



HAL
open science

Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale.

Nathalie Le Bouedec

► To cite this version:

Nathalie Le Bouedec. Défendre la démocratie contre ses ennemis: légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale.. Jurisprudence. revue critique, 2016, Droit pénal et politique de l'ennemi, 5, pp.59-79. <halshs-01310061>

HAL Id: halshs-01310061

<https://shs.hal.science/halshs-01310061v1>

Submitted on 4 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

Défendre la démocratie contre ses ennemis : légitimation et contestation des mesures pénales pour la protection de l'État sous la République de Weimar et dans la jeune République fédérale

Nathalie Le Bouëdec, université de Bourgogne

« Là se tient l'ennemi, qui instille son poison dans les blessures d'un peuple – là se tient l'ennemi et il n'y a aucun doute à ce sujet : cet ennemi est à droite !¹ » C'est sur cette formule que le chancelier allemand Joseph Wirth clôt son intervention au *Reichstag* le 25 juin 1922, au lendemain de l'assassinat, qui s'inscrit dans une série d'attentats politiques, du ministre des Affaires étrangères Walter Rathenau par des nationalistes radicaux². Avec ce discours, Wirth entend légitimer la mise en place de mesures pénales pour protéger la République de Weimar contre ses adversaires. La problématique de la défense de l'État contre ses « ennemis » est récurrente dans l'histoire allemande contemporaine, et ce non seulement dans le cadre de régimes autoritaires (avant le régime nazi, il y eut aussi sous l'Empire les lois anticatholiques du *Kulturkampf* et surtout la loi antisocialiste de 1878), mais aussi, et c'est justement ce qui fait l'intérêt du cas allemand, dans le cadre de la démocratie. La République Fédérale s'est ainsi explicitement construite, perçue et présentée comme une « démocratie combative » ou « militante » (*streitbare Demokratie*), c'est-à-dire disposée à et capable de se défendre contre ses ennemis³. Cet enjeu de la protection de la démocratie a ensuite régulièrement ressurgi au cours de l'histoire de la RFA – que ce soit dans le cadre de la lutte contre le terrorisme de la Fraction Armée Rouge et plus globalement l'extrême-gauche dans les années 1970 ou encore tout récemment avec le débat sur une procédure d'interdiction contre le parti d'extrême-droite NPD.

¹ « *Dieser Feind steht rechts!* » *Verhandlungen des Reichstags. Stenographische Berichte*, vol. 356, 236^e séance, 25 juin 1922, p. 8058. Par la suite nous n'indiquons que la séance et le volume (à la première mention de la séance). Tous les protocoles des débats du *Reichstag* ont été digitalisés par la *Bayerische Staatsbibliothek* et sont disponibles sur le site www.reichstagsprotokolle.de. Toutes les traductions ont été faites par l'auteur.

² L'ancien ministre (et signataire de l'armistice du 11 novembre 1918) Matthias Erzberger avait été assassiné le 26 août 1921, et le premier chancelier de Weimar, le social-démocrate Philipp Scheidemann, avait échappé de justesse à un attentat le 4 juin 1922.

³ Le concept de *streitbare Demokratie* était déjà apparu dans les années 1930 chez Karl Löwenstein (« Militant Democracy and Fundamental Rights », *American political science review* 31, 1937, p. 417-433 et p. 638-658). Nous reviendrons plus loin sur ce concept.

Nous allons nous intéresser ici dans une perspective comparative à l'élaboration de deux lois pénales⁴ ayant eu pour but explicite de protéger l'État démocratique contre ses ennemis : la Loi pour la protection de la République (*Gesetz zum Schutz der Republik*, ou *Republikenschutzgesetz*) du 21 juillet 1922, conséquence directe de l'assassinat de Rathenau, et un texte législatif de la République Fédérale, la Loi de modification du Code pénal (*Strafrechtsänderungsgesetz*) du 30 août 1951, également appelée « Loi sur la protection de l'État » (*Staatsschutzgesetz*). Ces deux textes présentent en effet des points communs frappants. Le premier est bien sûr leur objet : la protection de « l'État » – avec toutes les ambiguïtés entourant la conception de « l'État », nous y reviendrons – ou le droit pénal politique (*politisches Strafrecht*)⁵. Un deuxième point commun réside dans leur contexte d'élaboration, celui d'un jeune État dans une situation de fragilité et de haute tension politique, ou tout au moins perçue comme telle, situation dont l'appel à des mesures pénales de protection de l'État peut justement être considéré comme un symptôme⁶. En outre, les débats autour de ces lois se caractérisent dans les deux cas par la mobilisation de références historiques qui semblent d'autant plus justifier l'adoption d'une perspective diachronique. Enfin, si ces deux lois furent finalement adoptées à une très large majorité, elles n'en furent pas moins vivement contestées.

Cette contribution n'entend pas procéder à une analyse juridique et/ou normative de ces législations pénales du point de vue du criminaliste, mais analyser les discours de légitimation et de contestation de celles-ci dans une perspective *historique* et *politique* : Comment fut justifiée la mise en place de ces lois ? Avec quels arguments, au nom de quels principes furent-elles critiquées ? Si elles le furent, était-ce l'idée d'une législation pénale en elle-même qui était refusée ou le conflit portait-il simplement sur ses modalités, et dans ce cas lesquelles et pourquoi ? Ce questionnement, qui doit également toujours prendre en compte la fonction stratégique et politique des discours dans leur contexte spécifique, doit permettre de déterminer dans quelle mesure et pourquoi le discours politique sur la pénalisation de l'ennemi de l'État a pu évoluer entre la République de Weimar et le début des années 1950 et

⁴ L'analyse ne porte donc pas, excepté quelques allusions, sur leur mise en pratique et les nouveaux débats que celle-ci a pu engendrer.

⁵ Ici au sens restreint du droit pénal comme forme possible de protection de l'État et de la constitution : voir pour cette définition R. Schiffers, *Zwischen Bürgerfreiheit und Staatsschutz. Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951* (Beiträge zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien 88), Düsseldorf, Droste Verlag 1989, p. 5.

⁶ Lors du Congrès des juristes allemands de 1950, le pénaliste Hellmuth von Weber qualifie la protection pénale de l'État de « sismographe » témoignant des bouleversements qui s'opèrent dans la conception de l'État. *Der Schutz des Staates. Welche strafrechtlichen Normen empfehlen sich zum Schutz des Staates?*, Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Tübingen, Mohr (Paul Siebeck), 1951, p. 5.

quel a pu être à ce niveau l'impact des expériences historiques précédentes. Dans cette perspective, cette étude porte une attention particulière à la définition et la désignation de l'ennemi et de l'objet de la protection, les questions terminologiques se révélant bien souvent porteuses d'enjeux politiques et idéologiques.

Précisons enfin que pour apporter des éléments de réponse aux questions soulevées, nous nous concentrerons sur le discours des acteurs directement impliqués dans les processus législatifs, c'est-à-dire en premier lieu les députés et les membres de l'exécutif, et notamment les ministres de la Justice. Il s'agit donc d'acteurs *politiques* mais qui, pour les plus impliqués d'entre eux, étaient en général juristes de formation, voire de profession. Leurs discours sont donc particulièrement intéressants quand on s'intéresse à des dispositions pénales qui, comme en convenaient les pénalistes et les praticiens eux-mêmes, avaient encore plus que d'autres un caractère « hautement politique »⁷. Notre analyse s'appuie donc essentiellement sur les protocoles des débats parlementaires, au *Reichstag* puis au *Bundestag*, et bien sûr sur les textes législatifs eux-mêmes à leurs différents stades, sans pour autant complètement exclure des prises de positions d'acteurs non directement impliqués dans le processus législatif, juristes ou encore journalistes, mais tentant néanmoins d'influer sur celui-ci.

1. Weimar et la Loi sur la protection de la République : que faut-il protéger et contre qui ?

Le processus d'élaboration de la loi pour la protection de la République fut très rapide. Celle-ci entra en vigueur le 21 juillet 1922, soit à peine quatre semaines après l'assassinat du ministre Rathenau. Elle avait été précédée de deux décrets d'urgence pour la protection de la République (*Notverordnungen zum Schutz der Republik*) promulgués dans la foulée de l'attentat par le président Friedrich Ebert en vertu de l'article 48 de la constitution⁸. Il ne s'agissait pas là des premières mesures pénales de ce type, puisque deux décrets d'urgence avaient déjà été promulgués suite à l'assassinat de l'ancien ministre Matthias Erzberger⁹, mais

⁷ Pour citer le procureur général Karl Siegfried Bader au congrès de 1950. *Der Schutz des Staates, op. cit.*, p. 23.

⁸ Pour les textes des décrets cf. *Verhandlungen des Reichstags. Anlagen zu den Stenographischen Berichten*, vol. 374, n° 4625, p. 5118 sq. et n° 4655, p. 5132 sq. L'article 48 étendait les pouvoirs du président, lui donnant notamment la possibilité de restreindre ou suspendre certains droits fondamentaux en cas de menace grave pour l'ordre et la sécurité. Cet article fut et est toujours très critiqué en raison de l'usage abusif et contraire à l'esprit de la constitution qu'en fit à partir de 1930 le président Hindenburg pour permettre aux cabinets de gouverner sans majorité parlementaire.

⁹ Décrets du 29 août puis du 28 septembre 1921, suspendus ensuite en décembre. Textes chez E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, vol. 4 (1961), Stuttgart, Berlin, Cologne, Kohlhammer³1991, p. 281 sq. et 284 sq. Pour plus de détails voir Christoph Gusy, *Weimar - die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1991, p. 128-134.

ceux-ci n'avaient pas débouché sur une loi. La loi de 1922 met en place une triple protection pénale de la République contre des formes alors nouvelles de lutte politique qui contribuaient grandement à la fragiliser¹⁰ : elle pénalise la participation à l'assassinat ou la tentative d'assassinat de membres du gouvernement du *Reich* ou d'un *Land* (§ 1 à 6), la participation à une organisation « hostile à l'État » (*staatsfeindlich*, où on retrouve le mot *Feind*, l'ennemi) visant à « détruire » ou « saper » (*untergraben*) la forme républicaine de l'État (§ 7 al. 4), et enfin les actes, alors fréquents, de calomnie ou d'outrage envers la République, ses représentants et son drapeau (§ 7 et 8). Ces mesures sont complétées par des dispositions (§ 14 à 22) restreignant la liberté d'association et de réunion et la liberté de la presse (§ 14 à 22) dans le cas d'une infraction au titre des paragraphes cités plus haut. La loi prévoit par ailleurs l'instauration d'une Cour d'État pour la protection de la République (*Staatsgerichtshof zum Schutz der Republik*) compétente pour ces infractions spécifiques. Enfin, il faut préciser que cette loi était conçue comme une loi spéciale (*Sondergesetz*) provisoire, sa durée de validité étant limitée à cinq ans (§ 27).

Les peines drastiques prévues par la loi méritent également d'être soulignées : la plupart des infractions étaient passibles d'une peine de prison allant de trois mois à cinq ans, voire, dans les cas les plus graves, du pénitencier (*Zuchthaus*), une forme de détention plus stricte. Des amendes élevées pouvaient toujours s'ajouter à la peine. Tout individu participant sous une forme ou sous une autre, y compris celle d'un soutien financier, à une organisation visant l'assassinat d'un membre du gouvernement encourait la peine de mort ou le pénitencier à perpétuité si les activités de cette organisation débouchaient effectivement sur un assassinat ou une tentative d'assassinat¹¹ – des dispositions portant clairement la marque du choc consécutif à l'attentat contre Rathenau. Le recours à la peine de mort est d'autant plus notable que le ministre de la Justice de l'époque et principal rédacteur de la loi, le social-démocrate Gustav Radbruch, était un philosophe du droit et pénaliste fondamentalement opposé à la peine de mort. Confronté à un véritable conflit éthique dont témoignent sa correspondance et ses écrits, il choisit néanmoins de donner la priorité à la défense de la République en punissant

¹⁰ Voir C. Gusy, *op. cit.*, p. 149 sq. Texte complet de la loi chez Gotthard Jasper, *Der Schutz der Republik. Studien zur staatlichen Sicherung der Demokratie in der Weimarer Republik 1922-1930*, Tübingen, Mohr, 1963, p. 393 et suivantes.

¹¹ Voir les § 1 et § 4 de la loi. Cette condition restrictive ne figurait pas dans le premier projet du gouvernement, la participation était en soi passible de la peine de mort. La protection valait également pour les anciens membres d'un gouvernement. Cf. *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Republik*, 3 juillet 1922, *Verhandlungen des Reichstages, Anlagen*, vol. 374, n° 4661. A cela s'ajoutait systématiquement une amende au montant indéterminé (§ 9). Nous ne pouvons évidemment pas ici analyser en détail ni même mentionner toutes les dispositions du texte.

de la peine la plus sévère prévue par le code pénal (qui était toujours celui de 1871) les crimes commis contre elle¹².

Cela nous amène à l'argumentation et à la rhétorique mises en œuvre pour légitimer la mise en place de cette loi. Lors des premiers débats des 24 et 25 juin, où sont annoncés les décrets d'urgence, il règne au *Reichstag* un certain consensus au moins sur un point : l'État doit agir. L'assassinat de Rathenau, déclare ainsi solennellement le chancelier Wirth devant les députés, n'est pas un acte isolé, mais le maillon d'une chaîne d'attentats prémédités contre la République, la marque d'un « complot » ; « la République est en danger »¹³. Non seulement elle doit agir, mais elle en a le droit, car elle est en situation de « légitime défense » (*Notwehr*), expression récurrente dans le discours des députés de plusieurs partis¹⁴, et pas seulement de ceux au gouvernement, alors une coalition entre les sociaux-démocrates du SPD, les démocrates du *Deutsche Demokratische Partei* (DDP) et les catholiques du *Zentrum*, le parti de Wirth. Le terme même de *Notwehr* est intéressant d'un point de vue lexical : il est en effet composé de *Not*, qui signifie à la fois l'urgence, la nécessité, mais aussi la détresse – c'est donc au nom d'une situation d'urgence, de la survie de l'État, que l'on justifie le recours à des mesures pénales exceptionnelles – et de *Wehr*, défense, terme utilisé dans le contexte militaire – illustration d'un discours marqué par la rhétorique du combat¹⁵. Toujours sur le plan rhétorique, deux autres éléments récurrents témoignent de l'importance de cette dimension *politique* de la lutte contre l'ennemi. Il s'agit d'une part des métaphores utilisées pour décrire l'atmosphère politique délétère de l'époque et désigner les ennemis de la République. Elles relèvent surtout du domaine biologique ou animal. Il y a celle du poison, utilisée notamment par Wirth dans le discours cité en introduction, et du « marécage » (« *Sumpf* ») qu'il faut « assainir » (« *sanieren* »), voire de l'épidémie qu'il faut éradiquer¹⁶.

¹² Concernant Radbruch, nous renvoyons à notre ouvrage : N. Le Bouëdec, *Gustav Radbruch. Juriste de gauche sur la République de Weimar*, Québec, PUL, 2011, surtout p. 123-140.

¹³ « *Die Republik ist in Gefahr* ». Vol. 356, 235^e séance, 24 juin 1922, p. 8037. On parle alors chez les politiques, dans les médias et l'opinion publique des « *Mörderzentralen* » (*Mörder* signifiant assassins) pour désigner ces organisations accusées de planifier des assassinats politiques.

¹⁴ Rien que lors de la séance du 25 juin, le terme est employé par le député du *Zentrum* Marx (p. 8046), le démocrate Petersen (p. 8062) ou encore le socialiste indépendant de l'USPD Crispin (p. 8052). Cf. aussi plus tard Hamm du DDP (vol. 356, 249^e séance, 12 juillet 1922, p. 8469). Le député de la droite nationaliste Düringer parle lui d'un « instinct de conservation » (*Selbsterhaltungstrieb*) de l'État (5 juillet 1922, p. 8295).

¹⁵ Voir aussi le ministre de l'Intérieur Köster lors de la première lecture du projet de loi le 5 juillet 1922 : « Le pays est en danger, nous sommes au milieu d'un combat » (p. 8289).

¹⁶ Köster, *ibid.*, p. 8288. (Il faut « mener une action d'assainissement de toute notre vie publique et politique empoisonnée »). Le député Bell (*Zentrum*) évoque lui une « atmosphère pestilentielle » (« *Pestatmosphäre* »). Cf. vol. 356, 248^e séance, 11 juillet p. 8422. Pour la métaphore de l'épidémie, voir le communiste Koenen, qui juge que le pouvoir est « contaminé » (« *verseucht* ») par les monarchistes (25 juin 1922, p. 8069).

Évoquant les organisations qui fomentent les attentats politiques, le député Bell estime qu'il faut « donner un bon coup de pied dans le nid de guêpes » (« *fest greifen ins Wespennest* »). Quant au communiste Koenen, il adopte un langage encore plus radical en affirmant qu'« il faut montrer les dents à cette bête (*Bestie*), lui montrer qu'on est prêt à l'écraser »¹⁷. Autre élément rhétorique notable : les formules employées pour souligner la détermination des forces républicaines à ne plus faire preuve d'aucune indulgence ni tolérance, à se montrer « impitoyables » (*rücksichtslos*, autre terme récurrent)¹⁸ envers les adversaires de la République pour enfin mettre terme à leurs agissements.

Le discours de Wirth et de son ministre de la Justice ne laisse au départ pas de doute sur l'identité de « l'ennemi » : l'extrême-droite nationaliste et monarchiste, représentée par les organisations paramilitaires secrètes souvent issues des anciens corps-francs, et au *Reichstag* par certains membres du *Deutschnationale Volkspartei* (DNVP), même si le parti se défend de toute collusion avec ces groupes. Cette orientation « contre la droite » est confirmée le 25 juin par une déclaration de Radbruch, au départ destinée à calmer les inquiétudes émises par les communistes, qui met bien en évidence les deux problèmes autour desquels se cristallisent les débats :

L'ordonnance du président du *Reich* est issue d'une situation d'urgence créée par les exactions et les manifestations de cercles d'extrême droite. Il n'y a aucune raison de craindre des exactions de l'extrême gauche. [...] Les craintes des travailleurs que cette ordonnance vise certes l'extrême droite, mais soit ensuite appliquée contre la gauche, sont totalement infondées. La formule « actes de violence contre la forme républicaine de l'État » [*Gewalttaten gegen die republikanische Staatsform*] a été choisie après un examen attentif pour qu'il soit bien clair qu'il est ici question des actes de violence de l'extrême droite¹⁹.

Le premier problème que soulève cette interprétation très politique du décret est bien sûr celui de sa compatibilité avec les principes de l'État de droit. La déclaration de Radbruch fait ainsi l'objet d'un débat houleux au sein du cabinet : le ministre des finances Hermès, pourtant du même parti que le chancelier Wirth, qui soutient son ministre de la Justice, met en garde contre une « loi d'exception » (*Ausnahmegesetz*) stigmatisant non pas des actes, mais des

¹⁷ Bell, 11 juillet 1922, p. 8422 ; Koenen, 25 juin 1922, p. 8068.

¹⁸ Voir par exemple l'intervention d'Otto Wels (SPD) le 25 juin (p. 8043). Plusieurs députés, comme Petersen du DDP (*ibid.*, p. 8062) et Rosenfeld de l'USPD (5 juillet 1922, p. 8309), proclament qu'il faut cesser d'être tolérants. Le député Crispian, en parlant des officiers monarchistes et réactionnaires, emploie même le terme « éradiquer » (« *ausmerzen* »). 25 juin 1922, p. 8050.

¹⁹ 25 juin 1922, p. 8050.

convictions politiques (*Gesinnung*)²⁰. Au *Reichstag*, le député DNVP et juge Düringer ne peut s'empêcher d'exprimer « son profond regret » de voir un ministre d'un État de droit et de surcroît lui-même juriste – circonstance aggravante – défendre une telle interprétation²¹. En fait, Wirth et son gouvernement se retrouvent doublement pris en tenaille : d'une part entre l'urgence de la crise politique et les exigences de l'État de droit, et d'autre part entre leur droite et leur gauche (les communistes, les socialistes indépendants, et même l'aile la plus à gauche du SPD)²². Les seconds militent pour des mesures radicales comme le renvoi de tous les fonctionnaires ayant des convictions monarchistes ou la confiscation de la fortune de toutes les anciennes familles régnantes, des mesures qui auraient effectivement fait de la loi une loi d'exception antimonarchiste²³. Les premiers s'empressent quant à eux de jouer la carte des principes de l'État de droit pour critiquer les dispositions pénales envisagées : « loi d'exception » (*Ausnahmegesetz*)²⁴, « persécution d'opinions » (*Gesinnungsverfolgung*)²⁵, ou encore « loi-muselière » (*Maulkorbgesetz*)²⁶ – autant de critiques formulées, avec plus ou moins de nuances, par les députés des partis de droite.

Ces derniers n'hésitent d'ailleurs pas à comparer la loi en préparation avec la loi antisocialiste de 1878 mise en place par Bismarck ou, plus rarement, avec les lois anticatholiques du *Kulturkampf*, ironisant sur la promptitude des sociaux-démocrates à jeter leurs principes par-dessus bord pour recourir à des méthodes qu'ils avaient pourtant dénoncées durant l'Empire²⁷. Le discours dénonçant une loi d'exception s'appuie notamment sur les dispositions spécifiques du projet de loi visant les membres des anciennes familles régnantes du *Reich* et de ses différents États. Ceux-ci étaient susceptibles d'être expulsés du territoire allemand dans le cas d'une condamnation pour atteinte à la République (au titre des

²⁰ Séance du cabinet du 25 juin 1922, in *Akten der Reichskanzlei. Die Kabinette Wirth I und II*, vol. 1, Boppard am Rhein, Harald Boldt Verlag 1973, p. 898-900.

²¹ 5 juillet 1922, p. 8295. Dans le même sens le député et juge Graef (DNVP), 11 juillet 1922, p. 8410.

²² Situation somme toute caractéristique de celle des forces républicaines durant toute la République de Weimar.

²³ Des députés communistes et socialistes indépendants avaient déjà déposé un projet de loi en ce sens en septembre 1921 (Voir *Verhandlungen des Reichstages, Anlagen*, vol. 369, n° 2701, p. 2660). Ils réitérèrent ces revendications, reprises aussi par les syndicats, en 1922. Cf. par exemple Crispin et Koenen le 25 juin 1922, p. 8053 sq et 8072.

²⁴ Düringer, 5 juillet 1922, p. 8298 ; Gustav Stresemann (DVP), *ibid.*, p. 8313 ; Graef, 11 juillet 1922, p. 8414 sq ; Wilhelm Kahl (DVP), vol. 357, 249^e séance, 12 juillet 1922, p. 8509. Le DVP était le parti libéral de droite. Moins radical que le DNVP, il n'en comptait pas moins beaucoup de nostalgiques de la monarchie et n'adhéra dans son ensemble jamais totalement à la République.

²⁵ Wilhelm Kahl (DVP), 11 juillet 1922, p. 8428.

²⁶ Le député Emminger du parti catholique bavarois BVP, 11 juillet 1922, p. 8441.

²⁷ « Je connais des partis qui sont aussi bien pour que contre des lois d'exception. Je connais en outre des partis qui sont aussi bien pour que contre la peine de mort ». W. Kahl, 11 juillet 1922 p. 8425 ; dans le même sens voir le député DVP et ancien ministre de la Justice Heinze : « Je vous mets en garde, Messieurs [...] N'en venez pas à opter pour des moyens que vous avez combattus pendant des décennies » (25 juin 1922, p. 8060).

trois types de délit exposés plus haut) ; pour ceux qui se trouvaient à l'étranger, leur retour en Allemagne était suspendu à l'autorisation du gouvernement²⁸. Pour les députés du DNVP, ceux du DVP, à l'image du pénaliste Wilhelm Kahl et du futur chancelier puis ministre des affaires étrangères Gustav Stresemann, et même jusqu'au sein du DDP et du *Zentrum*, pourtant membres de la coalition gouvernementale, il s'agissait là d'une « violation insupportable »²⁹ des droits fondamentaux (liberté de circulation et égalité devant la loi). La commission des lois supprima d'ailleurs toute cette partie du projet avant que ne soit finalement réintroduite sous une forme plus restrictive la disposition concernant le retour des individus séjournant à l'étranger³⁰.

De manière plus générale, les députés, et notamment ceux des partis les plus au centre, soulèvent le problème fondamental qui est au cœur d'une telle législation : Comment concilier défense de l'État et droits des citoyens ? Ou, pour reprendre les termes du député démocrate Hamm, où tracer la frontière « entre le droit de l'État à la légitime défense et les droits libéraux de la personnalité ? »³¹. Stresemann s'inquiète par exemple de ce qui constitue une des spécificités et nouveautés de la loi, à savoir l'introduction de mesures *préventives* tel que le paragraphe 7 du projet de loi autorisant l'interdiction préalable d'une réunion ou manifestation « s'il existe une inquiétude fondée que vont s'y tenir des discussions » constituant une atteinte à la République. Il se bat avec succès pour préciser la formulation des conditions de l'interdiction (à travers la formule « s'il existe des *faits* justifiant l'inquiétude [...] ») et surtout pour que les réunions électorales soient exclues du champ d'application de ce paragraphe, afin qu'il ne puisse pas être utilisé par les partis au pouvoir contre leurs adversaires politiques³². Stresemann vote cependant finalement la loi, estimant

²⁸ Cette dernière disposition visait Guillaume II et surtout son fils, le *Kronprinz*. *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Republik*, V. Mitglieder vormals landesherrlicher Familien, § 13 et 14.

²⁹ Le député Bell (rapporteur de la commission des lois), vol. 347, 247^e séance, 10 juillet 1922, p. 8399. Le mot « insupportable » (« *unerträglich* ») est aussi employé par Emminger (11 juillet 1922, p. 8436) et le démocrate Hamm (12 juillet 1922, p. 8472). Kahl parle même d'une disposition « inhumaine » (« *unmenschlich* »). 12 juillet 1922, p. 8508.

³⁰ Le séjour pouvait être interdit ou restreint à certaines parties du *Reich* « si l'inquiétude était fondée que le bien du *Reich* soit menacé ». Toute décision dans ce sens devait être en outre justifiée par écrit et l'individu concerné avait un délai de deux semaines pour demander un arbitrage de la Cour d'État (*Gesetz zum Schutz der Republik vom 21. Juli 1922*, § 23).

³¹ « *zwischen Notwehrrechten des Staats und liberalen Persönlichkeitsrechten* ». 12 juillet 1922, p. 8469.

³² Voir Stresemann, 5 juillet 1922, p. 8313 et *Gesetz zum Schutz der Republik*, § 15. Les paragraphes permettant ces interdictions se situent dans la logique de la punissabilité anticipée présentée plus tard par Günter Jakobs comme une des caractéristiques du droit pénal de l'ennemi. Cf. l'article de ce dernier dans la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2009, n°1, p. 14 sq.

qu'avec les modifications intervenues et nonobstant les restrictions subsistantes des libertés civiles, elle n'est plus une loi d'exception³³.

Sans vouloir aucunement nier la pertinence et l'importance des problèmes soulevés, il faut être néanmoins très prudent dans l'analyse de ce type d'argumentation dans le contexte weimarien, a fortiori quand elle émane de députés du DNVP. Pour les membres d'un parti qui se déclarait ouvertement monarchiste, ne cachait pas son hostilité envers la République et dont certains membres s'étaient distingués par leurs diatribes calomnieuses envers les politiciens assassinés, il fallait faire preuve d'une bonne dose de mauvaise foi pour donner des leçons de démocratie au SPD. C'est pourtant ce que fait le député et juge Graef en déclarant que les pères spirituels de la démocratie regarderaient avec honte leurs successeurs³⁴. Quant aux critiques, elles versent parfois dans un pathos et une outrance qui ruinent leur crédibilité. Ainsi Düringer prétend-il, à propos du délit de non-dénonciation d'une organisation visant l'assassinat d'un membre du gouvernement³⁵, que l'on doit descendre dans les chambres de torture du Moyen-âge [...] ou remonter à l'époque de la tyrannie des États de la Grèce antique » pour trouver trace de telles mesures d'exception ; le principe « *justitia fundamentum regnorum* », insiste-t-il, vaut aussi pour la République³⁶. En outre, la comparaison avec la loi antisocialiste de 1878 ne résiste pas à une analyse approfondie : d'une part, celle-ci visait clairement la social-démocratie *en soi* en tant que mouvement politique, ce dernier étant *a priori* et globalement qualifié de « dangereux » et « révolutionnaire » ; d'autre part, alors qu'à tous les stades de son élaboration la Loi pour la protection de la République n'a toujours fait de l'interdiction d'un rassemblement ou d'une organisation qu'une possibilité dans certaines conditions, la loi de 1878 la décrétait de fait³⁷.

Pour bien appréhender ces discours, il est donc nécessaire de s'interroger sur leur fonction stratégique et leur signification politique dans le contexte weimarien. Il se trouve que

³³ Vol. 357, 254^e séance, 18 juillet 1922, p. 8708.

³⁴ 11 juillet 1922, p. 8415.

³⁵ *Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Republik*, § 1, al. 2. La seule exception concernait les ecclésiastiques ayant eu connaissance des faits par confession.

³⁶ « *Man muss schon in die Folterkammern des Mittelalters einsteigen, [...] in die Zeit des Tyrannis der altgriechischen Staaten zurückgehen* ». 5 juillet 1922, p. 8296-98.

³⁷ Voici le texte de l'article 1 : « Les organisations qui visent par des aspirations social-démocrates, socialistes ou communistes à renverser l'ordre étatique et social existant [on voit ici l'amalgame entre toutes les tendances du mouvement ouvrier ainsi qu'entre idées socialistes et danger pour l'ordre existant, N.L.B] doivent être interdites. » *Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie* du 21 octobre 1878, disponible sur le site : www.documentarchiv.de/ksr/soz_ges.html. L'amalgame n'est pas tenable même pour la question de l'expulsion des membres des anciennes familles régnantes. Celle-ci, aussi problématique fût-elle, était liée à la commission d'une infraction ; la loi de 1878 en revanche permettait l'interdiction *préventive* de séjour envers les personnes dont on pouvait craindre qu'elles représentent « une menace pour l'ordre et la sécurité publics » (§ 28 al. 2).

l'invocation de l'État de droit, souvent teintée d'accents dramatiques, et la stigmatisation du discours « politique » (au sens de « *parteilpolitisch* », de partisan) des adversaires auxquels on opposait une argumentation purement « juridique », étaient chez les juristes weimariens – or les députés que nous devons de citer étaient tous juristes – des postures récurrentes qui étaient, contrairement à ce qu'ils prétendaient, tout sauf « apolitiques » ou neutres. Elles trahissaient au contraire une distance envers le nouvel État. On dénonçait ainsi comme illégitime et comme une violation des principes du droit toute exigence d'une plus grande intégration de la justice dans l'État républicain : cela valait pour la revendication que le droit soit appliqué et la justice rendue dans l'esprit de la nouvelle république démocratique, ou, par rapport au sujet qui nous préoccupe ici, celle que la justice contribue à la défense de la République³⁸. Ce n'est pas un hasard si le point le plus contesté de la loi avec les dispositions relatives aux anciennes familles régnantes fut la création et la composition de la Cour d'État pour la protection de la République. Il était en effet prévu que les membres issus du *Reichsgericht*, la plus haute instance judiciaire du *Reich*, soient minoritaires par rapport aux membres nommés par le Président du *Reich*, qui n'avaient pas à avoir le statut de juge³⁹. Pour les sociaux-démocrates et les autres partis de gauche, le recours à des membres extérieurs à l'institution judiciaire était rendu nécessaire par l'absence de confiance du peuple dans les juges weimariens, qui résultait notamment de l'inégalité de traitement des accusés dans les procès politiques ; le slogan de « crise de confiance dans la justice » (*Vertrauenskrise der Justiz*) ne tarda d'ailleurs pas à s'imposer ensuite dans le débat public. C'est justement cette méfiance envers la justice et sa capacité à protéger la République qui explique les craintes de la gauche évoquées par Radbruch dans sa déclaration controversée du 25 juin. S'il y avait des juges républicains en Allemagne, estime même un député socialiste indépendant, la loi n'aurait même pas été nécessaire⁴⁰. À droite en revanche, on voit dans la nomination par le Président la menace de l'irruption de la « politique partisane » (*Parteilpolitik*) si abhorrée ; on dénonce même l'instauration d'un « tribunal révolutionnaire » dont on se présente déjà en

³⁸ Il ne nous est pas possible de nous étendre ici sur la crise de la justice weimarienne. Nous nous permettons à nouveau de renvoyer à notre ouvrage : *Gustav Radbruch, op. cit.*, 2^e partie, notamment p. 93-96, et 160-167 (cf. aussi la bibliographie), ainsi qu'à notre article « Le juge, la politique et la démocratie : analyse comparative du discours des élites juridiques sous Weimar et dans l'après-guerre », *Allemagne d'aujourd'hui*, 2014, n° 208, p. 31-42.

³⁹ La répartition varie aux différents stades du projet : de trois membres du *Reichsgericht* et quatre membres extérieurs en première lecture, on passa finalement à trois et six dans la version finale. À noter qu'au départ, Radbruch souhaitait que tous les membres soient nommés par le Président, mais qu'il dut renoncer très rapidement à cette idée face à l'opposition rencontrée.

⁴⁰ Le député Eichhorn le 12 juillet 1922, p. 8482. Ces inquiétudes se révélèrent a posteriori justifiées dans la mesure où l'application de la loi toucha proportionnellement bien plus les communistes que l'extrême-droite et le NSDAP. Concernant l'application de la loi cf. C. Gusy, *Weimar, op. cit.* et G. Jasper, *op. cit.*

victime expiatoire, un « bûcher sur lequel l'opposition [...] doit être brûlée »⁴¹. Difficile également d'ignorer la motivation éminemment politique de ces critiques quand on constate que les protestations les plus indignées émanent du parti le plus antirépublicain, le DNVP, et de la Bavière, un *Land* certes attaché à sa souveraineté, mais qui servait aussi de refuge à un grand nombre d'organisations nationalistes paramilitaires radicales, les premières visées par la Loi. La Bavière et ses représentants firent d'ailleurs tout, y compris en engageant un bras de fer avec Berlin après la promulgation de la loi⁴², pour infléchir les dispositions sur la Cour d'État : d'une part ils firent inscrire dans la loi que les affaires concernant uniquement un *Land* ne seraient jugées devant la Cour d'État qu'à la demande de ce même *Land*, d'autre part ils obtinrent a posteriori la création d'une chambre spécifique pour les États du sud de l'Allemagne dont les membres étaient nommés par ces derniers. Ces modifications réduisaient bien entendu considérablement les prérogatives du nouveau tribunal ainsi que les bénéfices pour la protection de la République qui en étaient attendus⁴³.

Ces interférences politiques dans les prises de position sur les dispositions juridiques nous amènent au second problème central soulevé par la déclaration controversée de Radbruch : celui de la définition du bien juridique à protéger et par conséquent de l'identification de « l'ennemi ». Les modifications successives de la formulation initiale du premier décret auquel se référait Radbruch le 25 juin sont à cet égard très révélatrices. De la protection de la « forme républicaine de l'État », on passe ainsi dans le projet de loi à celle de la « forme républicaine constitutionnelle de l'État » (*verfassungsmäßige republikanische Staatsform*) pour finalement adopter en dernière lecture l'expression « forme républicaine de l'État établie par la constitution » (*verfassungsmäßig festgestellte republikanische Staatsform*). Loin d'être une simple question de formulation, ce changement correspond à un

⁴¹ « *Scheiterhaufen, auf dem die [...] Opposition verbrannt werden sollte* », comme le formule le député Graef avec son habituel sens de la nuance (5 juillet 1922, p. 8414). Il emploie dans cette même intervention le terme de « *Revolutionstribunal* », de même que son collègue Barth (12 juillet 1922, p. 8487) et le député Emminger (11 juillet 1922, p. 8442). On peut néanmoins imaginer que la nomination par le Président aurait déclenché moins de réactions indignées si la fonction n'avait pas été alors exercée par un social-démocrate...

⁴² Trois jours après la promulgation de la loi, la Bavière la suspendit par décret d'urgence et promulgua ses propres mesures de protection en arguant de l'atteinte faite à sa souveraineté en matière de justice, mais aussi du fait qu'il s'agissait d'une loi d'exception. Berlin protesta, mais étant donné la fragilité de la situation politique, choisit la voie des négociations qui aboutirent le 11 août 1922 au compromis expliqué ci-dessus. L'opposition de la droite et l'insatisfaction des forces républicaines face à la jurisprudence du *Staatsgerichtshof* explique qu'il perdit ses compétences pénales dès 1926 avant d'être définitivement dissous lors de la prolongation de la loi un an plus tard.

⁴³ Pour ne donner qu'un seul exemple, mais ô combien significatif : c'est en raison de ce compromis qu'après le coup d'État manqué de novembre 1923, Hitler fut jugé pour haute trahison non pas devant la Cour d'État, mais devant le tribunal populaire (*Volksgericht*) de Munich, avec le résultat que l'on sait...

glissement sémantique et politique dont on prend mieux la mesure quand on analyse le discours de Stresemann : ne serait-il pas plus judicieux, se demande ainsi ce dernier en première lecture, de parler, plutôt que de protection de la République, de « protection de la constitution » (*Schutz der Verfassung*) ? Pour Stresemann, le problème essentiel n'était en effet pas l'opposition entre partisans de la monarchie et de la république, n'était pas la forme de l'État (selon lui, les auteurs de la constitution rabaissaient même leur œuvre en y voyant là l'essentiel), mais l'alternative entre « approbation ou destruction de l'État »⁴⁴. Cette argumentation relève d'un discours là encore caractéristique des élites weimariennes, que l'on retrouve aussi bien chez les juristes et les politiciens que chez les universitaires : la disjonction entre la forme de l'État et « l'État » en tant que tel⁴⁵. Une telle disjonction était très commode dans la mesure où elle permettait aux monarchistes (dont faisaient partie Stresemann et une bonne partie du DVP, ainsi que le DNVP) de proclamer leur loyauté envers l'État en relativisant l'importance de la forme de gouvernement et en insistant sur la possibilité de la modifier par la voie légale majoritaire ; ils pouvaient ainsi s'exclure de la catégorie des « ennemis » tout en y incluant par contre les communistes qui affichaient leurs objectifs révolutionnaires. Radbruch lui-même avait souligné que le changement de formulation par rapport au décret d'urgence impliquait que la loi pût être appliquée également contre les communistes, ce qui avait déclenché la colère de ces derniers mais apaisé une partie des critiques à droite. Or, le gouvernement avait besoin du soutien du DVP pour s'assurer la majorité des deux tiers nécessaire⁴⁶, le soutien de l'extrême gauche étant incertain. Cela était aussi sans doute plus satisfaisant sur un plan juridique, mais ne résolvait pas le problème *politique* de l'absence de consensus autour de la République. Car même si la loi s'intitule finalement bien « Loi pour la protection de la République », il y a incontestablement, pour reprendre ici l'analyse de l'historien Gotthard Jasper, un déplacement d'accent d'une protection « militante » de la République démocratique, comprise au-delà du texte

⁴⁴ « *Staatsbejahung oder Staatszerstörung* », 5 juillet 1922, p. 8310 (C'est nous qui soulignons dans la traduction, N.L.B). Dans le même sens Kahl, 11 juillet 1922, p. 8428.

⁴⁵ Le Président de l'Association des juges allemands Max Reichert pouvait ainsi affirmer : Les juges allemands honorent et respectent la constitution ; [...] mais ce qu'en tant que juges nous retenons de la constitution, ce n'est pas en premier lieu la forme de l'État ». Discours cité dans la *Deutsche Richterzeitung*, 1925, 17, col. 17.

⁴⁶ Majorité nécessaire pour toute loi modifiant la constitution ou y dérogeant. Or c'était le cas pour la *Republikenschutzgesetz* en raison de la disposition concernant les membres des anciennes familles régnantes (qui était une restriction au principe de l'égalité devant la loi) et de celle donnant rétroactivement (ce que la constitution excluait) des compétences à la Cour d'État pour des crimes commis avant sa mise en place (§ 13).

constitutionnel comme un ensemble de principes et valeurs, vers une protection beaucoup plus « neutre » et formelle de la « constitution »⁴⁷.

L'interprétation de la formule « *verfassungsmäßig festgestellte republikanische Staatsform* » par les organes judiciaires illustre les répercussions concrètes de ce glissement. On se contentera de citer ici un fameux jugement du *Reichsgericht* sur le qualificatif de « République juive » (« *Judenrepublik* ») attribué à l'État lors d'une réunion du *Jungdeutscher Orden*, une organisation nationaliste et antisémite. Non seulement le tribunal ne prit pas en compte les circonstances pour déterminer s'il s'agissait ou non d'une injure à l'encontre de la République au titre du § 8 de la loi, mais il précisa que les prévenus avaient calomnié seulement la « forme de gouvernement actuelle du *Reich* » (*gegenwärtige Staatsform des Reiches*), et pas la « forme de gouvernement établie par la constitution » – sans indiquer quelle pouvait bien être cette « forme actuelle » différente de celle fixée dans la constitution⁴⁸ ! La formulation restrictive de la loi permettait aussi de la contourner, ce à quoi s'entendirent parfaitement les nationaux-socialistes en s'en prenant non pas littéralement à la constitution, mais au « système »⁴⁹.

Le glissement observé au cours des débats de 1922 se poursuivit ensuite au cours de la République de Weimar pour aboutir, dans les décrets d'urgence de la période de crise 1930-1932, à une disjonction de plus en plus marquée entre protection de l'État et de la République. Dans les différents décrets « de lutte contre les actes de violence politique » (« *zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen* ») ou « pour préserver l'autorité de l'État » (« *zur Sicherung der Staatsautorität* »), il n'est en effet plus question de menaces contre la République, mais pour « la sécurité et l'ordre publics » (« *die öffentliche Sicherheit und Ordnung* »), pour « l'autorité de l'État » ou « les intérêts vitaux de l'État » (« *lebenswichtige Interessen des Staates* »). Or, avec la disparition de la République comme objet de la protection juridique et au vu de la disjonction évoquée entre État et forme de l'État, c'était aussi la définition de « l'ennemi » qui changeait, les décrets pouvant ainsi se retourner contre les organisations de défense de la République qui s'opposaient aux gouvernements à tendance autoritaires alors en place, et donc à « l'autorité de l'État »⁵⁰. À cet égard, le « décret

⁴⁷ G. Jasper, *op. cit.*, p. 71. Compte tenu de ce conflit autour de la forme de l'État, la crispation sur le traitement des anciennes familles régnantes était évidemment tout sauf un hasard.

⁴⁸ Voir C. Gusy, *op. cit.*, p. 161 (avec d'autres exemples).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 162 sq.

⁵⁰ On trouve les textes de tous ces décrets chez E. Huber, *op. cit.*, p. 495 et suivantes. Cf. aussi C. Gusy, *op. cit.*, p. 191-216.

d'urgence pour la protection du peuple et de l'État »⁵¹ promulgué par les nazis au lendemain de l'incendie du *Reichstag*, imputé aux communistes afin de justifier des mesures d'exception visant à protéger l'État de la menace qu'ils représentaient, se situe *aussi* dans la continuité d'une évolution potentiellement en germe déjà dans les années 1920.

En guise de bilan intermédiaire, on pourrait dire que si immédiatement après le choc de l'assassinat de Rathenau, il y eut un accord assez large sur la nécessité d'adopter des mesures pénales de défense de l'État, il n'existait en revanche de consensus ni sur l'objet exact de la protection, ni sur l'identité de « l'ennemi ». Cette absence de consensus constituait d'une part un écueil pour les forces républicaines, contraintes, à l'image de Radbruch, de louvoyer entre les communistes et la droite pour trouver un compromis ; elle venait d'autre part souvent en quelque sorte « parasiter » ou biaiser le discours des détracteurs de la loi, dont il faut toujours faire *aussi* une lecture stratégique et politique tenant compte de ce contexte. Et c'est enfin cette même absence de consensus qui explique largement l'inefficacité de ces mesures.

2. La protection de l'État dans la jeune République Fédérale : Comment défendre au mieux la démocratie contre ses ennemis ?

Faisons maintenant un saut dans le temps vers 1950, année où la toute jeune République Fédérale, fondée officiellement le 23 mai 1949 avec la promulgation de la Loi Fondamentale, débat de la Loi de modification du Code Pénal qui a pour objet la protection de l'État. Sur le plan législatif et de son processus d'élaboration, cette loi se distingue doublement de celle de 1922 : d'une part, il s'agit cette fois non pas d'une législation spéciale à la validité limitée dans le temps, mais, comme l'indique le nom *Strafrechtsänderungsgesetz*, de dispositions intégrées dans le Code pénal – un choix justement explicitement motivé par l'expérience négative de Weimar⁵². D'autre part, et même si elle fut surnommée la « loi éclair » (*Blitzgesetz*), le processus législatif fut en réalité bien plus long (un an et demi) et

⁵¹ *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* (« Reichstagsbrandverordnung ») du 28 février 1933, consultable sur www.documentarchiv.de/ns/rtbrand.html.

⁵² Voir l'exposé des motifs du projet de loi gouvernemental: *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches* (par la suite *Entwurf I*), 1. Wahlperiode, Drucksache n°1307 (disponible dans les archives en ligne du *Deutscher Bundestag*, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/013/0101307.pdf>). Le projet explique (p. 29) que ce type de loi spéciale ne contribue pas à apaiser l'atmosphère politique mais qu'au contraire elle n'en paraît que plus contestable. Rappelons aussi que le code pénal en vigueur était en fait toujours celui de 1871 et qu'une révision de celui-ci paraissait indispensable.

aussi plus complexe⁵³ : tout commença par un projet de « loi contre les ennemis de la démocratie » déposé par les sociaux-démocrates⁵⁴ alors que le gouvernement avait déjà commencé à travailler sur son propre projet ; après un premier passage devant le *Bundesrat*, la représentation des *Länder*, le projet gouvernemental fut finalement présenté en première lecture au *Bundestag* en septembre 1950 avant d’être renvoyé devant la commission des lois ; le projet fortement modifié ne revint devant les députés qu’en juillet 1951 avant d’être promulgué fin août. La loi est enfin beaucoup plus étoffée que celle de 1922, puisqu’elle englobe aussi des questions liées à la sécurité extérieure⁵⁵.

Ces différences n’empêchent pas pour autant les points communs entre les deux processus. Le premier réside dans le contexte politique et la manière dont il est utilisé comme argument pour légitimer le recours à des mesures pénales. Début 1950, la République fédérale est une jeune démocratie encore fragile, et les agissements de groupes néonazis suscitent l’inquiétude. On était certes bien loin de la situation de crise de 1922, mais c’est précisément le souvenir de Weimar qui explique l’exacerbation de craintes que l’on peut avec le recul trouver quelque peu exagérées⁵⁶. Le dépôt du projet de loi contre les ennemis de la démocratie par les députés SPD est ainsi en lien direct avec une affaire qui fit alors grand bruit : l’affaire Hedler⁵⁷. Wolfgang Hedler, député du *Deutsche Partei*, parti alors membre de la coalition gouvernementale du chancelier Adenauer, avait, dans un discours tenu en novembre 1949, qualifié les résistants de traîtres à leur pays (*Landesverräter*), s’en était pris dans des termes similaires à Kurt Schumacher, le président du SPD, et avait tenu des propos pour le moins ambivalents, dont la teneur exacte demeura jusqu’au bout incertaine, sur les Juifs et leur sort sous le nazisme. Inculpé entre autres d’outrage aux combattants de la résistance allemande et aux Juifs, Hedler obtint pourtant en février 1950 un non-lieu pour tous les chefs d’accusation. Le jugement déclencha de vives protestations dans l’opinion publique,

⁵³ Le professeur de droit pénal Hellmuth von Weber juge justement ce qualificatif injuste. « Das Strafrechtsänderungsgesetz », *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1951, 5, p. 517.

⁵⁴ *Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*, 1. Wahlperiode, Drucksache n° 563, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/005/0100563.pdf>.

⁵⁵ Notamment les dispositions concernant le crime de trahison (*Landesverrat*). Nous ne les évoquerons pas compte tenu du cadre imparti et de notre problématique qui concerne d’abord les ennemis et la protection de l’ordre intérieurs. Le texte complet (*Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951*) de la loi se trouve en annexe chez R. Schiffers, *op. cit.*, p. 347-361.

⁵⁶ Dans ce sens Sebastian Ullrich, *Der Weimar-Komplex: Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959*, Göttingen, Wallstein, 2009, p. 349, 620.

⁵⁷ Le lien est souligné notamment par Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, C.H. Beck, 1996, p. 318. Pour un résumé de l’affaire, *ibid.*, p. 311 et suivantes.

mais aussi au *Bundestag*⁵⁸. Cette affaire, qui fait ressurgir chez les sociaux-démocrates le spectre de la justice politique weimarienne, est très présente dans le débat du 16 mars 1950 autour de leur projet de loi⁵⁹. Après le déclenchement de la guerre de Corée en juin 1950, la perception de l'origine de la menace se déplace clairement vers l'agitation communiste. Ce glissement est manifeste dans l'intervention du ministre de la Justice Thomas Dehler lors de la première lecture du projet de loi gouvernemental en septembre 1950, même si l'exposé des motifs évoque aussi le danger d'une résurgence des idées national-socialistes⁶⁰. Une nouvelle loi, explique-t-il, est nécessaire non seulement pour combler une lacune dans le droit pénal consécutive à la suspension par les Alliés des paragraphes sur la haute trahison⁶¹, mais l'est d'autant plus que l'incrimination traditionnelle de haute trahison (*Hochverrat*) présente dans le code pénal de 1871, qui présuppose l'usage de la violence ou la menace du recours à la violence (*Gewalt oder Drohung mit Gewalt*), est dépassée face aux nouvelles méthodes des « ennemis ». Ces nouvelles méthodes, ce sont celles de la « révolution froide » (« *kalte Revolution* »), qui n'impliquent pas nécessairement le recours à la violence, mais résident dans la propagande, la manipulation psychologique, les techniques pour influencer les masses – la référence aux méthodes des communistes est très claire. Il est toutefois intéressant de noter que la nécessité du recours à de nouvelles dispositions pénales est aussi justifiée par l'exemple de la « prise du pouvoir » (*Machtergreifung*) « légale » d'Hitler en 1933⁶².

Cela nous amène à ce qui constitue par-delà les frontières partisans le fondement de la légitimation de mesures pénales de protection de l'État : l'argument historique, en l'occurrence l'expérience de Weimar. La nécessité d'empêcher que la République fédérale ne connaisse le même sort que celle de Weimar, de ne pas reproduire les mêmes erreurs qu'elle en ne se défendant pas contre ses ennemis, constitue le véritable leitmotiv des débats. On le retrouve aussi bien dans le discours des sociaux-démocrates que dans celui des députés de la CDU ou du ministre de la Justice : du côté du SPD, Greve estime que les politiques « ont le devoir d'agir » s'ils ne veulent pas « reproduire les erreurs faites après 1918 » et « perdre une

⁵⁸ Le président du groupe parlementaire SPD, Erich Ollenhauer, demanda même que les juges soient mis en accusation pour application volontairement incorrecte de la loi (*Rechtsbeugung*).

⁵⁹ Voir l'intervention du rapporteur du projet, l'avocat Otto Heinrich Greve, in *Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Stenographische Berichte*, vol. 2, 47^e séance, 16 mars 1950, p. 1593 et suivantes. Il parle d'une « évolution similaire » (« *Gleichlauf* ») au niveau de la justice.

⁶⁰ *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 5, 83^e séance, 12 septembre 1950, p. 3108. Pour l'exposé des motifs, *Entwurf 1*, p. 28.

⁶¹ La Loi Fondamentale contenait seulement des dispositions provisoires minimales dans son article 143.

⁶² Voir l'exposé des motifs, *Entwurf 1*, § 90, p. 34 et l'intervention de Dehler au Bundestag, 12 septembre 1950, p. 3107. Lors du Congrès des Juristes, von Weber souligne aussi les limites des dispositions traditionnelles sur la haute trahison (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 10).

deuxième fois la démocratie par [leur] faute », et Adolf Arndt affiche sa résolution à défendre la démocratie en déclarant que la RFA n'est pas une « démocratie suicidaire » (*Selbstmorddemokratie*) ou encore que « Nous ne sommes pas des Weimariens ». Pour le député CDU Bausch, il faut tirer les leçons du passé : la démocratie weimarienne « ne s'est pas défendue ». Quant au ministre Dehler, il voit dans l'exemple de Weimar une « mise en garde » contre l'octroi d'une liberté excessive aux ennemis de la liberté : « une démocratie qui n'est pas disposée à se défendre ne peut pas subsister ». L'« argument Weimar » figure également en bonne place dans l'exposé des motifs de la loi⁶³.

Cette argumentation n'a rien de surprenant dans la mesure où, comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, la République Fédérale s'est construite en opposition non seulement au nazisme – un aspect qui joue bien sûr également en rôle en 1950, comme le montre le lien avec l'affaire Hedler⁶⁴ – mais aussi à Weimar, une démocratie perçue comme trop faible et trop tolérante envers ses ennemis. L'analyse de la législation sur la protection de la République semble toutefois rétrospectivement remettre en cause cette argumentation. Il est en effet inexact de dire que Weimar n'a rien tenté pour se défendre : l'État disposait d'instruments comme l'interdiction d'organisations qui auraient pu être plus efficaces, à défaut d'être suffisants, s'ils avaient été utilisés de manière conséquente et dans la logique qui était celle de Wirth et Radbruch en 1922⁶⁵. Mais les limites de ce jugement unilatéral sur Weimar ne changent rien à ce qui nous intéresse ici, à savoir que la faiblesse de la démocratie weimarienne et la volonté que la RFA se démarque de celle-ci en s'affirmant comme une « démocratie combative » (*streitbare Demokratie*) correspondaient à la « doxa » dominante de l'époque par-delà les clivages politiques⁶⁶. Le concept de *streitbare Demokratie*, que l'on

⁶³ Pour Greve, voir la séance du 16 mars 1950, p. 1594 ; pour Arndt voir respectivement 12 septembre 1950, p. 3119 et vol. 8, 160^e séance, 11 juillet 1951, p. 6480 (« *Wir sind keine Weimarerer* ») ; pour Bausch, 12 septembre 1950, p. 3111 ; pour Dehler, 12 septembre 1950, p. 3105 et p. 3110 (« *Eine Demokratie, die nicht gewillt ist, sich zu verteidigen, kann nicht bestehen* ») ainsi que *Entwurf 1*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁴ Norbert Frei s'intéresse ainsi à la loi comme une des deux faces de la « politique du passé » (*Vergangenheitspolitik*) des années 1950 (N. Frei, *op. cit.*, troisième partie, p. 307 et suivantes). Pour la RFA, il s'agissait avec ces sanctions pénales de se démarquer clairement sur un plan normatif et juridique de l'idéologie national-socialiste et des mouvements qui voulaient la faire perdurer et par là d'apporter un correctif à et une légitimation à une politique du passé placée sinon sous le signe de l'amnistie et de l'intégration des individus, et notamment des fonctionnaires, compromis sous le nazisme.

⁶⁵ C'est la thèse défendue par Christoph Gusy dans son ouvrage *Weimar - die wehrlose Republik ?* (*op. cit.*). Friedrich Karl Fromme souligne par ailleurs que le chancelier Wirth avait en fait déjà formulé le concept de démocratie combative en 1922 en justifiant le recours à des mesures pénales pour protéger la République. « Die Streitbare Demokratie im Bonner Grundgesetz. Ein Verfassungsbegriff im Wandel », in *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*, hrsg. vom Bundesministerium des Innern, Cologne – Berlin – Bonn, Carl Heymanns Verlag KG 1981, p. 186.

⁶⁶ Voir sur ce point S. Ullrich, *op. cit.* surtout p. 348 et suivantes. Rares sont ceux, dans les textes que nous avons lus, qui soulignent que le problème de Weimar n'était pas l'absence de mesures de défense de la démocratie.

résume parfois par la formule « pas de liberté absolue pour les ennemis de la liberté », certes simplificatrice, mais figurant néanmoins dans le jugement de 1956 de la Cour constitutionnelle fédérale sur l'interdiction du parti communiste KPD⁶⁷, n'apparaît pas dans la Loi Fondamentale, mais il n'en est pas moins considéré comme un des fondements de la RFA. La capacité de la démocratie à se défendre va de pair avec la détermination d'un noyau de valeurs et règles fondamentales intangibles soustraites à la souveraineté du législateur constitutionnel, comme le stipule l'article 79 de la Loi Fondamentale. Ce principe n'est d'ailleurs pas sans conséquence pour notre analyse, dans la mesure où dans l'appel à une « protection de la constitution » ou à une défense contre « les ennemis de la constitution », le terme « constitution » fait référence à un contenu normatif déterminé, ce qui n'était pas nécessairement le cas, on l'a vu, sous Weimar. La loi de 1951 ne fait pas partie au sens strict des dispositions relevant de la *streitbare Demokratie*, qui sont de l'ordre du droit constitutionnel⁶⁸, mais les *discours* tenus par les députés pour justifier le recours à la législation pénale, et c'est ce qui nous intéresse ici, s'inscrivent incontestablement dans cette logique.

La détermination des parlementaires à défendre la démocratie se manifeste dans un certain nombre d'éléments rhétoriques et linguistiques récurrents. Par rapport aux débats de 1922, le champ sémantique de la lutte est ainsi encore plus présent, non seulement à travers le mot de « défense » (*Verteidigung, Abwehr*), mais aussi à travers la métaphore de l'arme (*Waffe*) : le ministre de la Justice parle ainsi de « créer les armes pénales (*strafrechtliche Waffen*) pour lutter contre les ennemis de la démocratie », et les députés Kiesinger et Bausch utilisent l'expression « forger les armes » (*Waffen schmieden*)⁶⁹. Qualifier la loi de « déclaration de guerre ouverte (« *offene Kampfansage* ») aux ennemis de la démocratie », comme le fait le député Greve, ou bien expliquer qu'il faut « avancer [...] la ligne de

Citons les deux procureurs Richard Schmid (« Das politische Strafrecht. Bemerkungen zum Regierungsentwurf », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1950, 5, p. 339) et Karl Bader (qui se réfère à Schmid), in *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 27, ainsi que le ministre de la Justice bavarois Josef Müller, *ibid.*, p. 54.

⁶⁷ « Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit ». Pour traduire l'ensemble du passage, où l'on retrouve la référence à Weimar : « Face à de tels partis, la démocratie libérale, qui doit défendre et assurer la dignité de l'homme, ne peut adopter une attitude de neutralité, et déterminer quels moyens elle veut employer pour résoudre l'exigence qui s'impose pour elle : « pas de liberté absolue pour les ennemis de la liberté », devient un problème de droit constitutionnel. La constitution de Weimar a renoncé à une solution, conservé son indifférence politique et a pour cette raison succombé au plus agressif de ces partis "totalitaires" ». BVerfGE 5, p. 138. Sur le concept cf. par exemple Eckard Jesse, *Streitbare Demokratie: Theorie, Praxis und Herausforderungen in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Colloquium-Verlag, ²1981, chap. 3.

⁶⁸ Il s'agit surtout de l'article 79, donc, et de l'article 21 § 2 sur les partis (voir E. Jesse, *op. cit.*, p. 22). Sur ce lien entre la loi et la *streitbare Demokratie* cf. aussi K. F. Fromme, *op. cit.*, p. 195 et R. Schiffers, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁹ Pour Dehler et Bausch, 12 septembre 1950, respectivement p. 3105 et 3112 ; pour Kiesinger, 11 juillet 1951, p. 6479.

défense » (« *die Verteidigungslinie* [...] *vorverlegen* ») de la démocratie va aussi dans le sens d'un rapprochement entre la logique de la législation pénale et celle de la guerre⁷⁰. En outre, le terme même d'« ennemi », de *Feind*, est globalement plus présent que dans les débats de 1922, où si l'on excepte le discours de Wirth, il apparaissait essentiellement dans l'adjectif « *staatsfeindlich* ». En 1950/51, non seulement la notion d'« organisations hostiles à l'État » ou « à la constitution » (*verfassungsfeindlich*) est toujours utilisée, même si elle ne sera finalement pas retenue dans la version finale de la loi, mais les expressions « ennemis de la démocratie » (*Feinde der Demokratie*) et « ennemi de l'État » (*Staatsfeind*) sont employées fréquemment, depuis le titre même du projet de loi du SPD jusqu'à l'exposé des motifs du premier projet de loi en passant par les déclarations de députés issus de différents partis⁷¹. Enfin, on recourt là comme en 1922 à des métaphores péjoratives pour désigner l'ennemi : les ennemis sont des « poux » (*Läusen*), des « rats » (*Ratten*) ou des « campagnols » (*Wühlmäuse*) qui rongent les fondations de l'État⁷². S'y ajoute la comparaison des nouvelles méthodes employées par les ennemis avec la stratégie du cheval de Troie. Plus encore, cette stigmatisation de l'ennemi tend parfois – toujours en référence aux communistes, notons-le – vers la diabolisation : « le Mal est si proche », déclare ainsi le ministre Dehler pour inciter les députés à adopter rapidement son projet de loi⁷³. De façon assez paradoxale quand on connaît la violence des affrontements politiques sous Weimar, le discours autour de la loi de 1950 se révèle finalement chez les acteurs politiques encore plus « contaminé » par la logique de la lutte et de l'ennemi que cela n'était le cas en 1922. Cela peut certes s'expliquer par un consensus plus large autour de la démocratie et une détermination plus grande à la défendre, mais également par l'anticommunisme virulent des débuts de la Guerre froide. Et il n'est pas interdit non plus d'y voir l'impact de la période nazie, dont ce type de rhétorique et de métaphores étaient caractéristiques, sur le langage politique...

Ce consensus autour de la nécessité de mesures pénales et globalement de l'objet de la protection, dont il faut toutefois exclure les rares communistes, constituait une configuration nouvelle par rapport à Weimar. Cela n'empêcha pas pour autant que la loi ou certaines de ses

⁷⁰ Cf. Greve, 16 mars 1950, p. 1597, et *Entwurf 1*, p. 34.

⁷¹ Cf. *Entwurf 1*, p. 28 et 34 et parmi de nombreux exemples Greve et Donhauser (Bayernpartei) le 16 mars 1950, p. 1593 sqs. et 1607 ; Bausch et Arndt le 12 septembre, p. 3111 et 3118 ; Wahl et Kopf (CDU), vol. 8, 158^e séance, 9 juillet 1950, p. 6304 et 6330. Bausch et Donhauser parlent même des « ennemis mortels » (« *Todfeinde* ») de la démocratie. La loi opte pour l'adjectif « *verfassungsverräterisch* » (« traîtres à la constitution » ou « trahissant la constitution »). Cf. *Strafrechtsänderungsgesetz*, § 90.

⁷² Voir respectivement Greve, 16 mars 1950, p. 1596 ; Ewers (Deutsche Partei), 11 juillet 1951, p. 6481.

⁷³ « *Das Böse liegt so nah* ». Dehler, 12 septembre 1950, p. 3108. Pour l'évocation du cheval de Troie, *ibid.* Le député Bausch emploie quant à lui le terme de « *Bösewichter* » les « scélérats ». 12 septembre 1950, p. 3111.

dispositions fussent contestées, et parfois de façon très virulente. Une grande partie des critiques relèvent d'une problématique déjà abordée en 1922 : les tensions entre effectivité de la protection de l'État d'un côté et logique de l'État de droit de l'autre ou, pour citer de député Reismann du *Zentrum*, la difficulté à trouver « le juste milieu entre protection de l'État et protection de la personnalité libre »⁷⁴. Face à la logique de la punissabilité anticipée (puisque'il s'agit d' « avancer la ligne de défense »)⁷⁵ que l'on retrouve notamment dans les incriminations de création et de soutien à une organisation poursuivant des objectifs contraires à l'ordre constitutionnel⁷⁶, et face aux éléments subjectifs constitutifs d'infractions reposant avant tout sur « l'intention » de l'individu, de nombreuses voix, tant au *Bundestag* et au *Bundesrat* que de façon parfois encore plus virulente dans la presse et dans les milieux juridiques, s'élèvent pour mettre en garde contre une « loi-muselière » (*Maulkorbgesetz*)⁷⁷, une dérive vers un droit pénal sanctionnant non pas des actes, mais des convictions (*Gesinnungsstrafrecht*)⁷⁸ – des expressions déjà employées sous Weimar –, voire une dérive vers un « État policier » (*Polizeistaat*) ou même une « démocratie terroriste »⁷⁹. On dénonce aussi le recours à des « concepts élastiques » (« *Kautschukbegriffe* ») qui non seulement menacent les libertés individuelles, mais rendraient la tâche impossible pour les juges, auxquels on est de plus loin, vu le passif de l'institution judiciaire, de faire une confiance

⁷⁴ « *die rechte Mitte zwischen Schutz des Staats und Schutz der freien Persönlichkeit* ». 12 septembre 1950, p. 3120.

⁷⁵ Le terme de « *vorverlegen* » est très proche de celui de « *Vorverlagerung* » utilisé plus tard par Günter Jakobs pour décrire une des formes du droit pénal de l'ennemi et traduit par la notion d' « anticipation »

⁷⁶ § 129 du projet gouvernemental (*Entwurf I*, p. 13), qui vise toutes les organisations criminelles, puis § 90a du projet modifié par la commission (Erster Mündlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungswesen, *Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes*, 1. Wahlperiode, n° 2414, <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/024/0102414.pdf>) qui crée une incrimination spécifique liée aux visées anticonstitutionnelles, mais reste dans la même logique préventive. L'inculpation pouvait même précéder une décision constatant le caractère anticonstitutionnel de l'organisation en vertu de l'article 9 de la Loi Fondamentale.

⁷⁷ Cf. par exemple le ministre bavarois Josef Müller, *Verhandlungen des Bundesrates. Stenographische Berichte*, 25^e séance, 23 juin 1950, p. 430 (disponible en ligne sur le site du Bundesrat : <http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/plenarprotokolle/1950/Plenarprotokoll-25.pdf>) ; Ernst Friedländer, « Bonner Illusionen », *Die Zeit*, 23 mars 1950 (<http://www.zeit.de/1950/12/bonner-illusionen>).

⁷⁸ Voir par exemple le député Ewers, 12 septembre 1950, p. 3315 et 9 juillet 1951, p. 6481, et la résolution du Congrès des Juristes allemands (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 97). L'accusation est aussi récurrente du côté des communistes (et surtout du député Fisch), mais leur rejet fondamental de la RFA et les contre-vérités grossières qu'ils énoncent dans la droite ligne de la propagande soviétique ôtent pratiquement toute crédibilité à leurs critiques. C'est en tout cas l'aspect sur lequel insistent le plus les différents orateurs : on ne peut recourir qu'à des moyens compatibles avec les principes de la démocratie libérale.

⁷⁹ Pour la comparaison avec un État policier cf. Josef Müller au Bundesrat, 23 juin 1950, p. 430 ; « Neues Biedermeier Bonner Staatsschutzgesetz », *Die Zeit*, 25 juin 1950 (<http://www.zeit.de/1950/21/neues-biedermeier-bonner-staatsschutzgesetz>). L'expression « *terroristische Demokratie* » apparaît dans l'article « Bonner Illusionen » de la *Zeit* (*op. cit.*).

absolue, en tout cas au sein du SPD⁸⁰. En outre, comme sous Weimar, les critiques s'accompagnent souvent de comparaisons historiques : si les méthodes répressives du chancelier autrichien Metternich au début du XIX^e siècle ou celles du Moyen-âge sont évoquées, voire encore ponctuellement la loi antisocialiste de 1878, la comparaison dominante est néanmoins celle dénonçant une continuité avec la législation nazie, et notamment avec le décret sur la protection du peuple et de l'État de février 1933 ainsi qu'avec la « *Heimtückegesetz* » du 20 décembre 1934 (« Loi contre les attaques perfides [*heimtückisch*] contre l'État et le parti et pour la protection des uniformes du parti »)⁸¹.

Pour illustrer et comprendre cette contestation, on peut prendre un exemple qui cristallisa particulièrement les critiques lors de la première lecture du projet gouvernemental en septembre 1950 : l'incrimination nouvelle – et centrale, car elle incarnait cette volonté d'aller au-delà des dispositions pénales traditionnelles de protection de l'État – de *Verfassungstörung* (littéralement : « perturbation de la constitution »). Le § 90 du projet prévoyait ainsi une peine de prison pour « celui qui accomplit un acte visant à changer ou à perturber l'ordre constitutionnel de la République Fédérale allemande ou d'un de ces *Länder* », sans autre précision⁸². Les critiques formulées contre ce paragraphe sont d'autant plus intéressantes qu'elles transcendent les frontières entre les camps politiques ainsi que celles entre les acteurs politiques et les milieux juridiques. Ainsi le social-démocrate Arndt, le député FDP Euler, pourtant membre de la coalition gouvernementale, et le Congrès des Juristes soulèvent-ils tous le problème d'application et d'interprétation posé par une norme aussi floue⁸³. Quant au *Bundesrat*, il préconise purement et simplement, sous l'impulsion des deux rapporteurs Beyerle et Müller, tous deux membres de la CSU (parti aussi au gouvernement à Bonn), de supprimer ce paragraphe, dont il approuve certes l'intention

⁸⁰ Le problème que ces dispositions posent au juge est souligné par Josef Müller au Bundesrat, 23 juin 1950, p. 430, par Greve (qui insiste surtout sur la nécessité de pouvoir avoir confiance dans les juges à qui on confie une telle loi) le 16 mars 1950, p. 1597, par Ewers qui met en garde contre la contestation des futurs jugements (12 septembre 1950, p. 3115), ainsi que par Adolf Arndt dans ses interventions du 9 juillet 1951, p. 6306 et 6317, et du 11 juillet, p. 6480. C'est aussi une des deux principales critiques formulées lors du Congrès des juristes de 1950 (cf. l'exposé de Bader dans *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 28).

⁸¹ Cf. par exemple « Neues Biedermeier Bonner Staatsschutzgesetz », *op. cit.* (pour la comparaison avec Metternich) ; pour celle avec la loi antisocialiste von Merkatz (Deutsche Partei), 16 mars 1950, p. 1605 ; pour la référence à la *Heimtückegesetz* Donhauser, 16 mars 1950, p. 1607 et Paul (KPD), 12 septembre 1950, p. 3116.

⁸² *Entwurf 1*, p. 8.

⁸³ 12 septembre 1950, respectivement p. 3112 et 3117.

générale, mais qui nécessite un débat préalable au sein de l'opinion publique et avec les juristes⁸⁴.

Ce paragraphe, auquel le gouvernement ne veut pas renoncer, se retrouve ensuite au cœur des discussions de la commission des lois, qui remanie en profondeur le projet⁸⁵. Les dispositions pénales nouvelles visant la protection de la constitution et de la démocratie, qui dans la première version étaient dispersées dans plusieurs sections (haute trahison et perturbation de la constitution d'une part, dénigrement de l'État et des organes de l'État d'autre part) sont désormais regroupées dans une même section intitulée « *Staatsgefährdung* », soit « atteinte à la sûreté de l'État », concept qui remplace celui de « *Verfassungstörung* ». Cette section s'ouvre sur un paragraphe (§ 88) tentant de définir le plus précisément possible les éléments constitutifs de l'infraction : y est dressée une liste des principes constitutionnels (*Verfassungsgrundsätze*) devant servir de critères pour établir s'il y a bien ou non « atteinte à la sûreté de l'État » : l'exercice de la souveraineté du peuple lors d'élections, la soumission du pouvoir législatif et exécutif à la loi et au droit, le droit à la formation d'une opposition, la responsabilité du gouvernement devant le Parlement et l'indépendance des tribunaux, auxquels est ajoutée, dans la version finale la loi⁸⁶, l'exclusion de tout régime basé sur la violence et l'arbitraire (*Gewalt- und Willkürherrschaft*). C'est l'intention de vouloir abolir au moins un de ces principes constitutionnels qui détermine s'il y a ou non atteinte à la sûreté de l'État. Si les débats sur la formulation et la liste elle-même des principes constitutionnels sont longs et parfois tendus, cette solution finit par globalement satisfaire tout le monde⁸⁷. Il est toutefois difficilement compréhensible que le terme de *Staatsgefährdung* ait pu faire consensus dans la mesure où il était apparu pour la première fois... dans le décret d'urgence nazi « pour la protection du peuple et de l'État » de février 1933⁸⁸ !

Si les lignes de front apparaissent donc moins figées que sous Weimar et si l'on retrouve des préoccupations et des argumentations similaires dans tous les camps politiques, il

⁸⁴ Cf. *Verhandlungen des Bundesrats*, 23 juin 1950, p. 430, ainsi que les propositions de modifications faites par le Bundesrat et incluses en annexe du projet présenté en première lecture (*Entwurf 1*, p. 60 sq). Voir aussi les critiques formulées par les juristes lors de leur Congrès, *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 33, 43 sq., 58.

⁸⁵ Voir la référence note 76.

⁸⁶ Toujours dans le § 88.

⁸⁷ Cette liste a ensuite été reprise et ainsi entérinée par la Cour constitutionnelle fédérale dans son jugement sur l'interdiction du *Sozialistische Reichspartei* (SRP), un parti néonazi, en 1952.

⁸⁸ Cf. supra. Ce décret devait permettre de riposter contre les « actes de violence communistes menaçant la sûreté de l'État » (« *staatsgefährdend* »). Norbert Frei parle à ce sujet d'une « inconséquence terminologique ». *Op. cit.*, p. 323.

ne faut toutefois pas pour autant négliger les dissensions qui se font jour entre le gouvernement et les sociaux-démocrates. Le SPD aurait ainsi souhaité conserver l'intitulé de son propre projet, « loi contre les ennemis de la *démocratie* », alors que le gouvernement voulait au départ que la loi s'appelle « loi pour la protection de l'État »⁸⁹. Ces questions de dénomination sont une fois encore révélatrices de divergences politiques et idéologiques. La lecture attentive du projet social-démocrate fait ainsi ressortir trois tendances spécifiques : premièrement, l'idée que les ennemis sont d'abord à droite⁹⁰ ; deuxièmement, celle que la menace peut venir de l'intérieur même des institutions : le § 4 introduit ainsi le délit de « *Verfassungsbruch* » (« atteinte à la constitution ») dans le cadre du service public ; enfin, l'accent est clairement mis sur la protection de l'individu et de ses libertés : dans le § 5 qui évoque la participation à une organisation ennemie de la démocratie, un des éléments constitutifs de l'infraction est l'atteinte à la liberté des citoyens dans la mesure où elle vise le droit de vote et les droits fondamentaux que sont l'égalité devant la loi, la liberté de conscience et la liberté d'expression ; de même, le § 9 met l'accent sur la protection contre les atteintes à la dignité humaine et aux droits de l'homme. Lors de la première lecture, Arndt s'insurge contre l'affirmation de Dehler selon laquelle il « faut faire des sacrifices en matière de liberté pour conserver la liberté »⁹¹ : « Nous ne devons pas oublier », lui réplique le social-démocrate, « que nous voulons protéger la liberté et que nous n'avons pas le droit de tenter d'escamoter la liberté par des mesures pénales pour qu'à la fin il ne reste plus rien à protéger »⁹².

Dans le discours et le projet du gouvernement, en revanche, l'objet de la protection semble être davantage l'État et ses institutions que la liberté individuelle⁹³. Arndt dénonce une tendance à une protection excessive de l'autorité (*Obrigkeitschutz*) qui se manifeste par exemple dans le paragraphe très controversé sur la « perturbation de la justice » (*Störung der Rechtspflege*, § 137 b). Celui-ci devait sanctionner les tentatives d'intimidation sur des membres d'un tribunal ou un témoin et les comptes-rendus erronés sur les procédures et visait

⁸⁹ Cf. R. Schiffers, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁰ En lien étroit avec l'affaire Hedler, comme l'illustre le § 10 qui sanctionne ceux qui ne respectent pas la mémoire des combattants de la résistance ou des victimes du nazisme, ou nient le caractère condamnable du génocide ou de la persécution raciale.

⁹¹ « *Freiheitsopfer bringen, um die Freiheit zu bewahren* ». 12 septembre 1950, p. 3105.

⁹² *Ibid.*, p. 3118.

⁹³ Voir aussi Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961)*, Bonn, Verlag J.H.W. Dietz Nachf., 1991, p. 220. Quand on analyse en détail le lexique employé, on constate d'ailleurs qu'alors que les députés SPD parlent quasi exclusivement des « ennemis de la démocratie » et de « protection de la démocratie », le ministre Dehler ainsi que les députés des partis au gouvernement ont tendance à parler plus souvent de la protection de « l'État » ou de sa préservation (« *Staatserhaltung* »), de même que des ennemis de l'État (« *Staatsfeinde* » ou « *Feinde des Staats* »).

à limiter la critique de la justice dans les médias tant qu'une procédure était en cours (donc y compris entre un premier jugement et le procès en appel). Si Arndt concevait qu'il pût y avoir parfois conflit entre l'indépendance de la justice et la liberté d'expression, il était cependant exclu pour lui de le résoudre par le droit pénal et « de bâillonner (*knebeln*) l'opinion publique de cette manière »⁹⁴. Là encore, la perspective historique est indispensable pour comprendre les débats : on a en effet affaire à un prolongement ou une réactivation de la controverse weimarienne autour de la critique de la justice. Dans les années 1920, les juristes et journalistes républicains défendaient la critique, considérée comme un élément inhérent à la démocratie et rendu d'autant plus nécessaire par la multiplication des jugements contestables dans les procès politiques. Mais la grande majorité de l'institution judiciaire, elle, voyait alors dans la critique de la justice une atteinte illégitime à son autorité et la véritable source de la crise de la justice : la cause du problème n'était pas la justice, mais ceux qui la critiquaient de façon démesurée. Or, on voit bien ici que cette méfiance envers la critique de l'opinion publique d'un côté, envers la justice de l'autre, persiste encore largement en 1950. Cela n'avait rien de surprenant compte tenu de la très forte continuité au sein du personnel du ministère de la justice et au sein du corps des juristes en général⁹⁵. Mais cela souligne aussi la persistance de divergences sur l'identité de l'ennemi et l'origine du danger ou de la menace. Comme Arndt le formula sur un ton polémique en critiquant les mesures selon lui trop généreuses de protection des organes de l'État prévue dans le projet, il fallait prendre garde à ce qu'une loi contre les ennemis de la démocratie ne se transformât pas en une « loi contre la démocratie »⁹⁶ – autrement dit, prendre garde à ne pas se tromper d'ennemi. On constate cependant que là encore, les lignes de front et les mentalités avaient évolué depuis Weimar, puisque le paragraphe 137b se heurta à une opposition massive au-delà du SPD, notamment

⁹⁴ 12 septembre 1950, p. 3119.

⁹⁵ Un exemple emblématique de cette continuité est le cas de Josef Schafheutle, un des principaux conseillers chargés de l'élaboration du projet de loi. Il avait participé à l'élaboration du code de procédure pénale sous le nazisme et rédigé un commentaire des réformes pénales de 1933. Son passé ne fut pas évoqué pendant les débats, ce qui dans le contexte de l'époque n'est pas surprenant : il était en effet loin d'être un cas unique. Le cas du ministre Dehler, ancien avocat, puis brièvement juge de 1947 à 1949, est très différent puisqu'il n'avait pas du tout été compromis sous le nazisme : néanmoins il avait été lui aussi formé sous l'Empire et sous Weimar et exprima à plusieurs occasions, comme dans le contexte de l'affaire Hedler évoquée plus haut, sa solidarité avec les juges allemands, et ce y compris concernant leur attitude sous le nazisme.

⁹⁶ 9 juillet 1951, p. 6317. Dans l'exposé des motifs, le projet gouvernemental soulignait aussi (voir *Entwurf I*, p. 28) que le danger pouvait aussi venir de l'intérieur des partis démocratiques dans le cas où « les passions politiques » troublent la perception et mènent à l'intolérance. Une telle remarque témoigne de la persistance d'une méfiance générale envers les partis qui était un topos des critiques de la démocratie pluraliste sous Weimar.

au *Bundesrat* et dans la presse⁹⁷, et fut même critiqué jusque dans les milieux judiciaires⁹⁸. Il fut d'ailleurs finalement supprimé par la commission des lois malgré l'opposition du ministre de la Justice.

Il faut avoir à l'esprit ces divergences quand on analyse certaines critiques formulées lors du débat sur le projet de loi SPD en mars 1950. Certes, il faut se garder de toute vision idéalisée de ce texte. Il était en effet loin d'éviter tous les écueils auxquels s'est heurté ensuite le projet gouvernemental. Ainsi, l'élément subjectif (l'intention) constitutif de l'infraction y est plusieurs fois défini comme le fait d'agir « par hostilité envers la démocratie » (« *aus Feindschaft gegen die Demokratie* »)⁹⁹. On peut légitimement demander si une telle norme, à l'image de celle de « *Verfassungsstörung* », aurait été vraiment compatible avec l'exigence de sécurité juridique et applicable pour les juges sans risque de dérive. Il serait donc quelque peu caricatural d'opposer d'un côté un projet SPD totalement conforme aux exigences de l'État de droit et un projet gouvernemental en contradiction avec celles-ci¹⁰⁰. Les limites du texte ne suffisent pourtant pas expliquer pourquoi ses détracteurs font preuve d'une telle virulence. Ainsi le député du *Deutsche Partei* von Merkatz dénonce-t-il le « noyau terroriste et caractéristique de l'État policier » (« *den terroristischen und polizeistaatlichen Kern* ») du texte, produit d'un « esprit jacobin » (en référence à la Terreur) et propre à faire rejaillir les spectres du passé¹⁰¹. Même le plus centriste Kiesinger (CDU) met ses collègues en garde en rappelant que sans le fondement du droit, la démocratie tombe dans la « barbarie »¹⁰². Ce discours n'est pas sans évoquer, à un degré certes moindre, le pathos et les accents dramatiques de celui des députés DNVP sous Weimar. Or, on cherche en vain des attaques aussi violentes de ces mêmes élus contre le projet de loi gouvernemental, qui posait pourtant le même type de problèmes. Par ailleurs, comment ne pas remarquer les contradictions dans le discours de Thomas Dehler lui-même, qui en mars 1950 se distancie clairement du projet de loi social-démocrate, appelant à ne pas « museler la démocratie » (« *der Demokratie den Maulkorb anzulegen* »), pour six mois plus tard affirmer que les « idées précieuses » de ce texte ont été largement reprises dans son projet de loi et qu'il faut être prêt à sacrifier la liberté

⁹⁷ Avec des arguments similaires à ceux avancés par Arndt. Cf. « In voller Revolution », *Der Spiegel*, 1^{er} juin 1950, p.5-7 ; Müller et Beyerle au *Bundesrat*, 23 juin 1950, p. 430 et 432.

⁹⁸ Certes, une des résolutions du Congrès des Juristes souligne la nécessité de renforcer « l'autorité de la justice » en interdisant d'anticiper dans la presse des décisions judiciaires (*Der Schutz des Staates*, *op. cit.* p. 97). Néanmoins, plusieurs participants comme le procureur général Bader rejettent le 137b, ou tout au moins jugent que le projet de loi va trop loin (*ibid.*, p. 36-37, p. 45-46).

⁹⁹ Cf. *Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*, § 5 et 6.

¹⁰⁰ Cf. D. Gosewinkel, *op. cit.*, p. 214.

¹⁰¹ 16 mars 1950, p. 1606. Von Merkatz établit une continuité avec la loi antisocialiste de 1878 et la loi de 1922.

¹⁰² *Ibid.*, p. 1600.

pour la sauver?¹⁰³ Ces inflexions ne peuvent s'expliquer que par des facteurs politiques et idéologiques : d'une part le déplacement d'accent vers l'adversaire communiste, d'autre part un texte gouvernemental où persiste sous les dehors de la nouveauté une conception conservatrice de la protection de l'autorité de l'État.

Il n'en reste pas moins que malgré toutes les critiques exprimées pendant les débats au *Bundestag*, les députés SPD votèrent finalement la loi alors que très peu de leurs requêtes avaient été satisfaites. L'adhésion à la *streitbare Demokratie* et la conviction profonde de la nécessité de mesures pénales pour défendre la RFA avaient clairement, à l'instar de ce qui s'était passé pour Radbruch en 1922, triomphé de leurs réserves vis-à-vis de certaines mesures.

Conclusion

Nous concluons cette analyse par deux séries de remarques. La première porte sur la pertinence de la perspective comparative pour le cas allemand. Celle-ci souligne tout d'abord l'ancienneté et la récurrence de la problématique des mesures pénales contre « l'ennemi » dans l'histoire allemande et permet de mieux appréhender les évolutions dans la conception du droit pénal politique. Sans le détour par Weimar, on ne peut pas comprendre les débats de 1950/51 et la logique de la démocratie combative dans laquelle s'inscrit la Loi de modification du Code Pénal. L'analyse des discours montre en outre bien la complexité de débats où un même argument peut changer de fonction stratégique et politique suivant le contexte et la position de celui qui l'avance. Il est ainsi bien trop simplificateur et même impossible de réduire ces discussions à un affrontement entre défenseurs de l'État de droit et des libertés et ceux qui seraient prêts à les violer au nom de la raison d'État. Suivant les questions abordées (nécessité de mesures pénales, protection de la République ou de l'État sur Weimar, etc.), les débats sont traversés par des lignes de front qui ne sont pas toujours superposables.

La seconde série de remarques concerne les évolutions discursives constatées entre les deux périodes. Dans les deux cas, la légitimité du recours à des mesures pénales ne fut pas vraiment remise en question : pour les contemporains, il était clair que l'État avait le droit – et même le devoir – de se défendre, et la rhétorique de la lutte est justement un des points communs entre les deux périodes. La comparaison fait cependant apparaître un déplacement

¹⁰³ Respectivement 16 mars 1950, p. 1597 et 12 septembre 1950, p. 3105. Arndt rejette d'ailleurs toute « paternité » du SPD (*ibid.*, p. 3117). Ces contradictions sont aussi soulignées par N. Frei, *op. cit.*, p. 322 sq.

d'accent : sous Weimar, la large majorité avec laquelle la loi de 1922 fut adoptée dissimulait mal l'absence de consensus sur ce qu'il fallait protéger et contre qui. Ce problème n'est certes pas entièrement résolu en 1950, comme le montrent les passes d'armes entre Dehler et Arndt, mais le curseur se déplace vers la question du comment : comment peut-on défendre au mieux la démocratie (que l'on veut défendre, cela ne fait aucun doute) sans pour autant menacer la liberté ? C'est ce dilemme, voire cette « antinomie insoluble »¹⁰⁴ qui explique le sentiment illustré par le titre d'un article du *Spiegel* citant le député Ewers à l'issue du vote de la loi : « Cela nous met mal à l'aise »¹⁰⁵. Rares sont cependant ceux qui, à l'instar du procureur général Richard Schmid, problématisent fondamentalement l'existence même d'un droit pénal politique en affirmant que l'objectif devrait être de retirer à la criminalité politique l'attribut même de politique afin qu'il n'y ait plus que des criminels tout court, et non une catégorie à part de criminels-ennemis politiques¹⁰⁶. Ce n'est que plus tard, alors que la démocratie ouest-allemande avait fait preuve d'une stabilité que n'avait jamais pu atteindre celle de Weimar et parallèlement à une libéralisation de la culture politique, que la contestation se fit bien plus radicale et massive. On le vit lorsque la question de la protection de l'État se retrouva de nouveau à l'ordre du jour, tout d'abord dans la seconde moitié des années 1960 avec le débat sur les lois d'urgence qui nourrit la contestation du mouvement étudiant, puis avec les mesures adoptées dans le contexte du terrorisme de la Fraction Armée Rouge dans les années 1970.

¹⁰⁴ Le procureur Bader, in *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁵ « *Uns ist nicht wohl dabei* », *Der Spiegel*, 18 juillet 1951, p.10-12. Ewers n'est pas le seul cité : les propos d'Arndt ou encore Reismann vont dans le même sens.

¹⁰⁶ R. Schmid, *op. cit.*, p. 337. Dans le même sens K. Bader, in *Der Schutz des Staates*, *op. cit.*, p. 30.