

**LES MAGISTRATS, LE DROIT POSITIF  
ET LA MORALE.  
USAGES SOCIAUX DU NATURALISME ET DU  
POSITIVISME JURIDIQUES DANS LA FRANCE  
DE VICHY ET EN ALLEMAGNE DEPUIS 1945**

PAR

Liora ISRAËL  
et  
Guillaume MOURALIS

Le projet de rédiger cet article commun relève d'une confrontation, dans nos travaux respectifs, à un modèle d'analyse comparable fondé sur la dichotomie droit positif/droit naturel : en ce qui concerne l'attitude des magistrats français sous Vichy, leur soumission est souvent expliquée par leur positivisme juridique, alors que relativement aux processus d'épuration, en particulier en Allemagne dans l'après-guerre mais aussi après la réunification, c'est le retour supposé du jusnaturalisme (ou droit naturel) qui est invoqué pour caractériser ces jugements considérés comme rétrospectifs. Ce que nous remettons en cause dans cet article, à l'aide de terrains bien différents, c'est le lien de causalité tracé dans nos champs de recherche respectifs entre des conceptions du droit (positivisme et naturalisme) et des pratiques judiciaires, sur un plan tant méthodologique qu'interprétatif. Pour cela, nous présenterons tout d'abord les enjeux du débat avant d'illustrer comment il est possible, à travers une lecture « réaliste » du droit fondée sur des analyses empiriques, de montrer d'une part qu'il n'y a pas de relation univoque entre positivisme juridique et collaboration, ni d'ailleurs entre jusnaturalisme et résistance, dans le comportement des magistrats français sous Vichy<sup>1</sup> ; et d'autre part que les criminels nazis puis des fonctionnaires est-allemands impliqués dans les crimes commis en RDA ont été jugés principalement sur la base d'un « positivisme de réinterprétation »<sup>2</sup>. Nous montrons ainsi tout l'intérêt d'étudier les usages concrets du positivisme juridique et du jusnaturalisme par les magistrats dans des situations historiques précises.

---

1. Cette partie, rédigée par Liora Israël, renvoie à une recherche menée dans le cadre d'une thèse intitulée *Robes noires, années sombres. La résistance dans les milieux judiciaires. Sociologie historique d'une mobilisation politique*, sous la direction de J. Commaille, soutenue le 23 octobre 2003 à l'ENS Cachan.

2. Cette partie, rédigée par Guillaume Mouralis, s'inscrit également dans le cadre d'une thèse d'histoire en cours portant sur « les procédures pénales visant les fonctionnaires est-allemands : élaboration du cadre juridique et usages du passé » (sous la direction de H. Rouso et E. François).

## LES TERMES DU DÉBAT : POSITIVISME ET NATURALISME JURIDIQUES AU PRISME DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE

### 1. La « conversion » de G. Radbruch

En 1945, dans le contexte d'une sincère interrogation sur la « culpabilité allemande » (Jaspers, 1990 : 62-71), le philosophe du droit Gustav Radbruch, un social-démocrate qui avait été ministre de la Justice sous la République de Weimar, entendait tirer les conséquences du désastre que fut le nazisme sur le plan du droit et de la justice. De son point de vue, le positivisme juridique avait « rendu les juristes comme le peuple sans défense contre des lois toujours plus arbitraires, toujours plus cruelles, toujours plus criminelles » (Radbruch, 1945)<sup>3</sup>.

La position de Gustav Radbruch était double. Sur le plan philosophique, il posait l'existence de principes juridiques naturels supérieurs (*ibid.*), sans pour autant s'étendre sur leur contenu et leur définition, à la différence d'autres figures de ce qu'on a appelé un peu abusivement la « renaissance » jusnaturaliste (Buchholz Schuster, 1998 : 46-50). La position philosophique de Radbruch, inséparable de sa critique du positivisme, était en rupture avec la tradition juridique allemande. Elle marquait également un tournant dans sa propre pensée, même si son positivisme juridique initial a été caricaturé : il ne le concevait que dans le cadre de la démocratie parlementaire (qui était pour lui, à l'instar de Kelsen, le seul cadre rendant possible un accord sur les procédures fondamentales d'élaboration du droit). Sur le plan doctrinal, il proposait une solution pratique à un dilemme qui s'était posé concrètement aux magistrats (allemands) confrontés au jugement des criminels nazis (dès 1946) : fallait-il privilégier la « sécurité juridique » des citoyens (c'est-à-dire leur aptitude à savoir s'ils agissent conformément aux lois existantes à un moment donné) ou au contraire la justice, au sens moral, ancrée dans des principes supérieurs au droit positif ? À cette question, il répondait ainsi :

« Le droit positif, garanti par les statuts et l'autorité, a aussi la priorité lorsqu'il est injuste et inapproprié dans son contenu, sauf dans le cas où la contradiction entre la loi positive et la justice (*Gerechtigkeit*) atteint un degré tellement insupportable, que [cette] loi doit céder la place à la justice. » Dans ce cas, ajoute-t-il, « la loi [positive] n'est pas seulement un droit injuste, mais, bien plus, elle perd complètement son caractère juridique » (Radbruch, 1946 : 107).

Notons que s'il défendit dans plusieurs écrits d'après-guerre le recours aux catégories à portée rétroactive créées par les Alliés comme le crime contre l'humanité (Radbruch, 1947), le texte toujours cité où se trouve la « formule » (*Radbruchsche Formel*) préconisait une solution prudente, dans

3. Cette explication fut par la suite souvent qualifiée de « naïve » (Hart, 1958 : 1917) : Radbruch sous-estimait en effet l'invocation permanente par les nazis d'un ordre naturel supérieur. Ainsi, pour Carl Schmitt, le droit devait être « appliqué inconditionnellement et sans hésitation dans l'esprit du national-socialisme » (Schmitt, 1934, 717).



un contexte de rejet des procès menés par les Alliés : pratiquement Radbruch proposait d'invalider certaines dispositions juridiques sans pour autant renoncer à se servir du droit positif ainsi « purgé ».

## 2. *La controverse Hart/Fuller*

En 1958, la « conversion » au naturalisme de Radbruch fut au cœur du débat qui opposa les professeurs Hart et Fuller. Dans leurs articles parus dans la *Harvard Law Review* (Hart, 1958 ; Fuller, 1958), ils discutaient en particulier la position jusnaturaliste défendue par Radbruch en Allemagne et sa traduction concrète dans la condamnation par une cour d'assise allemande d'une femme ayant dénoncé son mari qui avait tenu des propos hostiles à Hitler : elle fut condamnée après guerre pour complicité de meurtre, bien qu'elle ait agi conformément au droit positif nazi alors en vigueur. Pour synthétiser les conclusions de ce débat, Hart y défendait une position positiviste qui condamnait l'usage immoral que les Allemands avaient fait du droit (la loi et la morale étant deux choses distinctes), alors que Fuller en référence à la moralité interne de la loi disqualifiait le droit nazi dans son ensemble, considéré comme monstrueux. L'un comme l'autre concluaient en faveur d'une loi rétroactive pour juger après-guerre des cas comme celui de cette informatrice, mais pour des raisons opposées : Hart préférerait cela à l'invocation du droit naturel (ou alors il ne fallait pas la condamner), Fuller entendait restaurer ainsi l'autorité de la loi.

Ce débat a connu une postérité considérable tant dans les cursus universitaires que dans l'évolution des réflexions sur les rapports entre naturalisme et positivisme juridiques (Brudney, 1993). Il nous semble intéressant parce qu'il ne se situe pas seulement sur le plan de la doctrine mais aussi sur celui de l'application concrète de la loi. La question du rapport de causalité entre positivisme (comme théorie et comme pratique du droit) et collaboration ou soumission y est vigoureusement discutée. Y compris concrètement : faut-il prévenir ce type de situation en établissant des principes moraux ou des principes formels ? Faut-il légiférer de façon rétroactive si, en l'absence de tels garde-fous, les juristes ou d'autres citoyens n'ont pas fait appel à leur conscience ? Ce sont des débats qui ont été importants chez les juristes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle dès que des épurations ont été envisagées lors de transitions. Après une longue éclipse, le débat a ressurgi en France dans les années 1980-1990, dans un contexte marqué par les procès français pour crimes contre l'humanité.

## 3. *Le débat Lochak/Troper*

Dans un article fondateur (Lochak, 1989), qui donna lieu à une controverse célèbre avec Michel Troper (Troper, 1989), Danièle Lochak lança ce débat en France en étudiant le travail de doctrine réalisé par les juristes sous Vichy, en particulier sur les textes législatifs rendant possible l'exclusion, à des degrés divers, de minorités telles que les juifs, les étrangers, les francs-

maçons. Danièle Lochak montrait comment les juristes s'étaient saisis de ce corpus législatif pour produire une doctrine, c'est-à-dire un corpus d'exégèse de ces lois et de leur application dans les tribunaux, exactement comme ils avaient l'habitude de le faire à propos des autres lois. Ce que D. Lochak qualifiait ainsi de « mésaventures du positivisme », c'est la manière dont ces juristes avaient été capables, dans les facultés de droit et les recueils Dalloz, de produire des dissertations savantes sur le statut juridique du « métis juif » ou les conditions légales d'application de l'aryanisation des biens juifs, sans modifier en rien leur activité du fait du caractère exorbitant de ces lois, notamment par rapport au droit républicain, à la conception libérale et moderne de l'homme issue de la Révolution. Outre cette absence de prise en compte du caractère inique de ces lois, Danièle Lochak soulignait combien cette adaptation de leur activité normale à ces textes avait pu contribuer à normaliser ces derniers, c'est-à-dire à les légitimer en les soumettant, comme n'importe quel texte de loi, au travail de la doctrine. À cette condamnation du positivisme des juristes, en particulier universitaires, Michel Troper répondait en acceptant la critique portée à ces juristes mais en récusant l'explication de la collaboration par le positivisme juridique. Selon lui, le « vrai » positivisme, au sens kelsenien, ne saurait conduire à l'application aveugle de ce qui porte le nom de loi. Dans un article ultérieur (Lochak, 1994), Lochak étendit son analyse aux magistrats sous Vichy, qui acceptèrent d'appliquer des lois « iniques », pointant la responsabilité spécifique des magistrats parmi les juristes, qui apportèrent par le seul fait de les appliquer une légitimité aux lois d'exclusion de Vichy : en effet, « le seul fait de voir appliquer les critères du législateur contraint à entrer dans la logique de l'antisémitisme "légal" et à se couler dans le système du législateur » (*ibid.*, p. 33).

Pour synthétiser ces débats, on peut donc dire que l'accommodation (Burrin, 1995) des juristes (au sens large) au régime de Vichy fut expliquée par leur lecture positiviste du droit ; par leur faculté à prendre pour objet la loi — au sens d'un texte de caractère législatif émis par le pouvoir en place — sans prendre en considération le contenu idéologique spécifique véhiculé par elle. Ce formalisme aveugle, cette soumission aux évolutions du pouvoir politique, sans guère de limites selon D. Lochak<sup>4</sup>, ou qui ne connaît que celles du refus de l'excès selon Alain Bancaud qui parle de « neutralisme positiviste » pour qualifier l'attitude la plus répandue chez les magistrats pendant la période (Bancaud, 1998), est donc le mode d'analyse le plus fréquent du comportement des juristes sous Vichy, au sein de leurs institutions universitaires et judiciaires.

4. Dans son article « Le juge doit-il appliquer... », *op. cit.*, D. Lochak explique n'avoir pas trouvé dans ses recherches d'interrogations sur leur participation au régime voire même de démission ou de rejet de la part de magistrats. Néanmoins, elle n'exclut pas cette possibilité, et se réfère par ailleurs aux mémoires d'un magistrat italien sous la période fasciste qui témoigne de son interrogation à l'égard de ce qui était alors appelé droit et qu'il était chargé d'appliquer, avant d'entrer dans la Résistance.



## PENSER LES CATÉGORIES DU DROIT COMME DES CATÉGORIES DE LA PRATIQUE

### *1. Premier exemple : Le comportement des magistrats français sous le régime de Vichy*

On voit bien la portée et les limites des débats que nous venons d'énoncer : s'ils sont caractérisés par des développements intéressants portant sur la nature du droit dans des situations politiques extrêmes, ils se heurtent à une limite importante qui tient à leur vision internaliste du droit : la question est moins de comprendre ce que font les acteurs que de corroborer une interprétation juridique au prisme d'une situation critique. Les solutions préconisées sont également purement juridiques, qu'il s'agisse de trancher sur la question des lois rétroactives après-guerre ou de penser comme le fait D. Lochak que le « développement de la protection internationale des droits de l'homme » est une manière de sortir du problème (Lochak, 1994 : 39). Ces réponses de juristes à une situation historique, qui reviennent souvent à dire que la réalité de la pratique n'est jamais adéquate aux catégories de la philosophie du droit ou que le droit était imparfait, conduisent donc le débat à une certaine impasse du point de vue de l'analyse socio-historique, puisqu'au lieu de conclure sur une analyse des pratiques, on aboutit à la réaffirmation de normes abstraites.

Il convient donc, pour ne pas perdre de vue les objectifs que nous nous sommes fixés, de remettre l'accent sur les pratiques des juges, toujours en référence avec cette hypothèse du rapport au droit comme forme de rapport au politique. Pour cela, nous nous proposons de reprendre l'analyse que Mark Osiel développe dans son article sur la Résistance judiciaire en Argentine et au Brésil sous les dictatures, en particulier parce qu'il défend un point de vue qui nous semble central : aucune interprétation du droit n'entraîne automatiquement ses adeptes à accepter ou au contraire à rejeter des lois répressives.

#### *1.1. Une vision non essentialiste des théories du droit*

L'intérêt du travail de Mark Osiel est de poser sociologiquement la question de la théorie de droit qui régit le rapport du juge au politique, à travers l'hypothèse selon laquelle cette approche n'est pas contradictoire avec une démarche sociologique compréhensive, dans la mesure où c'est un idiome que les magistrats connaissent et partagent, « parce que la théorie du droit est latente au sein même de la pratique judiciaire » (Osiel, 1995 : 488).

Analytiquement, Osiel va s'attacher à montrer qu'une lecture positiviste du droit ne prédispose pas plus à la collaboration qu'à la Résistance, et qu'il en va de même pour le jus naturalisme. En effet, pour synthétiser en quelques phrases sa démonstration, il montre bien combien, si le positivisme juridique peut se traduire par la soumission à la loi quelle qu'elle soit, les formes de résistance qui passent par l'usage du littéralisme ou du formalis-

me pour freiner l'application de la loi s'appuient également sur un usage particulier du droit positif. À l'inverse, si l'invocation de principes méta-juridiques et notamment moraux permet d'associer droit naturel et refus d'obéissance, d'autres principes tout aussi méta-juridiques (comme par exemple les valeurs défendues par Vichy ou les nazis dans le cas qui nous intéresse) peuvent bien conduire à la collaboration et à la soumission au pouvoir politique, au-delà même de ce qui est exigé sur un plan juridique.

Il n'y a donc pas de détermination substantielle, *a priori*, des attitudes politiques en fonction du rapport philosophique ou théorique à la légalité en place. Dès lors, si la causalité établie entre une lecture positiviste du droit et la collaboration ne tient pas<sup>5</sup>, il faut proposer un autre type d'analyse qui permette d'expliquer les cas associant par exemple positivisme juridique et résistance. Il existe au moins un équivalent, critique à l'égard du régime, du travail opéré par la doctrine sur les lois de Vichy décrit par D. Lochak. L'avocat Maurice Garçon (Garçon, 1941) publia en 1941 chez Sirey un « commentaire de la loi du 25 octobre 1941 portant obligation de dénoncer les crimes et de secourir les personnes en danger ». Ce commentaire surprend par la virulence de ses critiques, qui malgré quelques dénis qui apparaissent essentiellement formels, visaient aussi bien un régime accusé implicitement d'être incompetent sur le plan juridique, que le contenu même de la loi et ses conséquences : « Avec l'article 2 de la loi du 25 octobre 1941, on peut craindre tous les excès auxquels peuvent conduire les plus basses vengeances. Il convenait d'assortir de garanties sérieuses [*i.e.* donner des armes contre le calomniateur] une mesure aussi grave que celle du rétablissement, combien étendu, de la dénonciation obligatoire » (*ibid.*, 32). Ce texte se concluait par l'affirmation selon laquelle « la loi du 25 octobre demande à être revue et amendée. Elle pose des principes trop nouveaux pour qu'il ne soit pas nécessaire, à la lueur des critiques qu'elle permet de formuler, d'en revoir le texte et d'en corriger les erreurs ». L'exemple, même unique, d'un tel commentaire de doctrine très visiblement hostile aux orientations choisies par le gouvernement, permet d'illustrer que si le positivisme pouvait entraîner la soumission à la loi quelle qu'elle soit, il était également susceptible, sous couvert de technicité juridique, de produire un argumentaire critiquant la philosophie même d'une politique fondée en partie sur la délation et la peur.

Il y a donc là un renversement de perspective : à une vision qui associait un ethos professionnel caractérisé par une culture juridique, en l'occurrence positiviste, à un type de comportement politique, il est possible de substituer une vision plus stratégique du juriste dans lequel celui-ci utilise les outils juridiques à sa disposition, au profit d'une finalité qui lui est propre. En reprenant l'exemple proposé par Osiel, on substitue ainsi des débats de théorie du droit à une analyse située qui prend en compte les formes concrètes prises par le jusnaturalisme et le positivisme juri-

5. Ce que corrobore empiriquement Osiel, puisqu'il montre que l'usage du positivisme, sous la forme du littéralisme, est la forme de résistance judiciaire la plus efficace, la plupart des régimes même autoritaires tenant à garder les apparences de la légalité.



dique. Dans ce cadre, la loi est un paramètre de l'action dont l'acteur tient compte dans sa pratique : « les juges sont contraints par la loi, non parce qu'elle est leur pourvoyeuse unique de raisons permettant d'atteindre leurs objectifs, mais parce qu'ils doivent préserver les apparences de leur fidélité à la loi, s'ils veulent conserver leur influence et leur légitimité, pour éviter d'être contredits en appel et autres risques d'humiliation sur un plan professionnel » (Osiel, 1995 : 505).

Ce mode d'analyse permet ainsi d'appréhender la marge de manœuvre des magistrats dans de tels contextes de manière concrète, en étant conscient des enjeux rhétoriques, pratiques, juridiques de leur conduite. L'analyse des pratiques judiciaires des magistrats résistants dans l'exercice de leurs fonctions doit saisir à la fois les contraintes et les conditions de réception éventuelles de leur action : « D'un point de vue réaliste<sup>6</sup>, la jurisprudence propose un large spectre de formes d'argumentation publique, de stratégies de présentation de soi dans un contexte judiciaire, le tout disponible à tout moment. Le juge qui en est conscient est capable de résister efficacement à la répression, parce qu'il peut formuler sa résistance en référence à un type de discours juridique qui aura un effet sur le public auquel il peut s'adresser » (Osiel, 1995 : 506). Dans le cas du régime de Vichy, les usages situés du droit par les magistrats doivent être mis en relation avec leur attitude politique, le contexte judiciaire (au niveau local et politique) dans lequel ils agissaient et la manière dont leur décision s'inscrivait dans l'espace public spécifique de l'époque, largement contraint par le risque encouru par celui qui manifestait son opposition au régime.

L'exemple de Paul Didier, seul magistrat ayant refusé de prêter serment à Pétain, permet d'illustrer cette proposition. Le refus de principe qu'il opposa était bien le refus de la loi positive nouvelle, qui imposait la prestation de serment au Maréchal en rompant avec l'idée de séparation des pouvoirs. En reprenant sa biographie professionnelle<sup>7</sup>, on constate que cette opposition n'eut pas lieu dans n'importe quel contexte, puisque Didier avait été rétrogradé par Vichy dès les premiers temps du régime<sup>8</sup>. On peut supposer que ce magistrat, radical-socialiste connu et récemment rétrogradé par Vichy, choisit l'opposition de principe au régime en refusant de prêter serment dans la mesure où la résistance dans le cadre professionnel était compromise dans son cas particulier (repéré comme opposant politique, dans un poste où il disposait de peu d'autonomie). Cette solution était susceptible de rencontrer un certain écho, ce qui fut vérifié dans la presse le lendemain, de nombreux journalistes stigmatisant cette position, assurant par là même une certaine publicité au refus de Didier. Les outils proposés par Osiel, qui

---

6. Le réalisme juridique est un courant de doctrine apparu aux États-Unis dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Son principal objet est l'analyse du comportement concret des magistrats et des décisions qu'ils prennent, la "première interrogation [portant] sur la description de l'activité judiciaire actuelle et non sur la règle que le juge est censé appliquer" (Michaut, 1993).

7. Dossier personnel de Paul Didier, dossier B 3239, Archives du Ministère de la Justice, Centre des Archives Nationales de Fontainebleau.

8. Didier était en 1940 sous-directeur des Affaires Civiles et du Sceau lorsque le gouvernement de Vichy lui manifesta sa défaveur en le nommant d'office juge au Tribunal de la Seine.

mettent en rapport idiome juridique, contrainte objective et prise en compte du public, apparaissent donc utiles pour comprendre la prise de position atypique de ce magistrat.

### *1.2 Les modes d'action des magistrats résistants dans un contexte répressif*

Le point de vue réaliste conduit à poser une question simple : quelles stratégies sont les plus efficaces, dans les contextes caractéristiques des régimes autoritaires ? Dans son article, Osiel montre dans le cas des deux pays qu'il étudie que le rapport au droit mis en œuvre est une conséquence de la contrainte politique et des opportunités d'agir qui se présentent au magistrat qui a choisi, soit de capituler, soit de résister. Mais il souligne bien que le point de vue réaliste ne doit pas conduire à oublier de prendre en compte l'importance de la théorie du droit ainsi adoptée : les juges ont de bonnes raisons d'anticiper des réponses différentes du public et du régime, en fonction de la forme dans laquelle ils vont choisir d'exprimer leurs critiques. C'est ainsi, dans un contexte donné, les formes rhétoriques d'articulation de la résistance les plus adéquates qui vont produire plus de cas de résistance qu'un autre idiome juridique.

Osiel en arrive donc à renverser le sens de la causalité issu de la controverse Hart/Fuller ou du débat Lochak/Troper : le type de rapport au droit n'est plus pensé comme un donné qui va induire un certain type de rapport au régime ; c'est au contraire l'appréciation du régime en place et l'évaluation de sa propre marge de manœuvre qui vont conduire le magistrat à adopter un idiome juridique plutôt qu'un autre. Les données relatives à la culture professionnelle du magistrat et à son ancrage social ne sont pas oubliées pour autant (on n'a pas affaire à un acteur purement stratégique), Osiel insistant bien sur le sens de l'obligation qui demeure important chez les magistrats, et qui renvoie en partie à la volonté de conserver une bonne réputation sur le plan juridique. Ce renversement de perspective nous semble sociologiquement fructueux, dans la mesure où il permet d'ancrer les exemples de résistance judiciaire dans une expérience du monde social et non dans une perspective purement morale. On peut illustrer sommairement la fécondité de l'approche en recourant à un tableau qui montre combien la déconstruction proposée précédemment permet d'enrichir l'appréhension de la diversité des comportements des magistrats français sous l'Occupation, à l'aide d'exemples concrets.



Théorie du droit mise en oeuvre ►	Jusnaturaliste	Positiviste
Attitude ▼		
Collaboration	<b>Adhésion aux maximes du pouvoir.</b> ex. : Condamnations à mort prononcées dans les Sections spéciales à l'encontre de communistes alors que le dossier d'instruction-était vide (ex. affaire Marcel Langer à Toulouse)	<b>Application de la loi quel que soit son contenu</b> ex. : Attitude de "neutralisme positiviste" des magistrats sous Vichy décrite par Alain Bancaud.
Résistance	<b>Référence à des valeurs supérieures à celles contenues dans la loi</b> ex. : Refus de présider des tribunaux d'exception.	<b>Formalisme et littéralisme</b>  Obstructions aux poursuites visant des résistants multipliant les demandes de pièces, en suscitant des témoignages contradictoires, etc. mises en oeuvre par exemple par des magistrats à Troyes.

Ce tableau, qui permet d'illustrer plus que de démontrer la pertinence de la « déconstruction » opérée avec l'aide d'Osiel, souligne l'intérêt de cette prise en compte des usages du droit en termes de catégories de la pratique. Cette articulation non-essentialiste mais pratique entre théorie du droit et attitude politique permet d'appréhender sociologiquement les formes d'action résistantes spécifiques aux magistrats. Néanmoins, la transposition de l'analyse proposée par Osiel, qui n'étudie que des décisions de Cour Suprême, demeure partiellement lacunaire lorsqu'il s'agit d'analyser les formes différenciées de la Résistance judiciaire « en actes » : l'action du magistrat ne se limite pas à une décision de justice, énoncé rhétorique éventuellement performatif, elle comprend également une part procédurale et concrète qui élargit la portée de son action. Si l'on prend en compte cette dimension procédurale, en particulier en ce qui concerne le rôle du Parquet et des juges d'instruction, il est possible de réinscrire les formes pratiques d'utilisation des ressources contenues dans le droit pour aider la Résistance, dans des contextes d'action à la fois juridiques (type de compétence), situationnels (marge de manœuvre dans l'institution judiciaire selon sa taille, les relations entre confrères) et temporels (l'évolution du conflit tendant à rendre relativement plus ou moins visible telle ou telle forme d'action, en particulier du point de vue de la répression).

Ainsi, concernant la distinction entre pratiques résistantes fondées sur le registre du droit positif ou du droit naturel, il est possible de montrer que l'invocation du droit naturel fut plutôt associée à des formes de justification personnelles. Elles pouvaient résulter d'une sollicitation individualisée (comme la prestation de serment à laquelle un magistrat, Didier, refusa de se soumettre) ; d'une demande de justification portant sur des faits imputables personnellement ou lorsqu'un proche était mis en cause ; d'une position structurellement isolée, comme lorsqu'un magistrat assumait les raisons de sa décision en signant les attendus de son jugement. L'invocation du droit naturel, qui peut passer par le refus d'obéir, l'invocation de sa conscience ou la référence au patriotisme, peut donc s'expliquer par la co-occurrence d'une situation où le magistrat était amené à se justifier d'actes individuels, personnels ou professionnels, et par la volonté de ce magistrat d'assumer les motifs de sa décision (par souci de « garder la face », par esprit de bravade, pour manifester publiquement l'existence d'une alternative morale à la position que Vichy ou les Allemands attendait des magistrats). Cette forme de résistance caractérisa plus fréquemment dans notre enquête les juges du siège, contrairement aux juges d'instructions ou parquetiers, qui mirent davantage en œuvre des pratiques dites « de freinage » ou d'obstruction systématique du processus judiciaire, en particulier lorsqu'il visait des résistants. Ce freinage, associé à un usage positiviste du droit fondé sur les possibilités ouvertes par la procédure judiciaire pour ralentir ou empêcher des poursuites visant des résistants, était particulièrement susceptible d'être utile et utilisé par des magistrats qui n'intervenaient pas au moment du jugement mais à des étapes du processus judiciaire à la fois moins immédiatement visibles et davantage susceptibles de traîner en longueur sans trop attirer l'attention.

## ***2. Second exemple : les magistrats ouest-allemands confrontés aux crimes du nazisme puis du communisme (1945-2000)***

Compte tenu des obstacles nombreux qui se posent lorsque l'on veut poursuivre les crimes « systémiques »<sup>9</sup> commis sous un régime dictatorial disparu, on peut penser que la seule solution est d'invoquer le droit naturel ou, plus exactement, les droits de l'homme qui en sont l'expression moderne (Pendas 2002 : 23-41). L'alternative semble simple : les partisans d'une « épuration » judiciaire invoquent le droit naturel, tandis que ceux qui, pour des raisons diverses, y sont hostiles, s'abritent derrière une conception positiviste du droit. Mais cette alternative, très souvent admise sans plus de discussion, ne rend pas compte de la pratique des juristes allemands (en particulier les magistrats), confrontés aux problèmes posés par le jugement des crimes commis sous le nazisme puis en RDA. En effet, les crimes commis sous le troisième Reich ont été poursuivis au nom d'un positivisme juridique atypique, inséparable du discours allemand sur l'Etat de droit. Nous

9. Nous employons faute de mieux cette notion sans doute discutable pour désigner une criminalité structurelle, commise dans le cadre de l'Etat, par ses agents, pour atteindre des objectifs supérieurs définis par celui-ci.



voudrions ici en évoquer l'émergence et les caractéristiques, puis chercher à en expliquer la longévité de 1949 à nos jours. Ce modèle a été en effet réactualisé depuis 1990 lorsqu'il s'est agi de punir les crimes commis en RDA.

### 2.1. *La gestion pénale des crimes nazis sous le sceau du positivisme de ré-interprétation*

Le jusnaturalisme de Radbruch a été, nous l'avons vu, au cœur du débat qui a opposé Hart et Fuller. Malgré son écho doctrinal considérable en Allemagne comme à l'étranger, sa réception dans la pratique pénale ouest-allemande est restée jusqu'à ce jour marginale. Le cas débattu par Hart et Fuller — une condamnation sur une base naturaliste — n'est représentatif que d'une phase relativement courte de la répression des crimes nazis par les tribunaux allemands (1946-1951). Les juristes allemands rejetèrent dans leur majorité les arguments naturalistes et les magistrats firent un usage très modéré des catégories rétroactives créées par les Alliés, pour des raisons qui tiennent autant à la force du *credo* positiviste traditionnel qu'à l'opportunisme d'un corps qui avait largement servi le régime national-socialiste (Müller, 1989 ; Miquel, 2001).

La création de la RFA (1949) sonne le glas de la politique de dénazification<sup>10</sup>. La *Vergangenheitspolitik* (politique du passé) de l'ère Adenauer (Frei : 1999) s'est caractérisée par un démantèlement progressif du dispositif grâce à plusieurs lois d'amnisties et à une réintégration massive des Allemands exclus de la fonction publique par les Alliés. C'est dans ce contexte que le principe absolu de non-rétroactivité du droit pénal fut érigé au rang de principe constitutionnel (article 103, §2 de la Loi Fondamentale). Souvent présentée comme une réaction au nazisme, cette décision fut avant tout, sinon dans ses intentions, du moins dans ses effets immédiats, une réaction à la dénazification. Les puissances d'occupations occidentales levèrent en 1951 la loi n°10 du Conseil de contrôle interallié, qui permettait aux juridictions allemandes réouvertes en 1946 de recourir aux catégories à portée rétroactive définies dans le statut du Tribunal Militaire Interallié de Nuremberg, en particulier le crime contre l'humanité. Après 1951, il n'y eut plus aucune poursuite en RFA sur la base de ces catégories.

Si la période 1949-1958 fut marquée par un déclin très rapide du nombre de procédures pour crimes national-socialistes, il n'y eut ni amnistie générale ni arrêt total de l'activité judiciaire en ce domaine : une telle décision apparaissait inopportune vis-à-vis des Alliés et dommageable pour l'image extérieure de la jeune République. Aussi la Cour fédérale de Justice (BGH) se trouva-t-elle dans l'obligation de répondre à la question suivante : comment poursuivre et punir des crimes qui n'étaient pas considérés comme tels sous le troisième Reich sans violer le principe de non-rétroactivité ? Bien que la jurisprudence fut hésitante et contradictoire au début des années 1950, une forme particulière de positivisme juridique — que l'on

10. Cependant, les signes avant-coureurs de ce tournant remontent au moins à l'année 1947.

pourrait qualifier de « ré-interprétatif » à la suite de A. E. Tauber (1997 : 28-29) — finit par s'imposer dans la seconde moitié des années 1950 : le droit positif en vigueur au moment des crimes était la seule base juridique des poursuites, mais une partie de ce droit pouvait être invalidé pour des raisons non pas morales comme le préconisait Radbruch, mais formelles (*ibid.* : 73-109). Tous les ordres secrets d'Hitler (euthanasie et génocide) et même certaines lois approuvées par le Reichstag furent invalidés pour ne pas avoir été publiés au Journal Officiel impérial comme le prévoyait expressément la Constitution de la République de Weimar (jamais formellement abolie par les nazis). Le BGH invalida également certaines lois iniques « correctement » adoptées, en estimant qu'elles étaient anticonstitutionnelles dans leur contenu. En pratique, les poursuites étaient engagées sur la base du seul code pénal de 1871 (resté dans ses grandes lignes inchangé jusqu'en 1945). Bref, d'après le BGH, les magistrats de la période nazie n'ayant pas interprété correctement le droit pénal alors en vigueur, il appartenait aux juridictions de la RFA de dire *a posteriori* quelle était « la » bonne interprétation de ce droit.

Cette construction était traversée de contradictions : elle n'était pas résolument positiviste (puisqu'elle ignorait le droit positif tel qu'il avait été pratiqué) et contenait un argument implicitement naturaliste (il existerait une interprétation par nature correcte du droit, permettant de relire un droit inique à la lumière de principes qui lui étaient étrangers). Mais elle présentait plusieurs avantages : 1) Elle assouplissait *de facto* le principe de non-rétroactivité. 2) Elle était la traduction jurisprudentielle du compromis politique de l'ère Adenauer : restreindre au maximum le champ des poursuites (objectif de réintégration) sans pour autant les rendre impossibles (consensus antinazi). Associée à d'autres choix juridiques, elle favorisait une clémence sans proportion avec les crimes commis qui frisait parfois l'amnistie déguisée : il est arrivé ainsi que des criminels soient innocentés pour avoir assassiné « légalement » (par exemple les Juifs dits « privilégiés » : Tauber, 1997 : 66). Dans certains cas, cette doctrine a empêché d'engager des poursuites contre certaines catégories de criminels (comme les magistrats ayant commis des crimes « judiciaires »). 3) Elle était enfin relativement souple, car la ré-interprétation du droit positif pouvait être stricte ou extensive suivant les cas et les exigences politiques du moment.

Plus fondamentalement, cette jurisprudence proposait une certaine interprétation du nazisme. En appréhendant le droit non pas comme une pratique sociale empiriquement observable, mais comme un système formel, elle manquait une des spécificités du Troisième Reich : ce qui faisait office de droit sous ce régime, c'était en effet une multitude de dispositions orales ou écrites, secrètes ou publiques, qui se juxtaposaient le plus souvent et parfois se contredisaient dans le temps et dans l'espace. Par ailleurs, en réinterprétant le droit positif en vigueur sous le nazisme comme celui d'une démocratie parlementaire, le BGH postulait implicitement que l'État de droit hérité de Weimar était resté intact sous le nazisme, du moins dans ses fondements. Suivant cette interprétation, si les magistrats (dédouanés au pas-



sage de toute responsabilité) avaient mal interprété le droit, cela tenait à une contrainte essentiellement extérieure au monde juridique (exercée par les nazis). Ce positivisme de ré-interprétation est inséparable du discours sur « l'Etat de droit » (*Rechtsstaat*) qui fut en RFA la principale forme de justification des procès pour crimes nazis. La plupart des juristes assignaient en priorité à ces procès la fonction de restaurer un système procédural anéanti par les nazis, et non celle d'affirmer les droits universels de la personne humaine (Pendas, 2002 : 27-30).

À la fin des années 1950, la politique de réintégration et d'amnésie connut un coup d'arrêt. Pour des raisons de politique intérieure et extérieure, un tournant intervint dans la gestion publique du passé nazi, qui se traduisit par une nouvelle vague de poursuites pénales. En novembre 1958 fut créé l'Office judiciaire central de Ludwigsburg chargé d'enquêter de manière systématique sur les crimes nazis. Le champ d'action procédural fut ainsi considérablement élargi, car l'ouverture d'informations ne dépendit plus du hasard des plaintes déposées et de la bonne volonté de tel ou tel parquet. Paradoxalement, bien que seuls les crimes les plus graves n'aient pas été prescrits, les condamnations — bien que plus nombreuses — se caractérisèrent par la même clémence que dans la période précédente. Cette tendance était autant la conséquence du positivisme de ré-interprétation que d'autres pratiques indulgentes. Cette construction n'a été contestée qu'en dehors du monde juridique ou à sa marge par des personnalités atypiques et isolées comme par exemple Fritz Bauer, le procureur de Hesse ayant initié le premier procès d'Auschwitz à Francfort (1963-1965). Ce dernier militait ouvertement pour le recours à des catégories à portée rétroactive, en particulier le crime contre l'humanité.

Cette chronologie sommaire montre que les raisons du succès du positivisme de ré-interprétation sont à chercher au-delà des seuls obstacles institutionnels et constitutionnels : la jurisprudence élaborée fut un compromis entre la nécessité de poursuivre les criminels nazis et les réticences des juristes ; elle avait l'avantage d'être flexible (ré-interprétation stricte ou large) ; elle ménageait enfin une lecture historiquement contestable mais rassurante du nazisme.

## 2.2. La répression des crimes du communisme : le poids des héritages

La « révolution pacifique » en RDA puis l'unification allemande (3 octobre 1990) ont posé très tôt la question du jugement des crimes systématiques commis en RDA. Malgré quelques réticences initiales, les partisans d'une gestion pénale de ces crimes ont imposé rapidement leur point de vue. De manière générale, la gestion pénale des crimes est-allemands a été accomplie sur des bases nouvelles qui tiennent en partie à la situation inédite créée par l'unification : la gestion publique du passé communiste dans son ensemble a été dès le départ très ambitieuse (réparations en faveur des victimes, ouverture des archives de la Stasi, épuration professionnelle...) et accomplie par des acteurs essentiellement ouest-allemands (Mouralis, 2002). Ainsi, du fait de l'épuration massive de la magistrature est-allemande, la

quasi-totalité des juges et procureurs chargés de poursuivre les crimes commis en RDA étaient issus des Länder occidentaux. Cette situation contraste évidemment avec celle de la RFA des années 1950-1960 où de nombreux magistrats, du fait de leurs compromissions passées avec le troisième Reich, étaient souvent juges et parties dans les procès de criminels nazis.

Cependant la question s'est posée dans les mêmes termes qu'après la seconde guerre mondiale : compte tenu des obstacles constitutionnels (non rétroactivité du droit) ou légaux (prescription), les magistrats ont été contraints de trouver des solutions pratiques. Ces solutions existaient déjà : leur « champ d'expérience » en la matière contenait deux répertoires.

La première option était le recours au droit naturel, qui, nous l'avons vu, fut très limité dans le cas des procédures pénales visant les criminels nazis. Toutefois, et ce n'est pas là le moindre des paradoxes, ce recours fut systématique dans les (rares) procédures engagées en RFA contre des citoyens est-allemands à partir des années 1960. Pendant la guerre froide en effet, la République fédérale se présentait comme le seul représentant légitime de tous les Allemands dans les frontières du Reich de 1937. L'État est-allemand ne fut jamais formellement reconnu et, au moins jusqu'en 1971, le code pénal ouest-allemand s'y appliquait *de facto*. Les investigations conduites par l'agence fédérale de Salzgitter (RFA), créée en 1961 sur le modèle de Ludwigsburg, n'aboutirent que dans cinq cas à des procès effectifs. Les « autorisations légales » est-allemandes avaient alors été invalidées sur la seule base de la formule de Radbruch (Sauer & Plumeyer, 1991 : 218-226). Lorsque, après l'unification, la justice entreprit de poursuivre les crimes frontaliers, plusieurs magistrats furent tentés de puiser dans ce répertoire, par exemple le juge Theodor Seidel dans le verdict du premier procès de garde-frontière (janvier 1992). Mais la Cour fédérale de justice (BGH) a finalement opté pour une solution différente qui correspond en grande partie au second répertoire « disponible ».

Celui-ci est le positivisme de ré-interprétation qui, comme nous l'avons vu, s'est imposé dès les années 1950. C'est cette ligne qui a été retenue par la 5ème chambre criminelle du BGH dans un arrêt essentiel du 3 novembre 1992 qui, à quelques variations près, n'a jamais été remis en question ensuite. C'est une argumentation en deux temps qui peut prêter à confusion : dans un premier temps, le BGH déclare en effet invalide l'autorisation légale que constitue la loi sur la frontière adoptée en RDA en 1982, qui autorisait les gardes-frontière à faire usage de leurs armes. Citant explicitement la formule de Radbruch, le BGH voit dans cette loi une atteinte éclatante au « droit à la vie des être humains » protégé par plusieurs conventions internationales ratifiées par la RDA. Mais cet argument sembla aux juges fédéraux insuffisant et fragile au regard du principe de non-rétroactivité. C'est pourquoi il invoqua un second argument qui est en réalité l'argument essentiel : cette loi est contraire à la constitution est-allemande et n'aurait pas dû empêcher les magistrats est-allemands de poursuivre les gardes-frontière, s'ils avaient « correctement » interprété le code pénal est-allemand, dans un sens



« conforme aux droits de l'homme ». Cette ré-interprétation « naturalisante » n'oblitére cependant pas le discours sur l'Etat de droit, qui reste une forme fondamentale de justification des procès contre les agents d'un système qualifié d' « Etat de non droit » (*Unrechtsstaat*).

Certes, le premier argument a retenu l'attention de bien des juristes et des médias, si bien qu'il fut parfois question d'une « seconde renaissance naturaliste ». Mais c'est en réalité le second argument qui a été décisif pour le tribunal constitutionnel puis la Cour européenne des droits de l'homme, comme en témoignent leurs arrêts confirmant celui du BGH. Ce second argument s'inscrit dans une double continuité : celle de la jurisprudence élaborée en liaison avec les procédures contre les criminels nazis ; et indirectement dans la continuité des procédures engagées par les parquets est-allemands à partir de décembre 1989, sur la base du droit pénal interne. Cette position de compromis concorde avec les objectifs généraux de la gestion publique du passé est-allemand comme le note le juriste et écrivain Bernhard Schlink : le zèle particulier de l'Allemagne unie vis-à-vis de son passé communiste est « autant [l'expression d'une] « justice de vainqueur » que la disculpation des vaincus ; il légitime l'Ouest lorsqu'il installe ses propres élites à la place de celles de l'Est et disculpe tous ceux à l'Est [qui n'appartenaient pas] aux élites et qui ne se sont pas signalés par des excès. » (Schlink, 2002 : 47).

La gestion pénale des crimes de la RDA (pourtant sans comparaison avec ceux du nazisme) ne peut se comprendre sans prendre en considération la lente genèse des positions jurisprudentielles depuis les années 1950, d'autant plus que les magistrats sont, depuis 1990, essentiellement des magistrats ouest-allemands marqués par une culture politique et juridique spécifique. Cette analyse contredit les thèses transitionnelles privilégiées par les sciences politiques et juridiques pour étudier les épurations judiciaires. Ces thèses rabattent en effet trop souvent les temporalités propres aux phénomènes juridiques sur les seules temporalités politiques. Finalement, l'inertie des répertoires argumentatifs hérités fut peut-être plus décisive que la force des préjugés de guerre froide partagés par une grande partie des magistrats chargés de mener à bien l'épuration des années 1990.

## CONCLUSION

En prenant peut-être moins au sérieux que les juristes eux-mêmes la détermination intrinsèque que porterait en lui le droit sous ses différents idiomes, nous avons voulu montrer qu'un type donné de rapport au droit (jusnaturalisme vs positivisme) ne saurait en soi orienter la pratique dans un sens déterminé (Résistance-épuration vs collaboration-amnistie). Le changement de focale induit par une analyse réaliste du droit, dans lequel il n'est réduit ni à un discours dont le développement procéderait d'une logique interne, ni à la pure résultante des contraintes sociales ou politiques auxquelles les juges sont soumis, nous a ainsi conduit à une appréhension différente du comportement des magistrats sous Vichy et lors des épurations allemandes de la deuxième moitié du siècle. En ce qui concerne l'attitude

des magistrats sous Vichy, il s'agissait de penser des pratiques qui ne pouvaient être expliquées par la causalité supposée entre positivisme juridique et collaboration, relation qui apparaissait contredite tant par la manière dont certains juges étaient allés au delà des exigences formelles de la loi pour satisfaire le pouvoir politique, que par l'exemple d'autres qui avaient limité ou subverti, par des comportements résistants fondés sur le droit positif, la fonction répressive que le régime entendait leur faire jouer. D'un point de vue méthodologique, cette analyse du comportement des juges sous Vichy exemplifie l'intérêt d'un déplacement de l'analyse de la théorie du droit aux manèges concrets du droit par les magistrats.

Si les idiomes juridiques peuvent être étudiés comme des pratiques situées du droit, ils sont également repérables dans les attendus des jugements. À travers l'étude des registres d'argumentation des magistrats allemands lors des procès d'épuration, on peut montrer quels furent les usages situés du jusnaturalisme et du droit positif (et leurs déclinaisons), et les raisons qui permettent d'expliquer la portée et les enjeux de tels usages. On peut ainsi conclure que la pratique pénale et sa justification par les grandes catégories de la philosophie du droit dépendent en définitive de trois types de facteurs imbriqués : les contraintes juridiques formelles ; les caractéristiques « internes » à la profession (en particulier son degré d'implication dans les crimes du régime dictatorial défunt) et la gestion publique du passé définie « en amont » par le gouvernement et le législateur.



## BIBLIOGRAPHIE

Bancaud, A. (1998) Vichy et les traditions judiciaires in G. Koubi (dir.) *Questions sensibles*, Paris : PUF-CURAPP : 171-188.

Brudney, D. (1993) Two Links of Law and Morality, *Ethics* 103 (2) : 280-301.

Buchholz Schuster, E. (1998) *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechsel. Eine Untersuchung zur Funktion der "Juristenphilosophie"*, Berlin : Arno Spitz ; Baden Baden : Nomos.

Burrin, P. (1995) *La France à l'heure allemande 1940-1944*, Paris : Éditions du Seuil.

Dreier, H. (1997) Gustav Radbruch und die Mauerschützen, *Juristen Zeitung* 9 : 421-434.

Frei, N. (1999) *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich : DTV (1ère éd. 1996).

Fuller, L. L. (1958) Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart, *Harvard Law review* 71, 59 : 630-672.

Garçon, M. (1941), *Commentaire de la loi du 25 octobre 1941 portant obligation de dénoncer les crimes et de secourir les personnes en danger*, Recueil Sirey, Paris : Sirey.

Hart, H. L. A. (1958) Positivism and the separation of law and morals, *Harvard Law Review* 71 : 593-629.

Israël, L. (2005) *Robes noires, années sombres. La Résistance dans les milieux judiciaires pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris : Fayard, à paraître.

Jaspers, K. (1990) *La culpabilité allemande*, Paris : La Découverte (1ère éd. 1946).

Lochak, D. (1989) La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme, in *Les usages sociaux du droit*, Paris : PUF-CURAPP : 252-286.

Lochak, D. (1994), Le juge doit-il appliquer une loi inique ? in *Juger sous Vichy*, n° 28 Collection le Genre Humain, Paris : Éditions du Seuil.

Michaut, F. (1993) article "Réalisme" (réalisme juridique américain) dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème édition, Paris : LGDJ.

Miquel, M. v. (2001) Juristen : Richter in eigener Sache in Frei, N. e. a. (eds) *Karrieren im Zwielicht. Hitlers Eliten nach 1945*, Frankfurt/M. & New York : Campus.

Mouralis, G. (2002) La gestion publique du passé communiste dans l'Allemagne unifiée, *Le débat* 122 : 89-101.

Müller, I. (1989) *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Munich : Knaur (1ère éd. 1987).

Osiel, M. J. (1995) Dialogue with Dictators : Judicial Resistance in Argentina and Brazil, *Law and Social Inquiry* 20 (2) : 481-560.

Pendas, D. O. (2001) 'Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était'. Le procès d'Auschwitz à Francfort et l'opinion publique allemande in F. Brayard (eds.) *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire. 1943-2000*, Bruxelles : Complexe : 79-111.

Pendas, D. O. (2002) 'Law, Not Vengeance.' Human Rights, the Rule of Law, and the Claim of Memory in German Holocaust Trials in M. P. Bradley & P. Petro (eds.) *Truth Claims. Representation and Human Rights*, New Brunswick e. a. : Rutgers University Press : 23-41.

Radbruch, G. (1945) Fünf Minuten Rechtsphilosophie, *Rhein-Neckart-Zeitung*, 12 septembre.

Radbruch, G. (1946) Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1 : 105-108.

Radbruch, G. (1947) Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, *Süddeutsche Juristenzeitung*, Sondernummer : 131-136.

Rüter, C.-F. & de Mildt, D. W. (1998) *Die westdeutschen Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1997. Eine systematische Verfahrensbeschreibung mit Karten und Registern*, Munich : K.G. Saur.

Sauer, H. & Plumeyer, H.-O. (1991) *Der Salzgitter Report. Die Zentrale Erfassungsstelle berichtet über Verbrechen im SED-Staat*, Esslingen-Munich : Bechtle.

Schlink, B. (2002) Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit in B. Schlink, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Francfort/M. : Suhrkamp : 38-60 (1ère éd. 1994).

Schmitt, C. (1934) Nationalsozialismus und Rechtsstaat, *Juristische Wochenschrift*, 717.

Tauber, A. E. (1997) *Tyranny on Trial : The Politics of Natural Law and Legal Positivism in the Federal Republic of Germany*, Thèse de sciences politiques, Massachusetts Institute of Technology.

Troper, M. (1989) La doctrine et le positivisme, in *Les usages sociaux du droit*, *op. cit.* : 286-292.