



HAL
open science

Le juge, la politique et la démocratie: analyse comparative du discours des élites juridiques sous Weimar et dans l'après-guerre

Nathalie Le Bouedec

► **To cite this version:**

Nathalie Le Bouedec. 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 : revue française d'information sur l'Allemagne*, 2014, 2014 (208), p. 31-43. 10.3917/all.208.0031 . hal-01078091

HAL Id: hal-01078091

<https://hal.science/hal-01078091v1>

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 Attribution - NonCommercial 4.0 International License

Le juge, la politique et la démocratie : analyse comparative du discours des élites juridiques sous Weimar et dans l'après-guerre

Nathalie Le Bouëdec*

« La nouvelle époque réclame de nouveaux juristes » ; « Nous avons besoin d'une autre magistrature, nous avons besoin d'autres juristes »¹. Ces deux affirmations, quoique similaires, ne datent pourtant pas de la même époque : la première figure dans le texte inaugural de *Die Justiz*, revue de l'Association des juges républicains (*Republikanischer Richterbund*), paru en 1925, et porte l'empreinte de deux professeurs de droit sociaux-démocrates, Hugo Sinzheimer et Gustav Radbruch ; la seconde est extraite d'une intervention au *Bundestag* du député social-démocrate et avocat Otto Heinrich Greve lors du débat sur le budget de la justice du 23 mars 1950. Elles mettent en évidence ce qui justifie le thème de la présente étude et l'approche comparative qui y est adoptée : l'existence, dans ces deux périodes de transition démocratique que furent la République de Weimar et les années post-1945, d'un débat sur la fonction des juristes, et plus particulièrement du juge, dans le nouvel État².

Qu'est-ce que la démocratie change ou doit changer – ou non – pour le juge, pour la conception de sa fonction et de sa place dans l'État et la société ? Pour comprendre pourquoi, aux deux époques, on n'hésite pas à qualifier cette question de « vitale »³, il faut tout d'abord rappeler qu'un changement de régime politique a nécessairement un impact sur le rapport entre les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire : à travers la question du statut des juges et notamment de leur indépendance, on débat ainsi de la nature même de l'État. En outre, le contexte favorise dans les deux cas l'inflation des procès à caractère politique,

* Maître de conférences en civilisation allemande à l'université de Bourgogne. Auteur d'une thèse sur le juriste Gustav Radbruch (*Gustav Radbruch. Juriste de gauche sous la République de Weimar*, Québec, PUL, 2011), elle travaille actuellement sur les discours sur la justice et sa démocratisation sous Weimar et dans l'après-guerre.

¹ « *Die neue Zeit will neue Juristen* » : « Was wir wollen », *Die Justiz*, 1925, I, reproduit dans H. Sinzheimer et E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Neuwied, Berlin, Luchterhand, 1968, p. 22 ; « *Wir brauchen [...] einen anderen Richterstand, wir brauchen andere Juristen* » : voir *Verhandlungen des Deutschen Bundestages. Stenographische Berichte*, vol. 3, 50. Sitzung, 23 mars 1950, p. 1789. Toutes les traductions vers le français ont été faites par l'auteur. Nous faisons figurer les citations originales quand cela nous paraît particulièrement pertinent pour l'analyse du discours.

² Précisons d'emblée que nous ne traiterons pas de l'évolution en zone d'occupation soviétique puis en RDA et qu'au vu de l'avancement de notre recherche, nous nous cantonnerons aux années 1945-52.

³ « *Lebensfrage* ». Voir le député du *Zentrum* et avocat Johannes Bell au *Reichstag* le 25 janvier 1921, *Verhandlungen des Reichstags. Stenographische Berichte*, vol. 347, 56. Sitzung, p. 2121 ou le juriste social-démocrate Adolf Arndt, *Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, vol. 7, 133. Sitzung, 11 avril 1951, p. 5136.

souvent objets de vives polémiques, qui placent les discussions sur le juge au cœur du débat public, comme l'illustre l'omniprésence dans les années 1920 du slogan de « crise de confiance en la justice » (*Vertrauenskrise der Justiz*) qui ressurgit précisément après 1945. Enfin, la magistrature allemande se distingue au niveau de son personnel par une remarquable continuité par-delà les quatre régimes de la première moitié du XX^e siècle.

Cette continuité ayant déjà été largement établie et commentée⁴, notre étude s'interroge sur l'évolution des élites juridiques non pas à partir des personnes ou des institutions, mais à partir des discours. Par « élites juridiques », nous entendons en premier lieu les juges des tribunaux des plus hautes instances et les représentants des juristes au sein des organisations professionnelles, mais également les plus hauts représentants de l'administration judiciaire (*Justizverwaltung*), dont en premier lieu les ministres de la justice, ainsi que les professeurs de droit, auxquels le double statut de juriste et d'universitaire confère un statut privilégié ; enfin, il semble justifié d'inclure dans ce groupe les juristes parlementaires car s'ils ne comptent pas nécessairement parmi les juristes les plus éminents, leur discours, qu'il soit sollicité et perçu comme un discours d'expert légitime et/ou se fasse le porte-parole des intérêts de la corporation, bénéficie d'une résonance particulière. Les discours de ces élites sont ici essentiellement étudiés à partir de trois sources : les principales revues juridiques, les comptes-rendus des congrès de juristes et les protocoles des débats parlementaires, sans oublier de façon plus ponctuelle des prises de position dans la presse généraliste qui témoignent de l'écho rencontré par ces questions dans la sphère publique. Il ne s'agit pas ici de procéder à une analyse linguistique, mais d'envisager de façon systématique ces discours dans leur contexte politique, social et idéologique et de considérer leur fonction stratégique dans ce contexte spécifique. L'objectif est de montrer quels paradigmes du juge en démocratie se dégagent aux deux époques et quel rapport de force existe entre eux pour finalement s'interroger sur l'évolution de la culture politique d'élites dont le maintien avait constitué, au même titre que celui des élites militaires et administratives, une sérieuse hypothèque pour la République de Weimar⁵.

Weimar : la forme de l'État doit-elle jouer un rôle pour le juge ?

La position et la fonction du juge font sous Weimar l'objet de débats à la fois très conflictuels et très déséquilibrés entre un discours dominant, que l'on peut qualifier de

⁴ On peut renvoyer ici à l'article de Marie-Bénédicte Vincent dans ce même numéro.

⁵ Comme l'ont souligné de nombreux historiens, par exemple Heinrich August Winkler, *Von der Revolution bis zur Stabilisierung. Arbeiter und Arbeiterbewegung in der Weimarer Republik 1918-1924*, Berlin, Dietz, ²1985, p. 75.

« réactionnaire » et un discours « réformateur » ou « rénovateur » très minoritaire. Cette opposition s'incarne institutionnellement et médiatiquement dans l'existence de deux organisations concurrentes et de leurs revues respectives : d'un côté, le *Deutscher Richterbund*, l'Association des juges allemands formée sous l'Empire, et sa revue la *Deutsche Richterzeitung*⁶, de l'autre le *Republikanischer Richterbund*, fondé en 1922, qui crée trois ans plus tard la revue *Die Justiz. Zeitschrift für Erneuerung des deutschen Rechtswesens* (Revue pour la rénovation du droit et de la justice allemands). Pour comprendre cette configuration, il faut bien avoir à l'esprit que la magistrature héritée de l'Empire et sur laquelle le président Ebert et le SPD choisirent de s'appuyer présentait une très forte homogénéité à la fois sociologique et idéologique – dans l'esprit de l'État autoritaire (*Obrigkeitsstaat*) – favorisée par une formation très sélective socialement⁷. L'indépendance des juges, qui se traduit dans leur irrévocabilité et inamovibilité, s'était quant à elle vue renforcée par son inscription dans la constitution.

Pour analyser ces discours concurrents et les formes que prend leur confrontation, on peut partir d'un exemple caractéristique : la controverse consécutive au fameux jugement de Magdebourg de décembre 1924.

Acte I : Le président du *Reich* dépose plainte en diffamation contre Erwin Rothardt, rédacteur du journal *Mitteldeutsche Presse*, qui a publié une lettre accusant Ebert d'avoir commis un acte de trahison (*Landesverrat*) en participant à une grève dans une fabrique de munitions début 1918. Le tribunal admet dans son jugement qu'Ebert n'est bien intervenu dans cette grève que pour y mettre fin, mais estime néanmoins qu'il s'est bien rendu coupable de trahison au sens « juridique » du terme. Par conséquent, le journaliste n'est condamné que pour simple diffamation formelle et c'est Ebert qui fait figure de véritable condamné.

Acte II : vague d'indignation dans le camp républicain : un juge député du parti démocrate DDP dénonce ainsi la partialité de magistrats qui ne jugent pas « sur la base de l'ordre étatique républicain⁸ ». Quant au juge Wilhelm Kroner, président du *Republikanischer*

⁶ Il faut aussi mentionner la *Deutsche Juristen-Zeitung*, qui si elle n'est pas liée au *Deutscher Richterbund*, incarne elle aussi le discours dominant.

⁷ Voir les analyses du juriste social-démocrate Ernst Fraenkel : *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927), dans E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, Darmstadt, Wiss. Buchgesellschaft, 1968, p. 8 sq. Sur la formation voir Marie-Bénédicte Vincent, « Facultés de droit en crise : formation et socialisation des élites allemandes sous la République de Weimar », *Astériorion* [en ligne], 4, 2006, <http://asterion.revues.org/627>. Non seulement s'ajoutaient aux six semestres (au minimum) d'étude les années de formation pratique non rémunérée, mais après le second examen d'État les futurs juges n'étaient d'abord que de simples *Assessoren* et devaient attendre plusieurs années avant de percevoir un traitement.

⁸ « auf dem Boden der republikanischen Staatsordnung ». Brodauf, « Was lehrt Magdeburg? », *Vossische Zeitung* du 27 décembre 24, cité dans *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)*, 1925, 17, col. 111.

Richterbund, il estime que les « juges d'un État démocratique qui entreprennent de couvrir ainsi lâchement [...] d'infamie le chef de l'État, se couvrent eux-mêmes d'infamie⁹ ».

Acte III: deuxième vague d'indignation, dirigée cette fois contre Kroner¹⁰. L'Association des juges prussiens (*Preußischer Richterverein*) l'accuse d'avoir « porté un coup sévère au prestige de la magistrature »¹¹, mis en danger l'autorité de l'État et porté atteinte à l'indépendance de la justice. Même son de cloche du côté du directeur de la *Deutsche Juristen-Zeitung*, Otto Liebmann, qui reproche à Kroner d'avoir fait ce qu'un juge n'a surtout pas le droit de faire : dénigrer sa propre corporation devant le peuple¹². Mais au-delà de Kroner, la cible est bien le *Republikanischer Richterbund*, accusé d'être une organisation partisane et « politique ». Or, « pour tous ceux pour qui la justice est au-dessus de la politique et pour qui la véritable justice est encore le fondement d'un État [...] et l'indépendance du juge le bien suprême, pour tous ceux-là il n'y a qu'un seul type de juges : les juges qui ne regardent ni vers la gauche, ni vers la droite¹³ ».

Ces réactions sont très représentatives du discours dominant au sein des élites juridiques weimariennes, que l'on peut essayer de synthétiser ici en trois traits fondamentaux. Le premier est l'idée que les juges forment un corps ou une corporation (*Stand*) au prestige particulier dont l'autorité doit être absolument protégée. La solidarité entre juges doit ainsi prévaloir en toutes circonstances. La constance avec laquelle les juges revendiquent la reconnaissance et le respect auxquels ils estiment avoir droit est également frappante : après tout, n'est-ce pas grâce à eux et aux autres fonctionnaires que le pays n'a pas sombré dans le chaos en 1918¹⁴ ? Cette mentalité de corps très affirmée se traduit en outre par l'opposition aux tentatives d'élargir l'accès aux professions juridiques. En 1922, la proposition social-démocrate d'autoriser des personnes n'ayant pas suivi le cursus universitaire traditionnel à passer les examens d'État (*Erstes et Zweites Staatsexamen*) déclenche une levée de boucliers contre ce que l'on considère comme une tentative de saper les fondements de la

⁹ « Richter des Freistaats, die es unternehmen, das Oberhaupt des Staates in der dargelegten Art [...] infamieren zu wollen, infamieren sich selbst. » Vossische Zeitung du 24 décembre 1924, cité dans *DRiZ*, 1925, 17, col. 114.

¹⁰ Qui déboucha sur un procès en diffamation et une lourde amende. L'amnistie dont bénéficia Kroner et sa nomination ultérieure au tribunal administratif de Prusse continuèrent ensuite d'alimenter la polémique.

¹¹ « dem Ansehen des deutschen Richterstandes einen schweren Schlag versetzt ». Déclaration du 22.10.1925 citée dans *Die Justiz*, 1925-1926, I, p. 230.

¹² Otto Liebmann, « Offener Brief an den Reichsjustizminister a. D. Herrn Dr. Gustav Radbruch », *Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ)*, 1926, 31, col. 147.

¹³ « Für alle, denen die Justiz höher steht als die Politik, und für die die wahre Gerechtigkeit noch immer das Fundament eines [...] Staatswesens, das höchste Gut die richterliche Unabhängigkeit ist, für alle diese gibt es nur eine Art von Richtern: den Richter, der weder nach links noch nach rechts schießt. » *Ibid.*, col. 149.

¹⁴ Voir le discours de von Staff, président du *Deutscher Juristenbund*, en décembre 1919, cité dans *DJZ*, 1920, 25, col. 109 ; Düringer (également député du DNVP), « Die Politisierung der Justiz », *DJZ*, 1922, 27, col. 522.

magistrature¹⁵. Cette conviction de former un corps à la fois à part et essentiel implique également, comme l'explique en 1926 le Président du *Reichsgericht*, le plus haut tribunal allemand, que le juge « n'a pas à répondre de ses actes devant l'opinion publique »¹⁶. Ces prises de position sont à l'opposé de la nouvelle conception de la place du juge en démocratie défendue dans *Die Justiz* : celle d'un juge qui ne se confine pas dans son isolement sociologique, mais se considère comme « le porte-parole de la conscience juridique [*Rechtsgewissen*] vivante de la nation » – c'est-à-dire du peuple – et accepte la légitimité de la critique de l'opinion publique¹⁷.

Un deuxième trait distinctif du discours dominant, que mettent bien en évidence les propos de Liebmann, est le paradigme du juge apolitique « au-dessus des partis ». « *Unpolitisch* », « *unparteiisch* », « *über den Parteien* », de même que l'aversion pour la « politique de parti » (*Parteilichkeit*), le péché par excellence du juriste, sont ainsi de véritables leitmotivs¹⁸. Ce discours s'avère une stratégie très efficace pour discréditer les idées du *Republikanischer Richterbund*, aussitôt dénoncées comme des tentatives de politisation de la justice en contradiction avec le devoir de neutralité et d'indépendance. Le commentaire publié par le président du *Deutscher Richterbund*, Max Reichert, à l'occasion de la naissance de *Die Justiz* est à ce titre exemplaire : « Le juge », explique-t-il, « doit dans la vie de l'État comme dans un procès s'élever jusqu'à la hauteur d'une vision de monde au-dessus des partis »¹⁹, ce que ne font évidemment selon lui ni le *Republikanischer Richterbund*, organisation partisane, ni sa revue.

Au niveau de la forme du discours, il faut également souligner la récurrence d'éléments caractéristiques tels que la forte tendance au pathos et à la dramatisation et le recours à une langue métaphorique. Le vocabulaire utilisé pour évoquer le rapport à la politique – la justice doit rester « pure »²⁰, le point de vue des critiques est « contaminé par la politique » (*politisch*

¹⁵ Voir les propos du juge Warmuth et du professeur Wilhelm Kahl le 23 février 1922, *Verhandlungen des Reichstags*, vol. 353, 176. Sitzung, p. 6024 et 6032 ; de Niem, « Einheitsfront der Juristen. Ein Neujahrswunsch », *DRiZ*, 1922, 14, col. 4-5.

¹⁶ « *Dem Richter steht es nicht an, für das, was er tut, sich in der Öffentlichkeit zu verantworten.* » Discours du président du Reichsgericht Walter Simons le 9.11.1926, cité dans *DJZ*, 1926, 31, col. 1666.

¹⁷ Cf. « Was wir wollen », *op. cit.*, p. 22 ; sur la légitimité de la critique, voir W. Kroner, « Müssen wir loben? », *Die Justiz*, 1925-26, I, p. 318.

¹⁸ Ce paradigme hérité de l'Empire (qui permettait de légitimer l'indépendance du pouvoir « au-dessus des partis » vis-à-vis du Parlement) caractérise alors une grande partie des élites intellectuelles et notamment universitaires.

¹⁹ « *sich zur Höhe einer Weltanschauung emporheben, die über den Parteien steht* ». Max Reichert, « Umschau », *DRiZ*, 1926, 18, col. 23.

²⁰ Voir le professeur Adolf Wach, « Die Rechtspflege im sozialen Volksstaat », *DJZ*, 1919, 24, col. 5 : « *Der Schild der Justiz soll auch in der Demokratie rein sein von den Flecken [...] der Parteilichkeit* » ; ou en 1934 le président du *Deutscher Richterbund*, Carl Linz, se vantant que les juges aient su garder la justice « pure » (*rein*) en la préservant des « errements politiques » (cité par Manfred Walther, « Hat der juristische Positivismus die

infiziert)²¹ – mériterait d'ailleurs à lui seul une analyse spécifique qui dépasserait le cadre de cette contribution. Autre métaphore récurrente : celle du bastion ou rempart (*Bollwerk*)²² protégeant les sacro-saints principes de la profession ; les juristes sont ainsi appelés à « faire front » pour empêcher « la catastrophe » (*Unheil*)²³. Du côté du *Republikanischer Richterbund* et de *Die Justiz*, pourtant, on ne remet pas en cause l'indépendance des juges – seuls les communistes du KPD et les socialistes indépendants de l'USPD le font vraiment, nourrissant ainsi les prophéties à la Cassandra de leurs adversaires qui ne font pas ou ne veulent pas toujours faire la distinction. Le problème est que les deux camps n'ont pas la même conception de ce principe. Pour Hugo Sinzheimer, l'une des figures de *Die Justiz*, l'indépendance ne se réduit pas à une question juridique et formelle, mais est d'abord un problème d'ordre sociologique²⁴. Le juge ne devient réellement indépendant que lorsqu'il a pris conscience des éléments qui influencent son jugement et qu'il est capable de comprendre des individus raisonnant selon un autre système de valeurs que le sien – cas auxquels les juges weimariens étaient fréquemment confrontés, en particulier dans les procès politiques. C'est l'objectif de la « réforme du juriste » (*Juristenreform*) réclamée dans les pages de *Die Justiz*. C'est aussi dans cette perspective qu'il faut interpréter l'exigence, formulée dans l'appel fondateur du *Republikanischer Richterbund*, d'une magistrature faisant preuve d'un nouvel intérêt pour la politique²⁵ : la compréhension de la vie politique est considérée comme une condition essentielle pour que le juge puisse accomplir sa tâche dans le contexte du nouvel État. Faute d'évolution dans ce domaine, le soi-disant point de vue « au-dessus des partis » ne peut, comme aime à le répéter Radbruch, que rester une illusion empêchant toute distance critique envers ses propres opinions ainsi que l'intégration dans la démocratie.

Cela nous amène à la troisième caractéristique du discours dominant au sein des élites juridiques : si Liebmann ou Reichert reprochent au *Republikanischer Richterbund* de vouloir politiser la justice, c'est parce qu'il n'y a pas consensus autour du principe qui est au cœur de l'action de l'association : les juristes doivent appliquer le droit dans l'esprit (*Geist*) dans lequel il a été créé. Par conséquent, « dans une Allemagne républicaine et démocratique, la

deutschen Juristen im Dritten Reich wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These », dans R. Dreier, W. Sellert (éd.), *Recht und Justiz im «Dritten Reich»*, Francfort/M., Suhrkamp, 1989, p. 333).

²¹ Wilhelm Kahl au *Reichstag* en mars 1925, cité dans *DRiZ*, 1925, 17, col. 395.

²² Voir le président du *Deutscher Juristenbund*, Staff, *op. cit.*, col. 107 ; Düringer, *op. cit.*, col. 521.

²³ Par exemple de Niem, *op. cit.*, col. 1, 5.

²⁴ Voir ses chroniques pour *Die Justiz* de janvier 1926 et de décembre 1927, dans H. Sinzheimer et E. Fraenkel, *op. cit.*, p. 57, 134.

²⁵ « *ein politisch neu interessiertes Richtertum* ». Texte du 30.12.1921, cité par Birger Schulz, *Der Republikanische Richterbund 1921-1933*, Francfort/M., Berne, Lang, 1982, p. 18 sq. Cette exigence est évidemment dénoncée par des adversaires qui ne font pas la distinction entre « *politisch* » et « *parteipolitisch* ».

justice ne peut être que d'esprit démocratique et républicain²⁶ ». Mais si pour une grande partie des élites juridiques, la « démocratisation » s'apparente à une « politisation » de la justice, cela ne les empêche pas pour autant de proclamer leur « loyauté envers la constitution » (*Verfassungstreue*)²⁷. Ce discours n'est cohérent que si l'on tient compte de la disjonction, que l'on retrouve là encore chez beaucoup d'intellectuels weimariens, opérée entre la forme de l'État (*Staatsform*), la démocratie, et l'État lui-même ou le contenu de cet État. Cette disjonction est résumée de façon exemplaire par Max Reichert à l'occasion du Congrès des juges allemands en 1925 : « 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 ni la querelle des partis au sujet de la meilleure forme de gouvernement²⁸. » Avec ce raisonnement, les juges peuvent, tout en se proclamant défenseurs de l'État de droit, se placer de fait non pas dans, mais en-dehors ou même au-dessus de la démocratie : pour le formuler autrement et de façon un peu plus polémique, les régimes passent, le droit – et les juges – reste(nt). On ne peut ici que suggérer les implications d'un tel discours en matière de défense de la démocratie et d'attitude par rapport au législateur démocratique. On comprend aussi que la contestation permanente de la légitimité de la critique de la justice dans l'opinion publique est symptomatique non seulement d'une mentalité très corporatiste, mais aussi d'un refus de repenser la place de l'institution dans un cadre démocratique.

La période weimarienne ne voit donc pas de véritable remise en question par les élites juridiques de la fonction et de la place du juge, pas de « rénovation » de « l'esprit » de la justice, pour reprendre des formules chères aux fondateurs de *Die Justiz*. Le discours « rénovateur » existe mais, même si Gustav Radbruch et Hugo Sinzheimer sont des spécialistes respectés dans leurs domaines (philosophie du droit et droit pénal pour l'un, droit du travail pour l'autre) et s'engagent activement dans le débat public (le second fut membre de l'Assemblée constituante, le premier fut entre 1920 et 1924 député SPD et deux fois ministre de la justice), il demeure marginalisé – le *Republikanischer Richterbund* ne compte au maximum que quelque centaines de membres et les professeurs de droit sociaux-démocrates sont une espèce fort rare – voire stigmatisé. Le débat s'apparente en fait plutôt à

²⁶ « In einem republikanischen und demokratischen Deutschland kann auch die Rechtspflege nur demokratischen und republikanischen Geistes sein. » « Was wir wollen », *op. cit.*, p. 37.

²⁷ Par exemple dans la résolution du Congrès des juges prussiens en 1926, citée dans *DRiZ*, 1926, 18, p. 317.

²⁸ « Die deutschen Richter ehren und achten die Verfassung; [...] Aber was wir als Richter aus der Verfassung herauslesen, das ist zunächst nicht die Form des Staates und der Streit der Parteien darum, welches die beste Staatsform ist. » Discours cité dans *DRiZ*, 1925, 17, col. 17.

un dialogue de sourds, où l'on parle de la même chose avec des mots différents (démocratisation contre politisation) ou définit le même objet (l'indépendance de la justice) de façon opposée. Incontestablement, le paradigme dominant – et notamment l'aspiration à un État qui ne soit plus livré en pâture à la *Parteipolitik* abhorrée – a facilité l'intégration des élites juridiques, sans qu'elles aient été majoritairement nazies avant 1933, dans le III^e Reich.

Après 1945 : consensus autour du « juge démocrate » ?

Venons-en maintenant à la deuxième transition, celle qui suit l'effondrement de l'Allemagne nazie en 1945. Elle s'opère dans des conditions différentes et a priori plus favorables à une évolution des conceptions. La rupture est en effet, tout au moins dans un premier temps, bien plus nette qu'en 1918, à la fois sur le plan institutionnel, avec l'éclatement de l'État allemand et la reconstruction en ordre dispersé de l'appareil judiciaire sous l'égide des Alliés, et sur le plan des élites elles-mêmes avec les procédures de dénazification (en dépit de toutes leurs limites). Il y a enfin un consensus autour de la nécessité d'empêcher que ne se reproduise la catastrophe du nazisme – concernant les responsabilités des uns et des autres et les moyens à mettre en œuvre, c'est en revanche une tout autre histoire.

La volonté de faire émerger un nouveau type de juge est très présente dans les discours de ces premières années. Ce n'est pas un hasard si elle est justement portée par des juristes sociaux-démocrates: Georg August Zinn, premier ministre de la justice de la Hesse, Adolf Arndt, son principal collaborateur au sein du ministère puis député SPD au *Bundestag*, ou encore Carlo Schmid, un des Pères de la Loi Fondamentale²⁹. Dans les premières années, alors que les organisations professionnelles ne se sont pas encore reformées, ces juristes peuvent profiter, pour diffuser leurs conceptions, des premiers congrès de juristes organisés sous l'égide des Alliés (en décembre 1946 à Wiesbaden, en juin 1947 à Constance et à Bad Godesberg en octobre 1947) et placés précisément sous le signe de la refondation démocratique, et des délibérations du *Parlamentarischer Rat*, où Schmid et Zinn, président de la commission chargée des questions de justice, jouent un rôle important.

La référence à Weimar est très présente dans le discours de ces juristes³⁰ : elle est présentée comme exemple de ce qu'il ne faut pas (re)faire et sert à légitimer la rupture avec le

²⁹ Zinn fut ensuite ministre-président du Land de Hesse de 1950 à 1969. Sur Arndt voir Dieter Gosewinkel, *Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961)*, Bonn, Verlag J.H.W. Dietz Nachf., 1991.

³⁰ Ce qui n'a en soi rien d'original. Sur le rôle de « l'argument Weimar » dans le discours et la culture politiques

paradigme traditionnel du juge apolitique. À la conférence de Wiesbaden, en 1946, Arndt explique qu'il faut repenser l'indépendance du juge dans la démocratie : en effet, il n'y a pas d'indépendance « en soi » ; l'indépendance a toujours un contenu politique en fonction du contexte constitutionnel : sous l'Empire, elle n'empêchait pas la soumission à l'autorité monarchique, et dans le cadre démocratique, l'indépendance signifie en réalité une dépendance – au sens d'une responsabilité – envers le peuple dans la mesure où le juge n'est qu'un représentant de la souveraineté de ce peuple au nom duquel il rend la justice³¹. Revendiquer l'apolitisme du juge, comme c'était le cas sous Weimar, correspond donc à une méconnaissance totale de la fonction. C'est ce juge « démocrate » qui est aussi appelé de ses vœux par Zinn dans un discours prononcé lors de l'ouverture de la Cour d'appel de Francfort le 8 mars 1946 : « Le fade fonctionnaire judiciaire doit laisser la place au juge qui, drapé dans la toge de l'indépendance, se sent le représentant passionné d'une nouvelle communauté démocratique et sociale. »³² Cette phrase montre bien qu'il s'agit également de valoriser la fonction de juge (la formule « *Hebung des Richterstandes* » est alors récurrente) en le distinguant du simple fonctionnaire – ce qui n'était pas le cas sous Weimar.

Le nouveau paradigme se traduit juridiquement dans les dispositions novatrices de la constitution du *Land* de Hesse de décembre 1946 : l'article 127, qui reprend la proposition de Zinn et Arndt, stipule en effet que la nomination à vie du juge est précédée d'une période de probation au cours de laquelle il doit apporter la garantie qu'il exercera sa fonction « dans l'esprit de la démocratie et dans un esprit social »³³. À cela s'ajoutent les deux principes de l'élection des juges (*Richterwahl*) par une commission spécifique et de la procédure de mise en accusation contre les juges qui ne rempliraient pas ces attentes (*Richteranklage*)³⁴. Il s'agit là, comme l'explique Carlo Schmid au *Parlamentarischer Rat*, non seulement d'un moyen de

de l'après-guerre, voir Sebastian Ullrich, *Der Weimar-Komplex: Das Scheitern der ersten deutschen Demokratie und die politische Kultur der frühen Bundesrepublik 1945-1959*, Göttingen, Wallstein, 2009.

³¹ Adolf Arndt, « Die Unabhängigkeit des Richters » (1946), dans A. Arndt, *Gesammelte Juristische Schriften. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946-1972*, Munich, C.H.Becksche Verlagsbuchhandlung, 1976, p. 315-325.

³² « *An die Stelle des farblosen richterlichen Beamten muss der Richter treten, der ausgestattet mit der Toga der richterlichen Unabhängigkeit sich als leidenschaftlicher Repräsentant einer neuen demokratischen und sozialen Gemeinschaft fühlt.* » Discours cité par Oppler (fonctionnaire au ministère de la justice de Hesse), « Justiz und Politik », *Deutsche Rechts-Zeitschrift (DRZ)*, 1947, 2, p. 325. Pour Zinn cf. aussi « Schöffen und Geschworene in Hessen », dans *Der Konstanzer Juristentag (2.-5. Juni 1947)*, Tübingen, Mohr (Siebeck) 1947, p. 129-135.

³³ Art. 127 § 2: « *Auf Lebenszeit berufen werden Richter erst dann, wenn sie nach vorläufiger Anstellung in einer vom Gesetz zu bestimmenden Bewährungszeit nach ihrer Persönlichkeit und ihrer richterlichen Tätigkeit die Gewähr dafür bieten, daß sie ihr Amt im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses ausüben werden.* » (<http://www.rv.hessenrecht.hessen.de>, Hessenrecht – Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland im Auftrag des Bundeslandes Hessen) ; pour le projet de Zinn et Arndt cf. Frank Pfetsch (éd.), *Verfassungsreden und Verfassungsentwürfe. Länderverfassungen 1946-1953*, Francfort/M., Lang, 1986, p. 404.

³⁴ Art. 127 § 3 et 4, qui là encore reprennent une proposition d'Arndt et Zinn (voir F. Pfetsch, *op. cit.*).

protéger le peuple contre l'abus que pourraient faire les juges de leur indépendance, mais surtout de la contrepartie logique à la valorisation du pouvoir judiciaire : avoir des privilèges et avoir la confiance du peuple impliquent aussi de devoir rendre des comptes³⁵. Bien que ces dispositions aillent plus loin que les exigences formulées par Radbruch ou le *Republikanischer Richterbund* dans les années 1920 et que les références directes soient absentes, la continuité avec l'esprit du discours rénovateur weimarien est indéniable.

Qu'en est-il maintenant de la réception ou du degré d'intégration de ce paradigme dans le discours dominant ? Un certain nombre de signes suggèrent une évolution par rapport à la situation sous Weimar. Ainsi l'association des juges et procureurs de Rhénanie du Nord-Westphalie nouvellement reformée publie-t-elle une profession de foi démocratique, usant d'un vocabulaire (le verbe *sich bekennen*) utilisé sous Weimar par le seul *Republikanischer Richterbund*³⁶. De même, comme il n'aurait pas été envisageable dans les années 1920 d'entendre le président du *Deutscher Richterbund* affirmer que les juges sont « un instrument de la défense de notre État démocratique », aucun ministre de la justice à droite du SPD n'aurait pu alors déclarer au parlement, à l'instar de Thomas Dehler (FDP) en 1950, que « celui qui n'approuve pas sans réserve l'État démocratique n'a pas le droit d'être juge de la démocratie »³⁷. Autre objet de consensus : la volonté affichée de rompre avec l'isolement sociologique et la mentalité du petit fonctionnaire pour faire émerger un nouveau type de juge. Alors que le concept de « *Juristenreform* » était propre au discours réformateur sous Weimar, le concept de « réforme du juge » (« *Richterreform* ») s'impose plus largement après 1945. Dernier signe d'évolution, enfin, les rapports entre justice et presse sont à la détente, comme en témoignent l'organisation – difficilement concevable sous Weimar – de rencontres réunissant représentants de la justice et journalistes.

Une analyse approfondie fait néanmoins très vite apparaître les limites de l'intégration du nouveau paradigme du « juge démocrate ». Un exemple significatif est l'intervention du ministre de la justice de Rhénanie du Nord-Westphalie, Artur Sträter (CDU), lors du congrès

³⁵ Hauptausschuss, séance du 9.12.1948. *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*. Hrsg vom Deutschen Bundestag und vom Bundesarchiv unter Leitung von Hans-Joachim Stelzl und Harmut Weber, vol. 14: *Hauptausschuss*, Munich, Harald Boldt Verlag im R. Oldenbourg Verlag, 2009, p. 751 sq.

³⁶ « *Die Richter und Staatsanwälte bekennen sich zur rechtsstaatlichen Demokratie* ». Entschluss des Vereins für Richter und Staatsanwälte in Nordrhein-Westfalen, 9.10.1948, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, 1948, 2, p. 393.

³⁷ Voir pour la première citation le discours du juge Konrad dans *DRiZ*, 1952, 30, p. 179; pour la citation de Dehler (« *Wer den demokratischen Staat nicht vorbehaltlos bejaht, hat nicht das Recht, demokratischer Richter zu sein* »), *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 2, 43. Sitzung, 1^{er} mars 1950, p. 1440.

de Constance. Si celui-ci reconnaît que le juge doit être un démocrate et que son rapport à la politique doit évoluer, c'est toutefois pour mieux mettre en garde contre le danger de retomber dans la « politisation » de la justice. Et d'ajouter que rien ne prouve mieux la nécessité du juge apolitique (« *des unpolitischen Richters* ») que le fait que les meilleurs des juges aient su rester « apolitiques » sous le nazisme. Sträter se sent d'ailleurs obligé, face aux critiques formulées par le représentant de la zone soviétique, Melsheimer, de défendre des juges qui, dans « leur immense majorité », « n'ont pas capitulé devant Hitler » – déclaration saluée par des applaudissements³⁸. Ce discours témoigne de la persistance du paradigme du juge apolitique, qui va de pair avec une absence de réflexion critique à la fois sur les limites de cet apolitisme et par là-même sur l'attitude de la corporation sous le nazisme. L'exposé de Zinn, qui critique précisément la partialité qui sous Weimar se dissimulait trop souvent sous le masque de l'apolitisme³⁹, est sur ce point bien plus proche du représentant de la zone soviétique. Or, on constate que ces deux éléments de discours – idéal apolitique et défense de l'attitude des juges sous le nazisme – sont récurrents dans les discours des élites juridiques de l'époque. Ainsi Thomas Dehler déplore-t-il lors des délibérations du *Hauptausschuss* au *Parlamentarischer Rat* (au sein duquel il n'est pas le seul juriste, mais le seul juge) que l'on oublie trop souvent combien le combat du juge allemand contre l'injustice a pu être « héroïque » (*heroisch*)⁴⁰.

Le contexte de cette intervention de Dehler est particulièrement intéressant puisqu'il est alors question des deux dispositions novatrices évoquées plus haut : l'élection des juges et la procédure de mise en accusation. Il ne saurait être question de nier les problèmes que soulevaient de telles dispositions, comme l'interprétation d'une formule telle que « dans l'esprit de la démocratie ». Mais il est ici nécessaire de considérer la fonction stratégique et politique qu'elles avaient dans la conception de personnalités comme Zinn et qu'avaient par conséquent également dans ce contexte spécifique les critiques formulées à leur encontre. La crispation des élites juridiques sur ce point est d'ailleurs un indice de cette signification stratégique. Par la voie de leurs plus hauts représentants, dont certains se déplacent à Bonn, et de leurs organisations, qui se reforment précisément à cette période, celles-ci mènent en effet durant les débats au *Parlamentarischer Rat* une véritable campagne de lobbying pour tenter d'infléchir ces dispositions⁴¹. La teneur générale du discours peut se résumer ainsi : les

³⁸ Voir *Der Konstanzer Juristentag*, *op. cit.*, p. 180-181.

³⁹ *Ibid.*, p. 131.

⁴⁰ Séance du 9.12.1948, *op. cit.*, p. 720.

⁴¹ Voir la brochure *Justiz und Verfassung. Beiträge und Vorschläge zur Stellung der Rechtspflege im Staat aus Anlass der westdeutschen Verfassungsberatungen*. Sonderveröffentlichungen des Zentral-Justizblatts für die

dispositions envisagées font planer la menace d'une politisation de la justice et sont incompatibles avec son indépendance. Le plus intéressant est que les juges ne rejettent pas le principe en tant que tel, mais bien la façon dont il est prévu de le mettre en œuvre. Dans des résolutions adoptées en mars 1949, le bureau du *Deutscher Richterbund in Nord- und Westdeutschland* et les doyens des facultés de droit ouest-allemandes reconnaissent la nécessité d'une procédure contre des juges dont les décisions seraient contraires à la constitution ou à son esprit. Mais on fait tout pour imposer la formulation la plus restrictive possible et on insiste entre autres pour que les procédures se déroulent devant un tribunal disciplinaire traditionnel (*Dienststrafgerichtshof*) composé uniquement de pairs et non pas devant la Cour constitutionnelle composée de parlementaires ou dont la composition serait influencée par eux (le futur *Bundesverfassungsgericht*, dont la composition est encore en discussion à l'époque) – seul moyen de préserver la justice des influences politiques et donc de garantir une véritable indépendance⁴². Cette autonomie revendiquée revient toutefois à détourner le sens initial de cette disposition : remettre le juge au cœur de la démocratie. Plus encore, on trouve au détour de ces prises de position des remarques certes ponctuelles, mais à notre sens tout sauf anodines : ainsi, Herbert Ruscheweyh, président d'un des deux principaux tribunaux à l'ouest (le *Deutsches Obergericht* à Cologne), se déclare en faveur d'une élection des juges par une commission, mais tout en tenant à préciser que :

« le but n'est pas de favoriser cette "démocratisation" de notre administration qui est sur toutes les lèvres. La nomination à vie des juges exige que ceux-ci soient désignés indépendamment des courants politiques (*parteilpolitischen Strömungen*) dominants [...]. La prédominance d'un parti change, la loi et la justice demeurent⁴³ ».

Plus radical encore, le pénaliste Eberhard Schmid, à l'époque très présent dans les publications spécialisées, estime qu'avec ce genre de dispositions, les constitutions des *Länder* ouest-allemands déjà entrées en vigueur font peu ou prou la même chose que celles de la zone soviétique : instaurer la domination de la majorité politique sur la justice, se situant ainsi, qu'elles le veuillent ou non, « dans la droite ligne de la pensée totalitaire de l'État⁴⁴ ».

Sur le plan formel, les parallèles avec le discours dominant sous Weimar sont frappants : invocation du danger – il faudrait compter les occurrences des termes *Gefahr* ou

britische Zone, Hamburg, Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag Hamburg, 1948. Voir aussi Werner Sörgel, *Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Stuttgart, Klett, 1969, p. 134-157 et Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945-1949*, Heidelberg, Decker & Müller, 1989, Abschnitt VI.

⁴² Voir *MDR*, 1949, 3, p. 251 sq.

⁴³ « Die Vorherrschaft einer Partei wechselt, Gesetz und Gerechtigkeit bleiben. » Dr. Herbert Ruscheweyh, « Die Berufung in das Richteramt », dans *Justiz und Verfassung*, op. cit., p. 20.

⁴⁴ « auf der Linie des totalitären Staatsdenkens. » Eberhard Schmid, « Politische Rechtsbeugung und Richteranklage », *ibid.*, p. 98.

Sorge – et dramatisation avec une tendance à se placer en victime incomprise⁴⁵, envolées métaphoriques – le juge idéal est celui qui, « même quand il emprunte les ruelles, doit aussi regarder dans les étoiles » ou « le phare qui sur la mer déchaînée indique la direction à suivre à ceux qui font de la politique »⁴⁶. À certaines occasions, c'est parfois même tout un schéma de discussion que l'on voit ressurgir, comme en mars 1950 au Bundestag dans le contexte de l'affaire Hedler. Le député du *Deutsche Partei* Wolfgang Hedler avait bénéficié d'un non-lieu après un procès pour outrage aux combattants de la Résistance et aux Juifs. Comme sous Weimar, une affaire judiciaire devient le point de départ d'un violent débat de fond sur l'institution et les juges : tandis que Zinn, Arndt, ou encore Schmid critiquent les juges en faisant des parallèles avec la période weimarienne, comme avec le procès Ebert, du côté de la CDU et du FDP on s'indigne de cette « campagne de dénigrement de la justice » (*Justizhetze*)⁴⁷ infondée qui rappelle Weimar, on prend la défense des juges et on fait l'apologie du juge « apolitique » qui ne se laisse pas influencer par la « *Parteipolitik* ».

Le plus intéressant est que le discours illustrant la persistance du paradigme traditionnel n'émane pas nécessairement de juristes compromis sous le Troisième Reich : Thomas Dehler avait en tant qu'avocat défendu des Juifs – il était lui-même marié à une Juive – et des opposants au régime. Quant à Ruscheweyh, membre du SPD sous Weimar, il avait été encore plus engagé dans la défense d'adversaires du régime et avait même été emprisonné après l'attentat manqué du 20 juillet 1944. Tous ces juristes avaient en revanche été formés sous l'Empire et/ou sous Weimar. Or, on s'aperçoit que même le discours d'une personnalité comme Radbruch a été, durant ses passages au ministère de la justice qui exacerbent les tensions entre son appartenance sociologique et son engagement politique, en quelque sorte « contaminé » par le paradigme du juriste « apolitique » qu'il remettait pourtant en cause : le ministre Radbruch se mit ainsi à vanter l'« apolitisme » des fonctionnaires de son ministère et à opposer parfois de façon simplificatrice justice et droit d'un côté et politique de l'autre⁴⁸. De tels phénomènes témoignent du poids de l'appartenance sociologique au *Stand*, du mode de

⁴⁵ Le président du *Bundesgerichtshof* Hermann Weinkauff se désole ainsi en 1951 de l'absence de reconnaissance envers les juges qui ne font qu'essayer reproche sur reproche (injustifiés). « Vertrauenskrise und Justizreform », *DRiZ*, 1951, 29, p. 85.

⁴⁶ Voir Rotberg, « Entpolitisierung der Rechtspflege », *DRZ*, 1947, 2, p. 107 sq. Oppler, du ministère de la justice de Hesse, lui réplique non sans ironie que l'Allemagne n'a pas besoin d'astronomes, mais de juges ayant les deux pieds sur terre (« Justiz und Politik », *ibid.*, p. 325).

⁴⁷ Le juriste et député FDP Euler le 16 février 1950, *Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, vol. 2, 39. Sitzung, p. 1302. Pour l'ensemble de la discussion et notamment la défense des juges par le ministre Dehler, *ibid.*, p. 1302-1307, ainsi que la séance du 1^{er} mars 1950, *ibid.*, p. 1432-1448. Où l'on voit par ailleurs que si la référence à Weimar était fréquente, elle était loin d'avoir toujours la même fonction ni le même sens !

⁴⁸ Sur ce sujet et sur Radbruch en général nous renvoyons à notre ouvrage, N. Le Bouëdec, *Gustav Radbruch. Juriste de gauche sous la République de Weimar*, Québec, PUL, 2011, surtout p. 141-152.

socialisation des élites juridiques et d'une culture politique non-démocratique, ce dernier aspect ayant été encore renforcé par la période national-socialiste.

Après 1945, il reste donc toujours difficile pour les élites juridiques – et surtout pour les juges – de repenser de façon critique leur place et leur fonction dans une démocratie. On a souvent affaire à un discours ambivalent, où derrière la présence d'éléments apparemment issus du discours « rénovateur » (profession de foi démocratique, etc.) peut se dissimuler la persistance de paradigmes traditionnels. Mais peut-on pour autant parler, comme le fait par exemple Hans Wrobel, de « restauration »⁴⁹? En termes de discours, il nous semble que ce n'est pas vraiment le cas. En dépit des limites de l'évolution, le rapport de force entre le discours « rénovateur » et le discours « réactionnaire » n'est plus le même : le second intègre ainsi certains éléments du premier et comme en témoignent le contenu et les contributeurs des revues, il n'y a plus de fracture aussi nette que sous Weimar. Si le discours dominant au sein des élites juridiques weimariennes était ouvertement « réactionnaire » y compris par rapport au cadre institutionnel, massivement rejeté, celui des premières années après 1945 apparaît certes toujours très défensif et conservateur, mais à l'intérieur d'un cadre accepté. Le consensus était peut-être minimal et il y a sans nul doute eu au début des années 1950 un reflux de l'élan réformateur avec la réintégration massive de juristes compromis sous le nazisme, mais du point de vue de la consolidation de la démocratie, ce nouveau rapport de force constituait un réel progrès par rapport à la situation weimarienne où l'absence de consensus sur la forme de l'État avait à la fois créé les conditions d'une justice politique et empêché qu'anciennes et nouvelles élites se reconnaissent comme légitimes. Finalement, l'analyse comparative montre que même si la justice demeure un domaine spécifique, les discours des élites juridiques peuvent aussi être envisagés comme un indicateur des progrès de la démocratisation de la société allemande. Ce n'est pas un hasard si les débats autour du juge atteignirent un nouveau point culminant à la fin des années 1960, où l'on revendiqua que les juges sortent enfin, pour reprendre le titre d'un pamphlet paru en 1966, de leur « tour de paragraphes »⁵⁰.

⁴⁹ H. Wrobel, *op. cit.*, p. 225.

⁵⁰ Xaver Berra, *Im Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz*, Berlin, Neuwied am Rhein, Luchterhand, 1966. Sur cette période voir Jörg Requate, *Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz. Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik*, Francfort/M., New York, Campus Verlag, 2008.