

**« Collaboration » – les perspectives juridiques d'un terme  
controversé**

Par

MARKUS C. KERBER

N° 2 de la Série de publications de l'IVSG  
ISSN 1865-2859, Berlin 2008

MARKUS C. KERBER<sup>1</sup>

## « Collaboration » – les perspectives juridiques d'un terme controversé<sup>2</sup>

I. Nous devons à un juriste-romancier de grand talent, la démarcation de la « collaboration » dans l'ensemble sémantique de la trahison. *Bernhard Schlink*, dans un souci de livrer des définitions utiles au lieu de chercher la vérité des concepts, décrit la collaboration comme une version très amorphe de la trahison en général<sup>3</sup>. En effet, le collaborateur intellectuel se caractérise moins par la trahison d'une personne individualisée que par la décision de déloyauté vis à vis d'une cause ou d'une entité dépersonnalisée : l'Etat, la République, la Nation. Sa résolution, son action et parfois son omission va au delà de la pure et simple acceptation d'un régime d'occupation. Il passe outre en manifestant par son acte, le fait que non seulement la légalité de l'ancien régime n'est plus en vigueur, mais dont, de plus, il n'accepte plus sa légitimité.

Après la fin du régime avec lequel il a collaboré, le collaborateur dans la plupart des cas, affiche sa fierté d'avoir collaboré : Il n'aurait rien trahi sauf les fondements d'un régime déjà morose, combattu par lui depuis toujours. Sa collaboration avec le nouvel ordre – aussi disparu entre-temps – ne fut rien d'autre que la conséquence de son combat, la logique de son engagement ainsi que l'expression de la fidélité à ses idées.

---

<sup>1</sup> L'auteur enseigne à la TU de Berlin, au sein de l'Institut des Sciences Economiques et Sociales et ainsi qu'à l'Institut des Etudes Politiques de Paris.

<sup>2</sup> Retranscription de l'intervention lors de la conférence à Bruxelles ayant eu lieu le 18 avril 2008 et intitulée « La Collaboration intellectuelle en Belgique et en Europe (1940-1944) ».

<sup>3</sup> Schlink, *Der Verrat*, Merkur 2007, 471, 473 f.; voir aussi Betz dans Betz/Martens, *Les intellectuels et l'occupation*, Ed. Autrement, Paris 2004, p. 311 s. « La trahison des clercs »

A la différence de la plupart des gens, qui indépendamment de leur avis sur un nouveau régime peuvent – en tant que boulanger ou facteur – rester neutre vis à vis de toute collaboration, l'intellectuel de par sa disposition naturelle à aller vers le courant de son époque est plus exposé aux choix d'un camp et donc à la tentation de collaborer.

*Johannes Gros* a qualifié l'intellectuel de « collaborateur né » : Son existence serait voué à collaborer, il ne pourrait faire autrement. Il n'a pas voulu dire par cela que l'intellectuel est condamné à « passer outre ». Mais de par son activité d'intellectuel, il serait incapable de rester innocent dans un processus de changement de régime, comme nous l'avons vu suite à l'occupation de la Belgique et de la France en 1940.

*Bernd Rütters* a approfondi cette analyse des « girouettes » (Wendehälse) notamment pour les diverses professions juridiques, en démontrant non seulement une exposition toute naturelle à la « collaboration » avec le nouveau régime mais aussi un engouement tout particulier à épouser, dans les meilleurs délais, l'esprit du temps dans son domaine juridique<sup>4</sup>.

Les silhouettes juridiques du terme « Collaboration » - si vastes soient-elles - ne pourraient pas être étayées sans une distinction fondamentale, celle entre la légalité et la légitimité. Tout en étant très lié à l'ouvrage réputé de *Carl Schmitt*<sup>5</sup>, nous ne souhaitons pas approfondir ces deux critères en suivant l'argumentaire de Schmitt, mais nous contenter, à l'instar de Schlink, de livrer des définitions utiles, et ce dans le cadre de cet essai. Par « Légalité » s'entendra par la suite l'ensemble des lois en vigueur. Il s'agit donc d'une définition très formaliste. Par

---

<sup>4</sup> Bernd Rütters, *Die Wende-Experten, Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, 2ème ed., München 1995

<sup>5</sup> Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 6. éd. de l'ouvrage de 1932, Berlin

contre, la légitimité se compose – au delà de la légalité - de la substance juridique ou morale des lois, qui leur donne valeur ou non valeur et ce indépendamment d'une procédure conforme à la législation en vigueur. Pour simplifier, l'on pourrait dire : la validité légale se mesure sans référence à une valeur alors que la légitimité repose toujours sur une valeur (et ce indépendamment de son niveau moral ou politique).

Il va de pair avec cette distinction approximative, un autre tandem de concepts : le positivisme juridique et le droit naturel. Le positivisme juridique ne postule rien d'autre que l'obéissance des citoyens et des professions juridiques à la loi en vigueur. Impossible d'oublier de mentionner dans ce contexte le nom de *Gustav Radbruch*, dont la thèse de l'après-guerre fut aussi fameuse que ses ouvrages lors de la République de Weimar : Le positivisme juridique – selon Radbruch - aurait rendu possible la collaboration légale (et donc des injustices criantes) avec le régime nazi de 1933-1945. C'est ainsi que l'obéissance aux lois en vigueur a masqué aux yeux du collaborateur juridique le caractère criminel sous-jacent. Par contre, le recours au droit naturel et donc au principe fondamental de la justice sous-jacent tout droit positif, aurait seul pu barrer la route aux dévastations juridiques commises au nom de la loi par les tribunaux.

Nous savons aujourd'hui et ce à la lumière des recherches empiriques sur les arrêts rendus de 1933 à 1945, que le recours au droit positif – surtout vers la fin du régime nazi – fut souvent un ultime moyen de défense contre des crimes (légaux). Le juge bien inspiré dans ces jours-là, à la différence des juges politiques et militaires restant des national-socialistes acharnés comme le « *Marinerichter* » Filbinger, avait préféré « collaborer avec la légalité » afin d'en rester le seul interprète et de pouvoir être capable de mettre la victime au moins hors danger de mort.

Voici sous forme de préambule conceptuel quelques remarques préliminaires.  
Elles nous conduisent directement aux questions concrètes du sujet :

- 1) Le droit contient-il des critères objectifs afin de déterminer le collaborateur (intellectuel) et de le juger ?
- 2) Le droit est-il un critère pour le collaborateur de choisir ou de rejeter la collaboration ?
- 3) Légitimité contre légalité :
  - a) La légitimité invoquée par l'intellectuel afin de justifier la collaboration
  - b) La légitimité invoquée par l'intellectuel afin de se refuser à la collaboration

II. Peu de mois après son établissement à Londres, de Gaulle reçut une lettre recommandée expédiée par le gouvernement de Vichy qui lui demandait de se rendre à l'ambassade de France pour être jugé pour désobéissance militaire vis à vis de ses supérieurs, attaque contre la sûreté de l'Etat et désertion à l'étranger en temps de guerre. De Gaulle retourna la missive avec la mention « sans objet » et resta bien entendu dans son cabinet à Carlton Park. Il fut néanmoins poursuivi pénalement et condamné par contumace par Vichy et aussi privé de tous ses titres et décorations militaires. *Albrecht Betz* nous apporte la citation clef de de Gaulle qui, lui-même, avait pris conscience du fil de rasoir sur lequel il marchait entre 1940-42 : « Si les Allemands gagnent, confie-t-il à l'automne 1941 au futur général Billote, ce seront Pétain, Laval, Déat qui ont eu raison, et c'est moi qui aurai nui à la France. »<sup>6</sup>

Le même de Gaulle, peu après le retour triomphale à Paris en août 1944, n'hésita pas à décorer les policiers en raison de leur mérite dans le rétablissement de

---

<sup>6</sup> Betz op. Cit. S. 314 en se référant à Dominique Venner, Histoire de la Collaboration Paris 2000 p. 700

l'ordre républicain, baptisé plus tard « épuration », policiers, qui, peu avant, avaient encore plus ou moins loyalement servi le pouvoir d'occupation.

L'exemple est parlant. Celui qui sous l'ordre légal de Vichy a été même condamné par contumace, décora – dans un souci politique d'assurer la pérennité de l'Etat - même les collaborateurs au sein de la police française. Personne dans l'appareil administratif de Vichy, sauf Paul Touvier et Maurice Papon comme boucs émissaires, n'a dû subir dans l'après-guerre aucune appréciation juridique ou même pénale de son comportement sous Vichy. Bousquet, le chef de la Police de Vichy et dans l'après-guerre Directeur Général de la Banque Indosuez, n'a pas non plus du comparaître devant un tribunal. Il fut assassiné dans les années 90. Le silence juridique autour de Bousquet ne fut pas un hasard mais le résultat d'une conspiration parfaite contre la mémoire à laquelle participa dans les années 70 François Mitterrand, à l'époque en étroite liaison avec Bousquet.

L'attention juridique fut accordée exclusivement aux collaborateurs politiques, qui d'une façon manifeste avaient pris parti pour le nouvel ordre après la défaite en 1940.

Rappelons la prose de Bertrand de Jouvenel, qui dans les années 20, écrivait déjà « Vers les Etats Unis d'Europe. » Dès 1941, son discours changea:

« Lorsqu'il écrivait Mein Kampf, le Führer était frappé de l'urbanisation excessive de la population allemande, qui tendait à faire ressembler ce pays à l'Angleterre ( 140 habitants par kilomètre carré en Allemagne, 271 habitants par kilomètre carré en Angleterre et pays de Galles, contre 76 habitants par kilomètre carré en France). Il jugeait nécessaire d'étaler cette population. [...] Un programme de rassemblement des populations allemandes en un seul corps de nation, et d'étalement de ces populations sur une aire convenable pour qu'une forte proportion d'entre elle pût mener la vie paysanne supposait, si nous prenons pour bas le chiffre de 86 millions d'Allemands en Europe donné par la carte ethnographique de Friedrich Lange, et la densité

française de 76 habitants par kilomètre carré, une extension des frontières allemandes qui englobaient l'Autriche, la Tchéquie, les deux tiers de la Pologne et la moitié de l'Ukraine. Voilà une première conception de l'espace vital allemand<sup>7</sup> ».

Plusieurs conclusions préliminaires s'imposent donc :

- Premièrement, la question de savoir si quelqu'un est regardé comme collaborateur et donc poursuivi en tant que tel, ne dépend point de la gravité juridique des ses prétendus délits, mais de sa position politique et de ses manifestations lors de sa collaboration (et de sa réinsertion dans l'establishment après coup.) Ainsi ont échappé à une appréciation juridique ou même à une poursuite pénale un grand nombre des fonctionnaires qui, pris individuellement ou dans leur ensemble, avaient grandement contribué au bon fonctionnement de Vichy, y compris à l'application des lois anti-juives dès novembre 1940.
- Deuxièmement, la qualification juridique du collaborateur et de la collaboration dépend des lois en vigueur et varie en fonction de la légalité. Dans un délais bref, un collaborateur actif de l'occupant peut devenir un gardien de l'ordre républicain. Voici en ce qui concerne la versatilité toute naturelle des petits collaborateurs.
- Troisièmement, le collaborateur intellectuel laisse des traces ineffaçables. Même le plus grand caméléon, ne peut pas occulter ses prises de position d'hier. Leur appréhension juridique est pourtant impossible en appliquant le nouvel ordre juridique. Leurs actes restent juridiquement inattaquables même si rétroactivement leurs prises de position sont qualifiées par le

---

<sup>7</sup> Bertrand de Jouvenel, *Après la défaite*, Gallimard, Paris 1941.

Bertrand de Jouvenel écrivait déjà en 1931 « Vers les Etats Unis d'Europe ? », le même écrivait « Du Pouvoir » et continuait aisément sa carrière.

code pénal d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation ou à l'autorité de l'Etat (trahison et espionnage, intelligence avec un pouvoir étranger, sabotage, attentat ou complot). Comment condamner quelqu'un pour avoir commis des actes d'intelligence avec l'ennemi alors que le gouvernement légal de l'époque avait publiquement prôné la collaboration avec l'occupant. Ceci étant sur un plan formel, une pure condamnation aurait été possible parce qu'après l'armistice de 1940 ne suivra pas de traité de paix. L'Allemagne restant « ennemie » de la France au sens des divers chefs d'accusation du code pénal français. Dans la plupart des cas, leur punition n'est donc pas de caractère juridique mais consiste en un bannissement politique à jamais (Bertrand de Jouvenel/Drieu la Rochelle). Si pourtant il y avaient des condamnations pour collaboration intellectuelle, ce fut une justice politique parfaitement illégale, parce que l'accusé aurait pu à tout moment avoir recours à son incapacité de juger pertinemment la situation juridique.

III. Le collaborateur (intellectuel) c'est à dire celui qui a décidé de « passer outre » (à la différence du policier ou du facteur qui continue son service sans révolte sous le nouvel ordre) fait un calcul qui ressemble parfois à un pari. Il estime que les avantages de se joindre au nouveau régime seront plus importants que les coûts de la non-collaboration<sup>8</sup>. Autrement dit, il n'est pas prêt à payer le prix du refus (pour ne pas parler de résistance). C'est donc un raisonnement économique décoré parfois par des cris de coeur ou des pamphlets passionnels qui évoquent ou même invoquent tous les intérêts, sauf l'intérêt propre du collaborateur. La versatilité de la situation juridique (fonction du pouvoir politique) décrite ci-dessus lui permet un tel raisonnement en totale abstraction du droit. Son

---

<sup>8</sup> Nous simplifions ici. Bien entendu, nous faisons abstraction d'une neutralité difficile ou d'une opposition intérieure.



abstention d'actes violents et sa naturelle restriction à un travail intellectuel lui donne une impunité ou, à la limite, une amnistie anticipée. Les treize alsaciens incorporés SS qui ont détruits Oradour ont été condamnés après la Guerre mais aussitôt après que le jugement fut rendu, amnistiés.

Là où des intellectuels furent cependant jugés et parfois condamnés à mort, les arrêts pratiquèrent une rétroactivité des punitions opposée à l'Etat de Droit et non conforme aux droits de l'homme.

IV. L'intellectuel face à la collaboration a été situé jusqu'à présent par rapport à la légalité. Cette légalité – définie ci-dessus – comme l'ensemble des lois en vigueur au moment de l'acte ou de l'omission commise par l'intellectuel collaborateur, est un critère formel et donc relativement facile à cerner (une définition utile comme dirait peut-être Schlink) d'où vient une applicabilité très nette du recours classique du collaborateur : « Tout ce que j'ai commis, fut conforme avec les lois en vigueur ».

Cependant ce recours perd sa validité juridique mais aussi sa valeur politique de justification au moment où l'ordre juridique établi permet visiblement des crimes. Les lois anti-juives en France ainsi que la « Volksschädlingsverordnung » en Allemagne à partir de 1942 en sont des exemples à rappeler. Tout discours justificatif à cet égard devait tôt ou tard s'appuyer sur une légitimité nouvelle – une espèce de méta-légalité – permettant des actes évidemment criminels. *Carl Schmitt*, auquel nous devons l'ouvrage consacré à la fine distinction entre légalité et légitimité, a lui-même invoqué la légitimité pour justifier les assassinats de Röhm et de ses camarades de la SA et de bien des dignitaires de la République de Weimar comme l'ancien Chancelier v. Schleicher<sup>9</sup>. Il se précipita ensuite pour écrire un article dans la *Deutsche Juristenzeitung* sur le Führer, qui aurait par ces

---

<sup>9</sup> Le petit fils de l'amiral von Tirpitz raconte que le jour du Röhm-Putsch son père – en calèche avec Halmar Schacht le président de la Reichsbank dit : Mais ce Hitler et bel et bien criminel.

actes protégé le droit.<sup>10</sup> Au delà de cela, des outrages anti-juifs qui accomplissaient un ressentiment anti-sémitique fort développé chez lui auparavant, suivaient. En effet, depuis le début de sa carrière de juriste, Carl Schmitt a toujours été en concurrence avec des collègues de confession israélite (Kelsen, Heller etc.). Bien que son engagement en tant que collaborateur fut évident – motivé par des ambitions professionnelles<sup>11</sup> – Schmitt n’a pas trouvé de pardon après la guerre... Il n’a par contre cessé de se défendre en recourant à la légitimité, pour justifier, par une approche purement juridico-technique, des actes criminels dans le cadre du Putsch de Röhm: Il aurait tout simplement donné un avis juridique en sa qualité d’expert. Nous devons à Bernd Rüthers la démystification empirique de cette méthode d’auto-pardon<sup>12</sup>. Notons que dans le cas flagrant de Schmitt, le recours à la légitimité n’a pas suffi pour justifier la collaboration – collaboration motivée aussi par un esprit de jalousie professionnelle vis à vis de l’establishment professoral juif-allemand.

Tournons notre attention vers la légitimité comme source du refus de collaboration même, de résistance ou de révolte. Rappelons encore que le recours au droit naturel, à la justice supérieure, à la raison pure ou à la liberté raisonnable ne conduit pas forcément – contrairement à ce que prétend Radbruch - au refus systématique de la collaboration appuyé sur la légitimité. Au contraire, cette légitimité en tant que méta-légalité – qui prend la forme de justice supérieure au nom du droit naturel - est dans sa structure de pensée, dans sa grammaire argumentaire plus proche du « raisonnement » totalitaire que de la logique sobre de l’Etat de droit.

---

<sup>10</sup> Carl Schmitt, *Der Führer schützt das Recht* cité dans : Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939*, 3.Aufl. Berlin 1994 S. 227 ff. Voir également sur Carl Schmitt comme „ converti “ entre 1933-36 Helmut Quaritsch, *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, Berlin 1995 S.83 ff.

<sup>11</sup> Andreas Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, Darmstadt 1995 S.329 ff.

<sup>12</sup> Bernd Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich, Wissenschaft als Zeitgeistverstärkung*, 2.Aufl. München 1990

Pourtant, dans le combat politique, le critère juridique de la légitimité a toujours été une source privilégiée du refus. De Gaulle a contesté dès l'armistice, la légitimité de Vichy et par conséquent le mandat du gouvernement de Pétain d'agir au nom de la France. Il s'est diplomatiquement abstenu de se prononcer sur la question de la légalité de Vichy. Par la suite, il a voulu – au nom du refus – incarner la légitimité républicaine de la France qui, selon lui, n'aurait jamais cessé d'exister durant l'occupation. Nous voyons : C'est la fiction pure faisant totalement abstraction de la situation réelle en France à l'époque qui permettait aux politiques de jongler avec les critères juridiques afin de se faire respecter dans la quête du pouvoir. Le Général Castroux bien que hiérarchiquement supérieur à De Gaulle, reçut ce dernier en Afrique dès 1940 en disant : « Le Général de Gaulle, c'est la France ». Il invoqua donc la légitimité et non point la légalité du gouvernement de Vichy auquel il aurait du normalement toute sa loyauté (en arrêtant De Gaulle sur le champs).

Ces fines distinctions juridiques ne peuvent guère cacher le rude combat politique sous-jacent. C'est lui avec son éternel antinomie (ami/ennemi) qui est à la base de la démarcation nette du terme « Collaboration ». Celui qui a enfin gagné ce combat, a seul le droit de définir pour l'histoire « le collaborateur ». Cette classification reste du ressort exclusif de la politique et n'est pas de caractère juridique. Le droit suit la politique !

Nous résumons donc sans conclure par les propos préliminaires suivants :

Le terme de collaboration, bien qu'utilisé dans le droit pénal, n'est pas juridiquement pertinent. Il n'est applicable qu'en fonction d'un système politique fermement établi. Le pouvoir de ce régime, et non point ses normes décide de l'identification de l'ennemi intérieur et extérieur et des chefs d'accusation de « intelligence avec l'ennemi ».

Or il se trouve que le phénomène de la collaboration devient notoire en cas de changement de régime. Dans une telle configuration (après la débâcle en France, après la « Wende » en RDA 1989/1990), les critères juridiques ne sont plus utiles pour définir et pour appréhender juridiquement, car la référence légale est en pleine transition, et le cas échéant, le recours à la légitimité semble couvrir des comportements politiquement contraires.

Le terme de collaboration reste donc primordialement politique. De même, la résolution consistant à se refuser à la collaboration (à savoir au consentement à la légalité nouvellement établie) provient d'une source bien plus profonde transcendant même la politique.

Comme écrivit, Camus en son époque : « Toute valeur n'entraîne pas la révolte, mais tout mouvement de révolte entraîne tacitement une valeur. »<sup>13</sup> Le refus de la collaboration provient donc moins d'un raisonnement juridique et politique que d'un courant presque instinctif, qui, face à la tentation du confort de collaborer, fait irruption d'un esprit de révolte dont Charles de Gaulle nous a laissé le plus beau, le plus pathétique et le plus touchant exemple. Certes il avait, fait le calcul qu'à terme l'Allemagne ne pourrait pas gagner contre le reste du monde. Mais il a aussi manifesté une force de caractère qui, fidèle à elle-même, proclame haut et fort son mépris envers ceux qui sont disposés à vendre même leur âme en toute impunité. En effet, c'est cette impunité juridique qui devrait rendre le collaborateur méprisable à nos yeux.

---

<sup>13</sup> Albert Camus, *L'homme révolté*, Gallimard Folio-Essays p. 21