gebrauch machen wollten, zu töten."

²⁸⁹ Anklageschrift, p. 742, APH:

"Im übrigen hätten nicht die für die Verminung verantwortlichen, sondern die "Grenzverletzer" Tötungs-, nämlich Selbsttötungsabsicht gehabt, da die verminten Grenzabschnitte durch entsprechende Hinweisschilder als solche deutlich gekennzeichnet gewesen seien."

²⁹⁰ Erklärung Streletz, Anlage II zum Protokoll vom 14 Dezember 1992, p. 8, APH:

"jeder, der in ein Minenfeld gelangen ist, dies unter Wahrnehmung und Kenntnis der tatsächlichen Gefahren getan hat."

²⁹¹ Einlassung Zeuge B., Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 10, APH:

"die Menschen, die - wissend um die Gefahren, die mit dem Versuch des illegalen Grenzübertretts verbunden waren - verletzt oder getötet wurden"

²⁹² Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 26, APH:

"Wer alle Warnungen missachtend versuchte, die Minensperre zu überwinden, trug wissentlich und wollentlich das damit verbundene Risiko.

So bedauerlich und bitter Verletzungen oder Tötungen durch die Minen auch sind, niemand konnte versehentlich eine Minendetonation auslösen."

²⁹³ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 20-21, APH:

"Wer seinem Volk das Recht auf Arbeit und das Recht auf Wohnung verweigert, wie das in der BRD der Fall ist, nimmt in Kauf, dass zahlreichen Menschen ihre Existenz genommen wird und sie keinen anderen Ausweg sehen als aus dem Leben zu scheiden. Arbeitslosigkeit, Obdachlosigkeit, Drogenmissbrauch, Beschaffungskriminalität, Kriminalität überhaupt sind alle das Ergebnis der politischen Entscheidung für die soziale Marktwirtschaft. Selbst anscheinend so politisch neutrale Entscheidungen wie die Beschwindigungsbegrenzung auf Autobahnen sind Folgen einer Staatsverfassung, in der nicht die freigewählten Politiker, sondern die nicht gewählten Wirtschaftsbesitzer das Sagen haben."

²⁹⁴ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 13, APH:

"1933 haben bekanntlich sehr viele Deutsche in freien Wahlen NSDAP gewählt und der Reichspräsident Hindenburg, der schon 1932 ebenfalls frei gewählt worden war, hat Adolf Hitler dann ganz demokratisch zum Reichskanzler berufen. Anschliessend haben die politischen Vorläufer unserer etablierten Parteien mit Ausnahme der SPD dem Ermächtigungsgesetz zugestimmt, das Hitler diktatorische Vollmachten verlieh. Nur die Kommunisten hatten vor den genannten Wahlen gesagt: "Wer Hindenburg wählt, wählt Hitler, wer Hitler wählt, wählt den Krieg". Bei der Abstimmung zum Ermächtigungsgesetz waren die kommunistischen Abgeordneten bereits aus dem Reichstag entfernt. Viele Kommunisten waren inhaftiert oder lebten illegal. Schon damals begann mit dem Verbot der Kommunisten der Untergang der Demokratie in Deutschland."

²⁹⁵ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 25, APH:

"Der Prozess offenbart seine politische Dimension als Prozess gegen Antifaschisten. Zu einer Zeit, in der der rechte neonazistische Mob unbestraft auf den Strassen tobt, Ausländer verfolgt und wie in Molln ermordet werden, zeigt der Rechtsstaat seine ganze Kraft bei der Verhaftung demonstrierender Juden und eben bei Verfolgung von Kommunisten. Hier fehlt es auch nicht an Beamten und Geld. Das alles hatten wir schon einmal.

Resumiert man den politischen Inhalt dieses Prozesses, so stellt er sich als Fortsetzung des Kalten Krieges, als Negierung des neuen Denkens dar. Er enthüllt den wahren politischen Charakter dieser Bundesrepublik.

(...) die deutsche Justiz führt politische Prozesse, als regiere noch Wilhelm II. Sie hat die vorübergehende liberale politische "Schwäche", die sie nach 1968 überfiel, wieder überwunden und ihre alte antikommunistische Hochform wiedergewonnen."

²⁹⁶ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 2-3, APH:

"Der deutsche Rechtsstaat hat schon Karl Marx, August Bebel, Karl Liebknecht und viele andere Sozialisten und Kommunisten angeklagt und verurteilt. Das Dritte Reich hat dies mit den aus dem Rechtsstaat der Weimarer Republik übernommenen Richter in vielen Prozessen fortgesetzt, von denen ich selbst einen als Angeklagter erlebt habe. Nach der Zerschlagung des deutschen Faschismus und des Hitlerstaates brauchte die BRD nicht nach neuen Staatsanwälten und Richtern zu suchen, um erneut Kommunisten massenhaft strafrechtlich zu verfolgen, ihnen mit Hilfe der Arbeitsgerichte Arbeit und Brot zu nehmen und sie mit Hilfe der Verwaltungsgerichte aus dem öffentlichen Dienst zu entfernen oder sie auf andere Weise zu verfolgen. Nun geschieht uns das, was unseren Genossen in Westdeutschland schon in den 50er Jahren geschah. Es ist seit ca. 190 Jahren immer die gleiche Willkür.

Die Politiker und Juristen sagen, wir müssen die Kommunisten verurteilen, weil wir die Nazis nicht verurteilt haben. Wir müssen diesmal die Vergangenheit aufarbeiten. (...) Die Wahrheit ist, dass die westdeutsche Justiz die Nazis nicht bestrafen konnte, weil sich Richter und Staatsanwälte nicht selbst bestrafen konnten. Die Wahrheit ist, dass die bundesdeutsche Justiz ihr derzeitiges Niveau (...) den übernommenen Nazis verdankt. Die Wahrheit ist, dass die Kommunisten, die DDR-Bürger heute aus den gleichen Gründen verfolgt werden, aus denen sie in Deutschland schon immer verfolgt wurden. Nur in den 40 Jahren der Existenz der DDR war das umgekehrt. Dieses Versäumnis muss nun "aufgearbeitet" werden."

²⁹⁷ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 2 Dezember 1992, p. 2, APH:

"Der Rechtsstaat BRD ist kein Staat des Rechts, sondern ein Staat der Rechten."

²⁹⁸ Beweisantrag der Verteidigung Albrecht, Anlage III zum Protokoll vom 2 September 1993, p. 3, APH:

"Es besteht kein Zweifel daran, wir haben es mehrfach betont, die DDR war im Bezug auf die Schutzrechte des Bürgers vor staatlicher Macht kein Born der Humanität. Am extremsten fand dies unbestritten im Grenzregime seinen Ausdruck. Dem entsprach ein propagiertes Gesellschaftsverständnis, welches eine Identität der Interessen von Staat und Bürger unterstellte, die es in der Realität so nicht gab. Andererseits schützte die DDR zum Beispiel ihre Bürger vor einer Drogenkriminalität, die jährlich wieviel Tausend in der BRD das Leben kostet, sie schützte sie vor sozialer Existenzangst und Arbeitslosigkeit. (...) Auch dies war dem Grenzregime geschuldet."

²⁹⁹ Beweisantrag der Verteidigung, APH:

"Recht und Unrecht haben in jeder Gesellschaft verschiedene Dimensionen, d.h. nicht, dass sie gegeneinander aufgewogen werden können."

³⁰⁰ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 20, APH:

"Das Urteil der Geschichte über die DDR kann nicht gefällt werden, ohne dass die Ereignisse Berücksichtigung finden, die sich in der Zeit der Existenz der DDR auf Grund der Auseinandersetzung zwischen den beiden Blöcken in anderen Ländern abspielten. Ich meine darüber hinaus auch, dass politische Handlungen nur aus dem Geist ihrer Zeit zu beurteilen sind. Wenn Sie die Augen davor verschliessen, was von 1961 bis 1989 in der Welt ausserhalb Deutschlands passierte, können Sie kein gerechtes Urteil fällen."

³⁰¹ Einlassung Zeuge K., Anlage II zum Protokoll vom Juni 1993, p. 1, APH:

"Die Grenzziehung war das Ergebnis eines welthistorischen Prozesses, auf den die Angeklagten keinen Einfluss hatten. Nach meinen Kenntnissen sitzen hier drei Männer auf den Anklagebank, stellvertretend für Politiker in Ost und West, die noch vor knapp 4 Jahren keine andere Möglichkeit für die Stabilität in Europa sahen als die Sicherung der Grenzen. Keiner der Beschuldigten hatte die Möglichkeit - selbst wenn er es hätte wollen - das Grenzregime zu verändern. Die Grenzen, die quer durch Europa gingen, und die beide Weltsysteme und militärischen Blöcke trennten, waren Geburten der Nachkriegsordnung.

(...) Tote gab es bedauerlicherweise auf beiden Seiten. Sie sind eine Folge der Spaltung Europas und Deutschlands. Sie können nicht allein der DDR(...) angelastet werden. Hier sitzen keine Kriminellen, sondern Gefangene des Kalten Krieges."

³⁰² Einlassung Zeuge B., Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 9-10, APH:

"Die militärische Sicherung der Staatsgrenze zur NATO mit all ihren Konsequenzen war ein Ergebnis des Kalten Krieges, der in allen Erdteilen grosse Opfer gekostet hat.

(...) Die Verletzten und Toten auf beiden Seiten gehören zu den tragischen Folgen der Politik des Kalten Krieges, die sowohl von den Staaten der NATO als auch von denen des Warschauer Vertrages geführt wurde.

Diese Politik muss deshalb auch gemeinsam verantwortet werden."

³⁰³ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 14-15, APH:

Wenn also den bedauerlichen Opfern an der Staatsgrenze durch strafrechtliche Verfolgung und Verurteilung der Schuldigen Gerechtigkeit widerfahren soll, dann muss man in einem politischen Prozes die für die Politik des Kalten Krieges Hauptverantwortlichen beider deutschen Staaten und beider Paktsysteme vor Gericht stellen und sorgsam prüfen, wer in welcher Form und mit welcher Intensität zur Entwicklung und periodischen Zuspitzung der Ost- und West- Konfrontation beigetragen hat.

Die politischen und militärischen Führungsdokumente der DDR und ein grosser Teil der Beschlüsse des Warschauer Vertrages stehen Ihnen zur Verfügung, ziehen Sie die Dokumente der BRD und der NATO hinzu und vergleichen Sie die Absichten, Handlungen und Ziele beider Seiten, und ich bin sicher, dass dabei die Politik der DDR und ihre Repräsentanten nicht schlecht wegkommen werden.

Wenn aber in den laufenden und in künftigen Strafverfahren, wie bisher, der Anteil und die Verantwortung des Westens im Kalten Krieg beharrlich ausgeblendet oder sogar geleugnet wird, dann wird zwangsläufig neues Unrecht geschaffen und die innere Spaltung Deutschlands vertieft."

³⁰⁴ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 15, APH:

"Es war eine Politik der nichtkriegerischen Agression, die die BRD gegen die DDR führte. Es war dies die Form des Kalten Krieges auf deutschen Boden. Es war diese Politik, die zur Mauer führte.

(...) Sie /die BRD/ nutzte diese vielfache Überlegenheit gegenüber der DDR in jeder Hinsicht, besonders aber dadurch aus, dass die DDR-Bürgern materielle Vorteile versprach, wenn sie ihr Land verliessen. Viele DDR-Bürger erlagen dieser Versuchung und taten das, was die Politiker der BRD von ihnen erwarteten: sie "stimmten mit den Füßen ab".

³⁰⁵ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 15-16, APH:

"Die DDR und die mit ihr verbündeten Staaten des Warschauer Vertrages gerieten in eine schwierige Situation. Die Politik des roll back schien in Deutschland zum Erfolg zu führen. Die NATO schickte sich an, ihren Einflussbereich bis an die Oder zu erweitern.

Durch diese Politik entstand 1961 eine Spannungssituation in Deutschland, die den Weltfrieden gefährdete. Die Menschheit stand am Rande eines Atomkrieges. In dieser Situation also beschlossen die Staaten des Warschauer Vertrages den Bau der Mauer."

³⁰⁶ Einlassung Zeuge B., Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 3, APH:

"Sie forderten immer von mir, alles zu tun, um Grenzzwischenfälle zu verhindern bzw Provokationen vom Territorium der BRD und Westberlins aus - von denen es jährlich mehrere Tausend gab - nicht zu Grenzzwischenfällen ausweiten zu lassen."

³⁰⁷ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 August 1993, p. 11, APH:

"Dieses Urteil des BVG wurde in den zurückliegende Jahren im breiten Masse zur Manipulierung ausreisewilliger DDR-Bürger missbraucht. Ihnen wurde, ganz im Sinne des Kalten Krieges, wider besseren Wissens immer wieder suggeriert, dass diese Grenze von jeden Deutschen, zu jeder Zeit und an jedem beliebigen Ort passiert werden darf, ohne sich dabei der Rechtsverletzung schuldig zu machen."

³⁰⁸ Beweis Antrag, Anlage I zum Protokoll vom 1 April 1993, p. 3, APH:

"Die ehemalige UdSSR-Militärführungsspitze hat danach über den Stab der GSSD (Gruppe der sowjetischen Streitkräfte in Deutschland) der DDR vorgegeben, welche Straftatbestände im Zusammenhang mit Grenzverletzungen zu schaffen sind. Dort wird unter Ziffer 7 ein ganz besonderer Vorgang erst bei zweimaligem Lesen deutlich :

"Angehörige der deutschen Grenzpolizei bei vorsätzlichem Übertritt in die Bundesrepublik schärfer zu Verantwortung zu ziehen, wobei derartige Übertritte nicht als Desertierung, sondern als Verrat der DDR auszulegen sind ".

Dies ist keine Empfehlung, dies ist keine Bitte, dies ist ein Befehl, wie die DDR ihre Rechtsvorschriften und Gesetze auszuarbeiten habe. Man wird wohl dies auch als einen Beleg für die tatsächlich fehlende Souveränität ansehen können."

³⁰⁹ Erklärung Streletz, Anlage II zum Protokoll vom 14 Dezember 1992, p. 7-8, APH:

" Bei allen politischen Gesprächen und Erörterungen über die Situation zwischen der BRD und der DDR wurde von westlichen Politiker immer hervorgehoben, dass die Politik der DDR letztendlich von der Sowjetunion und letztendlich von den Ergebnissen des Zweiten Weltkrieges bestimmt wurde. Man dachte der DDR dabei die Rolle eines Satellitenstaates zu."

³¹⁰ Erklärung Honecker, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 10-11, APH:

"Wahr ist, dass der Bau der Mauer auf einer Sitzung der Staaten des Warschauer Vertrages am 5 August 1961 in Moskau beschlossen wurde. (...) Wir alle, die wir in den Staaten des Warschauer Vertrages damals Verantwortung trugen, trafen diese politische Entscheidung gemeinsam."

³¹¹ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 9, APH:

"wurde auf der Grundlage und in Durchsetzung der "Erklärung der Regierungen der Warschauer Vertragsstaaten" vom 12 August 1961, das Grenzregime verschärft und mit dem planmässigen pionier- und signaltechnischen Ausbau der Staatsgrenze begonen."

³¹² Zeuge K., Anlage III zum Protokoll vom 9 August 1993, p. 2, APH:

"Alle Mitgliedsstaaten waren nach Art. 5 des Vertrages verpflichtet, "die Unantastbarkeit ihrer Grenzen und Territorien zu garantieren". Dies entsprach den strategischen Interessen aller Paktstaaten. Deshalb war das Grenzregime von der Ostsee bis zum Schwarzen Meer quer durch Europa ähnlich. Keiner der Staaten konnte – selbst wenn er es hätte wollen – ohne Bruch mit der Sowjetunion aus dem Vertrag austreten (siehe Ungarn 1956 und CSSR 1968).

(...) Alle standen unter Bündniszwang, der sich aus der Ost-West-Konfrontation ergab. (...) Heinz Kessler und Fritz Streletz hatten weder Einfluss auf den Inhalt noch auf die Vertragsverlängerung, folglich auch nicht auf die Verpflichtungen, die sich daraus für die DDR ergeben."

³¹³ Zeuge K., Anlage II zum Protokoll vom 7 Juni 1993, p. 2, APH:

"Die Angeklagten waren gemäss der Verfassung der DDR vereidigt, die Unverletzlichkeit der Staatsgrenzen zu gewährleisten und die Waffenbrüderschaft mit den Armeen der Sowjetunion und anderer sozialistischer Staaten zu pflegen. Etwas anderes zu tun, wäre Hochverrat gewesen.

(...) Die getroffenen Festlegungen aller Partei- und Staatschefs des Warschauer Paktes waren für die Nationale Volksarmee Bündnisverpflichtungen. (...) Keiner der Angeklagte eine Möglichkeit hatte, diese Beschlüsse zu umgehen; es sei denn unter Verrat von Bündnisinteressen."

³¹⁴ Beweis Antrag Verteidigung Kessler, Anlage V zum Protokoll vom 2 September 1993, p. 5-6, APH:

"Der Zeuge wird bekunden (...)

15. dass er aus Berichten seines Ministeriums weiss, dass auch von der Tschechoslowakei aus in erheblichem Masse Fluchversuche zur BRD unternommen wurden. Zum Teil von Bürgern aus der ehemaligen DDR, zum Teil auch von Bürgern aus der Tschechoslowakei, wobei in erheblichem Masse die Fluchtversuche durch den Einsatz von Schusswaffen durch die Grenzbeamten der Tschechoslowakei verhindert wurden, dass es hier wiederholt zu tödlichen Verletzungen kam.

16. dass ihm auch Kenntnis aus den Grenzvorfällen zwischen Ungarn und Österreich bekannt waren, wo ebenfalls Bürger aus der ehemaligen DDR Ungarn in Richtung Österreich verlassen wollten; auch hier dies mit Einsatz von Schusswaffen verhindert wurde, was zum Teil auch tödlichen Folgen hatte.

17. dass zum Teil für bestimmte Grenzabschnitte die Tschechoslowakei ihre Grenze zur Bundesrepublik Deutschland mit Minensperren versehen hatte."

³¹⁵ Anklageschrift, p. 740, APH:

"dass es weder überhaupt einen "Schliessbefehl" noch eine dem Grenzgesetz entgegenstehende Weisung des Angeschuldigten Honecker oder eines anderen Verantwortlichen gegeben habe"

³¹⁶ Anklagesch, p. 755, APH:

"Der Schusswaffengebrauch an der Staatsgrenze (...) strengsten Bestimmungen untergeordnet gewesen sei. (...) habe es weder schriftliche noch mündliche Befehle oder Weisungen gegeben, die zu Tötungshandlungen an der Grenze geführt hätten. (...) ihm sei kein Fall bekannt, dass Angehörige der Grenztruppen bestraft worden seien, weil sie vorbeigeschossen hätten."

³¹⁷ Erklärung Streletz, Anlage II zum Protokoll vom 14 Dezember 1992, p. 4, APH:

"Die mögliche Anwendung der Schusswaffe wurde abgeleitet aus dem Art. 7 Abs 1 der Verfassung der DDR, und zwar als staatlicher Auftrag der Volkskammer der DDR an die Exekutive.

Danach waren die Staatsorgane verpflichtet, "die territoriale Integrität der DDR und die Unverletzlichkeit ihrer Staatsgrenzen (...) sowie den Schutz und die Nutzung des Staatsgebietes zu gewährleisten".

Aus diesem staatlichen Auftrag erwuchs einerseits die Verpflichtung zum Handeln für die dazu berufenen Organe und andererseits die Verpflichtung des Staates, den in Erfüllung dieser Aufgabe handelnden Personen die erforderliche Rechtssicherheit zu garantieren."

³¹⁸ Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 14, APH:

"Wie ich bereits ausführte, haben die Angehörigen der Grenztruppen immer auf der Grundlage der Verfassung, der Gesetze und anderen Rechtsvorschriften der DDR sowie bestimmter Forderungen des Warschauer Vertrages gehandelt, die sie aufgrund der Lage an der Staatsgrenze als begründet und rechtmässig anerkannt und im Dienst gesetzt, aber nicht erlassen haben.

So wurde zum Beispiel 1979 auf Beschluss der Volkskammer mit dem 3 Strafrechtsänderungsgesetz die Strafandrohung für den illegalen Grenzübertritt gemäss Art. 213 StGB von 5 auf 8 Jahre erhöht, ohne dass ein Angehöriger der Grenztruppen hierauf irgendwelchen Einfluss gehabt hätte.

Es kann auch nicht Aufgabe oder Verantwortung von Angehörigen der Grenzsicherungsorgane sein (wie das verschiedentlich von BRD-Gerichten gefordert wurde), die Rechtmässigkeit geltender Gesetze zu prüfen oder sie überhaupt in Frage zu stellen."

³¹⁹ Einlassung Zeuge B., Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 15, APH:

"Die im Grenzgesetz vom 25 März 1982 enthaltene Bestimmung "Anwendung der Schusswaffen" regelt eine staatliche Befugnis, ein Recht der Schusswaffenanwendung, aber keine Verpflichtung zum Töten.

Sie erhält zugleich die staatliche Zusicherung, dass die vorschriftsgerechte Schusswaffenanwendung keine Straftat ist."

³²⁰ Urteil BVG, p. 28-29, APH:

"Entgegen die Auffassung des Bundesgerichtshofes sei jede der Taten zur Zeit ihrer Begehung nach dem Recht der DDR gerechtfertigt gewesen und hätte nach der damals geltenden Rechtslage nicht strafrechtlich verfolgt werden können. Die vom BGH nachträglich vorgenommene abweichende Auslegung des Art. 27 GrenzG/DDR verstosse gegen das Rückwirkungsverbot. Das BGH habe sich mit seiner Auslegung bewusst über das positive Recht hinweggesetzt, um aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit eine Bestrafung zu rechtfertigen. Damit sei die verfassungsmässige Schranke des Art.

103 Abs. 2 GG überschritten. Der Rückgriff auf das überpositive Recht nach Massgabe der sogenannten Radbruch'schen Formel sei nicht haltbar.

(...) Andererseits dürfe das von der Verfassung geschützte Vertrauen des Handelnden, dass sein Tun im Rahmen der zur Tatzeit geltenden Rechtsordnung als rechtmässig angesehen werde, nicht erschüttert werden."

³²¹ Urteil BVG, p. 26-27, APH:

"Mit der Verminderung der Staatsgrenze zur BRD und der Regelung, bei Grenzverletzungen von der Schusswaffe Gebrauch zu machen, habe die DDR den legitimen Zweck verfolgt, ihre Staatsgrenze zu schützen. Die entsprechende Rechtsvorschriften, insbesondere das Grenzgesetz, hätten internationalen Standards entsprochen. Art. 27 GrenzG /DDR, der den Schusswaffengebrauch lediglich als letztes Mittel vorgesehen habe, habe sich in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht befunden. (...) Ein subjektives Recht auf Ausreise habe die DDR-Verfassung ebenso wie das GG nicht vorgesehen. Auch eine allgemeine Regel des Völkerrechts dieses Inhalts existiere nicht. Auf den IPBPR komme es schon deshalb nicht an, weil dieser in der DDR niemals in innerstaatliches Recht transformiert worden sei."

³²² Urteil BVG, p. 28, APH:

"Ein uneingeschränktes Recht auf Leben eines Staatsbürgers könne dem überpositiven Recht nicht entnommen werden. Jede staatliche Rechtsordnung, auch die bundesdeutsche, enthalte insoweit gesetzliche Einschränkungen, insbesondere im Hinblick auf den Schusswaffengebrauch gegenüber Straftätern. (...) So enthalte etwa Art. 2 Abs. 2 der Convention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zwar ein generelles Tötungsverbot, verbiete die Tötung von Staats wegen jedoch u.a. dann nicht, wenn es sich um eine ordnungsgemässe Festnahme oder darum handele, das Entkommen ordnungsgemäss festgehaltener Personen zu verhindern."

³²³ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 10, APH:

"Unter Berücksichtigung der Einschätzung des Grenzregimes der DDR durch BRD-Gerichte als "Unrechtsgrenzregime" darf ich noch einmal daran erinnern, dass dieses Regime in der Vollversammlung der UNO und in ihren relevanten Organen sowie in der KSZE niemals angeklagt oder verurteilt wurde.

Offensichtlich hat sich die Staatengemeinschaft u.a. auch von dem Grundsatz leiten lassen: - dass anderes Recht noch lange kein Unrecht ist – auch wenn es den unmittelbaren Nachbarn oder anderen Staaten nicht gefällt."

³²⁴ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 10, APH:

"Jeder macht sich vor der Geschichte so lächerlich, wie er will"

³²⁵ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 20, APH:

"das Urteil der Geschichte über die DDR kann nicht gefällt werden, ohne dass(...)"

³²⁶ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 11, APH:

"Die deutsche Jurisprudenz macht das möglich. Nur vor der Geschichte und dem gesunden Menschenverstand wird sie damit nicht bestehen."

³²⁷ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 17, APH:

"so werden Sie sich vor der Geschichte mit Ihrem Urteil selbst richten."

³²⁸ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 16, APH:

"Bedeutende Politiker ausserhalb Deutschlands, aber auch in der BRD, erkannten nach 1961 an, dass der Bau der Mauer die Weltlage entspannt hatte.

(...) Aus meiner Sicht hätte es weder den Grundlagenvertrag noch Helsinki, noch die Einheit Deutschlands gegeben, wenn damals die Mauer nicht gebaut oder wenn sie vor der Beendigung des Kalten Krieges abgerissen worden wäre. Deswegen meine ich, dass ich genauso wie meine Genossen, nicht nur keine juristische, sondern auch keine politische und keine moralische Schuld auf mich geladen habe, als ich zur Mauer ja sagte und dabei blieb."

³²⁹ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 12, APH:

"Wenn Sie diese politische Entscheidung für falsch halten und mir und meinen Genossen die Toten an der Mauer zum strafrechtliche Vorwurf machen, dann sage ich Ihnen, die Entscheidung, die Sie für richtig halten, hätte Tausende oder Millionen Tote zur Folge gehabt."

³³⁰ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 17, APH:

"Fragen muss man aber auch, was geschehen wäre, wenn wir uns so verhalten hätten, wie das die Anklage als selbstverständlich vorausgesetzt. Dass heisst, wenn wir die Mauer nicht gebaut, die Ausreise aus der DDR jedem zugebilligt

und damit freiwillig die DDR schon 1961 aufgegeben hätten. Man muss nicht spekulieren, um sich die Ergebnisse einer solchen Politik vorzustellen. Man muss nur wissen, was 1956 in Ungarn und 1968 in der CSSR geschehen ist.

Genauso wie dort hätten auch 1961 in der DDR die ohnehin anwesenden sowjetischen Truppen interveniert. Auch in Polen rief 1981 Jaruzelski das Kriegsrecht aus, um eine solche Intervention zu verhindern.

Eine derartige Zuspitzung der Ereignisse, wie sie von der Anklage als selbsterklärende politische, moralische und juristische Aktion von uns verlangt wird, hätte das Risiko eines dritten Weltkrieges bedeutet."

³³¹ Einlassung Zeuge B., Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993, p. 7, APH:

"der so genannte Kalte Krieg de facto als Dritte Weltkrieg bezeichnet werden muss. Dieser Krieg wurde bekanntlich mit unterschiedlichen Mitteln – nicht zuletzt auch mit militärischen – an vielen Stellen der Welt geführt.

Dass er nicht auch in Deutschland diese letzte Form annahm, ist zu einem grossen Teil dem seit 1961 eingeführten Grenzregime der DDR - (...) sowie dem besonnenen und verantwortungsbewussten in Achtung von dem Leben getragenen Handeln hunderttausender Grenzsoldaten der DDR zu danken."

³³² Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 8, APH:

"Die Vorwürfe gegen mich bzw gegen uns richten sich also gegen Beschlüsse des NVR, gegen Beschlüsse eines Verfassungsmässigen Organs der DDR. Gegenstand des Verfahrens ist somit die Politik der DDR, das Bemühen des NVR die DDR als Staat zu verteidigen und zu erhalten. Diese Politik soll durch dieses Verfahren kriminalisiert werden. Damit soll die DDR als "Unrechtsstaat" gebrandmarkt und alle, die ihr dienten, zu Verbrechern gestempelt werden."

³³³ Beweis Antrag Verteidigung Albrecht, Anlage IV zum Protokoll vom 19 April 1993, p. 2, APH:

"Wie der bisherige Gang der Hauptverhandlungen zeigt, halten es Staatsanwaltschaft und Gericht als strafrechtlich für bedeutsam, dass eine Grenze bestand, die

- a) in der Weise vermint worden ist, dass ein Passieren dieser Grenze, in welcher Richtung auch immer, zu einem tödlichen Risiko wurde und
- b) ein Regelungszustand existierte, der es erlaubte, gegen jede erwachsene Person, die versuchte, die Grenze ohne staatliche Genehmigung zu passieren, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen, um das Überschreiten der Grenze zu verhindern.

(...) Ob die unter a) und b) genannten Tatsachen tatsächlich strafrechtliche Bedeutung haben ist zwischen Anklage und Verteidigung strittig. Aus Sicht der Verteidigung geht es dabei nicht nur um ein juristisches Problem, sondern die Bewertung tangiert politische und historische Fragestellungen. Die Aufklärung der Umstände, die zur Errichtung und Ausgestaltung des Grenzregimes geführt haben, steht somit in einem direkten Zusammenhang zur Frage, ob strafrechtlich relevantes Handeln überhaupt vorliegt."

³³⁴ Erklärung der Verteidiger des Angeklagten Streletz, Anlage II zum Protokoll vom 16 Dezember 1992, p. 1, APH:

"Dieser Strafprozess darf nicht dazu dienen, die historische Dramatik der Nachkriegsentwicklung in Deutschland auf den Vorwurf eines blossen Kapitaldelikts zu verkürzen."

³³⁵ Einlassung Zeuge B, Anlage I zum Protokoll vom 5 August 1993p. 11, APH:

"Es ist ein Irrtum zu glauben, das Leid um die Opfern des Kalten Krieges könnte mit einseitigen Strafverfolgungsmassnahmen gemindert werden, wie es ein Irrtum ist anzunehmen, die politische Entwicklung in Europa wäre strafrechtlich bewertbar.

Anders als politisch ist das Vergangene nicht zu beurteilen."

³³⁶ Einlassung Zeuge K., Anlage II zum Protokoll vom 7 Juni 1993, p. 2, APH:

"Bündnistreue war in der DDR wie auch in der Bundesrepublik heute Verfassungsauftrag."

³³⁷ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 14, APH:

"Rolle, Platz und Aufgaben der Grenztruppen, wie auch der NVA und der anderen Schutz- und Sicherheitsorgane der DDR, wurden durch das Primat der Politik, d.h. der politischen Entscheidungen der Partei- und Staatsführung und der politischen Führungsorgane des Warschauer Vertrages bestimmt.

Meinen Erkenntnissen entsprechend war und ist das in der BRD und in der Organisation des Nordatlantikpaktes ebenso."

³³⁸ Erklärung Verteidigung Kesler, Anlage I zum Protokoll vom 12 Dezember 1992, p. 3, APH:

"Er bäte aus diesem Grunde, dass die entsprechenden Vorschriften aus der BRD herangezogen werden, um mit dem Vorschriften über den Schusswaffengebrauch vergleichen zu werden. Die Frage nach dem Verlassen der DDR ohne Genehmigung sei ein "zweites Paar Schuh", das mit der ersten Frage nicht vermengt werden dürfte.

(...) Hinzuzufügen ist, dass somit aufgrund der Vorschriften des Art. 11 UZWG sowie der Art. 15 und 16 UZWGBW seit dem Erlass der Gesetze vom 10 März 1961 und 12 August 1965 durchaus Schüsse an der Grenze abgegeben werden können und auch solche Schüsse durch das Gesetz gerechtfertigt werden. Vergleich man also die Rechtsvorschriften insofern, sind diese durchaus ähnlich, wobei die Vorschriften der alten Bundesrepublik hinsichtlich des betroffenen Personenkreis jedoch noch weiter sind als die innerhalb der ehemaligen DDR."

³³⁹ Beweis Antrag Verteidigung Kessler, Anlage V zum Protokoll vom 2 September 1993, p. 3, APH:

"Der Zeuge wird bekunden,

1. dass die Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland in der Vergangenheit bis zur Gegenwart hinein, insbesondere in der Zeit, in der er Bundesinnenminister war, für Grenzpolizeibeamte, Zollbeamte sowie für sonstige an der Grenze eingesetzte Bedienstete lautete:
2. dass die Unverletzlichkeit der Grenze der Bundesrepublik Deutschland gewährleistet werden muss.
3. dass jeder unberechtigte Grenzübertritt verhindert werden muss.
4. dass ein ungerechtfertigter Grenzübertritt etwa auch dann vorliegt, wenn dieser ohne einen gültigen Pass erfolgt.
5. dass die Grenzbeamten angewiesen worden sind, das widerrechtliche Passieren der Grenze mit den Mitteln des Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwangs zu verhindern. Dies damit notfalls auch mit Einsatz von Schusswaffen durchsetzen sollten.
6. dass in der Ausbildung der Grenzsoldaten dieses Gesetz so ausgelegt und auch so erklärt wurde, wie es von der herrschenden Meinung im Schrifttum und auch von den Gerichten als richtig erachtet wurde, dass nämlich auch ein mit bedingten Tötungsvorsatz abgegebener Schuss von diesem Gesetz gedeckt sei.
7. dass nach seiner Kenntnis bei Anwendung von Schusswaffen unter diesen Voraussetzungen das Handeln des jeweiligen Grenzbeamten als gerechtfertigt angesehen wurde, so dass Ermittlungsverfahren entweder nicht geführt oder bereits von den Ermittlungsbehörden eingestellt wurde."

³⁴⁰ Einlassung Zeuge L., Anlage zum Protokoll vom 9 September 1993, p. 11-12, APH:

"Dabei kann, wie das Leben beweist, bei einem erforderlichen Schusswaffengebrauch auch eine ungewollte lebensgefährliche Verletzung nie und nirgends völlig ausgeschlossen werden.

(...) Auch bei einem Waffeneinsatz gegen die unteren Extremitäten eines Menschen besteht immer die Gefahr, dass ungewollt grosse Blutgefässe erheblich verletzt werden, die in relativ kurzer Zeit durch Verblutung zum Tode führen können.

Solche Fälle gab es beim Schusswaffengebrauch an der Staatsgrenze der DDR und gleichermaßen beim Schusswaffeneinsatz durch Angehörige der bewaffneten Organe der BRD, insbesondere an der Grenze der BRD.

(...) Was mich in diesem Zusammenhang bewegt, ist die Tatsache, dass diesen und anderen Beamten der BRD die in Erfüllung ihrer Dienstpflicht berechtigt von der Schusswaffe Gebrauch gemacht haben, zugestanden wird, dass sie nicht töten wollten, während man im Prinzip allen ehemaligen Grenzsoldaten der DDR, die gemäss Schusswaffengebrauchsbestimmungen bzw. Art. 27 Grenzgesetzes geschossen haben, beharrlich Tötungsabsichten unterstellt."

³⁴¹ Beweis Antrag Verteidigung Kessler, Anlage V zum Protokoll vom 12 Dezember 1992, APH

³⁴² Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 20, APH:

"Ich habe hier nur die als besonders rechtsstaatlich anerkannten Staaten mit nur einigen ihrer politischen Entscheidungen aufgezählt. Jeder kann vergleichen, wie sich diese Entscheidungen zu der Entscheidung verhalten, an der Grenze des Warschauer Vertrages und der NATO eine Mauer zu errichten."

³⁴³ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 3-4, APH:

"Es ist doch wohl jedem klar, dass alle diejenigen Politiker, die sich einst um eine Audienz bei mir bemühten und die sich freuten, mich bei sich begrüßen zu dürfen, von diesem Prozess nicht unbeschadet bleiben. Dass an der Mauer Menschen erschossen wurden, dass ich der Vorsitzende des Nationalen Verteidigung Rates, der Generalsekretär, der Vorsitzende des Staatsrates der DDR war, der für diese Mauer als höchster lebender Politiker die grösste Verantwortung trug, wusste jedes Kind in Deutschland und darüber hinaus."

³⁴⁴ Beweis Antrag Verteidigung Albrecht, Anlage III zum Protokoll vom 2 September 1993, p. 3-4, APH:

"Um den Charakter des Prozesses zu qualifizieren, trug die Staatsanwaltschaft vor, es gehe hier um die Feststellung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit, präzise gesagt darum, wie und wann und auf welcher Grundlage unterliegt das politische Handeln eines Politikers einer strafrechtlichen Bewertung. Das ist das eigentliche Thema dieses Verfahrens. Für die politische Geschichte und die Rechtsgeschichte ist es kein neues Thema. Unumstritten aus unserer Sicht sind auch die Rechtsgrundlagen, die für die strafrechtliche Verfolgung politischen Handelns bisher in der Geschichte gewählt worden sind. Es waren nie die Rechtsgrundlagen, welche für das politische Handeln der Politiker bestimmend waren, die zur Verantwortung gezogen wurde. Niemand wird im Ernst behaupten, Karl I von England und Ludwig XVI von Frankreich wäre der Kopf abgeschlagen worden auf dem Rechtsboden des absoluten Königtums. Cromwells Puritaner und die Jacobiner (...) waren sich wohl bewusst, dass sie mit dem Kopf des Königs auch die bisherige Rechtsordnung in den Sand legten im Namen einer neuen. An dieser wohl unbestreitbaren Tatsache ist die Behauptung zu messen, die Angeklagten müssten sich nach DDR-Recht verantworten, deshalb gehe es nicht um Siegerjustiz. (...) Käme DDR-Recht tatsächlich zur Anwendung, sässen die Angeklagten nicht hier.

(...) Die Anklage basiert nicht auf DDR-Recht, selbst wenn sie die Normen des StGB der DDR benennt (...), da sich nicht auf deren Rechtsboden stehet.

(...) Der Begriff Siegerjustiz ist deshalb auch nicht fehl am Platze. Die Puritaner und die Jakobiner hätte dieser Begriff nicht geschreckt. Warum will ihn die Staatsanwaltschaft vermeiden (...), oder weil der Verfolgungsanspruch letztlich mit der Verletzung von Menschenrechten gerechtfertigt wird? Letzteres steht jedoch dem vorgenannten Begriff nicht entgegen. Auch die Puritaner haben sich, als sie ihren König köpften, auf ein höheres, allerdings noch religiös drapiertes Recht berufen. Die Jacobiner waren weltlicher, sie legten eine Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte vor die Guillotine."

³⁴⁵ Erklärung der Verteidigung Albrecht, Anlage II zum Protokoll vom 18 Februar 1993, p. 3-4, APH:

"In Wahrheit wird eine Verletzung von Menschenrechten, die zugleich Völkerrechte sind, vorgeworfen, nämlich der Verletzung des Rechts auf Freizügigkeit und individuelle Entfaltung. Eine internationale Zuständigkeit und ein internationales Gericht bestehen nicht.

(...) Nach Presseberichten hat der frühere deutsche Außenminister Hans-Dietrich Genscher in jüngster Vergangenheit einen internationalen Strafgerichtshof gefordert, der baldmöglichst unter der Schirmherrschaft der UNO eingerichtet werden soll. Nur so könnten in Zukunft diejenigen Individuen zur Rechenschaft gezogen werden, die für Verbrechen gegen die internationale Rechtsordnung verantwortlich seien. Dieses Verfahren zeigt, wie begründet und notwendig die Forderung ist, um nicht immer wieder in die Notlage vergleichbar den Nürnberger Prozessen und den Beigeschmack eines Rechts der Siegermächte zu geraten."

³⁴⁶ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 4, APH:

"Mit diesem Prozess wird das getan, was man uns vorwirft. Man erledigt sich der politischen Gegner mit den Mitteln des Strafrechts."

³⁴⁷ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 5, APH:

"dann bleibt als politisches Ziel dieses Prozesses nur die Absicht, die DDR und damit den Sozialismus in Deutschland total zu diskreditieren.

(...) Total sollen der Sieg der Marktwirtschaft (wie man den Kapitalismus heute euphemistisch nennt) und die Niederlage des Sozialismus sein. Man will, wie es Hitler einst vor Stalingrad sagte, "dass dieser Feind sich nie mehr erheben wird". Die deutschen Kapitalisten hatten eben immer schon einen Hang zum Totalen."

³⁴⁸ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 9, APH:

"Es geht also nicht um mich oder um uns, die wir in diesem Prozess angeklagt sind. Es geht um viel mehr. Es geht um die Zukunft Deutschlands, Europas, ja der Welt, die mit der Beendigung des Kalten Krieges, mit dem neuen Denken so glücklich zu beginnen schien. Hier wird nicht nur der Kalte Krieg fortgesetzt, hier soll ein Grundstein für ein Europa der Reichen gelegt werden. (...) Unsere Brandmarkung als Totschläger soll dazu ein Mittel sein."

³⁴⁹ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 6-7, APH:

"Hier, bei der Bestimmung des politischen Ziels dieses Prozesses, komme ich jedoch nicht umhin, auch festzustellen, mit welchen Mitteln das Prozessziel Verunglimpfung der DDR erreicht werden soll. Dieses Mittel sind die Toten an der Mauer. (...) Wir und vor allem Sie haben bereits erlebt, wie ohne Rücksicht auf Pietät und Anstand die Bilder der Toten vermarktet wurden. (...) Jeder Tote wird so gebraucht, richtiger missbraucht, im Kampf der Unternehmer um den Erhalt ihres kapitalistischen Eigentums. (...) Die Toten sollen die Unmenschlichkeit der DDR und des Sozialismus beweisen und von der Misere der Gegenwart und den Opfern der sozialen Marktwirtschaft ablenken."

³⁵⁰ Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 14, APH:

"Deutschland war in 4 Zonen getilt. Freizügigkeit gab es nicht. Dieses Menschenrecht galt damals bei den Alliierten noch nicht. Es galt nicht einmal für die deutschen Emigranten, die wie Gerhart Eisler aus den USA nach Deutschland zurückkehren wollten."

³⁵¹ Beweisantrag der Verteidigung Albrecht, Anlage III vom 2 September 1993, p. 4, APH:

"Allerdings enthielt weder diese Deklaration noch die Jefferson'sche Unabhängigkeitserklärung ein Menschenrecht auf Ausreise. Mit dem Fall der feudalen Fesseln schien es als eine Selbsterständlichkeit, dass jeder ging, wohin es ihm beliebte. Die bürgerliche Revolutionäre hätten es als Witz empfunden, eine Selbsterständlichkeit in den Rang eines Menschenrechts zu heben. Diesen Rang erhielt diese Selbsterständlichkeit erst mit der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Dem Menschenrecht auf Ausreise stand jedoch schon damals ein Menschenrecht auf Einreise zur Seite nicht, korrespondiert stand und steht lediglich das Recht auf Asyl. Nun erleben wir die merkwürdige Situation, dass in diesem Verfahren die Verletzung des Menschenrechts auf Ausreise die Basis für eine Anklage ist und gleichzeitig von Staats wegen ausgelotet wird, das Asylrecht soweit als möglich einzuschränken."

³⁵² Honecker Erklärung, Anlage III zum Protokoll vom 3 Dezember 1992, p. 9, APH:

"Ich bin der letzte, der gegen sittliche und rechtliche Massstäbe zur Be- und auch Verurteilung von Politikern ist. Nun müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein:

Die Massstäbe müssen exakt vorher formuliert sein.

Sie müssen für alle Politiker gleichermassen gelten.

Ein überparteiliches Gericht, also ein Gericht, das weder mit Freunden, noch Feinden der Angeklagten besetzt ist, muss entscheiden."

³⁵³ Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1992, p. 315

³⁵⁴ *Le nouveau code pénal. Introduit et commenté par Henri Leclerc*. Paris, Seuil, 1994, p. 116.

³⁵⁵ 31 audience, APB

³⁵⁶ L'Etat est-allemand est désigné comme "communiste" par les procureurs et juges ouest-allemands, conformément à l'usage courant en Europe occidentale; les représentants de cet Etat, en l'occurrence les accusés, utilisent le terme "Etat socialiste" - ce qui est la dénomination officielle de la DDR .

³⁵⁷ ces principes ne sont pas explicitement formulés, mais sont déductibles des positions prises de la défense

³⁵⁸ Hobbes, *Léviathan*, Sirey, 1971, p. 182

³⁵⁹ Hobbes, *Léviathan*, Sirey, 1971, p. 195

³⁶⁰ Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, Préface, Flammarion, 1992.

³⁶¹ Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, 1992, p. 91

³⁶² Hobbes, *Léviathan*, Sirey, 1971, p. 288

³⁶³ Hobbes, *Léviathan*, p. 285

³⁶⁴ Hobbes, *Léviathan*, p. 232-233

³⁶⁵ Ibid

³⁶⁶ voir notamment Habermas, *J. Recht und Moral*

Carl Schmitt, critique tranché du positivisme juridique, consacre une analyse à l'Etat législateur comme la forme d'Etat dans laquelle le positivisme juridique trouve sa réalisation. Cette analyse s'appuie sur l'exemple concret de la monarchie constitutionnelle allemande du XIX-ème siècle. Les traits caractéristiques de cette doctrine et pratique étatique consistent, d'une part, dans l'identité présumée entre droit et loi, et d'autre part, dans le rôle clé accordé au législateur:

"Cette identité entre droit et loi a fini par être le centre autour duquel gravite une quantité de théories juridiques, accompagnées d'un vocabulaire propre, nées au cours du XIX-ème siècle et encore valable. L'Etat c'est la loi, la loi c'est l'Etat. On ne doit obéissance qu'à la loi. Il n'existe pas de droit d'opposition devant la loi. La légalité c'est tout; il n'y a pas d'autorité ou d'ordre venant d'en haut.

(...) En d'autres termes, le suprême défenseur du droit, le principal garant de l'ordre établi, la source originelle de toute légalité, le dernier rempart contre tout ce qui est contraire au droit, c'est le législateur et les rites fixés et pratiqués par lui pour l'élaboration de la loi.

(...) Le législateur est évidemment toujours, dans l'Etat législateur, le seul, l'unique législateur. Disons-le tout de suite, toute concurrence entre des législateurs d'origines diverses et entre des notions de loi rivales constitue une atteinte portée à l'Etat législateur lui-même. L'Etat législateur, à cause de la rigueur de son système de légalité, ne peut pas admettre la coexistence de plusieurs sources de droit, comme en droit romain, *les lois, les plébiscites, les sénatusconsultes* ou *les constitutions impériales, les édits de magistrats, les réponses des "prudents"*, etc.

Le législateur d'un Etat législateur conséquent avec lui-même doit conserver entre ses mains le monopole de la légalité. Personne ne s'est demandé, avant la guerre, ce qui se produirait le jour où la confiance n'existerait plus dans le législateur et où l'identité entre droit et loi serait mise en doute. La procédure, requise pour l'élaboration des lois, offrait des garanties suffisantes de mesure et une assez puissante protection de la liberté contre l'arbitraire et les abus toujours possibles de la forme légale. Elle comportait toutes sortes de freins et de contre-poids: système bicaméral, gouvernement royal indépendant appuyé sur l'armée et sur la bureaucratie, sanction des lois par le roi placé sous le contrôle de l'Etat fédéral.

Dans ces conditions, il peut exister une loi strictement formelle et indépendante de son contenu. Lorsqu'on accepte, les yeux fermés et sans réserve, tout ce que décident, dans les formes légales, les autorités compétentes, et qu'on considère cela comme le seul droit positif, on comprend et on peut également admettre les principes et les institutions découlant de cette institution, par ex. l'obligation pour le juge indépendant de se soumettre à la loi, la devise *Nulla poena sine lege* destinée à préserver des peines arbitraires et le monopole de la loi dans le domaine des droits fondamentaux des citoyens."

Schmitt, Carl, Du politique. "Légalité et légitimité " et autre essais, Pardès, 1990, p. 52-53

³⁶⁷ Dans son article de l'année 1950 "Le problème de la légalité", Carl Schmitt cherche à répondre à la question "Pourquoi la fonction publique allemande a-t-elle suivi Hitler?". Il oriente la réponse vers la signification et l'importance de la légalité pour la fonction publique:

"A l'époque, déjà, le problème de la légalité s'avérait être la clé du problème du pouvoir étatique en Allemagne. Aussi est-ce dans la notion de légalité qu'il faut chercher la réponse de la question de savoir pourquoi la fonction publique allemande a suivi Hitler.

En effet, la prise du pouvoir par Hitler n'était pas illégale aux yeux des fonctionnaires allemands. Elle ne l'était pas davantage pour la grande majorité du peuple allemand, ni pour les gouvernements étrangers qui maintenaient les relations diplomatiques, sans estimer nécessaire une nouvelle reconnaissance en droit international, ce qu'aurait exigé une éventuelle illégalité.

(...) Dans son jugement du 1er octobre 1947, le tribunal militaire international de Nuremberg constate qu' "en 1934 le pouvoir était entièrement aux mains de Hitler". Pour notre propos, cette phrase est de la plus haute importance. Elle indique que pour toute conception positiviste de la légalité, le pouvoir de Hitler était beaucoup plus que simplement légal en lui-même, qu'il était aussi la source de toute légalité en droit positif.

(...) Curieusement, Hitler lui-même a subitement manifesté en 1942 un nouveau besoin d'une sorte de légitimation, et cela non seulement dans le sens de sa propre légalité positiviste absolue, mais aussi d'une sorte de légitimité démocratique.

(...) en fin de compte le besoin de légitimation venait plus de Hitler lui-même que d'un appareil qui fonctionnait selon les notions du droit positiviste et qui obéissait à Hitler, détenteur du pouvoir étatique et seule source de toute légalité."

Ibid, p. 217-218

³⁶⁸ Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Gesamtausgabe, 1946, s. 342:

"An den Fall, dass ein deutsches Gericht Werkzeug eines Verbrechers sein könnte, hatte früher niemand gedacht. Wir stehen aber heute nun einmal vor solchen Tatbeständen. Und der Fall Puttfarcken wird *nicht der einzige sein*. Dass das Gericht *formell* rechtmässig handelte, als es das Unrechtsurteil verkündete, kann der mittelbaren Täterschaft nicht entgegenstehen. Im übrigen sind insoweit etwa bestehende Bedenken durch das Thüringische Ergänzungsgesetz vom 8.02.1946 aus dem Wege geräumt, dass in Art II dem Paragraf 47 Abs 1 StGB zur Behebung von Zweifeln folgende Fassung gibt: "Als Täter wird bestraft, wer schuldhaft die strafbare Handlung selbst oder durch einen anderen ausführt, auch wenn der andere rechtmässig handelte". Neues, mit rückwirkende Kraft ausgestattetes materielles Recht wird dadurch nicht gesetzt; es handelt sich lediglich um eine authentische Interpretation seit 1871 geltenden Strafrechts."

³⁶⁹ Radbruch, Gustav, p. 343:

"Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Parteistaates, auf Grund deren Todesurteile, wie die angeführten, ergangen sind, *entbehrt jeder rechtlichen Gültigkeit*."

(...) Kein Richter kann sich auf ein Gesetz berufen und die Rechtsprechung danach handhaben, auf ein Gesetz, das nicht nur ungerecht, das *verbrecherisch* ist. Wir berufen uns auf die *Menschenrechte*, die über allen geschriebenen Satzung stehen, auf das untentziehbare, unvordenkliche Recht, das verbrecherischen Befehlen unmenschlicher Tyrannen Geltung versagt.

(...)Von diesen Erwägungen ausgehend, glaube ich, dass Richter angeklagt werden müssen, die mit den Geboten der Humanität unvereinbare Urteile gesprochen und wegen Nichtigkeiten auf Todesstrafe erkannt haben."

³⁷⁰ Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gesamtausgabe, 1946,p. 347

³⁷¹ Radbruch, Gustav,p. 344

³⁷² Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, Gesamtausgabe, 1946,p. 328

³⁷³ Radbruch, Gustav,p.345:

"Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor.

(...)Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grehzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur "unrichtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihren Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen."

³⁷⁴ Radbruch, Gustav,p. 346:

"Schon anlässlich des Potempa-Urteils hatte Alfred Rosenberg im "Völkischer Beobachter" die Theorie dazu geliefert, Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten Jaurès sei in Frankreich mit Recht anders bewertet als der Mordversuch an dem Nationalisten Clemenceau; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach nationalsozialistischer Auffassung) gegen das Volk richten. Damit war von vornherein ausgesprochen, dass nationalsozialistische "Recht" sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war."