

Atelier n°2

**LES APORIES DES APPROCHES "TRANSITIONNELLES" DES EPURATIONS JUDICIAIRES.  
LE CAS DES PROCES CONTRE LES FONCTIONNAIRES EST-ALLEMANDS (1949-2002).**

Communication présentée par  
**Guillaume Mouralis**

ATER à l'Université Paris Sud, doctorant rattaché à l'IHTP (Cachan) et au  
Centre Marc Bloch (Berlin)<sup>1</sup>.

En étudiant les procès intentés aux fonctionnaires est-allemands, soit le volet judiciaire (pénal) de la très vaste épuration qui a suivi la disparition de la RDA et l'unification allemande, nous avons rencontré plusieurs obstacles, qui tiennent aux limites des approches dominantes dans les recherches sur les politiques publiques du passé.

Pour éclairer notre propos, il nous paraît utile de présenter brièvement les étapes de notre réflexion sur le sujet:

Initialement, dans le sillage des réflexions françaises sur les différences d'approches entre histoire, mémoire et justice, nous envisagions d'enquêter sur les usages judiciaires du passé est-allemand depuis l'unification de 1990. Mais, plutôt que de partir d'une distinction postulée entre perspective historique et perspective judiciaire, ne fallait-il pas plutôt commencer par historiser l'épuration?<sup>2</sup>

Pour mener à bien cette historisation, il était tentant de se servir des concepts élaborés par les sciences politiques et historiques en Allemagne (*Vergangenheitspolitik*) et dans les pays anglo-saxons (*transitional justice*) depuis une quinzaine d'années. Mais ces concepts d'inspiration "transitologique"<sup>3</sup> (avouée ou non) ne parvenaient que très imparfaitement à rendre compte des caractéristiques de notre objet d'étude. Celles-ci nous ont conduit d'abord à en reculer les limites chronologiques sinon à l'après guerre, du moins à 1949. Puis il nous a semblé que ce recul se justifiait aussi pour des raisons plus fondamentales, qui tiennent aux propriétés temporelles des objets et pratiques juridiques. Comme nous le verrons, une telle réflexion tente de

---

<sup>1</sup> Prépare une thèse d'histoire sous la direction de Henry Rousso et Etienne François. Sujet: "Les procès des fonctionnaires est-allemands. Genèse d'une épuration et usages du passé (1949-2002)."

<sup>2</sup> Voir en ce sens Norbert Frei appelant à un „changement de perspective“ : « Le retour du droit en Allemagne » in Brayard, F. (dir.), *Le Génocide des Juifs entre procès et histoire. 1943-2000*, Bruxelles, Complexe, 2001, p. 59.

<sup>3</sup> Pour une présentation critique des approches "transitologiques", très prisées dans les études sur les ex-démocraties populaires d'Europe centrale et orientale depuis 1989/1990, voir: Dobry, M., "Les voies incertaines de la transitologie: choix stratégiques, séquences historiques, bifurcation et processus de *path dependence*", *RFSP*, vol. 50, n°4-5 (août-oct. 2000), p. 585-614.

tirer parti d'une problématique historique « classique » pour mieux comprendre un objet récemment redécouvert par la discipline<sup>4</sup>.

### 1. Les limites des approches transitionnelles

Le mérite de notions comme *Vergangenheitspolitik*<sup>5</sup> ou *transitional justice*<sup>6</sup> est de mettre l'accent sur les mesures adoptées par l'Etat après une transition démocratique pour transformer l'ordre social et symbolique hérité de la période autoritaire. Ces mesures - le plus souvent des lois et des jugements - poursuivent au moins trois objectifs : disqualifier les individus impliqués dans l'appareil répressif (épuration professionnelle et poursuites pénales), réparer les torts subis par les victimes (indemnisations et restitutions), mettre en lumière ce passé autoritaire (par ex. ouverture des archives). Comme le suggère ce modèle fonctionnaliste, ces mesures, quand elles sont prises, sont souvent interdépendantes.

Malgré leur intérêt descriptif, ces approches sont prisonnières du politique au sens étroit : les politiques publiques du passé seraient d'une part l'expression de la volonté des décideurs politiques et, d'autre part, une conséquence logique du changement de régime politique. En fait, ces approches souffrent des limites mêmes de la notion de transition, conçue avant tout comme changement institutionnel. Ce primat du politique au sens traditionnel conduit à penser les politiques publiques du passé dans le temps court, soit un temps à part qui précéderait la stabilisation des nouvelles institutions<sup>7</sup>.

Mentionnons les trois principales limites de cette approche appliquée à notre objet d'étude :

1. Pour expliquer une épuration comme celle de l'ex-RDA, ces approches postulent l'existence d'un vague contexte international, propice aux épurations depuis les années 1980/90. Or ce qui frappe c'est au contraire l'absence de ce contexte-là où on l'attendrait le plus, c'est-à-dire dans les anciens pays du bloc de l'Est.

2. Ensuite, ces approches ne rendent pas compte de la longévité des procédures pour crimes systémiques et, donc de leur déconnexion par

---

<sup>4</sup> Farcy, J.-C., *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2001.

<sup>5</sup> Sur le concept de *Vergangenheitspolitik*, voir Offe, C., *Der Tunnel am Ende des Lichtes: Erkundungen der politischen Transformation im neuen Osten*, Frankfurt am M./New York, Campus Verlag, 1994, p. 187-229 et Frei, N., *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, Beck, 1996. Pour une mise au point récente, voir Weinke, A., *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigung 1949-1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im kalten Krieg*, Paderborn u. a., Schöningh, 2002, p. 13.

<sup>6</sup> Justice est ici à prendre au sens anglais général d'équité (*Gerechtigkeit*). Voir Kritz, N. J. (dir.), *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, 3 vol., Washington D. C., United States Institute of Peace Press, 1995 et, pour une étude concernant la gestion du passé est-allemand depuis 1990, voir McAdams A. J., *Judging the Past in Unified Germany*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>7</sup> Sur ce point, voir le compte rendu critique de D. Dyzenhaus, "Review Essay. Transitional Justice", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n°1, janvier 2003, p. 163-175.

rapport aux changements de régimes politiques. Dans le cas des procès de l'ex-RDA, les premières procédures remontent aux années 1950. De plus, l'institution de l'imprescriptibilité des crimes les plus graves (le *Mord*, depuis 1979) permet de poursuivre les criminels jusqu'à leur mort.

3. Enfin, ces perspectives ne rendent compte ni de la dynamique du phénomène ni de sa forme : l'épuration judiciaire qui a suivi l'unification se distingue par sa rapidité (en 1997, le processus était quasiment achevé) et par son ampleur (début 1998, près de 110.000 personnes avaient fait l'objet d'une information ; parmi elles 1.500 avaient été effectivement condamnées). Or rapidité et ampleur supposent en principe une certaine préparation et des ressources disponibles (moyens financiers, personnel, ressources cognitives). En raison de l'épuration massive de la magistrature est-allemande, les procureurs et juges chargés des poursuites étaient tous issus des Länder occidentaux : ils ont donc eu tendance à mobiliser des savoir-faire juridiques élaborés en RFA depuis les années 1950.

## **2. Les temporalités différentielles propres aux phénomènes juridiques**

Au-delà de ces limites qui tiennent à la situation inédite créée par l'unification, il nous semble que les approches transitionnelles ne tirent pas suffisamment les conséquences de la dimension proprement juridique des épurations. Celle-ci résulte de deux facteurs : d'une part, en raison d'une certaine division du travail, le champ juridique jouit d'une « relative autonomie » par rapport au monde politique<sup>8</sup>; d'autre part, pour être mises en œuvre par l'Etat, les mesures qui fondent toute politique publique du passé doivent être nécessairement traduites en termes juridiques. Comme nous allons le voir maintenant, ce passage par le droit a des implications fortes en termes de temporalités. La pratique judiciaire se situe au carrefour de temporalités spécifiques, qui sont elles-mêmes relativement autonomes par rapport aux temporalités politiques et sociales. Ces temporalités incluent certes le temps juridique tel que défini par le législateur (prescription, amnistie, etc.) mais elles ne sauraient s'y limiter.

### **Trois niveaux**

Il est surprenant que les historiens des épurations n'aient guère réfléchi à cette question de temporalité : leur discipline aurait dû les y encourager, puisqu'il s'agit là d'une question traditionnelle en histoire au moins depuis Braudel ou Koselleck<sup>9</sup>, pour ne citer que les plus connus. En nous inspirant de cette tradition, il nous semble possible de distinguer trois niveaux imbriqués :

---

<sup>8</sup> Bourdieu, P., « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°64, sept. 1986, p. 3-19.

<sup>9</sup> Braudel ne semble pas s'être intéressé aux temporalités juridiques : voir en particulier la célèbre préface à *La Méditerranée et le monde méditerranéen au temps de Philippe II*, t. 1, Paris, Le Livre de Poche, 1990 (1949), p. 11-19.

1/D'abord, le temps long et répétitif du code ou plutôt de ses catégories de bases et grandes taxinomies<sup>10</sup>, qui sont souvent spécifiques à telle ou telle culture juridique. Bien entendu, ce code est régulièrement modifié et adapté aux exigences du moment, mais il est rare que ces transformations en bouleversent les principes de base (tels que définis en Allemagne dans le code pénal de 1871). Le code pénal, base du questionnement judiciaire, restreint de facto le champ des investigations. Toute injustice vécue ou subie ne peut faire l'objet de poursuites. Ainsi certaines formes de répression soft comme les mesures de déstabilisation psychologique (*Zersetzungsmaßnahmen*) de la Stasi. En effet, la question de droit précède toujours la question de fait pour reprendre l'expression de Yan Thomas<sup>11</sup>. Ce questionnement hérité oriente l'interprétation judiciaire du passé criminel : par exemple, il produit en RFA un effet de naturalisation des crimes bureaucratiques, qui ont été saisis par le droit depuis 1949 à travers les catégories ordinaires du droit pénal définies en 1871 (Mord/Totschlag)<sup>12</sup> et non au moyen des catégories créées en 1945 (le crime contre l'humanité, imprescriptible, n'a jamais été introduit dans le droit pénal ouest-allemand<sup>13</sup>). Le recours à des catégories souvent inadaptées a été depuis 1949 une source constante de difficultés. Ainsi, pour empêcher que la prescription mette prématurément fin au travail judiciaire, le Bundestag a allongé à plusieurs reprises les délais de prescription pour les crimes commis sous le nazisme puis en RDA (lois de 1965, 1969, 1979, 1993 et 1997).

2/Le temps intermédiaire de la jurisprudence : c'est le niveau intermédiaire où s'élaborent des lignes d'argumentation pour répondre à des problèmes particuliers tels que les conflits entre deux normes de rang équivalent (ex. sécurité juridique/attente de justice). Les solutions retenues par les différentes instances, notamment les instances supérieures, sont souvent en nombre limité compte tenu de deux facteurs : la logique du précédent<sup>14</sup> et la critique doctrinale.

La durée de vie de ces constructions est variable, mais elles sont régulièrement réactualisées et retravaillées<sup>15</sup> si bien qu'on observe des effets de non-contemporanéité (on résout des problèmes du présent de la même manière que ceux du passé, comme s'il s'agissait des mêmes problèmes) et d'hystérésis (inertie relative de ces solutions, qui deviennent de véritables

<sup>10</sup> Koselleck, R., « Histoire, droit et justice » (1987), in *L'expérience de l'histoire*, Paris, Gallimard-Le Seuil, 1997, p. 173 et suivantes.

<sup>11</sup> Thomas, Y., « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n°102, nov.-déc. 1998, p. 17-36.

<sup>12</sup> Pendas, D. O., « 'Auschwitz, je ne savais pas ce que c'était'. Le procès d'Auschwitz à Francfort et l'opinion publique allemande » in : Brayard, F. (dir.), *Le génocide des Juifs entre procès et histoire. 1943-2000*, Bruxelles, Complexe, 2001, p. 79-111.

<sup>13</sup> Quant au « génocide », il fut certes intégré au code pénal en 1954, mais... sans portée rétroactive.

<sup>14</sup> Rigaux, F., « Une machine à remonter le temps : la doctrine du précédent », in : Ost, F. – Hoeke, M. van (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? Time and Law. Is it the Nature of Law to Last?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 55-90.

<sup>15</sup> Ost, F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.

répertoires d'action). Les tournants dans la jurisprudence sont souvent le produit d'un lent travail d'adaptation et de critique doctrinale, comme en témoigne par exemple la réception « décalée » de la critique formulée par Claus Roxin<sup>16</sup> dans les années 1960. Ce juriste, qui militait pour une sévérité accrue pour les « criminels de bureau » nazis, n'avait cessé de pointer un angle mort du droit pénal allemand : l'auteur principal (Täter) est celui qui commet matériellement le crime. Tout autre individu associé au crime, y compris le donneur d'ordre est un « participant » (Teilnehmer). Cette distinction avait des conséquences directes sur la possibilité même de poursuivre d'anciens fonctionnaires du troisième Reich impliqués dans des crimes graves puisque la « participation » était en partie prescrite. Quand toutefois le procès était possible, ils étaient condamnés à des peines souvent plus légères que les exécutants directs.

Trente ans après la première édition de l'ouvrage de Roxin, la Cour fédérale de justice (BGH) prenait acte de cette critique dans un arrêt du 26 juillet 1994<sup>17</sup>, qui confirmait la sentence contre trois anciens haut-fonctionnaires est-allemands. Alors que Kessler, Albrecht et Streletz avaient été condamnés en première instance comme « participants », ils sont désormais qualifiés d'« auteurs » (Täter) des crimes au même titre que les exécutants directs (les gardes-frontières). Cet arrêt de principe, dont l'artisan principal fut le président du 5<sup>e</sup> sénat du BGH, Heinrich Wilhelm Laufhütte, permit de condamner les criminels de bureaux est-allemands à des peines proportionnellement plus sévères que celles qui avaient été prononcées contre les haut-fonctionnaires nazis.

3/Le temps du procès, à l'inverse du temps du code, est un temps court, réglé par la procédure, avec un début et une fin. Ce niveau essentiel où s'articulent les deux premières temporalités est, symptomatiquement, le temps auquel les historiens des épurations ont été jusqu'ici les plus attentifs. Pourtant, ils ne prennent pas assez au sérieux le caractère contraignant de ce temps procédural<sup>18</sup>. Ainsi, l'ouverture d'une procédure pénale et son déroulement ne sont jamais le pur produit du libre arbitre de magistrats. En particulier, pour comprendre la dynamique et la forme prise par une épuration judiciaire, il convient d'être attentif à deux questions: comment et par qui ont été mises en route les procédures? Le bouleversement politique s'accommode-t-il d'une continuité des procédures engagées sous le régime précédent?

Pour répondre à la première question, il importe de savoir si les citoyens ont, en multipliant les dépôts de plainte, activement contribué à la mise en route des procédures. Dans le cas des procès de l'ex-RDA, les dépôts de

---

<sup>16</sup> Roxin, C., *Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 1994 (1<sup>ère</sup> édition : 1963).

<sup>17</sup> Ses écrits sont cités dans l'arrêt de la Cour fédérale de Justice du 26 juillet 1994 [5 StR 98/94], *BGH in Strafsache*, Band 40, 1995, p. 219-240. Voir notamment p. 234-235.

<sup>18</sup> Toute procédure associée à une "affaire" judiciaire particulière est le droit en actes, son actualisation. Tout « droit garanti » requiert des moyens de coercition, ce que M. Weber appelle un *Zwangsassarat*. Voir: *Rechtssozologie*, Neuwied a. Rhein e. a., Luchterhand, 1960, p. 55-57.

plainte n'ont joué qu'un rôle marginal. En raison des structures fédérales, la pratique a été certes variable d'un Land à l'autre, mais le parquet berlinois, concerné par la majeure partie des procédures, a lancé des investigations systématiques dans plusieurs domaines. L'initiative étatique (en partie locale) a donc été déterminante.<sup>19</sup> Ainsi, tandis que les victimes du nazisme et leurs descendants ont été depuis les années 1970 à l'origine de nombreux procès, le rôle des victimes du régime est-allemand semble avoir été secondaire depuis 1990. Cette absence de demandes de justice venues d'en bas renforce l'impression d'un processus d'initiative étatique qui ne trouve pas sa racine dans la « nouvelle économie de la reconnaissance » étudiée par J. M. Chaumont (aspiration à un statut de victime reconnu par voie pénale)<sup>20</sup>. En outre, la politique publique du passé communiste définie en amont par le gouvernement fédéral, le Bundestag et les gouvernements de Länder a été une politique discrète qui a plutôt contribué à élargir la marge de manœuvre judiciaire et à renforcer l'autonomie de la justice. A Berlin, il y eut une convergence entre des initiatives politiques, judiciaires et policières, qui trouvèrent des appuis précieux auprès du gouvernement fédéral et du Bundestag. L'enjeu fut ici l'attribution des moyens nécessaires (personnel, financement).

Ensuite, se pose le problème de la continuité des procédures après un changement de régime politique. S'agit-il d'une continuité des procédures en cours ou de la continuité d'un contentieux particulier (continue-t-on à ouvrir des informations concernant un type particulier de crimes) ? Dans le cas des procès de l'ex-RDA, nous allons le voir, il y a eu une double continuité, est- et ouest-allemande.

### **3. Genèse procédurale et argumentative des procès de l'ex-RDA**

En tenant compte de ces temporalités imbriquées, qui elles-mêmes – nous l'avons vu – s'articulent de manière complexe avec les temporalités politiques et sociales<sup>21</sup>, l'épuration de l'ex-RDA peut être envisagée sous un angle nouveau. Elles invitent à reconsidérer le découpage chronologique initial de notre objet et, par conséquent, la perspective d'ensemble.

Pour illustrer notre propos, nous nous limiterons aux procédures pour crimes commis à la frontière. En étudiant les procès qui ont eu lieu depuis 1990 contre les garde frontière et leurs supérieurs hiérarchiques, nous avons constaté que les critères de jugement oscillaient entre deux pôles : des critères « historiques » qui tiennent compte de la marge de manœuvre réelle des accusés et des critères « a-historiques », qui tendent à expliquer les comportements individuels au moyen de catégories décontextualisantes

---

<sup>19</sup> Suivant le *Legalitätsprinzip* (§ 152, al. 2 du code de procédure pénale (StPO)), les parquets ont certes l'obligation de poursuivre tous les crimes (à la différence des délits), mais, dans le cas des crimes « systémiques », cette obligation suppose une volonté politique forte, ne serait-ce que pour réunir les moyens financiers et humains nécessaires.

<sup>20</sup> *La Concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, 1997, p. 325.

<sup>21</sup> Commaille, J., « La régulation des temporalités juridiques par le social et le politique » in : Ost, F. – Hoek, M. van (dir.), *Temps et droit...*, op. cit., p. 317-337.

(l'Etat de non droit ou *Unrechtsstaat*). Sans développer, disons que les critères abstraits ont pris une importance croissante au cours des années 1990. Rien dans le modèle transitionnel ne peut expliquer cette montée en puissance des critères abstraits, qui a pourtant contribué à élargir le cercle des accusés potentiels et à accentuer la sévérité des peines. Elle ne devient intelligible qu'à la lumière de la triple genèse des procès pour crimes commis à la frontière.

### **La genèse est-allemande de la « Wende »**

Il s'agit de la genèse la plus visible car elle colle bien au modèle transitionnel : le parquet général de RDA ouvrit plusieurs procédures au cours de la révolution est-allemande (à partir de décembre 1989), sur instruction du gouvernement Modrow. Ces procédures visaient des représentants de la vieille garde du parti (équipe Honecker) et concernaient des affaires d'abus de pouvoir et de corruption. En revanche, le parquet général de RDA n'ouvrit que partiellement et tardivement des informations concernant les crimes les plus graves (août 1990 pour les crimes commis à la frontière inter-allemande)<sup>22</sup>.

En définitive, cette séquence est-allemande de l'épuration a légué avant tout un héritage procédural et normatif consacré par le traité d'unification (juillet 1990) : celui-ci a prévu en effet la continuité, au jour de l'unification, des procédures ouvertes en RDA. D'autre part, en réaffirmant le principe constitutionnel de non-rétroactivité du droit pénal<sup>23</sup>, ce traité fait du code pénal *est-allemand* la norme de référence pour juger les crimes commis en RDA avant le 3 octobre 1990. Quant au répertoire argumentatif élaboré au cours de cette période, il fut en revanche sans grande postérité, même si les critères de jugement « historiques » y plongent en partie leurs racines. En effet, les délits poursuivis étaient alors punis par le code pénal est-allemand, qu'il n'était alors pas question de disqualifier au nom de l'Unrechtsstaat.

### **La genèse ouest-allemande de la guerre froide**

Depuis 1949 la justice ouest-allemande a enquêté sur les crimes d'Etat est-allemands, en particulier les crimes judiciaires et les crimes frontaliers.. Sur le modèle de l'agence judiciaire fédérale de Ludwigsburg, qui, depuis 1958, enquêtait systématiquement sur les crimes national-socialistes, fut créée en 1961 une institution similaire à Salzgitter, consacrée cette fois aux crimes d'Etat est-allemands.<sup>24</sup> Dans l'esprit de ses initiateurs, il s'agissait d'accomplir

---

<sup>22</sup> Voir Bock, P., *Vergangenheitspolitik im Systemwechsel. Die Politik der Aufklärung, Strafverfolgung, Disqualifizierung und Wiedergutmachung im letzten Jahr der DDR*, Berlin, Logos, 2000 et Fahnenschmitt W., *DDR-Funktionäre vor Gericht: Die Strafverfahren wegen Amtmißbrauchs und Korruption im letzten Jahr der DDR und nach der Vereinigung*, Berlin, Arno Spitz, 2000.

<sup>23</sup> Une loi pénale ne saurait s'appliquer à des infractions commises *avant* son entrée en vigueur (principe « nulla poena sine lege »). Loi fondamentale, Art. 103, § 2.

<sup>24</sup> Comme Ludwigsburg, cette agence n'avait pas les compétences d'un parquet autonome ; les procureurs étaient chargés de collecter toute information utile sur les crimes d'Etat commis en RDA et, le cas échéant, de mener des « pré-enquêtes » qui, si elles se révélaient concluantes, étaient ensuite transmises à un parquet compétent. Lui seul pouvait

dans le présent le travail mené par Ludwigsburg dans le passé. La prémisse était explicitement la symétrie entre crimes nazis et crimes communistes. Salzgitter fut une arme de guerre froide qui ne cessa d'irriter les dirigeants est-allemands.

Finalement, il est resté de cette genèse ouest-allemande un double héritage : on ne saurait en sous-estimer, d'abord, l'héritage procédural. En effet, les dossiers de Salzgitter ont été transmis aux parquets des nouveaux Länder après le 3 octobre 1990. Ils ont joué un rôle clé dans l'ouverture des procédures. Ainsi à Berlin, de 1991 à 1994, environ les 2/3 du total des informations touchant à la criminalité d'Etat est-allemande ont été ouvertes sur la base des dossiers de Salzgitter.<sup>25</sup> Ensuite, les parquets ont travaillé à l'aide d'archives et d'interrogatoires, car les sources de première main étaient désormais disponibles.

Par ailleurs, cette activité judiciaire ouest-allemande a donné lieu à une jurisprudence de « guerre froide » : les rares affaires ayant débouché sur un procès ont conduit la Cour fédérale de justice et le tribunal constitutionnel fédéral à définir un répertoire argumentatif, qui a été en partie abandonné après 1990 mais qui a profondément marqué les magistrats ouest-allemands. Tandis que depuis 1990, en vertu du traité d'unification, les crimes commis en RDA sont en principe jugés sur la base du code pénal en vigueur au moment des faits, soit le code est-allemand<sup>26</sup>, la jurisprudence de guerre froide ne reconnaissait à celui-ci aucune validité.

En considérant comme illégitime l'Etat est-allemand, ce répertoire est largement à l'origine des critères de jugement « a-historiques » qui ont marqué bien des procès depuis 1990. Pour comprendre la permanence de cette grille de lecture, il faut souligner le rôle joué par certains « passeurs » comme Karl Wilhelm Fricke ou Hans Jürgen Grasmann. Ces juristes formés pendant la guerre froide ont milité depuis l'unification, pour une continuité de la jurisprudence de guerre froide, relançant ainsi certains débats doctrinaux des années 1960, par exemple sur l'illégalité des tirs à la frontière.

### **L'héritage des procès ouest-allemands pour crimes national-socialistes**

La longue histoire des procès pour crimes nazis en RFA constitue sans doute l'arrière-plan le plus fondamental pour comprendre la manière dont ont été poursuivis et jugés les fonctionnaires est-allemands. Cette expérience centrale nous semble jouer depuis 1990 un double rôle.

Depuis 1990, les acteurs ne cessent de s'y référer explicitement, que ce soient les accusés, les victimes ou les magistrats. Ces derniers en particulier avancent fréquemment deux arguments : 1/ Il ne faudrait pas, cette fois,

---

décider d'ouvrir une véritable procédure (inculpation). Cf. Sauer, H. - Plumeyer, H. O., *Der Salzgitter Report. Die Zentrale Erfassungsstelle berichtet über Verbrechen im SED-Staat*, Frankfurt/M.-Berlin, Ullstein, 1993.

<sup>25</sup> Voir Marxen, K. – Werle, G. (dir.), *Die Strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin-New York, de Gruyter, 1999, p. 165.

<sup>26</sup> Cependant, le code ouest-allemand est appliqué dans le cas où, pour une même infraction, il prévoit une peine plus légère que le code est-allemand.

répéter les erreurs des procès pour crimes nazis (argument générationnel). 2/ Les procès pour crimes est-allemands contribueraient à la restauration, à l'Est, de « l'Etat de droit ». Or cet argument avait été déjà constamment invoqué lors des procès contre les criminels nazis ; comme l'a bien montré Pendas, la rhétorique de l'Etat de droit avait alors relégué dans l'ombre le discours sur les droits de l'homme<sup>27</sup>.

Toutefois, les procès pour crimes nazis ne sont pas une simple référence au cœur des discours des années 1990. Cette expérience a profondément marqué les savoir-faire et les habitudes des acteurs politiques et judiciaires confrontés depuis 1990 à la criminalité est-allemande. Grâce à elle, des solutions adaptées au traitement pénal d'une criminalité bureaucratique étaient disponibles au jour de l'unification. Comme nous l'avons vu plus haut, les tournants dans la jurisprudence furent eux-même l'aboutissement d'un processus qui a débuté le plus souvent dans les années 1950/60. Mais, dans l'ensemble, les continuités l'ont emporté. Les acteurs ont largement puisé dans des répertoires législatifs ou jurisprudentiels éprouvés. Ainsi, pour éviter l'extinction des poursuites, le Bundestag a procédé à trois reprises à l'allongement des délais de prescriptions pour les crimes commis en RDA, comme il l'avait fait en liaison avec les crimes national-socialistes.

De la même manière, dans sa jurisprudence sur les crimes commis à la frontière inter-allemande, la Cour fédérale de justice (BGH) n'a que partiellement innové. Ainsi, dans son arrêt de principe du 3 novembre 1992<sup>28</sup>, le BGH reprenait un raisonnement élaboré dès les années 1950 pour surmonter l'obstacle que constituait le principe de non-rétroactivité du droit pénal. Les plaignants, deux garde frontière condamnés pour le meurtre d'un fugitif, estimaient en effet avoir agi dans un cadre légal, puisque une loi est-allemande les autorisait à faire usage de leurs armes à feu pour prévenir tout « franchissement illégal » de la frontière. Mais le BGH rejeta le pourvoi pour deux raisons : un tel meurtre heurtait d'une part les principes élémentaires du droit (argument jus-naturaliste) ; il était, d'autre part, illégal au regard de la constitution est-allemande et des traités internationaux signés par la RDA, pour peu qu'on les interprète « correctement » (argument positiviste). Le second argument est essentiel puisqu'il permet au BGH d'écarter le reproche de rétroactivité : les textes permettant aux garde frontière de faire feu sur des individus inoffensifs, n'avaient en réalité, selon la Cour, jamais revêtu le moindre caractère légal. Alors que d'autres solutions étaient possibles, le BGH a fait ici le choix de la continuité. Il renouait avec le positivisme d'un type particulier qui avait été au cœur de sa jurisprudence sur les crimes nazis<sup>29</sup>. L'invalidation de nombreuses dispositions en vigueur sous le troisième Reich,

---

<sup>27</sup> Pendas, D. O., "'Law, Not Vengeance.' Human Rights, the Rule of Law, and the Claim of Memory in German Holocaust Trials", in: Bradley, M. P. – Petro, P. (ed.), *Truth Claims. Representation and Human Rights*, New Brunswick e. a., Rutgers University Press, 2002, p. 23-41.

<sup>28</sup> Arrêt du 3 nov. 1992 [5 StR, 370/92], publié dans *BGH in Strafsache*, Band 39, 1994, p. 1-36.

<sup>29</sup> Tauber, A. E., *Tyranny on Trial: The Politics of natural Law and legal Positivism in the Federal Republic of Germany*, thèse de sciences politiques, MIT, février 1997.

pour des raisons non pas morales mais *formelles*, avait été dès les années 1950 l'expression jurisprudentielle de la « politique du passé » poursuivie par le chancelier Adenauer (intégrer la majorité des Allemands compromis sous le nazisme tout en punissant un petit groupe de responsables). Elle présentait également l'avantage d'être souple car la (ré-)interprétation de l'ordre légal disparu pouvait être restreinte ou au contraire large suivant les exigences politiques du moment. Cette solution ancienne a été retenue depuis 1990 pour des raisons en partie similaires. En prenant « au mot » la constitution est-allemande, le BGH soulignait les responsabilités des élites, coupables d'avoir, selon lui, foulé au pied les principes juridiques dont le régime se réclamait. Et de fait, les garde frontière, à la différence des responsables politiques, furent en général condamnés à des peines légères (prison assortie d'un sursis). De ce point de vue, cette jurisprudence s'accorde bien avec les objectifs généraux de la politique publique du passé communiste depuis 1990.

\*\*\*

En définitive, seule une approche attentive aux temporalités différentielles des pratiques judiciaires nous semble capable de rendre intelligible le *Sonderweg* emprunté par l'Allemagne unifiée dans la gestion de son passé communiste. En raison de la situation atypique créée par l'unification, une telle approche est ici particulièrement féconde. Parce qu'elle rompt avec l'illusion transitionnelle, elle gagnerait aussi à être appliquée à l'étude d'autres « épurations ».

En tirant résolument les conséquences des propriétés temporelles des objets juridiques et des pratiques judiciaires, il est possible de renouveler tant les approches historiennes que juridiques des épurations. Pour ce qui est de l'histoire, cette perspective permet de sortir des impasses où conduisent bien des recherches sur la mémoire collective, d'où dérivent la plupart des travaux sur les épurations. En éclairant les contraintes temporelles propres aux pratiques judiciaires, une telle démarche pourrait également enrichir le débat sur les perspectives antagonistes du juge et de l'historien.

Guillaume Mouralis

### Résumé

En étudiant les procès intentés depuis 1990 aux fonctionnaires est-allemands, soit le volet pénal de la vaste « épuration » qui a suivi l'unification, il apparaît que la plupart des travaux menés jusqu'à présent sont prisonniers de modèles explicatifs de type transitionnel élaborés par les sciences historiques et politiques. Suivant ces modèles, en effet, les politiques publiques du passé relèveraient de la temporalité courte des bouleversements politiques. Pourtant, en raison d'innovations juridiques et d'évolutions de la

mémoire collective, les procès contre les auteurs de crimes systémiques ont parfois lieu plusieurs dizaines d'années après les faits, soit longtemps après le changement de régime politique proprement dit. De manière plus fondamentale, c'est avec des lois, des règlements, un code pénal que l'Etat opère sur le passé. La nécessité pour l'Etat de traduire en termes juridiques toute politique du passé appelle à notre sens une réflexion sur les propriétés temporelles des objets et pratiques juridiques.

Il nous semble possible à cet égard de distinguer trois niveaux : le temps long et répétitif du droit pénal ou plutôt de ses principes de base et de ses grandes taxinomies ; la temporalité moyenne des raisonnements juridiques, particulièrement sensible dans la jurisprudence ; une temporalité plutôt courte, celle de la procédure et du procès proprement dit. En articulant ces trois niveaux aussi bien entre eux qu'avec les temporalités politiques et sociales, il est possible de sortir des ornières des modèles transitionnels et de montrer que les procès contre les auteurs de crimes systémiques sont aussi fortement tributaires d'un socle préexistant de normes, de raisonnements et de savoir-faire juridiques.

Une telle approche nous a conduit à reculer au moins à 1949 les limites chronologiques de notre objet d'étude. En effet, pour comprendre l'ampleur, la forme et la dynamique de l'« épuration » qui a suivi l'unification, il faut tenir compte de trois héritages fortement contraignants : à une double genèse procédurale (en RDA au cours de la Wende et en RFA dans le contexte de la guerre froide) s'ajoute une genèse jurisprudentielle fondamentale (celle des procès pour crimes nazis en RFA).

En définitive, seule une approche de ce type permet de rendre intelligible le « Sonderweg » allemand dans la gestion publique du passé communiste. En effet, en raison du caractère inédit de l'unification allemande, aucune ancienne démocratie populaire de l'Europe de l'Est n'a connu d'épuration aussi large et intensive que l'ex-RDA.