

Introduction à « Injustice légale et droit supralégal » de Gustav Radbruch

Michael WALZ

École normale supérieure de Fontenay/Saint-Cloud

Nés de la nécessité du moment, les ouvrages à caractère actuel et concret sont parfois d'une influence plus grande que les traités magistraux. Tel est le cas de l'article célèbre de Gustav Radbruch de 1946 dont on trouvera une traduction ci-après. Il n'est guère besoin de justifier la publication de cet article en France, presque cinquante ans après sa parution en Allemagne et soixante ans après la publication d'une série d'articles de Radbruch en langue française, notamment dans cette revue ¹. Il s'agit là d'un écrit qui a fait date en Allemagne et dans les pays anglo-saxons ², suscitant dès le début un intérêt profond et, partant, de multiples discussions et polémiques. Et l'« histoire de l'efficiencia » de la pensée de Radbruch est bien loin d'en être arrivée à son terme. Cette pensée, que l'on identifie communément à la renaissance du droit naturel de l'après-guerre en Allemagne, a connu un renouveau formidable après la réunification allemande. Lors des procès dits « des tireurs du Mur [de Berlin] » (« *Mauerschützen* »), on a en effet pu constater que la pensée de Radbruch marquait un point fixe, derrière lequel ni les juges ni la moitié des commentateurs n'étaient prêts à régresser. Aucun jugement ou arrêt qui eût manqué de faire valoir la formule de Radbruch ³. Dès lors, cette formule aura connu sa propre renaissance ⁴.

La formule de Radbruch comprend deux thèses, qui sont celle de l'échec du positivisme juridique et celle de l'injustice démesurée ou évidente. Par la première, Radbruch reproche au positivisme juridique d'avoir rendu possible, sous le Troisième Reich, l'irruption de « lois arbitraires et criminelles » dans l'ordre juridique. En identifiant le droit au pouvoir d'imposer des règles – autrement dit, la validité du droit à la facticité du droit –, le positivisme a pour seuls critères de validité la conformité du droit aux règles de procédure et l'efficacité sociale. Si Radbruch affirme que le positivisme a privé les ju-

¹ V. la bibliographie en fin d'article.

² Cf. Björn Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Göttingen, 1985 (thèse de doctorat). H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », in *Harvard Law Review*, 71, 1957-1958, p. 593-629 ; Ian Ward, « Radbruch's "Rechtsphilosophie": Law, Morality and Form », in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 78: 3, 1992, p. 332-354.

³ Ainsi, déjà, le premier jugement « tireurs du Mur », Tribunal régional de Berlin, 20 janv. 1992, p. 139.

⁴ Cf. Robert Alexy, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hambourg, 1993 ; M. Frommel, « Die Mauerschützenprozesse - eine unerwartete Aktualität der Radbruch'schen Formel », in F. Haft, W. Hassemer *et al.* (éd.), *Strafgerechtigkeit*, Mélanges Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993.

ristes de tout moyen théorique de défense, ce n'est pas pour dénoncer un défaut accidentel de cette théorie. Pour lui, il s'agit plutôt d'une théorie défailante, d'une insuffisance de la théorie toute entière qui est constitutive de l'impuissance de la jurisprudence sous la dictature⁵. Le point de départ philosophique de Radbruch consiste, tout comme celui de Kelsen, en la distinction du devoir-être et de l'être (de valeurs et de faits) et en l'impossibilité de déduire l'un de l'autre⁶. Ce dualisme méthodologique exige, selon la conception de Radbruch, que tout fondement de la validité du droit appartienne lui-même à la sphère du devoir-être, qu'il soit lui-même normatif. D'où le besoin d'un recours à un droit non positif qu'il convient d'appeler naturel, rationnel ou supralégal.

Aussi succincte qu'elle soit, la seconde thèse recèle la pensée de Radbruch de l'après-guerre. Partant de la question de savoir si le droit injuste doit être accepté et, si on l'admet, dans quelle mesure, Radbruch propose une solution qui est fondée sur le principe de la sécurité du droit (partagé aussi par le positivisme juridique) et l'idée de la justice et qui tient compte de trois degrés d'injustice : 1) le principe de la sécurité du droit requiert que le droit positif reste en vigueur, même s'il est matériellement injuste et inapproprié. 2) Or, il peut y avoir des cas d'espèce où le degré d'injustice (*i. e.* l'opposition de la norme juridique avec l'idée de la justice) devient démesuré ou insupportable ; il s'agit là des cas limite où les normes perdent leur validité juridique. 3) Dans tous les cas où les normes sont extrêmement injustes, où l'injustice est évidente, celles-ci sont d'emblée dénuées de validité juridique.

Parmi les critiques formulées à l'égard de la seconde thèse, il en est notamment une qui vise le caractère rétroactif de celle-ci. Ainsi, on a objecté à Radbruch le risque d'une rétroactivité subreptice. Il eût été préférable, selon l'argument de l'« honnêteté » de Hart, de procéder à une législation pénale ouvertement rétroactive. En revanche, Radbruch estime que les normes extrêmement injustes sont nulles *ab initio*. Même si le droit supralégal intervient seulement après que les normes injustes ont été appliquées, il tient pourtant compte du fait que les actes commis dans le passé sont constitutifs d'un conflit juridique qui persiste dans le présent⁷. Pour résoudre ce conflit, il est cependant nécessaire de revenir sur les normes et décisions juridiques du passé. Le principe de la légalité des délits et des peines, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, est en effet la pierre de touche de la seconde thèse de Radbruch.

Radbruch lui-même n'a pas eu le temps de développer ses thèses. Quoi que l'on en pense aujourd'hui : Radbruch, ce défenseur de l'idée de la justice dans le domaine du droit, a montré à la fois combien il fut réaliste, au sens de la définition de Holmes : « la prédiction de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit »⁸.

⁵ Or, Radbruch ne semble pas prendre en considération que cet argument se prête parfaitement à un usage stratégique, contraire à sa position. Car affirmer que les juristes allemands ont été contraints à « se laisser faire » par le pouvoir, c'est (peut-être) tenter de les disculper ; si bien que les juristes figureraient dès lors parmi les victimes du régime.

⁶ Cf. *Rechtsphilosophie*, in *Gesamtausgabe*, vol. 2, p. 230 et s. (v. *infra*, bibliographie).

⁷ Ce décalage de temps rend plausible la distinction entre le droit supralégal, qui est différé, et le droit de résistance, qui est actuel.

⁸ O. W. Holmes, « The Path of the Law », in *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 460 et s. (cité d'après la traduction in Ch. Grzegorzcyk, F. Michaut, M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, 1992, p. 125 et s.)

Il leur a même fourni la formule.

Injustice légale et droit supralégal *

Gustav RADBRUCH

I

C'est par le moyen de deux principes que le national-socialisme sut rallier ses partisans (d'une part les soldats, d'autre part les juristes) à ses projets : « un ordre, c'est un ordre » et « la loi, c'est la loi ». Le principe « un ordre, c'est un ordre » n'a jamais été valable sans restriction. Le devoir d'obéissance trouvait sa limite lorsque le commandant donnait des ordres à buts criminels (§ 47 MStGB). Le principe « la loi, c'est la loi » n'était par contre soumis à aucune restriction. Il était l'expression de la pensée juridique positiviste qui, durant des décennies, dominait presque sans partage les juristes allemands. Ainsi la notion d'injustice légale, de même que la notion de droit supralégal, étaient-elles des contradictions dans les termes. C'est à ces deux problèmes que la pratique se voit maintenant confrontée dans bien des cas. Par exemple, on a publié et commenté, dans la *Süddeutsche Juristenzeitung* (p. 36), un jugement du Tribunal cantonal (*Amtsgericht*) de Wiesbaden, selon lequel « les lois en vertu desquelles la propriété des juifs fut déclarée dévolue à l'État sont en contradiction avec le droit naturel. Elles étaient nulles déjà au moment de leur promulgation »^a.

* Traduit de l'allemand par Michael Walz.

Titre original et éditions : « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 105-108.

Réimpressions : (1) in Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, p. 111-124 ; (2) in *id.* : *Rechtsphilosophie*, éd. Erik Wolf, Stuttgart, K.F. Koehler, de 1950 (4ème éd.) à 1973 (8ème éd.), p. 347-357 ; (3) in *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, vol. 3 : *Rechtsphilosophie III*, éd. Arthur Kaufmann et Winfried Hassemer, Heidelberg, C.F. Müller, 1990, p. 83-93.

Note du traducteur : Nous avons gardé les signes typographiques (§) et la citation originale des codes allemands, en utilisant les abréviations suivantes. MStGB : *Militärstrafgesetzbuch* (Code de justice militaire) ; StGB : *Strafgesetzbuch* (Code pénal).

Les notes numérotées sont de l'auteur ; celles appelées par une lettre ont été ajoutées par les éditeurs des œuvres complètes ou par le traducteur.

^a Tribunal cantonal de Wiesbaden, 13 nov. 1945.

II

Dans le domaine du droit pénal, le même problème a été soulevé, notamment par des discussions et des décisions dans la zone d'occupation russe.

1. Dans l'audience principale devant la Cour d'assises thuringienne de Nordhausen, un employé des autorités judiciaires, Puttfarken, ayant provoqué par dénonciation la condamnation et l'exécution d'un agent commercial, Göttig, a été condamné aux travaux forcés à perpétuité. Puttfarken avait dénoncé Göttig à cause d'une inscription que ce dernier avait laissée dans les cabinets : « Hitler est un assassin de masse et responsable de la guerre ». La condamnation ne résultait pas seulement de cette inscription, mais aussi du fait d'avoir écouté des stations de radio étrangères. La plaidoirie du procureur général de la Thuringe, le Dr Kuschnitzki, a été rapporté en détail par la presse (*Thüringer Volk* du 10 mai 1946). Le procureur général discute d'abord la question de savoir si l'acte était contraire à la loi. « Si l'accusé déclare qu'il a déposé la plainte par conviction nationale-socialiste, c'est alors insignifiant en droit (*rechtlich unbeachtlich*). Il n'existe pas d'obligation juridique de dénoncer quelqu'un, même pas par conviction politique. Même sous le régime d'Hitler, une telle obligation juridique n'était pas en vigueur. Le critère décisif est de savoir si l'accusé a agi au service de l'administration de la justice. Cela présuppose que la justice soit en mesure de dire le droit. *La légalité, la prétention à la justice et la sécurité du droit*^b sont les exigences d'une juridiction. La justice pénale à caractère politique sous le régime hitlérien ne répond à aucune de ces trois présuppositions. »

« Celui qui a dénoncé quelqu'un en ces années-là devait s'attendre - et s'attendait - à ce qu'il livrât l'accusé, non pas à une procédure judiciaire donnant les garanties juridiques d'une instruction et d'un jugement impartial, mais à une procédure arbitraire. »

« Je me range sur ce point entièrement à une expertise juridique qu'a fournie à ce propos le doyen de la faculté de droit de l'université d'Iéna, monsieur le professeur Lange. Les conditions politiques caractéristiques du Troisième Reich étaient tellement connues que l'on savait exactement que, si l'on demandait des comptes à quelqu'un, dans la troisième année de guerre, pour avoir noté sur une fiche "Hitler est un assassin de masse et responsable de la guerre", cet homme ne pouvait alors avoir la vie sauve. Une personne comme Puttfarken n'était certainement pas en mesure de concevoir *comment* la justice allait faire une entorse au droit ; mais il pouvait bien se fier à *ce qu'elle* y parvînt. »

« Il n'existait pas non plus d'obligation juridique de dénonciation d'après le § 139 StGB^c. Il est vrai que, d'après cette disposition, est passible d'une peine celui qui apprend de source digne de foi un projet de haute trahison et qui omet de le dénoncer en temps utile aux autorités. Il est certain que Göttig a été condamné à mort par le Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) de Kassel pour cause de *préparation à la haute trahison*, mais au sens juridique, il n'y avait nullement de préparation à la haute trahison. La phrase courageusement proclamée par Göttig, "Hitler est un assassin de masse et responsable de la guerre", n'était bel et bien que la vérité crue. Celui qui la prononça et propagea n'était une menace ni pour le Reich ni pour sa sûreté. Il ne faisait que tenter de

^b V. *infra*, n. 9.

^c Non-dénonciation de projets d'infraction (aujourd'hui le § 138 StGB).

contribuer à l'élimination du corrupteur du Reich, voulant ainsi sauver le Reich, ce qui est le contraire d'une haute trahison. Il faut rejeter tout effort de troubler ces faits clairs par des réserves juridiques formelles (*formaljuristische Bedenken*). De surcroît, on peut douter que le soi-disant *Führer* et Chancelier du Reich ait jamais pu être considéré comme chef d'État légal et dès lors protégé par l'article sanctionnant la haute trahison. En aucun cas l'accusé n'a-t-il donc, lorsqu'il procédait à la dénonciation, réfléchi sur une application de la règle de droit à son acte, ni même pu y réfléchir, compte tenu du degré de son discernement. Il n'a jamais non plus déclaré qu'il avait dénoncé Göttig, parce qu'il avait vu, dans l'acte de Göttig, une entreprise de haute trahison et qu'il se croyait pour cela obligé de le dénoncer. »

Le procureur général passe ensuite à la question de savoir s'il y a faute pénale (*schuldhafte Tat*).

« Puttfarken avoue en substance qu'il a voulu faire monter Göttig à l'échafaud. Un bon nombre de témoins l'ont confirmé. *C'est la préméditation de l'assassin au sens du § 211 StGB*. Que ce soit un tribunal sous le Troisième Reich qui a condamné Göttig à mort ne va pas à l'encontre du fait que Puttfarken est l'auteur de l'infraction. *Il en est l'auteur intellectuel*. On doit admettre, il est vrai, que la notion d'auteur intellectuel, développée par la jurisprudence de la Cour suprême du Reich, comprend généralement des éléments constitutifs différents de celui-ci, à savoir surtout des éléments qui consistent en ce que l'auteur intellectuel se sert d'un instrument sans volonté ou irresponsable. Qu'un tribunal allemand puisse être l'instrument d'un criminel, personne ne l'a imaginé auparavant. Or aujourd'hui, nous nous trouvons bel et bien face à un tel fait. Et le cas de Puttfarken *ne sera pas unique*. Que le tribunal ait agi *d'un point de vue formel* conformément à la loi lorsqu'il a prononcé le jugement injuste ne peut aller à l'encontre du fait qu'il y a eu un auteur intellectuel. Par ailleurs, les réserves que l'on pourrait faire sur ce point sont écartées par la loi complémentaire thuringienne du 8 février 1946 qui précise dans son article II, afin de lever tous les doutes, le libellé du § 47 al. 1 StGB de la manière suivante : "Sera puni comme auteur celui qui commet, lui-même ou par l'intermédiaire d'autrui, l'infraction, même si autrui agit conformément à la loi." Il ne s'agit pas là de droit matériel nouveau qui crée un effet rétroactif, mais seulement d'une interprétation authentique du droit pénal en vigueur depuis 1871 »¹.

« Moi-même, je suis d'avis que, après avoir pris en considération soigneusement tous les aspects pour et contre, l'hypothèse d'un assassinat commis par un auteur intellectuel *ne souffre pas* de réserves. Cependant, à supposer que le tribunal en arrive peut-être à une conception divergente, et nous devons nous y attendre, quelles sont les considérations qui entreraient alors en ligne de compte ? Si l'on rejette l'hypothèse selon laquelle il y a un auteur intellectuel, force est, très probablement, de *considérer comme assassins les juges qui, contrairement au droit et à la loi, ont condamné Göttig à mort*. L'accusé aurait alors été *complice de l'assassinat* et serait à punir de ce fait. Pour le cas

¹ Dans la version thuringienne du StGB éditée par le professeur Richard Lange (Weimar, 1964), celui-ci écrit (p. 13) qu'« il y avait eu souvent des doutes sur la notion d'auteur intellectuel, dans les cas où l'auteur avait abusé la justice, afin de poursuivre ses buts criminels (détournement de procédure, dénonciation politique). L'article II de la loi complémentaire du 8 février 1946 précise pour cela que l'auteur intellectuel est passible d'une peine, même si celui qui a servi d'instrument a agi conformément à la loi ou en remplissant une obligation de service ».

où il y aurait, là aussi, d'importantes objections à faire (et je ne les méconnaiss nullement), il reste la *Loi n° 10 en date du 30 janvier 1946 du Conseil de contrôle allié*^d. Conformément à l'article 2-1c de cette loi, l'accusé se serait rendu coupable d'un crime contre l'humanité. Dans le cadre de cette loi, la question n'importe plus de savoir s'il y a eu ou non violation de la loi nationale dans le pays où le crime a été perpétré. Sont passibles d'une peine les actes inhumains et les persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux. D'après l'article 2-3 de cette loi, la personne reconnue coupable peut être frappée d'une peine que le tribunal estimera juste. Même la peine capitale »².

« En tant que juriste, je suis par ailleurs accoutumé à me limiter à une appréciation purement juridique. On fait toujours bien de se placer *au-dessus* de la cause et de la considérer à la lumière du sens commun. La jurisprudence n'est toujours qu'un instru-

^d Les dispositions de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié concernant le problème en question sont les suivantes :

[...]

Article 2 - 1. Est considéré comme crime chacun des actes ci-après énumérés :

a) Crimes contre la paix. [...]

b) Crimes de guerre. [...]

c) Crimes contre l'humanité. Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains commis contre toute population civile et les persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale dans le pays où ils ont été perpétrés.

d) Affiliation à certaines catégories d'un groupe criminel ou d'une organisation déclarée criminelle par le Tribunal Militaire International.

[...]

3. Toute personne reconnue coupable d'un des crimes précités peut, après avoir été reconnue coupable, être frappée de la peine que le tribunal estimera juste. Ce châtiment peut comprendre une ou plusieurs des formes suivantes :

a) mort,

b) emprisonnement à perpétuité ou pour une durée déterminée, avec ou sans travaux forcés,

c) amende et emprisonnement, avec ou sans travaux forcés, en cas de non-paiement de l'amende,

d) confiscation des biens,

e) restitution des biens mal acquis,

f) privation de certains ou de tous les droits civiques.

Tous les biens confisqués ou dont la restitution est prescrite par le tribunal seront remis au Conseil de contrôle pour l'Allemagne qui en réglera l'attribution.

[...]

Article 3 - 1. Chaque autorité d'occupation, à l'intérieur de sa zone, [...]

d) aura le droit de faire comparaître devant un tribunal compétent toutes les personnes ainsi arrêtées et accusées et qui n'auront été ni remises à une autre autorité comme il est stipulé dans la présente loi, ni relâchées.

En cas de crimes commis par des nationaux ou ressortissants allemands contre d'autres nationaux ou ressortissants allemands ou personnes sans nationalité, la juridiction compétente pourra être une juridiction allemande autorisée par les autorités d'occupation.

[...]

² La question de savoir s'il s'agit d'un acte punissable en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié ne sera pas discutée par la suite, puisqu'elle ne relève pas, en premier lieu, de la compétence de la juridiction allemande (art. 3-1 d ; v. *supra* n. d).

ment dont se sert le juriste conscient de sa responsabilité, afin de parvenir à un jugement qui soit juridiquement soutenable. »

La cour d'assises, dans son jugement, a condamné Göttig, non pas pour être auteur intellectuel, mais pour complicité d'assassinat. En conséquence, les juges ayant condamné Göttig à mort, contrairement au droit et aux lois, seraient coupables d'assassinat³.

2. Actuellement, on peut lire dans la presse (*Tägliche Rundschau* du 14 mars 1946) que le procureur général du *Land* Saxe entend faire valoir, avec les moyens du droit pénal, la « responsabilité des juges de leurs sentences inhumaines », même si de tels jugements avaient été rendus en vertu des lois nationales-socialistes :

« La législation de cet État dominé par le parti national-socialiste, en vertu de laquelle ont été prononcées des sentences capitales comme celles que je viens de citer, est dénuée de toute validité juridique ».

« Elle est fondée sur la loi dite “*Loi sur les pleins pouvoirs*” (*Ermächtigungsgesetz*)^e, qui n'a pas été votée à la majorité des deux tiers requise par la constitution. Hitler avait empêché de force les députés communistes du *Reichstag* d'assister aux séances, les avait faits arrêter au mépris de leur immunité. Les députés restants, notamment ceux qui appartenaient au parti du Centre, ont été forcés, par l'intervention imminente des S.A., à voter la passation des pleins pouvoirs. »⁴

« Aucun juge ne peut s'appuyer sur une loi qui n'est pas seulement injuste, mais criminelle, et l'appliquer dans les jugements. Nous invoquons les *droits de l'homme* qui se situent au-dessus de tous les règlements écrits, les droits dont on ne peut être déchu,

³ Un autre procès pour dénonciation, où ont été inculpés les dénonciateurs de Sophie et Hans Scholl, a eu lieu devant la Cour d'assises de Munich. La dénazification est dirigée contre des convictions politiquement et moralement inférieures, elle n'a besoin d'examiner ni la légalité (*Gesetzmäßigkeit*), ni la conformité au droit (*Rechtmäßigkeit*), ni la culpabilité (*Schuldhaftigkeit*) de la mise en pratique de ces convictions. De là s'ensuit la délimitation de la dénazification d'avec la justice répressive, mais aussi leur chevauchement. Cf. l'article 22 de la Loi sur la libération [*i. e.* la Loi sur la libération du national-socialisme et militarisme en date du 1er juillet 1946 promulguée par les autorités d'occupation américaines, qui dispose :

Rapports au droit pénal

Article 22 - 1. Les actes punissables commis par des nationaux-socialistes ou militaristes sont susceptibles d'une poursuite judiciaire indépendamment de cette loi. Cela s'applique notamment aux crimes de guerre et aux autres infractions qui n'ont pas été expiés sous la tyrannie nationale-socialiste.

2. La répression judiciaire ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure selon la présente loi en matière d'un même fait. Une peine infligée lors d'une procédure pénale peut néanmoins être prise en considération lors d'une procédure selon la présente loi, s'il s'agit du même acte.]

^e Il s'agit de la « Loi portant remède à la détresse du peuple et du Reich » en date du 24 mars 1933.

⁴ Il aurait également été nécessaire de discuter la question de savoir dans quelle mesure des ordres nés d'une révolution, de par la « force normative des faits », sont devenus du droit en vigueur. Par ailleurs, l'affirmation que la majorité des deux tiers en faveur de la Loi sur les pleins pouvoirs ne fut atteinte que par l'exclusion des députés communistes est inexacte, comme l'indique aimablement mon collègue Jellinek.

qui existent de temps immémorial et qui annulent toute validité des ordres criminels donnés par des tyrans inhumains. »

« Partant de ces considérations, je suis d'avis qu'il faut mettre en accusation les juges qui ont rendu des jugements inconciliables avec les principes de l'humanité et qui ont prononcé la peine capitale pour des vétilles. »⁵

3. On nous apprend qu'à la ville de Halle, ont été condamnés à mort les auxiliaires de l'exécuteur des hautes œuvres, Kleine et Rose, pour participation active à plusieurs exécutions illicites. Kleine a participé, d'avril 1944 jusqu'en mars 1945, à 931 exécutions de jugements, percevant 26 433 *Reichsmark* d'indemnités. La condamnation semble être fondée sur la Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (crimes contre l'humanité). « Les deux accusés ont exercé leur métier atroce de leur plein gré, car tout exécuteur est libre de démissionner à tout moment de sa fonction pour des raisons de santé ou autres » (*Liberaldemokratische Zeitung*, Halle, du 12 juin 1946).

4. On nous fait également connaître le cas suivant, actuellement discuté en Saxe (cf. l'article du 9 mai 1946 par le procureur général, le Dr J.U. Schroeder) : en 1943, un soldat originaire de la Saxe envoyé au front Est et auquel on avait commandé de garder des prisonniers de guerre a déserté, « dégoûté du traitement inhumain que subirent les prisonniers, las peut-être aussi de servir dans les troupes d'Hitler ». Il ne put s'empêcher, en fuyant, de se présenter au domicile de son épouse, où il fut découvert. Un brigadier vint le chercher. Il réussit à s'emparer discrètement du pistolet du brigadier et à l'abattre, en lui tirant dans le dos. En 1945, il revint de Suisse en Saxe, fut arrêté et le ministère public s'appêta à le mettre en accusation pour assassinat d'un agent. Le procureur général a prononcé un non-lieu et ordonné la mise en liberté de cet homme, considérant les éléments du § 54 StGB^f comme remplis. Il estime que l'état de nécessité n'a pas été causé par faute pénale, en argumentant que « ce que les détenteurs du droit faisaient alors passer pour du droit n'est plus valable aujourd'hui. Déserter l'armée d'Hitler et de Keitel ne constitue pas, pour notre conception juridique, un manquement susceptible de déshonorer le fugitif et de justifier sa punition ; un tel acte n'entraîne pas de culpabilité. »

Partout, on se met donc à lutter contre le positivisme, sous l'aspect de l'injustice légale et du droit supralégal.

III

Le positivisme, de par sa conviction que « la loi, c'est la loi », a en effet privé les juristes allemands de toute défense contre des lois arbitraires et criminelles. Pourtant, le

⁵ Pour la responsabilité pénale des juges ayant prononcé des sentences non conformes au droit, également Buchwald, dans son ouvrage considérable, *Gerechtes Recht (Le droit juste)*, Weimar, 1946, p. 5 et s.

^f Il s'agit du paragraphe relatif à la légitime défense et à l'état de nécessité : « Il n'y a pas d'acte punissable, lorsque l'acte a été commis, outre en cas de légitime défense, dans un état de nécessité non causé ni supprimable autrement par l'auteur, pour se sauver d'un danger actuel pour le corps ou la vie de l'auteur ou d'un parent ».

positivisme n'est pas en mesure de fonder par ses propres moyens la validité des lois. Il prétend avoir prouvé la validité d'une loi par le simple fait qu'elle ait eu le pouvoir de s'imposer. Or, le pouvoir peut peut-être servir de fondement à une nécessité (*ein Müssen*), mais en aucun cas à un devoir-être (*ein Sollen*) ou à une validité (*ein Gelten*). Ces derniers ne peuvent se fonder que sur une valeur inhérente à la loi. Encore que toute loi positive comporte d'emblée une valeur, sans égard à son contenu : mieux vaut encore une loi quelconque que pas de loi du tout, parce qu'elle produit au moins la sécurité du droit § . Mais la sécurité du droit n'est pas l'unique valeur, ni la valeur décisive, que le droit doit rendre effective. Au contraire, viennent s'ajouter à la sécurité du droit deux autres valeurs : l'utilité et la justice. Dans l'ordre hiérarchique de ces valeurs, il faut placer l'utilité du droit au bien commun au dernier rang. Le droit n'est nullement tout « ce qui est utile au peuple », mais est utile au peuple, en fin de compte, seulement ce qui est droit, ce qui crée la sécurité du droit et ce qui vise à la justice. La sécurité du droit, que toute loi assure déjà par sa positivité, occupe une position intermédiaire curieuse entre l'utilité et la justice ; d'un côté, elle est exigée par le bien commun, de l'autre, par la justice. Que le droit soit sûr et certain, qu'il ne soit pas interprété et appliqué ici et aujourd'hui de telle façon, là et demain d'une autre, c'est une exigence de la justice. Là où s'élève un conflit entre la sécurité du droit et la justice, entre une loi contestable en son contenu, mais positive, et un droit juste, mais non moulé dans la forme d'une loi, il y a en vérité un conflit de la justice avec elle-même, un conflit entre la justice spécieuse et la justice véritable. Ce conflit est magnifiquement exprimé dans l'Évangile, en ce qu'il ordonne d'une part que « tu obéiras aux autorités qui ont prise sur toi », et commande d'autre part que « tu obéiras à Dieu plus qu'aux hommes ».

Le conflit entre la justice et la sécurité du droit devrait se résoudre de manière à ce que le droit positif, assuré par le pouvoir et par le fait d'être posé (*durch Satzung*), ait la primauté, quand bien même son contenu est injuste et inapproprié, à moins que la contradiction de la loi positive avec la justice n'atteigne un degré tellement insupportable que la loi, en tant que « droit non juste » (« *unrichtiges Recht* »), doit céder à la justice^h . Il est impossible de tracer de manière plus nette une ligne de séparation entre les cas d'injustice légale et les lois qui doivent rester en vigueur en dépit de leur contenu non juste. Or, on peut parvenir à une autre délimitation qui, elle, est tout à fait nette : là où l'on ne vise même pas à la justice, où l'on désavoue sciemment, en posant le droit positif, l'égalité, qui fait le cœur de la justice, la loi ne devient pas seulement du « droit

§ Nous traduisons par « sécurité du droit » le mot « *Rechtssicherheit* ». Selon la conception de Radbruch, cette notion désigne un des trois buts suprêmes du droit, qui sont le bien commun, la sécurité et la justice. La définition de la notion de sécurité comprend elle-même trois éléments : la sécurité par le droit (*Sicherheit durch das Recht*), la certitude du droit (*Sicherheit des Rechts*) en vigueur et la sécurité contre des modifications (*Sicherung gegen Abänderung*) (cf. Radbruch, « Le but du droit », p. 54 (v. *infra*, bibliographie)).

^h Nous traduisons par « non juste » le mot « *unrichtig* » et par « injuste » le mot « *ungerecht* ». *Ungerechtes Recht* est tout droit qui est contre la justice. *Unrichtiges Recht* est le droit qui n'est pas juste, en ce sens qu'il y a un désaccord grave du droit positif avec les principes de la justice. Il s'agit là d'une distinction graduelle : tout droit injuste n'est pas non juste, c'est-à-dire qu'il faut accepter, dans l'intérêt de la sécurité du droit, un certain degré d'injustice. C'est seulement lorsque l'écart entre le droit positif et la justice devient démesuré que Radbruch parle de droit non juste. L'on peut s'étonner de l'ordre dans lequel sont placés les deux éléments. Toujours est-il que la thèse du degré insupportable que Radbruch vient de formuler consiste en ce critère de « démesurement injuste ».

non juste », mais elle est au contraire dénuée de toute nature juridique en général. Car on ne peut définir le droit, et donc le droit positif, autrement que par un ordre et règlement dont l'esprit est de servir la justice. Mesurées à cet étalon, des parties entières du droit national-socialiste n'ont jamais obtenu le statut d'un droit en vigueur.

La qualité la plus frappante de la personnalité d'Hitler, devenue par la suite le trait caractéristique du « droit » national-socialiste tout entier, ce fut l'absence complète de sens de la vérité et du droit ; parce que tout sens de la vérité lui fit défaut, il sut, sans honte ni scrupules, donner à ses discours un ton de vérité, augmentant ainsi son efficacité d'orateur ; parce que tout sens du droit lui fit défaut, il sut, sans hésiter, ériger en loi des décisions gravement arbitraires. Au début de son régime, il y a ce télégramme adressé aux assassins dits « de Potempa »ⁱ, dans lequel il exprime sa sympathie. À la fin, il y a le déshonneur épouvantable des martyrs du 20 juillet 1944. À l'occasion de l'arrêt Potempa, Alfred Rosenberg^j, dans le *Völkischer Beobachter*^k, avait déjà fourni la théorie relative à cette négation du droit, en affirmant que les hommes ne se valaient pas l'un l'autre, de même que les meurtres ne se valaient pas l'un l'autre. Selon lui, en France, on avait estimé de deux manières différentes, et à juste titre, l'assassinat du pacifiste Jaurès et la tentative d'assassinat du nationaliste Clemenceau. Il était impossible, dit-il, d'infliger les mêmes peines à l'auteur d'un crime qui avait agi pour des motifs patriotiques et à un autre dont les mobiles se tournaient (du point de vue national-socialiste) contre le peuple. C'est ainsi que fut exprimé d'emblée le dessein selon lequel le « droit » national-socialiste se soustrairait au critère essentiel de la justice, à savoir le principe de l'égalité de traitement. Par conséquent, ce « droit » est dénué sur ce point de toute nature juridique, il n'est pas seulement un droit non juste, mais pas du droit du tout. Tel est le cas notamment des dispositions par lesquelles le parti national-socialiste, contrairement au caractère partiel qui est propre à tous les partis, a revendiqué l'État dans sa totalité. Le caractère juridique fait encore défaut à toutes les lois considérant des êtres humains comme sous-hommes et les privant des droits de l'homme ; à toutes les peines qui, sans tenir compte de la gravité respective des crimes et inspirées uniquement par des besoins d'intimidation momentanés, prévoyaient la même sanction (souvent la peine capitale) pour des infractions dont la gravité était très variable. Ce ne sont là que des exemples de l'injustice légale.

Il ne faut pas méconnaître, précisément à la suite des expériences vécues pendant ces douze années, que la notion d'« injustice légale », par laquelle est niée la nature juridique de certaines lois positives, peut entraîner des dangers effrayants pour la sécurité du droit. Il nous faut espérer qu'une telle injustice restera un errement et un égarement unique pour le peuple allemand, mais, pour tous les cas, nous devons nous armer contre

ⁱ En 1932, un tribunal à Bytom (Haute Silésie) avait condamné à mort cinq membres des S.A., pour assassinat d'un communiste dans le village de Potempa. À la suite d'une intervention du Chancelier du Reich, von Papen, qui lui-même agissait sous la pression des nazis, la peine fut d'abord commuée en réclusion à perpétuité. Après la prise de pouvoir d'Hitler, les auteurs du crime bénéficièrent d'une amnistie.

^j (1893-1946). Homme politique et théoricien principal du mouvement national-socialiste, il est aussi l'auteur de quelques ouvrages de théorie raciale (*Le mythe du XXe siècle*, 1930 ; *Sang et Honneur*, 1935-1936).

^k « *L'Observateur du peuple* », journal de l'extrême droite allemande, dont Rosenberg fut le rédacteur en chef à partir de 1923.

le retour d'un tel État fondé sur l'injustice, en surmontant définitivement le positivisme, qui a affaibli la capacité de défense contre les abus de la législation nationale-socialiste ⁶.

IV

Cela vaut pour l'avenir. À l'égard de l'injustice légale qui a régné pendant ces douze années, nous devons chercher à répondre à l'exigence de la justice, tout en diminuant autant que possible la perte de sécurité du droit. Tout juge ne devrait pas être autorisé à concevoir des lois de son propre chef. Cette tâche devrait plutôt rester réservée à un tribunal supérieur ou bien au législateur (de même Kleine, *Süddeutsche Juristenzeitung*, p. 36). Une telle loi a déjà été promulguée, sur la base d'un accord du Conseil des *Länder*, dans la zone d'occupation américaine : il s'agit de la « *Loi concernant la réparation des injustices nationales-socialistes dans le domaine de la justice répressive* ». Du fait que, d'après cette loi, « les actes politiques qui consistaient à faire résistance au national-socialisme ou au militarisme ne sont pas punissables », les difficultés que présente, par exemple, le cas du déserteur (*supra*, n° 4) peuvent être levées. En revanche, la loi affiliée, à savoir la « *Loi relative à la punition des infractions nationales-socialistes* », n'est applicable aux autres cas traités ici qu'à la condition que de tels actes fussent déjà punissables lors de la perpétration du crime. Nous avons donc à examiner, indépendamment de cette loi, la question de savoir si les actes constituant les trois autres cas sont punissables en vertu du droit du Code pénal du Reich (*Reichsstrafgesetzbuch*).

Dans le cas du dénonciateur discuté ci-dessus, l'hypothèse que le dénonciateur est l'auteur intellectuel d'un homicide ne peut être contestée, si celui-ci a montré l'intention d'être l'auteur du crime et s'il s'est servi, pour réaliser cette intention, de la juridiction pénale comme instrument et de l'automatisme d'une procédure criminelle comme moyen. Il y a une telle intention notamment dans les cas où « l'auteur avait intérêt à faire disparaître la personne soupçonnée (*sic* !), fût-ce pour épouser sa femme ou pour prendre possession de son emploi ou de son habitation, fût-ce par soif de vengeance ou autres motifs de ce genre » (ainsi l'expertise mentionnée plus haut du professeur Richard Lange d'Iéna) ⁷. De même qu'est auteur intellectuel celui qui a abusé, à des fins criminelles, de son pouvoir de commandement sur une personne obligée de lui obéir, de même est auteur intellectuel celui qui a fait entrer en action, à des fins criminelles, l'appareil judiciaire par une dénonciation. Qu'un auteur intellectuel ait utilisé un tribunal comme simple instrument est particulièrement clair dans les cas où il pouvait s'attendre, et s'attendait, à ce que les fonctions judiciaires fussent exercées d'une manière politiquement tendancieuse, soit par fanatisme politique, soit sous la pression des détenteurs du pouvoir de cette époque. Si le dénonciateur n'a pas eu l'intention d'être l'auteur du crime, s'il ne voulait plutôt que fournir des documents au tribunal et s'en remettre,

⁶ Buchwald, *op. cit.* (*supra*, n. 5), p. 8 et s., défend également la thèse du droit supralégal. Cf. aussi l'article de Walter Roemer, « Von den Grenzen und Antinomien des Rechts », in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 5 et s.

⁷ Encore faut-il signaler que, selon la théorie de la participation criminelle, c'est le comble du subjectivisme que de déterminer que l'intention d'être l'auteur du crime a pour conséquence (comparable à un élément moral) l'illégalité de l'acte, illégalité qui manque à l'égard d'un tiers par qui l'auteur intellectuel a fait commettre l'infraction.

pour la suite, à la décision du juge, il ne peut alors être condamné pour complicité, en tant que celui qui a causé directement la condamnation et indirectement l'application de la peine capitale, que si le tribunal, en rendant le jugement et en l'exécutant, s'est de son côté rendu coupable d'homicide. Le tribunal de Nordhausen a en effet pris ce chemin.

Les juges sont passibles d'une peine pour homicide, à condition que l'on puisse constater une application volontairement incorrecte du droit (*Rechtsbeugung*) (§§ 336, 344 StGB). Car le jugement d'un juge indépendant ne peut faire l'objet d'une punition que si le juge a violé le principe même de la soumission à la loi, c'est-à-dire au droit, que l'indépendance de l'autorité judiciaire est destinée à servir. Si l'on peut constater, en s'appuyant sur les principes que nous avons exposés, que la loi appliquée n'était pas du droit, que la sanction infligée, par exemple la peine capitale prononcée discrétionnairement, bafouait toute volonté de justice, il y a objectivement application volontairement incorrecte du droit. Or les juges, tellement déformés par le positivisme prédominant qu'ils ignoraient tout droit qui ne fût pas posé (*das gesetzte Recht*), pouvaient-ils avoir, en appliquant les lois positives, l'intention d'une application volontairement incorrecte ? Même s'il en est ainsi, il leur reste comme dernier moyen de recours (pénible, il est vrai) d'invoquer le danger de mort qu'ils auraient couru en attribuant au droit national-socialiste le caractère d'injustice légale, d'invoquer l'état de nécessité d'après le § 54 StGB ; moyen de recours pénible, puisque l'*ethos* du juge devrait se concentrer sur la justice à tout prix, y compris celui de la vie.

La question de savoir si les auxiliaires de l'exécuteur des hautes œuvres sont passibles d'une peine pour avoir exécuté des condamnations à mort ne fait aucune difficulté. Il ne faut se laisser influencer ni par l'image que donnent les personnes qui se font un métier de mettre d'autres personnes à mort, ni par la conjoncture expansive et le bon rendement de ce métier à cette époque. Du temps où le métier de bourreau était encore une sorte de charge héréditaire, les personnes chargées de cette fonction avaient coutume de se disculper en s'appuyant sur le fait qu'ils ne faisaient qu'exécuter, qu'il incombait par contre à messieurs les juges de juger. « Les messieurs remédient au malheur, moi, j'exécute leur jugement final » ; cette sentence de 1698 se trouve gravée sous une forme ou sous une autre à maintes reprises sur les lames des glaives de la justice. De même qu'un arrêt de mort rendu par un juge ne peut constituer un homicide punissable que s'il provient d'une application volontairement incorrecte du droit, de même l'exécuteur d'un jugement ne peut être puni pour l'avoir exécuté que si les éléments légaux du § 345 StGB (exécution intentionnelle d'une peine qui n'est pas à exécuter) sont remplis. Karl Binding (*Lehrbuch des Strafrechts*, vol. 2, 1905, p. 569) dit de ces éléments légaux qu'il y a une analogie entre le rapport du juge à la loi et celui de l'agent d'exécution par rapport au jugement exécutoire. Son devoir consiste seulement et entièrement en la mise en œuvre exacte du jugement. Son action est tout entière déterminée par le jugement : « elle sera juste tant qu'elle s'y conformera, elle deviendra injuste lorsqu'elle y dérogera. Puisque le point essentiel de la culpabilité tient à ce que la seule décision qui fait autorité pour l'exécution est désavouée, on peut alors qualifier le délit (du § 345) d'exécution volontairement incorrecte du jugement (*Urteilsbeugung*) ». Il n'est pas du devoir de l'exécuteur des hautes œuvres de contrôler la conformité du jugement au droit. Qu'il suppose que le jugement n'est pas conforme au droit ne peut donc lui être reproché, qu'il n'ait pas quitté son emploi ne constitue pas une infraction d'omission qui lui est imputable.

V

Nous ne partageons pas l'avis exprimé à Nordhausen, selon lequel des « objections juridiques formelles » sont susceptibles de « troubler les faits qui sont clairs ». Nous sommes au contraire d'avis qu'au bout de douze années, pendant lesquelles on a désavoué la sécurité du droit, il est plus que jamais nécessaire de se défendre, au moyen de considérations « juridiques formelles », des tentations qui, on le comprend aisément, peuvent surgir en toute personne ayant vécu douze ans de menace et d'oppression. Nous devons à la fois chercher à obtenir la justice et respecter la sécurité du droit, celle-ci étant elle-même une partie de la justice, et nous devons reconstituer un État de droit qui doit satisfaire, autant que possible, aux deux idées. La démocratie est certes un bien digne d'éloges, mais l'État de droit est comme le pain quotidien, comme l'eau que nous buvons et comme l'air que nous respirons, et le meilleur de la démocratie est justement qu'elle est seule propre à garantir l'État de droit.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

1. Principaux ouvrages de Radbruch

- Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1910 (13^{ème} éd 1980).
Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig, 1914.
Der Mensch im Recht, Tübingen, 1927 et Göttingen, 1957 (édition augmentée).
Rechtsphilosophie (3^{ème} édition de *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, entièrement revue et augmentée) Leipzig, 1932 (8^{ème} éd. 1973).
Vorschule der Rechtsphilosophie. Nachschrift einer Vorlesung, éd. Harald Schubert et Joachim Stoltzenburg, Heidelberg, 1947.
Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe (édition critique des œuvres complètes de Radbruch), éd. Arthur Kaufmann, 20 vol., Heidelberg, C.F. Müller, 1987 et s.

2. Principaux articles

- « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 105-108.
 « Die Natur der Sache als juristische Denkform », in *Festschrift für Rudolf Laun* (Mélanges R. Laun), Hambourg, 1948, p. 157-176.

3. Écrits de Radbruch parus en français

- « Du droit individualiste au droit social », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 3/4, 1931, p. 387-398.
 « Le relativisme dans la philosophie du droit », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1/2, 1934, p. 105-110.
 « Arten der Interpretation » (Modes d'interprétation), trad. Jean Spach (sous le texte allemand), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Sirey, 1934, p. 217-226.

- « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1/2, 1936, p. 29-45.
- « La sécurité en droit d'après la théorie anglaise », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 3/4, 1936, p. 86-99.
- « Le but du droit », in *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, t. 3, Travaux de la 3ème session, Paris, Sirey, 1938, p. 48-59 et 59-65.
- « L'abrutissement des consciences », in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut, Michel Troper (dir.) : *Le positivisme juridique*, Paris, L. G. D. J., 1992, p. 505-507 (traduction de fragments du présent article).

4. *Écrits sur Radbruch en français*

- ANDREU, Jacques : *Le dernier Radbruch*, Paris, 1982 (mémoire de DEA).
- BOURTHOUMIEUX, Ch. : compte rendu de la 4ème édition de la *Rechtsphilosophie*, in *Revue internationale de droit comparé*, 5 : 3, 1953, p. 636-639.
- GORHAN, Gunther : *Gustav Radbruch : esquisse sur sa vie et son œuvre*, Paris, 1969 (mémoire de DES).
- GURVITCH, Georges : « Une philosophie antinomique du droit : Gustav Radbruch », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 3/4, 1932, p. 530-563, réimpr. in *id.* : *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 200-231.
- TRIGEAUD, Jean-Marc : Art. « Gustav Radbruch », in André Jacob (dir.) : *Encyclopédie philosophique universelle*, vol. III : Les œuvres philosophiques, dir. J.-F. Mattei, t. 2, Paris, PUF, 1992, p. 2760 et s.