



HAL
open science

Un procès hors du commun ? : Le procès de la Fraction Armée Rouge à Stuttgart-Stammheim (1975-1977)

Frédéric Audren, Dominique Linhardt

► To cite this version:

Frédéric Audren, Dominique Linhardt. Un procès hors du commun ? : Le procès de la Fraction Armée Rouge à Stuttgart-Stammheim (1975-1977). *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2008, 63 (5), pp.1003-1034. 10.1017/S0395264900025105 . hal-01462089

HAL Id: hal-01462089

<https://sciencespo.hal.science/hal-01462089>

Submitted on 8 Feb 2017

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 - NoDerivatives 4.0 International License

Un procès hors du commun ?

Le procès de la Fraction Armée Rouge à Stuttgart-Stammheim (1975-1977)

Frédéric Audren et Dominique Linhardt

Il ne s'agit pas de la défense des prisonniers *devant* une instance de l'état dont le rôle serait de décider, de juger – il s'agit de défense *contre* – parce que l'objectif du procureur général n'est pas d'arriver à un jugement selon les règles de l'état de droit. La procédure n'est qu'une enveloppe, elle est un camouflage. Le but est la destruction de la guérilla. *Extrait d'une lettre d'un membre de la RAF à ses avocats (septembre 1975)*¹

Notre constitution confère à l'État seul l'obligation et le droit de décider de la punition et de la liberté. Cela doit se faire en suivant des règles légales régulières et des procédures légales ordonnées. [...] Si l'on veut protéger efficacement l'État de droit, on doit être déterminé à aller jusqu'aux limites de ce que l'État de droit autorise.

*Helmut Schmidt (avril 1975)*²

Stammheim serait probablement restée une bourgade paisible dans le nord de Stuttgart si n'y avait été inaugurée, en 1964, une nouvelle prison. Répondant aux standards de sûreté les plus élevés, elle a été choisie lorsqu'il s'est agi, au début des années 1970, d'enfermer les membres du noyau central de la *Rote Armee Fraktion* (RAF). C'est en ce même lieu que s'ouvre leur procès le 21 mai 1975 car, pour des raisons de sécurité, la deuxième chambre criminelle (*Strafsenat*³) du tribunal régional supérieur (*Oberlandgericht*) de Stuttgart a été déplacée dans le périmètre même de la prison. Les quatre accusés comparaissent pour des actes commis entre 1970 et 1972⁴. Ces actes tombent sous de nombreux chefs d'inculpation parmi lesquels le meurtre et la tentative de meurtre. Mais l'accusation qui résume le mieux le sens attribué au procès est celle de « formation d'une association criminelle (*Bildung einer kriminellen Vereinigung*) ». Il s'agit, en effet, bien moins de faire

1 - Archives du Hamburger Institut für Sozialforschung, Sondersammlung « Protest, Widerstand und Utopie in der BRD » (désormais HIS/BRD), RA 03/001,004 (soulignements et usage systématique des minuscules dans l'original).

2 - « Regierungserklärung von Bundeskanzler Schmidt zum Überfall auf die deutsche Botschaft in Stockholm (25 avril 1975) », in I. WILHARM (dir.), *Deutsche Geschichte, 1962-1983: Dokumente in zwei Bänden*, Francfort, Fischer Taschenbuch Verlag, 1985, t. 2, p. 125.

3 - Pour la traduction des termes techniques, nous adoptons la terminologie proposée par le service européen *Inter Active terminology for Europe*: <http://iate.europa.eu/>.

4 - Les accusés étaient initialement au nombre de cinq: Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof, Jan-Carl Raspe et Holger Meins. Ce dernier est mort des suites d'une grève de la faim en 1974, au cours de la procédure d'instruction. Seuls les quatre premiers sont donc présents à l'ouverture du procès.

le procès d'individualités que d'un groupe et de l'entreprise qu'il incarne : à travers ses « meneurs », c'est la RAF qui doit être jugée et, au-delà, tous ceux qui s'étaient engagés dans le projet de la « guérilla urbaine »⁵.

L'acte de naissance de la RAF est signé d'un coup d'éclat : le 14 mai 1970, un commando a libéré Andreas Baader de la prison berlinoise où il purgeait une peine pour l'incendie de deux grands magasins à Cologne deux ans auparavant. Ces incendies criminels, auxquels avait également été associée Gudrun Ensslin, inscrivent la genèse de la RAF dans son contexte : celui du mouvement social de la fin des années 1960⁶. Pour les quatre accusés du procès de Stammheim, le « mouvement étudiant (*Studentenbewegung*) » et l'« opposition extraparlamentaire (*Außerparlamentarische Opposition* ou APO) » ont été le terrain d'un apprentissage politique. Les bombes incendiaires de Cologne étaient un geste de protestation contre la guerre du Vietnam. Au même moment, Holger Meins, étudiant en cinéma, s'illustrait par un film sur la fabrication et l'usage révolutionnaire de cocktails Molotov, tandis que Jan-Carl Raspe participait à la fondation de la *Kommune 2* à Berlin et qu'Ulrike Meinhof signait les éditoriaux de la publication radicale *konkret*. Pour les activistes qui se sont regroupés au printemps 1970 sous la bannière de la RAF, il allait de soi que le combat qu'ils entreprenaient se situait dans la continuité de la « révolte étudiante (*Studentenrevolte*) », qu'ils en poursuivaient les objectifs en radicalisant ses procédés⁷ : la différence entre le projet, dans lequel ils s'apprêtaient à s'engager, et les mobilisations de la seconde moitié des années 1960 leur apparaissait comme le résultat d'un glissement progressif rendu nécessaire par la réaction de l'État⁸.

Pour les représentants de l'État, à l'inverse, la rupture entre le mouvement étudiant et le terrorisme de la RAF ne faisait pas de doute. Des actions de commando réalisées par des petits groupes d'activistes clandestins ne pouvaient être comparées aux manifestations de masse de la période précédente, ni la perpétration d'attentats aux affrontements directs avec les forces de l'ordre. On s'accordait naturellement pour constater l'importance de soumettre à un traitement pénal les exactions commises par les militants du mouvement extraparlamentaire. Mais l'on n'avait pas affaire à proprement parler, à des militants déterminés à ériger l'illégalité et le crime en une arme contre l'État, en mettant ainsi fondamentalement en cause son monopole de la violence légitime. Par la menace qu'ils faisaient peser sur un

5 - Si la RAF est l'organisation la plus connue, elle n'est pas la seule qui, dans l'Allemagne du début des années 1970, se revendique d'un modèle d'insurrection calqué sur l'exemple des *Tupamaros* uruguayens.

6 - Gerhard FELS, *Der Aufruhr der 68er: zu den geistigen Grundlagen der Studentenbewegung und der RAF*, Bonn, Bouvier, 1998; Susanne KAILITZ, *Von den Worten zu den Waffen?: Frankfurter Schule, Studentenbewegung, RAF und die Gewaltfrage*, Wiesbaden, Verlag für Sozialwissenschaften, 2007.

7 - Comme le notent A. Baader et U. Meinhof, « le processus politique dont est issue la guérilla urbaine en République fédérale a commencé à Berlin – [en] 66, 67, 68 » (« a./u.: linie zum prozess gegen das kommando holger meins »), in *Texte: der RAF*, Lund, Verlag Bo Cavefors, 1977, p. 32.

8 - Petra RETHMANN, « On militancy, sort of », *Cultural Critique*, 62, 2006, p. 67-91.

État garant de la sécurité collective, les groupes armés s'étaient constitués en « ennemis d'État ». Ce n'est qu'en considérant le défi que les groupes de guérilla urbaine représentaient pour l'État que l'on peut comprendre l'effort policier et pénal considérable produit avant même que le premier attentat n'ait eu lieu⁹. Cet effort a été redoublé à partir de 1972, après l'« offensive de mai » de la RAF, lorsqu'en l'espace de quelques jours ont été menées plusieurs attaques¹⁰. Mais si la RAF avait réussi cette première série d'actions, ses membres n'étaient pas suffisamment préparés à faire face à la mobilisation policière qui s'en est suivie : quelques semaines plus tard, la plupart d'entre eux étaient capturés. Le procès de Stammheim faisait partie des procès qui avaient pour objet de les juger ; il en a été le plus emblématique¹¹.

De la difficulté de juger

Loin de marquer un terme, le tribunal se révèle comme une arène supplémentaire dans le conflit qui oppose l'État ouest-allemand aux groupes de guérilla urbaine. Annoncé comme l'épreuve à venir pour l'État allemand, « les regards du monde se posent sur Stammheim¹² » dès son ouverture. Et ces regards ne s'en détournent plus que par intermittence jusqu'au 28 avril 1977, jour de la lecture du jugement, tant ce procès, par l'intensité de la confrontation à laquelle il donne lieu, devient l'objet d'un intérêt durable. Encore aujourd'hui, il est communément considéré comme l'un des événements judiciaires les plus marquants de l'Allemagne d'après-guerre. Comme le remarque justement Gisela Diewald-Kerkmann¹³, ses analystes retiennent le plus souvent, à cet égard, son caractère éminemment politique¹⁴ : des militants condamnés *par avance* au nom de la raison d'État, un

9 - Klaus WEINHAEUER, « 'Staat zeigen': die polizeiliche Bekämpfung des Terrorismus in der Bundesrepublik bis Anfang der 1980er Jahre », in W. KRAUSHAAR (dir.), *Die RAF und der linke Terrorismus*, Hambourg, Hamburger Edition, 2006, vol. 2, p. 932-947.

10 - Attentat à la bombe contre les bâtiments hébergeant le 5^e corps de l'armée américaine à Heidelberg le 5 mai 1972 ; attentat contre des commissariats de police à Augsburg le 19 mai, ainsi que, le lendemain, à Munich ; attentat contre le quartier général des forces américaines en Europe à Francfort le 24 mai. Les années 1970 et 1971 avaient été essentiellement consacrées à des tâches logistiques (se procurer des appartements, des voitures, des armes, des papiers et de l'argent), ainsi qu'à un entraînement effectué au Moyen-Orient. Au cours de cette période, les seules actions ouvertes du groupe ont été des hold-up.

11 - L'année 1972 marque ainsi la fin de la « première génération de la RAF ». Le terrorisme n'en a pas pour autant été éliminé, le projet de la RAF ayant été repris par une « seconde génération » dont la socialisation politique était moins étroitement liée au mouvement social de la fin des années 1960. Voir Tobias WUNSCHIK, *Baader-Meinhofer Kinder: die zweite Generation der RAF*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1997.

12 - Selon l'expression d'un journaliste de la *Süddeutsche Zeitung* du 21 mai 1975.

13 - Gisela DIEWALD-KERKMANN, « 'Im Vordergrund steht immer die Tat...': Gerichtsverfahren gegen Mitglieder der RAF », *Rechtsgeschichte*, 7, 2005, p. 138-152, ici p. 146-150.

14 - Les rapports entre justice et politique font aujourd'hui en France l'objet d'un regain d'intérêt. Voir notamment, Jacques COMMAILLE et Martine KALUSZINSKY (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007 ; Liora ISRAËL, *Robes noires, années*

procès organisé en vue d'obtenir *à tout prix* une condamnation contre des ennemis d'État¹⁵. Un procès politique, en somme, dans lequel l'application scrupuleuse du droit importerait moins que la nécessaire réaffirmation de l'autorité étatique contestée et la victoire contre des terroristes. La production du jugement de droit s'efface alors derrière le dévoilement des mécanismes plus ou moins discrets d'un « procès fantôme¹⁶ ».

Pourtant, on ne saurait, rétrospectivement, tirer argument des condamnations prononcées contre les membres de la RAF pour conclure à une parodie judiciaire, comme le firent du reste les prévenus eux-mêmes. Ce qui frappe, à l'inverse, c'est l'affolement qui saisit l'État et ses représentants devant la perspective d'un *fiasco* annoncé par certains observateurs. Si le procès de Stammheim apparaît comme un moment si important pour l'Allemagne, c'est parce qu'il constitue une *épreuve* pour un État démocratique, un moment saillant où l'État s'éprouve comme État de droit dans le mouvement même du droit en train de se fabriquer¹⁷. Face à la volonté farouche des accusés de « dé-juger » l'État, ce dernier doit impérativement faire *passer* le droit. Ainsi, le procès de Stammheim, appréhendé dans les différents aspects de son difficile accomplissement, éclaire les opérations coûteuses et nécessaires à la production d'un jugement conforme aux principes d'un État de droit dont l'Allemagne de Willy Brandt et de Helmut Schmidt se réclame¹⁸. En saisissant la dynamique du jugement de droit dans ses tiraillements avec le sens ordinaire

sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale, Paris, Fayard, 2005 ; Violaine ROUSSEL, *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*, Paris, La Découverte, 2002 ; Antoine VAUCHEZ, *L'institution judiciaire remotivée. Le processus d'institutionnalisation d'une « nouvelle justice » en Italie, 1960-2000*, Paris, LGDJ, 2004. Voir également le panorama historiographique de Jean-Claude FARCY, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, PUF, 2001. Dans le cas du procès de Stammheim, la dimension politique du procès est si prégnante qu'elle risque de faire écran à la compréhension du travail proprement juridique du tribunal.

15 - Les exemples d'analyses de ce type sont nombreux. Le plus spectaculaire est sans doute l'étude au demeurant bien informée de Pieter H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung in Strafsachen: eine Fallstudie des von 1972-1977 in der Bundesrepublik Deutschland geführten Strafverfahrens gegen Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof, Holger Meins, Jan Carl Raspe*, Kiel, Neuer Malik Verlag, 1986. Plus récemment, on retrouve une perspective similaire dans une série de trois ouvrages publiés en 1991 sous le titre général de « Terroristen und Richter » : Rolf GÖSSNER, *Das Anti-Terror-System: politische Justiz im präventiven Sicherheitsstaat*, Hambourg, VSA-Verlag, 1991 ; Heinrich HANNOVER, *Terroristenprozesse: Erfahrungen und Erkenntnisse eines Strafverteidigers*, Hambourg, VSA-Verlag, 1991 ; Margot OVERATH, *Drachenzähne: Gespräche, Dokumente und Recherchen aus der Wirklichkeit der Hochsicherheitsjustiz*, Hambourg, VSA-Verlag, 1991.

16 - Stefan AUST, *Der Baader-Meinhof-Komplex*, Munich, Goldmann, [1985] 1998, p. 271.

17 - Prendre cette épreuve au sérieux nécessite de suspendre analytiquement le préalable de l'évidence de l'État de droit et de le considérer sous le rapport de sa « fragilité » et de sa « transformabilité ». Samuel N. EISENSTADT, « The paradox of democratic regimes: Fragility and transformability », *Sociological Theory*, 16-3, 1998, p. 211-238.

18 - Sur le droit comme travail de production, Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005.

de la justice¹⁹, ce procès apparaît dans toute sa singularité. Procès singulier par sa durée exceptionnelle, par son impact sur l'opinion publique ou encore par les difficultés de son organisation. Procès singulier mais non nécessairement « procès d'exception », car il se caractérise surtout par l'obstination jamais démentie de tous les acteurs, y compris les accusés, à se situer « au ras du droit », à ne pas sortir du droit et de sa technique, à se saisir des « prises » que l'arsenal juridique offre devant le tribunal. Si parler de l'exceptionnalité d'un tel procès peut avoir un sens, elle doit ici se chercher, non pas dans la suspension du droit, mais au contraire dans une intensification de ses usages réglés. Donnant des ressources aussi bien à l'État provoqué qu'aux accusés provocateurs qui se rendent coup pour coup, objets constants de frictions entre eux, les instruments juridiques facilitent ou contrarient le *passage du droit*²⁰. Le procès de Stammheim offre, ainsi, un remarquable point de vue sur la difficulté de juger.

Le détour du droit

La constitution du tribunal en une arène d'affrontement n'est pas fortuite. Les membres des groupes de guérilla urbaine conçoivent en effet l'illégalité comme un élément de l'effectivité politique de leur programme. À leurs yeux, le recours à des formes d'action illégales est un moyen pour démasquer la réalité d'un système d'oppression qui a pour caractéristique de se dissimuler sous les apparences de l'État de droit. La légalité serait le véhicule d'une domination d'autant plus efficace qu'elle se donne les atours du juste et du valable. Le caractère criminel des actes de la guérilla urbaine est dès lors valorisé politiquement dans la mesure où il obligerait l'État à rendre visible la violence d'un système de pouvoir qui s'abrite sous la façade d'un ordre juridique, qui n'apparaît légitime que pour autant que le « fétiche²¹ » de la légalité n'est pas brisé.

L'arène judiciaire

L'élaboration du tribunal comme un espace d'opération stratégique intervient dès la formulation du projet de la lutte armée. Elle s'est d'autant plus facilement imposée que l'expérience de la justice pénale est pour les membres de la guérilla urbaine, issus du mouvement antiautoritaire de la seconde moitié des années 1960, une expérience originelle : la pénalisation d'un engagement qu'une frange des

19 - Laurent THÉVENOT, *L'action au pluriel. Sociologie des régimes d'engagement*, Paris, La Découverte, 2006, p. 157-181.

20 - Sur le passage du droit, Bruno LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2002. La tradition américaine accorde une grande importance à cette notion de passage du droit. Par exemple, Oliver W. HOLMES dans le classique *The path of the law*, Bedford, Applewood Books, [1894] 1996 (également téléchargeable à l'adresse http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm).

21 - « Das Konzept Stadtguerilla » (avril 1971), in M. HOFFMANN (dir.), *Rote Armee Fraktion: Texte und Materialien zur Geschichte der RAF*, Berlin, ID-Verlag, 1997, p. 27-48, ici p. 47.

militants conçoit d'abord comme politique est une expérience commune. Pour ces derniers, la confrontation directe ou indirecte avec les institutions de la justice pénale est un élément important de la justification de leur engagement²². La « criminalisation » des militants est interprétée comme une stratégie d'hostilité, une force particulière que l'État engage dans le conflit. Elle révélerait une violence qui est d'ordinaire tacite, mais qui serait en réalité *symptomatique* : elle caractériserait fondamentalement un État qui se donne l'apparence d'agir dans le souci de ses citoyens, mais qui n'aurait, de fait, pour seul objectif que la perpétuation de sa propre domination. Dès lors, il s'agit d'aller plus loin, d'opter pour une illégalité assumée et de recourir au crime pour faire réagir l'État avec d'autant plus de véhémence et dévoiler, par là même, sa « vraie nature » – celle d'un État qui, de manière sophistiquée et perfide, perpétue le « fascisme »²³.

Le procès de Stammheim ne s'écrit donc pas sur une page vierge. Il marque un moment d'intensification dans un processus cumulatif. Les accusés y investissent les expériences acquises au fil du temps. Ils lui confèrent un statut paroxysmique. Dans un courrier adressé à son avocat, l'un des accusés note ainsi que « [le procès de] stammheim a une fonction d'orientation pour tous les procès politiques à venir²⁴ ». Et le constat est également vrai pour les autorités politiques et judiciaires. Elles affichent la volonté de faire du procès de Stammheim celui de la guérilla urbaine dans son ensemble.

On comprend dès lors que le procès soit placé sous le signe d'une tension particulière. Le lieu même traduit cette acuité : le bâtiment, nouvellement construit, fait l'objet de mesures de sécurité drastiques. Le procès se déroule devant une chambre particulière du tribunal régional supérieur, la chambre dite de protection de l'État (*Staatsschutzkammer*). Ce fait découle certes de règles explicites. Toutefois, il indique que les autorités judiciaires accordent à l'affaire une importance particulière, politique. À ces éléments s'ajoutent d'autres spécificités : une durée de presque deux ans ; un dossier de plus de 250 classeurs contenant

22 - Voir les analyses de Michael STURM, « Tupamaros München: 'Bewaffneter Kampf', Subkultur und Polizei, 1969-1971 », in K. WEINHAEUER, J. REQUATE et H.-G. HAUPT (dir.), *Terrorismus in der Bundesrepublik: Medien, Staat und Subkulturen in den 1970er Jahren*, Francfort, Campus Verlag, 2006, p. 99-133.

23 - Sur la critique du fascisme du régime de Bonn dans les années 1960, voir Christiane KOHSER-SPOHN, *Mouvement étudiant et critique du fascisme en Allemagne dans les années soixante*, Paris, L'Harmattan, 1999.

24 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé, novembre 1975 (annotation manuelle de la date) (usage systématique des minuscules dans l'original). L'importance que les membres de la guérilla urbaine confèrent au procès de Stammheim apparaît plus clairement encore dans une autre lettre, rédigée quelques jours plus tard : « ainsi se clôt, à stammheim, une phase, la phase de la destruction discrète. une évolution s'y esquisse vers un fascisme ouvert, et l'on assiste à un conditionnement de l'appareil judiciaire pour la stratégie de destruction du procureur général – comme politique de gouvernement – et comme l'expression et la pointe avancée d'une évolution qui affecte toute la société. rendre visible l'évolution et la structure de la répression étatique, voilà le sens de notre politique dans le procès » (HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé à son avocat, décembre 1975, usage systématique des minuscules dans l'original).

environ 70 000 feuillets ; la citation de plus de mille témoins ; l'introduction d'une batterie de nouvelles dispositions légales, votées pendant la phase d'instruction, qui modifient profondément la procédure pénale ; de nombreux jugements annexes rendus par les instances d'appel tout au long du procès ; le dessaisissement du juge en charge du procès après plus de quatre-vingts demandes de récusation pour suspicion légitime (*Befangenheitsanträge*) ; la mort de l'une des accusées au cours du procès²⁵.

« Justice politique »

Pour les activistes des groupes armés, pour leurs soutiens et pour un grand nombre d'observateurs critiques, ces caractéristiques du procès n'admettent qu'une seule interprétation. Loin de constituer un simple cas d'hypertrophie de la marche ordinaire de la justice, elles indiqueraient qu'il relève de l'*exceptionnel* : sa démesure serait le signe d'une légalité transformée « en pure technique de domination²⁶ ». Les conditions matérielles du procès ne sont-elles pas la preuve de cette exceptionnalité ? Est-il possible de considérer que les exigences d'un procès équitable sont respectées par une juridiction dont ses détracteurs affirment qu'elle se situe dans le droit fil des *Sondergerichte* du Troisième Reich²⁷ ? Les acteurs de la politique pénale ne soulignent-ils pas régulièrement l'importance de confier la tâche à des juges qui se distinguent « par leur soumission inconditionnelle aux intérêts de l'État²⁸ » ?

Les réponses à apporter à ces questions ne font pas de doute pour la gauche militante. L'exceptionnalité du procès est à ses yeux la preuve de sa fonction proprement politique. Le procès de Stammheim est perçu comme une occurrence de « justice politique »²⁹ : le droit serait instrumentalisé et subordonné à la visée de préservation de l'ordre politique. L'opération aurait l'avantage d'annihiler les opposants en se drapant dans le manteau du droit et de conférer ainsi à cette action les allures de la légitimité. Mais elle ne serait en rien l'expression d'une justice ; elle relèverait, en réalité, du registre de la guerre :

Lorsque la justice mène de manière ouverte et dans sa fonction officielle une guerre, elle liquide, avec les normes juridiques à travers lesquelles elle légitime idéologiquement sa médiation entre l'État et la société, le complexe de justification idéologique de l'État de

25 - U. Meinhof a été retrouvée pendue dans sa cellule au matin du 9 mai 1976.

26 - Ulrich PREUSS, « Die Aufrüstung der Normalität », *Kursbuch*, 56, 1979, p. 15-37, ici p. 17.

27 - Par exemple, Alexander VON BRÜNNECK, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland: 1949-1968*, Francfort, Suhrkamp, 1978, p. 224-231.

28 - Robert Lehr, ministre de l'Intérieur, lors d'un débat parlementaire, cité par P. H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung...*, *op. cit.*, p. 40.

29 - Au sens d'Otto KIRCHHEIMER, *Political justice: The use of legal procedure for political ends*, Princeton, Princeton University Press, 1961. L'ouvrage dont la traduction allemande a été publiée en 1965 a connu un grand succès dans les milieux militants. Pour les activistes de la RAF, il fournit une sorte de sens commun et une grille d'analyse à l'aune de laquelle ils réfléchissaient leurs propres expériences.

*droit : elle renforce la contradiction au lieu de le médiatiser. Elle devient justice d'exception. L'instrument de la counterinsurgency*³⁰.

Or, en dépit de sa démesure, le procès ne se rend pas spontanément descriptible comme une opération de *counterinsurgency* : il se présente, au contraire, comme une manifestation réglée de l'État de droit. La tâche que les membres de la guérilla urbaine se donnent est d'exhiber, dans le cours même du procès, la « vérité » d'une réalité judiciaire dans laquelle le droit ne serait plus qu'un instrument de répression³¹.

Pour ce faire, ils mettent en œuvre deux stratégies complémentaires. Tout d'abord, ils font valoir que la démarche de l'État repose entièrement sur la négation de la dimension politique de la guérilla urbaine et que cette négation est l'opération politique cardinale dont dépend le succès de toute l'opération. La définition des agissements des accusés comme criminels est en effet la condition pour qu'ils puissent faire l'objet d'un traitement judiciaire. Or, dès lors que l'on s'inscrit dans le cadre d'une accusation de justice politique, cette opération d'apparence technique doit nécessairement être interprétée comme politique, son caractère politique se révélant dans le fait même d'être occulté. Pour les commentateurs critiques du procès de Stammheim, ce dévoilement forme la pierre angulaire de leurs analyses. Lorsque le juge Prinzing affirme à la veille de l'ouverture du procès qu'il s'agit « d'un cas pénal normal », ce ne serait pas un constat de fait mais un énoncé performatif destiné à occulter la fonction politique du procès³². À d'innombrables reprises, les accusés et leurs avocats interviennent pour dévoiler sa fonction

30 - HIS/BRD, RA 02/001,008. Citation extraite de la correspondance entre les accusés et leurs avocats, papier portant le titre « 2. Antrag », s. d.

31 - La conception de l'objectif que les accusés s'assignent dans le procès, et des moyens qu'ils mettent en œuvre pour l'atteindre, ne peut être dissociée de la façon dont, plus généralement, les groupes armés se représentent l'efficacité de leur action et, notamment, de l'importance qu'ils accordent à la provocation. Puisant directement son inspiration dans le situationnisme, faisant l'objet d'une élaboration théorique dans les mouvements sociaux de la fin des années 1960, la conception provocatrice de l'action militante est reprise et radicalisée par les fondateurs des groupes de guérilla urbaine et les pousse à réfléchir à leurs actions en fonction de deux dimensions. La première est celle du *coup*, qui désigne l'efficacité immédiate d'une action et vise à ce titre directement l'adversaire (par exemple un juge) en obligeant ce dernier à riposter. S'y ajoute cependant une seconde, celle du *geste*, qui ne s'adresse pas tant à l'adversaire qu'à un tiers spectateur, à un « public ». C'est bien la conjonction entre ces deux dimensions indissociables qu'exprime cette formulation de la RAF : « Les bombes contre l'appareil de répression, nous les lançons aussi dans la conscience des masses. » (« Über den bewaffneten Kampf in Westeuropa » (mai 1971), in M. HOFFMANN (dir.), *Rote Armee Fraktion...*, *op. cit.*, p. 49-111, ici p. 100). Il s'agit de démontrer à autrui (aux « masses »), à travers les réactions induites par l'action de la guérilla urbaine, la « vérité » de l'état d'oppression dans lequel on les tient. L'agir de la guérilla urbaine convoque donc à sa façon le public ; il installe un *conflit public* qui impose aux protagonistes directs de rendre leur combat descriptible comme approprié, valeureux, honorable, ce qui fut particulièrement le cas dans le contexte du procès de Stammheim, devenu un événement public et médiatique.

32 - Voir les débats animés que l'interview du juge a suscités dans le cours même du procès, Protokoll Stammheimer Verfahren, f. 1659-1698 (le compte rendu sténographique du procès est numéroté en continu, nous citerons désormais : StV, suivi du numéro du feuillet).

politique, y compris sous des détails les plus anodins. De l'acte d'accusation au jugement, de la citation des témoins à la désignation des experts, de la fixation des conditions de détention au recueil et au traitement des preuves matérielles, l'ensemble des actes de procédure est scruté sous le rapport de leur contribution à un procès politique qui, par définition, ne dit pas son nom.

Il en va ainsi, par exemple, de l'analyse du choix du ministère public d'inscrire le procès sous le chef d'inculpation de « formation d'une association criminelle » (art. 129 du Code pénal³³). Ce choix ne va pas de soi. D'une part, l'accusation pourrait se faire sur la base non pas d'un délit de type organisationnel, mais sur celle des actes concrètement accomplis (les hold-up, les attentats à l'explosif, les meurtres et les tentatives de meurtre). Cette option se heurte cependant à la difficulté de devoir détailler pour chaque accusé, dès l'acte d'accusation, la participation réelle à chaque acte. D'autre part, l'accusation pourrait se fonder sur l'article 81 du Code pénal, qui définit le délit de « haute trahison contre la fédération (*Hochverrat gegen den Bund*) ». Loin d'être une hypothèse abstraite, cette possibilité a la faveur du tribunal régional de Kaiserslautern qui, dans une affaire concernant trois autres membres de la RAF poursuivis pour des faits en partie identiques à ceux reprochés à A. Baader, G. Ensslin, J.-C. Raspe et U. Meinhof, a transmis le dossier à la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) avec la suggestion de « l'adjoindre à la procédure en cours auprès du tribunal régional supérieur de Stuttgart dans l'affaire contre Baader et consorts³⁴ ». Pourtant, ce n'est pas cette accusation de haute trahison qui est retenue. Et aux yeux des accusés et des commentateurs critiques, le choix de l'article 129 au profit de l'article 81 ne peut s'expliquer que « par la volonté du gouvernement, du procureur fédéral et de l'office fédérale de police criminelle (*Bundeskriminalamt*) d'évacuer la dimension politique de la confrontation avec la RAF³⁵ ». Joachim Wagner considère ainsi que « si le ministère public avait inculpé Baader et Meinhof pour faits de haute trahison, il les aurait revalorisés en tant que criminels politiques³⁶ ». La critique de la fonction « dépolitisante » du choix du paragraphe 129 semble d'autant plus justifiée à de nombreux observateurs que son deuxième alinéa stipule qu'il ne peut être question de formation d'une association criminelle à partir du moment où « la perpétration de crimes et délits n'est qu'un objectif et une activité d'importance seconde ». Or dans l'acte

33 - Martin FÜRST, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB: zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Francfort, Peter Lang, 1989. L'article 129 ne doit pas être confondu avec l'article 129a qui n'a cessé de provoquer des critiques et des protestations. L'article 129a, définissant le délit de « formation d'associations terroristes », s'inscrit bien entendu dans la continuité de l'article 129, mais n'a été introduit dans le droit pénal qu'après le procès de Stammheim (en partie sur la base des limites de l'article 129 qui s'y étaient révélées).

34 - StV, f. 11733. Décision du tribunal régional de Kaiserslautern du 12 décembre 1974 (1 AK 34/74).

35 - P. H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung...*, op. cit., p. 49.

36 - Joachim WAGNER, « Terrorismus, Hochverrat und Abhörgegesetz », *Neue juristische Wochenschrift*, 33, 1980, p. 913-920, ici p. 914.

d'accusation, on peut lire que le « groupe s'était fixé pour objectif, sur l'exemple des guérillas urbaines sud-américaines, de lutter par tous les moyens, et en particulier en recourant à la violence, contre les conditions sociales en République fédérale d'Allemagne³⁷ ». Cette formulation reconnaît donc la subordination de la criminalité des actes accomplis à des objectifs de nature politique³⁸.

En contrepoint de cette dénonciation de l'opération (politique) de dépolitisation de la guérilla urbaine, les accusés insistent ensuite sur le caractère essentiellement politique de la guérilla urbaine elle-même³⁹ : puisque ses actions seraient intrinsèquement politiques, l'opération qui consiste à en faire de simples crimes dépourvus de toute dimension politique ne pourrait que découler d'une intention politique. La réaffirmation de la nature politique de la lutte armée a pour fonction de rendre saillant le fait, qu'en dépit de l'apparence d'un procès pénal ordinaire que les autorités judiciaires veulent conférer à la procédure, il s'agit en réalité d'une « destruction délibérée du procès pénal normal⁴⁰ ». Dans la mesure où le maintien effectif d'une forme de normalité judiciaire réclamerait qu'il soit tenu compte du caractère politique des actes pour lesquels les accusés sont jugés, le procès ne saurait être autre chose qu'un simulacre. Il conviendrait de le rendre visible en poussant les représentants de l'État à augmenter leurs efforts de dénégation du caractère anormal du procès, jusqu'à les rendre stériles.

Continûment présente dans les interventions des accusés et de leurs avocats au cours des audiences, l'exigence de la reconnaissance du caractère politique de la guérilla urbaine a connu des moments d'intensification. Parmi ceux-ci, on compte la déclaration sur le fond (*Erklärung zur Sache*) des accusés. En janvier 1976, ils lisent à haute voix un texte de plus de deux cents pages dans lequel ils reviennent abondamment sur les raisons de leur engagement⁴¹. La genèse de la RAF est réinscrite dans son contexte politique, économique, social, historique et idéologique. Ils réfutent ainsi la conception criminelle du groupe en affirmant que, si des crimes ont été commis, il ne s'agissait là que d'un moyen au service d'une politique. Le raisonnement qui s'y déploie a servi à de nombreuses autres reprises.

37 - Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, Anklageschrift (1 StE 1/74), Karlsruhe, 26 septembre 1974, p. 15.

38 - Les services du procureur ont perçu le risque en introduisant une distinction entre des objectifs initiaux d'ordre politique et l'évolution ultérieure au cours de laquelle la RAF serait devenue « une bande purement criminelle » (*ibid.*).

39 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé, septembre 1975 (usage systématique des minuscules dans l'original, souligné par nous). Comme on peut le lire dans la lettre, « la RAF n'est pas un parti. on ne peut pas lui donner sa voix ou non. elle n'est pas éligible. elle est illégale. elle est un rapport et une pratique, le rapport d'un groupe de combattants anti-impérialistes à l'état, qui trouve son expression, c'est-à-dire sa réalité dans sa lutte contre l'état. *sa réalité est sa politique*, c'est-à-dire sa pratique et elle est le noyau stratégique de la politique prolétarienne dans la métropole de la république fédérale. »

40 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé à son avocat, décembre 1975.

41 - Absente du protocole du procès, on peut prendre connaissance de larges extraits de la déclaration sur le fond dans M. HOFFMANN (dir.), *Rote Armee Fraktion...*, op. cit., p. 198-265.

On le retrouve par exemple dans une demande formulée par l'avocat Axel Azzola, au nom de sa cliente U. Meinhof. L'avocat ne demande rien moins qu'un non-lieu général et le statut de prisonniers de guerre pour les accusés. La demande est longuement justifiée⁴². L'avocat rappelle d'abord que la RAF s'est elle-même initialement comprise comme un groupe qui a « déclaré la guerre » à la République fédérale d'Allemagne. Il reconnaît toutefois que cela ne suffit pas pour faire du groupe de militants une entité belligérante au sens du droit de la guerre, et qu'en outre, cette conception politico-militaire de la RAF a été immédiatement niée par les autorités ouest-allemandes : elles s'en seraient tenues, pour leur part, à une définition strictement pénale. Mais, demande l'avocat, si les membres de la RAF sont des criminels comme les autres, comment se fait-il qu'ils soient soumis au cours de leur détention à des mesures qui rompent radicalement avec les traitements ordinairement réservés aux criminels – même les plus dangereux ? En effet, les conditions de détention auxquelles ils sont soumis ne répondraient pas uniquement à des impératifs de sécurité ; elles viseraient la destruction de leur identité politique. L'isolement dans lequel les prisonniers sont maintenus constituerait une forme de torture sophistiquée. Il s'agirait de mettre les prisonniers dans une situation dont la seule issue est le renoncement à leur projet politique et à leur identité de combattants. L'avocat conclut que, dans la pratique, l'État applique contre les prisonniers des méthodes de type militaro-politique que la rhétorique policière et judiciaire ne parvient pas à dissimuler. Or, d'après lui, c'est très précisément une telle situation que le droit international humanitaire vise à empêcher : la maltraitance infligée à l'ennemi capturé. Les partisans des groupes de guérilla urbaine seraient de fait considérés comme des adversaires politico-militaires, sans qu'ils puissent pour autant jouir de la protection offerte par les Conventions de Genève. Les actes pour lesquels les accusés comparaissent ne constitueraient pas, dans l'état de guerre qui s'est installé, des crimes ; ils devraient se voir reconnaître les droits afférents au statut de prisonnier de guerre.

Retourner le droit contre le droit

La demande est rejetée par la Cour : il n'existerait pas les bases légales susceptibles de permettre que lui soit donnée une suite favorable⁴³. Il en est de même d'un grand nombre d'autres demandes : elles sont refusées sur la base de considérations juridiques. On serait tenté de conclure que les efforts des accusés et de leurs avocats n'ont pas de prise sur la réalité judiciaire du procès et qu'ils cherchent simplement à tirer parti de la publicité que celui-ci leur offre. On retrouverait alors une figure bien connue de l'histoire judiciaire : pour des prévenus qui se revendiquent d'un horizon révolutionnaire et qui, de ce fait, dénie toute légitimité à des juges représentant un ordre dont ils visent le renversement, le tribunal ne serait au mieux qu'une « tribune », une dernière occasion pour faire entendre

42 - StV, f. 5673-5699.

43 - StV, f. 5782.

leur « message » avant que d'épaisses murailles ne rendent leurs cris définitivement inaudibles⁴⁴.

Dans le cas d'espèce, une telle interprétation serait erronée. Certes, l'agir des accusés et de leurs avocats dans le procès implique une « dimension propagandiste ». Il s'agit bien d'« *Aufklärung* – de la transparence de la procédure et au-delà de la transparence de la réaction et de la stratégie qui s'appliquent [au tribunal]⁴⁵ ». Mais ce dévoilement n'entretient pas avec la réalité judiciaire du procès un rapport d'extériorité. Ce serait, selon les prévenus, s'enfermer dans la « défensive » et dans une stratégie d'« interprétation » des faits⁴⁶. La posture offensive qu'ils revendiquent vise à rendre perceptible la situation qu'ils diagnostiquent : leur projet relève d'une stratégie de *démonstration*. Et dans cette perspective, il faudrait donner toute son importance à la « dimension matérielle de l'action qui est possible [au tribunal]⁴⁷ » :

La dimension matérielle est contenue dans la dimension propagandiste. [...] L'appareil ne peut saisir la dialectique de sa propre représentation. Il lui est soumis et démonte, dans la tentative même de son affirmation, l'idéologie de l'État de droit avec plus de netteté que n'importe quelle interprétation. La surdétermination absurde de sa réaction devient un moyen propagandiste de l'insurrection. À travers sa réaction, il médiatise la transformation et la destruction de l'État bourgeois et par conséquent l'évidence de notre propre stratégie⁴⁸.

Agir matériellement dans le procès, c'est ne pas se satisfaire d'en dénoncer les mécanismes, mais les démasquer activement ; c'est ne pas se borner à dévoiler le « jeu » de l'adversaire, mais refuser de s'y laisser prendre ; c'est ne pas s'en tenir à mettre en accusation la procédure, mais la troubler de sorte à induire des réactions qui seront considérées comme le témoin fiable de la vérité de la situation. De là découlent les comportements que les accusés adoptent dans le tribunal : attitudes de dénégation et de mépris, refus de se conformer aux usages de la politesse, ricanements permanents et interventions intempestives, insultes et menaces, outrages et violences. Une liste exhaustive de tous ces « écarts de conduite » serait longue à dresser. Ils conduisent régulièrement à des mesures disciplinaires de la part du juge, qui peut dès lors être accusé d'« autoritarisme ».

Mais ces comportements ne sont pourtant qu'un aspect de la stratégie élaborée par les accusés. Ces derniers observent que ce n'est pas sur ce plan que l'État est le plus vulnérable. Ils n'y renoncent pas pour autant, car ces agissements contribuent à la dramaturgie qu'ils veulent imprimer au procès. Cependant, ils vont y

44 - Sur cette figure, Hans Magnus ENZENSBERGER (dir.), *Freisprüche: Revolutionäre vor Gericht*, Francfort, Suhrkamp, 1970.

45 - Il s'agit de paroles qu'A. Baader aurait prononcé lors du deuxième jour de l'audience. Elles sont reproduites dans le recueil de textes : *Texte: der RAF, op. cit.*, p. 142, mais ne se trouvent pas dans la retranscription officielle.

46 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé, novembre 1975 (annotation manuelle de la date).

47 - A. Baader in *Texte: der RAF, op. cit.*, p. 142 (même remarque que note 45).

48 - *Ibid.*, p. 142-143 (même remarque que note 45).

adjoindre des modes d'action d'une efficacité plus grande : dans la mesure où, selon leur diagnostic, l'hypocrisie de l'action étatique nécessite un usage légitimant du droit, c'est au niveau du droit qu'il convient qu'ils se situent eux aussi. C'est seulement en opérant eux-mêmes le *détour du droit* dont ils accusent l'État, qu'il leur serait possible de révéler la fausseté de la prétention de justice : « il s'agit de développer, dans le procès et à travers la *confrontation* dans le procès, une initiative politique – une *politique du droit* (*rechtspolitik*)⁴⁹. » Cette « politique du droit » vise à subvertir la procédure judiciaire en usant de ses propres règles. Pour combattre l'État, les accusés s'appuient sur les ressources que la procédure pénale leur offre, pour les retourner contre ceux qui en sont les garants. Ces ressources, conçues pour assurer l'équité du jugement, sont mobilisées dans le dessein de souligner la contradiction inhérente au fait que l'État se veut simultanément juge et partie et, par conséquent, de mettre en exergue l'impossibilité d'un jugement juste et légitime.

Le raisonnement, qui fonde cette stratégie, est le suivant : selon les accusés, l'opération judiciaire à laquelle ils sont soumis impliquerait, pour l'État, la nécessité d'imposer la fiction selon laquelle ils sont des *sujets de droit*. Ce serait la condition pour que le procès puisse prétendre à être reconnu comme un *fair trial*. Il s'agirait donc d'une pièce essentielle dans le dispositif de légitimation de l'État. Bien entendu, aux yeux des accusés, ces droits et les dispositions censées les protéger sont des artifices qui ont pour unique fonction de voiler la réalité de la politique de destruction que l'on mène à leur encontre. Mais, bien que factices, ils offrent des prises sur le procès en cours. Les accusés considèrent qu'ils peuvent faire un usage stratégique des droits qu'on feint de leur octroyer : en revendiquant la reconnaissance effective de ces droits, ils pensent pouvoir démontrer leur caractère chimérique ; en déclenchant des mécanismes juridiques censés garantir ces droits, ils cherchent à convaincre de leur caractère illusoire. Il apparaîtrait de la sorte qu'ils ne sont pas des sujets de droit mais, au contraire, livrés à l'arbitraire et à la brutalité. L'objectif est donc, par le détour du droit, d'obliger l'État à *sortir du droit* ou, plus exactement, de révéler qu'il se situe déjà *hors du droit*.

C'est principalement sur les possibilités qu'offre le « droit d'être entendu (*rechtliches Gehör*) », reconnu et garanti par la Loi fondamentale, que s'appuie cette stratégie. En vertu de ce principe, la Cour est tenue d'entendre les accusés et les avocats de la défense dès lors que, de leur point de vue, l'équité de la procédure est en question. Elle est alors dans l'obligation de prendre en compte les réserves émises et de décider de la recevabilité d'éventuelles demandes (*Anträge*) qui en découlent. Ces demandes peuvent être multiples et aborder tous les aspects de la procédure. Les quatre premiers mois du procès sont entièrement consacrés à la présentation de telles demandes et à leur examen par la Cour, quatre mois donc de batailles de procédure avant même que l'on puisse aborder le fond de l'affaire. Après cette première phase, cette forme de lutte ne prend pas fin pour autant. Bien qu'avec une intensité qui décline dans l'ensemble, la Cour reste confrontée

49 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé à son avocat, décembre 1975 (usage systématique des minuscules et soulignement dans l'original).

jusqu'au terme du procès aux actions judiciaires d'une guérilla urbaine qui se mue, dans le tribunal, en véritable *guérilla juridique*.

On comprend, dans ce contexte, l'importance du rôle confié aux avocats de la défense. Les *roten Anwälte* ou *linke Anwälte* ou encore *Linksanwälte* avaient la tâche de déterminer les moyens juridiques et les failles procédurales sur lesquels s'appuyer pour agir dans le sens voulu. Or la procédure pénale confère au défenseur un rôle éminent dans l'ordre judiciaire : il est tenu de contribuer à son fonctionnement réglé (il est un *Organ der Rechtspflege*). Les activités des avocats au cours des procès contre les membres des groupes armés entrent en contradiction avec ce rôle. Beaucoup d'entre eux ont fait l'objet de procédures disciplinaires, certains de poursuites pénales. Le fait de voir ces avocats participer au démantèlement de l'État de droit, alors que l'on attendait d'eux qu'ils participent à sa préservation, a sans aucun doute contribué à en faire des figures controversées qui hantent encore aujourd'hui l'inconscient collectif⁵⁰. Mais, alors que de l'extérieur, les avocats étaient perçus comme jouant le jeu des accusés, les relations entre les accusés et les avocats étaient en réalité souvent conflictuelles : les premiers accusaient régulièrement les seconds de ne pas s'engager suffisamment à leurs côtés. Après que les avocats se furent réunis à Berlin afin de déterminer les objectifs des prochaines actions, voici la réaction de l'un des accusés à leurs propositions :

nous avons compris entre-temps pourquoi vous vous êtes rencontrés à berlin : vous avez liquidé le concept de la défense politique ; non pas parce qu'il y a des problèmes organisationnels, personnels, techniques pour lesquels personne ne dispose de solutions toutes faites, mais parce que vous ne voulez plus entendre parler de politique. les prisonniers vous pèsent, la détention de destruction (vernichtungshaft), la guérilla urbaine. mais des avocats en position d'observateurs, ce n'est pas envisageable. ou bien ils combattent ou bien ils deviennent un alibi [...]. un avocat qui est assis là et qui ne fait rien sanctionne de facto les mesures de prinzing – quoi d'autre ? il devient automatiquement un instrument contre nous. toute la procédure, toute la réaction étatique – la guerre psychologique, les lois d'exception, la torture, la psychiatrisation, la dissimulation de dossiers, le renforcement de la machine de protection de l'état, les parjures des flics et jusqu'à la demande adressée hier par wunder à prinzing de nous interdire de boire un verre d'eau. c'est à quoi ressemble la haine. s'y révèle que la destruction et la counterinsurgency sont objectivement et subjectivement le désir de ces cochons. c'est ce qui se passe ici : l'unité entre le fascisme subjectif et la disposition de toute la machine à se lancer contre nous⁵¹.

50 - Sur cette question, voir HELLMUT BRUNN et THOMAS KIRN, *Rechtsanwälte – Linksanwälte: 1971 bis 1981 – das Rote Jahrzehnt vor Gericht*, Francfort, Eichborn, 2004 ; STEFAN REINICKE, « Die linken Anwälte. Eine Typologie », in W. KRAUSHAAR (dir.), *Die RAF...*, op. cit., vol. 2, p. 948-956 ; JÖRG REQUATE, « Terroristenanwälte und Rechtsstaat. Zur Auseinandersetzung um die Rolle der Verteidiger in den Terroristenverfahren der 1970er Jahre », in K. WEINHAUER, J. REQUATE et H.-G. HAUPT (dir.), *Terrorismus...*, op. cit., p. 271-299.

51 - HIS/BRD, RA 03/001,004. Lettre d'un accusé à son avocat, décembre 1975 (usage systématique des minuscules et soulignement dans l'original).

Avec le soutien des avocats, acquérant elle-même une expertise juridique de plus en plus poussée, la guérilla juridique vise à imprimer au procès un cadrage particulier et à imposer, dans son déroulement, l'évidence de ce cadrage. La réalité première du procès serait politique, cette réalité politique étant elle-même définie comme un rapport d'inimitié radicale. Le procès serait un dispositif d'hostilité visant à anéantir un adversaire politique et le droit, un voile jeté sur cette réalité première pour maquiller la violence brute de l'État. Et en tant qu'il est l'objet d'un investissement politique, le droit ne serait pas ce qu'il prétend : il ne réaliserait aucune justice, il en serait même l'antinomie. Ainsi, en feignant de prendre le droit au sérieux, les accusés cherchent à mettre l'État dans une situation où, dans la mesure où il ne parviendrait plus à se soumettre à ses propres règles, la réalité de l'instrumentalisation politique qu'il fait du droit s'imposerait sur le mode de l'évidence.

Le passage du droit

Cette stratégie soulève des difficultés particulières pour les autorités judiciaires. Celles-ci ont naturellement une tout autre définition du procès. L'exigence à laquelle elles doivent répondre est de juger *en justice* des personnes accusées de crimes de sang. Il s'agit là d'une obligation élémentaire pour l'État, qui implique une conception très différente des liens entre politique, justice et droit. Tandis que la guérilla urbaine veut imposer l'idée d'une séparation stricte entre justice et politique, juger en justice est bien, pour les représentants de l'État, un impératif politique dont le droit doit être le véhicule. Pour que ce jugement nécessaire apparaisse en même temps juste et légitime, l'État ne doit pas quitter le terrain du droit ; pour que justice soit faite, il faut que le *droit passe* – ce passage du droit étant la manière même dont s'affirme la politique d'un État qui se conçoit comme État de droit.

Or c'est ce passage du droit que l'action juridique de la guérilla met à l'épreuve. Exploitation méticuleuse des failles, faiblesses et omissions du système pénal, détournement systématique des règles pour des usages imprévus, harcèlement méthodique de la Cour par le recours à des argumentations formellement juridiques : l'usage que font du droit les accusés et leurs avocats démultiplie les contraintes qui pèsent sur le passage du droit. Le but de la guérilla est de démontrer le caractère factice des formes juridiques ; pour l'État, confronté à la nécessité de ne pas quitter les sillons étroits du droit, les actions juridiques des accusés forment une série de frictions. Et ces frictions vont apparaître comme une véritable menace qui pèse sur l'accomplissement du procès et, par ricochet, sur l'État de droit lui-même.

La continuation du terrorisme par d'autres moyens

Des alertes concernant la mise en péril de la faculté de juger de l'État apparaissent dès la fin des années 1960 et ne font que s'amplifier dans la première moitié des années 1970. On assisterait, dans les salles d'audience, à une mise en cause inacceptable de l'autorité de l'État. Les agissements des prévenus transformeraient

les juridictions pénales en « arène politique, ou plutôt : en maison de dingues (*Tollhaus*)⁵² ». Les troubles, menaces et violences dont les tribunaux deviennent le lieu mettraient en danger la capacité des juges à décider en toute indépendance⁵³. Les actions judiciaires des accusés, consistant à retourner la lettre des dispositions légales contre l'esprit qui les inspire, seraient une « violence faite au droit⁵⁴ ». Les accusés, et les avocats qui les conseillent, s'emploieraient avec méthode à procéder à des « manœuvres dilatoires (*Prozessverschleppung*)⁵⁵ ». Les « abus de droits procéduraux (*Missbrauch von Verfahrensrechten*) » ne viseraient pas moins que le « sabotage des procédures (*Verfahrenssabotage*)⁵⁶ » qui, s'il réussissait, aurait pour conséquence d'empêcher un jugement. La situation serait telle que la justiciabilité (*Gerichtbarkeit*) des crimes et délits pourrait ne plus être garantie : la menace serait bien celle d'un « démontage de l'État de droit⁵⁷ ». Lorsqu'un journaliste note que les « terroristes prennent la justice pour cible de leurs attaques » et qu'ils commettent désormais « leurs attaques dans les salles d'audience⁵⁸ », ce n'est pas de bombes réelles qu'il est question mais bien de la menace que représente pour l'État l'action juridique des membres des groupes de guérilla urbaine.

Cette menace, qui émane d'actions formellement conformes aux exigences du droit, renvoie à une notion doctrinale : le *Grundrechtsterror*, qui repose sur l'idée qu'il est possible de faire un usage « terroriste » des droits fondamentaux. Elle a été élaborée dans le courant des années 1960 par le constitutionnaliste Günter Dürig⁵⁹. Ce dernier s'appuie sur le contre-exemple de la République de Weimar dont la faiblesse fatale aurait été de permettre à ses « citoyens » de « subvertir (*unterlaufen*) » l'État de droit, et de « se rassembler sous la protection même des garanties juridiques qu'il leur offre pour l'attaquer⁶⁰ ». Ses représentants auraient assisté, impuissants, à l'utilisation des droits et libertés caractéristiques de l'État

52 - Le député Willfried Penner, débat au Bundestag du 11 octobre 1974, in Hermann VINKE et Gabriele WITT (dir.), *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament: Protokolle 1974-1978*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1978, p. 31.

53 - *Ibid.*, p. 29. Le député Fritz Wittmann note ainsi que « [l]es juges aussi sont des hommes qui, lorsqu'ils sont attaqués, peuvent avoir la tentation, non pas pleinement consciente, mais inconsciente, de prendre le chemin de la moindre résistance ».

54 - Le député F. Wittmann, débat au Bundestag du 11 octobre 1974, *ibid.*, p. 30.

55 - Le député Fritz-Joachim Gnädinger, débat au Bundestag du 18 décembre 1974, *ibid.*, p. 62.

56 - Voir les propos du ministre de la Justice, Hans-Jochen VOGEL, « Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz », *Neue juristische Wochenschrift*, 31, 1978, p. 1217-1228.

57 - Le député F. Wittmann, débat au Bundestag du 11 octobre 1974, in H. VINKE et G. WITT (dir.), *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament...*, *op. cit.*, p. 27.

58 - *Hamburger Abendblatt*, 3 et 4 juin 1975.

59 - Günter DÜRIG, « Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten », in *Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen d. Dies academicus, Wintersemester 1962/1963*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1963, p. 80-96.

60 - Günter DÜRIG (commentaire de l'article 18 de la Loi fondamentale), in T. MAUNZ et al. (dir.), *Grundgesetz: Kommentar*, Munich, Beck, [1958] 1978, § 5, cité par Sebastian COBLER, « Grundrechtsterror », *Kursbuch*, 56, 1979, p. 38-49, ici p. 38.

de droit pour une « entreprise de destruction⁶¹ » de ce même État de droit. Les droits fondamentaux qui, traditionnellement, sont envisagés sous le rapport de la protection contre la violence et l'arbitraire de l'État peuvent donc, dans certaines circonstances, devenir une arme contre l'État : « Il n'est pas vrai que l'État soit le seul ennemi possible des droits fondamentaux ; la menace du *Grundrechtsterror* provient également de ceux qui en jouissent (*Grundrechtsinhabern*)⁶². » G. Dürig définit donc la notion de *Grundrechtsterror* comme le fait de « tirer des droits fondamentaux un profit abusif (*missbräuchlich wahrnehmen*)⁶³ ».

On comprend la pertinence que pouvait sembler avoir la notion de *Grundrechtsterror* dans le contexte des procès contre les membres des groupes de guérilla urbaine. Elle fait en tout état de cause l'objet d'un investissement massif au cours des années 1970. De la même manière que la Cour constitutionnelle a reconnu à la démocratie allemande la possibilité de « se défendre » (*streitbare Demokratie*⁶⁴), il conviendrait dorénavant de la garantir à l'État de droit :

Au moment de la création de notre Loi fondamentale, nous avions parlé de la capacité de la démocratie à se défendre. Il était inacceptable que la démocratie soit non seulement poussée à l'absurde (ad absurdum geführt), mais éliminée. Nous sommes malheureusement parvenus aujourd'hui à un point où nous devons dire que l'État de droit ne peut accepter qu'il soit non seulement poussé à l'absurde, avec les moyens de l'État de droit, mais peut-être même déjà éliminé⁶⁵.

Pour que l'État de droit puisse résister aux assauts de ceux qui abusent de sa libéralité, le professeur G. Dürig envisage une solution radicale qu'il n'est, au demeurant, ni le premier ni le seul à évoquer : il conviendrait, dans certains cas, de suspendre les exigences formelles du droit au profit des exigences matérielles de

61 - *Ibid.*

62 - *Ibid.*

63 - G. DÜRIG, « Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten », art. cit., p. 87.

64 - Hans-Gerd JASCHKE, *Streitbare Demokratie und innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1991. La notion de « *streitbare Demokratie* » que l'on traduit généralement par « démocratie militante » vise à rendre compte de l'idée que, dans la mesure où l'Allemagne fédérale est un « ordre politique lié par des valeurs (*wertgebundene Ordnung*) », elle doit pouvoir se défendre contre ceux qui veulent renverser cet ordre et les valeurs qui lui sont attachées. Dans la mesure où il s'agit d'un ordre démocratique et libéral, ceux qui abuseraient des idéaux de liberté et de démocratie prennent le risque de voir les droits subjectifs correspondants périmés (*verwirkt*). La Cour constitutionnelle, dans sa décision d'interdiction du parti communiste allemand, a conféré une validité juridique à cette conception. (Les décisions de la Cour fédérale constitutionnelle sont publiées par l'éditeur Mohr Siebeck dans la collection *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* ; nous adopterons pour citer ces décisions les conventions allemandes : BverfGE (pour *Bundesverfassungsgericht*), suivi du numéro du volume des *Entscheidungen*, suivi du numéro de page ; ainsi, dans le cas présent, la décision est référencée sous la forme « BverfGE, 5, 85 ».)

65 - Le député F. Wittmann, débat au Bundestag du 11 octobre 1974, reproduit dans H. VINKE et G. WITT (dir.), *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament...*, op. cit., p. 27.

la « justice ». La proposition enfonce une brèche dans la pensée classique de l'État de droit. L'attention portée au bien-fondé des moyens mis en œuvre pour parvenir à un jugement cède, dans cette perspective, devant la priorité accordée à la justesse du résultat lui-même. Cette proposition a la faveur d'éminents spécialistes du droit de la procédure pénale. À demi-mot, Heinrich Henkel s'inquiète de ce que les droits de procédure dont disposent les justiciables « ont souvent des répercussions favorables pour les accusés – mais, ce faisant, s'exercent au détriment de la communauté juridique (*Rechtsgemeinschaft*)⁶⁶ ». De manière plus explicite, Walter Sax considère pour sa part qu'il est nécessaire de « ménager un espace d'appréciation dans lequel la rationalité purement procédurale (*reine Verfahrenszweckmässigkeit*) peut être considérée librement et avec circonspection⁶⁷ ». Car dans le cas contraire, on s'exposerait au danger que « l'effort craintif pour préserver dans leur totalité les libertés dans le domaine de la procédure conduise à une surenchère dans laquelle l'accentuation crispée et doctrinaire de ces mêmes libertés pourrait avoir pour effet d'entraver ou même de paralyser [...] la réalisation effective d'un règlement procédural conforme aux objectifs de la justice pénale⁶⁸ ».

À suivre ces raisonnements, il conviendrait donc d'opposer à la menace du *Grundrechtsterror* une conception substantielle de la justice et de « concrétiser le droit véridique (*wahr*) » en tant qu'il s'oppose au « formalisme juridique⁶⁹ ». Ces conceptions s'appuient sur un sens de la justice selon lequel les accusés issus des groupes armés doivent être jugés et enfermés parce que ce sont des assassins et des terroristes. Dans cette perspective, lorsque des accusés « s'opposent à la bonne marche de la justice en utilisant de manière non fonctionnelle (*funktionswidrig*) les droits qui leur sont concédés, en refusant par exemple de jouer leur rôle d'accusés au cours des débats et en se défendant contre l'entreprise de jugement⁷⁰ » de leurs actes, le maintien du fonctionnement de l'administration de la justice pénale peut nécessiter qu'on les empêche de faire valoir leurs droits :

Les droits fondamentaux et l'autolimitation de la force publique (Selbstbindung staatlicher Gewalt) n'ont pas été insérés dans la Constitution pour faciliter aux assassins leurs assassinats ; ils y ont été insérés pour garantir la liberté aux citoyens qui approuvent cette République. L'article 18 de la Loi fondamentale prévoit la possibilité d'une péremption (Verwirkung) des droits fondamentaux de ceux qui abusent de ces droits fondamentaux

66 - Heinrich HENKEL, *Strafverfahrensrecht: ein Lehrbuch*, Stuttgart/Berlin/Cologne/Mayence, Kohlhammer, [1953] 1968, p. 109.

67 - Walter SAX, « Grundsätze der Strafrechtspflege », in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY et U. SCHEUNER (dir.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. III-2: *Rechtspflege und Grundrechtsschutz*, Berlin, Duncker & Humblot, [1959] 1972, p. 909-1014, ici p. 969.

68 - *Ibid.*, p. 970.

69 - Walter STREE, *In dubio pro reo*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1962, p. 15.

70 - 1 StE 1/74 StB 18/75. Décision de la Cour fédérale de justice du 22 octobre 1975, citée par Sebastian COBLER, « Strafprozess und Staatsraison », in *Zur Situation der Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, t. 4: *Gutachten, Dokumente, Verhandlungen der 2. Sitzungsperiode*, Berlin, Rotbuch-Verlag, 1979, p. 112.

dans leur combat contre l'ordre libéral et démocratique. Il n'est par conséquent ni juste ni libéral ni moral d'omettre de prendre les mesures qui s'imposent pour assurer aux citoyens la protection de la paix et de la liberté⁷¹.

Le droit par le droit

La doctrine, la jurisprudence et les politiques pénales ouest-allemandes se caractérisent par l'accent qu'elles mettent sur la dimension matérielle de la justice⁷². Pour Werner Beulke, la procédure pénale a pour but de « conduire à une décision qui, sous le rapport matériel et juridique, est vraie (*richtig*) et par conséquent juste (*gerecht*)⁷³ ». De même, la Cour fédérale constitutionnelle souligne qu'il s'agit, avec le procès pénal, de défendre les « véritables (*eigentliche*) valeurs de justice⁷⁴ », de réaliser les « vrais (*echte*) postulats de justice⁷⁵ » ou encore de parvenir à « une justesse (*Richtigkeit*) et une justice (*Gerechtigkeit*) matérielles⁷⁶ ». Toutefois, à l'inverse des conceptions précédentes, rien n'indique que la matérialité de la justice s'oppose au formalisme du droit. Au contraire, plutôt que sur une contradiction, l'accent est inlassablement mis sur la nécessaire articulation. La justice matérielle doit en effet être réalisée par le jugement, mais elle ne peut l'être que dans le respect du principe de légalité (*Gesetzmäßigkeitsprinzip* ou *Legalitätsprinzip*) qui en est à la fois la contrainte et la condition⁷⁷.

Le constat n'étonne guère car, s'il convient d'éviter les « erreurs de Weimar », il est impératif d'échapper aux « fautes du Troisième Reich ». Et les esprits critiques ont tôt fait d'identifier la funeste tradition dans laquelle s'inscrivent les conceptions qui visent à installer l'idée d'une antinomie entre *Gerechtigkeit* et *Recht*. Les nationaux-socialistes ont en effet profusément raillé le caractère « creux » et « indifférent » de « l'État de droit libéral⁷⁸ ». Une fois parvenus au pouvoir, ils l'ont liquidé pour lui substituer un « *Gerechtigkeitsstaat*⁷⁹ » – un « État de justice » dans lequel « il ne peut y avoir de droit ou de non-droit (*Unrecht*) formels, mais seulement

71 - Le député Alfred Dregger, débat au Bundestag du 28 octobre 1977, in H. VINKE et G. WITT (dir.), *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament...*, op. cit., p. 332.

72 - Ce serait là l'un des traits qui distinguent le *Rechtsstaat* allemand de la *Rule of law* anglo-saxonne. Voir Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002.

73 - Werner BEULKE, *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, C. F. Müller, [1994] 2001, p. 3.

74 - BverfGE, 3, 225.

75 - *Ibid.*

76 - BverfGE, 7, 89.

77 - W. BEULKE, *Strafprozeßrecht*, op. cit., p. 3-4, note qu'il « ne peut y avoir de justice à tout prix (*um jeden Preis*) ».

78 - Carl SCHMITT, « Der Rechtsstaat », in H. FRANK (dir.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Munich, Eher, 1935, p. 24-32, ici p. 28 et 32.

79 - Carl SCHMITT, « Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'? », *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 95-2, 1935, p. 189-201, ici p. 190 : « L'État de droit (*Rechtsstaat*) est la contre-notion (*Gegenbegriff*) qui s'oppose à l'État immédiatement juste (*unmittelbar gerecht*). »

l'idée d'une vérité matérielle⁸⁰ ». Les juristes nationaux-socialistes affirmaient unanimement que l'orientation principale à donner à la procédure pénale devait résider dans l'élimination des exigences formelles : « La contrainte formelle (*Formenzzwang*) est dépassée [...] alors qu'il s'agit de parvenir à la vérité et au droit⁸¹. »

Or les accusés de Stammheim poursuivent très exactement le but de révéler la nature fasciste d'un État, dont la légitimité dépend en partie de la faculté de s'affirmer comme l'antithèse du Troisième Reich. Dès lors, l'option qui consiste à promouvoir une conception matérielle de la justice et à suspendre les contraintes formelles du droit paraît la plus mauvaise des solutions : elle ferait courir le risque de « donner raison » aux accusés. Ce risque a été perçu comme tel. Lors du débat parlementaire au Bundestag le 18 décembre 1974, consacré à la réforme de la procédure pénale, un député met en garde : « La provocation sans bornes de l'association criminelle formée autour de Baader et Meinhof vise à amener l'État de droit à trahir, dans la réponse qu'il apporte à cette provocation, ses propres principes⁸². » Plutôt que de se laisser prendre à ce piège, constate un autre parlementaire, il conviendrait de « défendre l'État de droit avec les moyens de l'État de droit⁸³ ». Le ministre de la Justice considère dans le même débat que l'ordre formel du procès pénal est la « *Magna Charta* de l'État de droit⁸⁴ » et qu'il convient par conséquent de se soumettre pleinement à ses contraintes.

Car la différence fondamentale entre un État de droit et un État de puissance (Machtstaat) se révèle finalement dans la manière dont un État traite un accusé, un citoyen inculpé, dans la manière dont il aménage les droits de celui auquel il applique son pouvoir de punition (Strafbefugnis), dans la manière dont il articule les intérêts de la communauté pour un ordre pénal effectif avec le respect des droits fondamentaux de chacun⁸⁵.

À la stratégie du *droit contre le droit*, il conviendrait donc d'opposer le *droit par le droit*. Face à un adversaire qui cherche à pousser les autorités judiciaires à sortir des limites du droit, il n'y aurait d'autre choix que de rester scrupuleusement sur le terrain de la technique juridique. Pour que l'État puisse prétendre résister à l'épreuve à laquelle on le soumet, il s'agirait non pas de déposséder les accusés des droits et des garanties qui sont les leurs dans l'État qu'ils combattent, mais à l'inverse, de s'en faire le plus minutieux des gardiens. Le but est bien de mettre

80 - Alfons SACK, *Der Strafverteidiger und der neue Staat*, Berlin, Westkreuz-Verlag, 1935, p. 15, cité par Ingo MÜLLER, « Der Wert der 'materiellen Wahrheit' », *Leviathan: Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 4, 1977, p. 522-535, ici p. 526-527.

81 - Emil NIETHAMMER, « Das Reichsgericht als Schrittmacher der Entwicklung des Strafverfahrens nach geltendem Recht und in Zukunft », *Deutsches Strafrecht*, Berlin, Dekker, 1937, p. 134-138, ici p. 136, cité par I. MÜLLER, « Der Wert der 'materiellen Wahrheit' », art. cit., p. 527.

82 - Le député F.-J. Gnädinger, débat au Bundestag du 18 décembre 1974, in H. VINKE et G. WITT (dir.), *Die Anti-Terror-Debatten im Parlament...*, op. cit., p. 62.

83 - Le député Detlef Kleinert, *ibid.*, p. 35.

84 - H.-J. Vogel, *ibid.*, p. 27.

85 - *Ibid.*

les assassins et les terroristes « derrière les verrous (*hinter Schloß und Riegel*⁸⁶) ». Mais cette fin ne pourrait être atteinte qu'en maintenant le cadre d'une définition stricte de l'État de droit.

Tel est le choix qui s'impose à Stammheim. Le chemin est long – 192 journées d'audiences. Il est semé d'embûches, car il nécessite la mobilisation de tout l'arsenal des formes et des fonctions juridiques (législatives, doctrinales, juridictionnelles, procédurales). Il est éreintant, car à chacun des innombrables leviers juridiques activés par la défense, il convient d'apporter, au coup par coup, une réponse qui observe les exigences de la procédure. Il est exaspérant, car la seule manière de s'opposer à l'usage que les accusés font du droit est d'en rajouter dans l'usage du droit. Il n'exempte pas, en outre, d'être soumis au feu constant de la critique. L'aridité même de la tâche caractérise avec force le déroulement du procès de Stammheim. Deux exemples devraient ici suffire pour l'illustrer. Le premier concerne la question des avocats de la défense, le second celle de la présence physique des accusés dans le prétoire.

Le problème des avocats se pose dès avant l'ouverture du procès principal (*Hauptverhandlung*). Au cours de l'instruction préparatoire, le parquet est rapidement confronté à ce qui constitue le cœur de la stratégie judiciaire de la guérilla urbaine : la « défense collective (*kollektive Verteidigung*) », dans laquelle chaque avocat est l'avocat de tous les accusés⁸⁷. Aux yeux des activistes de la RAF, la nécessité d'un tel dispositif découle du constat d'une existence exclusivement collective du groupe. Ils refusent ainsi de rentrer dans des considérations relatives à l'attribution individuelle des actes accomplis, car ceux-ci n'auraient de sens que politique et engageraient par conséquent le groupe comme entité politique. Or ce qui veut être politiquement affirmé doit être collectivement élaboré. La « défense multiple (*Mehrfachverteidigung*) », qui permet pratiquement à chaque avocat d'assurer la liaison entre tous les prisonniers⁸⁸, est censée servir ce dessein. Et rien dans le Code de procédure pénale ne permet de l'empêcher. Pourtant, elle constitue un problème de taille. Si en effet tous les avocats utilisaient l'ensemble des moyens juridiques à leur disposition pour chacun des prévenus qu'ils représentent, la durée d'une procédure déjà lourde se trouverait démultipliée et sa complexité deviendrait impraticable. Ainsi, il ne fait pas de doute aux yeux des autorités judiciaires que la défense collective est une méthode pour « saboter » le procès. Et le risque qu'elle y parvienne apparaît réel.

À ce premier risque s'en ajoute un second. Les acteurs de la politique pénale ne voient pas dans la défense multiple un simple dispositif de communication et

86 - H. Schmidt, débat au Bundestag du 13 mars 1975, *ibid.*, p. 89.

87 - P. H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung...*, *op. cit.*, p. 80-84.

88 - Cette stratégie donne lieu à la mise en place d'un dispositif d'information et de discussion complexe appelé « *das info* ». Les avocats jouent le rôle crucial de centres de tri et de distribution, puisque l'accès de chacun à chacun de ses mandants était garanti. Notons que le dispositif de communication et les défenses multiples qui l'autorisaient dépassaient le noyau des accusés de Stammheim. Lors de la mise en place, il concernait une soixantaine de prisonniers et plus de cinquante cabinets d'avocats.

d'information politique. Son but réel serait le maintien des liens entre les militants emprisonnés et les militants clandestins qui poursuivent, à l'extérieur, la lutte armée. Et puisque les avocats sont au centre de ce dispositif, ils doivent être considérés comme les complices directs des terroristes. Ainsi les défenseurs, auxquels l'ordre pénal confère un rôle éminent et protégé, seraient eux-mêmes des membres supplétifs de l'organisation terroriste à laquelle appartiennent leurs mandants.

Le problème trouve une première traduction judiciaire en 1972. Le 19 juin, à peine deux semaines après l'arrestation de G. Ensslin, le procureur fédéral annonce que son avocat, Otto Schily, a été dessaisi de son mandat sur décision de la Cour fédérale de justice. La décision s'appuie sur le constat qu'O. Schily serait, selon toute vraisemblance, membre de l'organisation criminelle à laquelle appartient sa cliente, du moins la soutiendrait-il activement⁸⁹. La décision de la Cour fédérale de justice déclenche un processus juridique complexe. Un premier recours (*Beschwerdeschrift*) intenté par O. Schily auprès de la Cour fédérale de justice est rejeté. Mais la décision ouvre une faille. Dans la formulation de l'appel, l'avocat d'O. Schily a insisté sur l'absence de fondement juridique pour l'exclusion d'un avocat. Elle constituerait même une infraction contre l'article de la Loi fondamentale garantissant le libre exercice des métiers (*Recht der freien Berufsausübung*). Or les juges ne donnent pas entièrement tort à cette argumentation :

En ce qui concerne le fondement juridique de la mesure prise, il est vrai que le Code de procédure pénale ne prévoit pas de règlement spécifique. La possibilité de l'exclusion d'un avocat découle toutefois du sens de toute une série de dispositions contenues dans le Code de procédure pénale, ainsi que dans le code réglementant l'exercice du métier d'avocat (Bundesanwaltsordnung) ; par ailleurs, elle est appuyée par les usages⁹⁰.

Suite à la plainte déposée par O. Schily après le rejet de son premier recours, la Cour fédérale constitutionnelle est à son tour confrontée à la question. Or, sa décision prend le contre-pied de celle de la Cour fédérale de justice. Ni le « sens » attribué à certaines dispositions ni les « usages » ne suffiraient à suspendre la garantie constitutionnelle du libre exercice des métiers et à remédier à l'absence de dispositions spécifiques : l'exclusion d'un avocat constituerait une impossibilité juridique. Les juges fédéraux concluent que l'affaire révèle « une situation juridique extrêmement insatisfaisante dont le maintien est incompatible avec le souci d'une administration ordonnée de la justice pénale⁹¹ ». Dès le lendemain, le ministre de la Justice annonce la rédaction d'un projet de loi afin de combler cette

89 - Décision de la Cour fédérale de justice du 17 juin 1972, reproduite dans *Vorbereitung der RAF-Prozesse durch Presse, Polizei und Justiz: Dokumentation*, Berlin, Rote Hilfe, 1972, p. 6-7. Lors de son arrestation intervenue le 15 juin, U. Meinhof était en possession d'une note écrite de la main de G. Ensslin alors que cette dernière était déjà en détention. Or, O. Schily avait été la seule personne à avoir eu un contact personnel avec elle : l'avocat était donc nécessairement le messager.

90 - 1 BJs 6/71. Décision de la Cour fédérale de justice du 25 août 1972, reproduite dans *Neue juristische Wochenschrift*, 25, 1972, p. 2140-2143, ici p. 2140.

91 - BverfGE 34, 293.

lacune et d'établir un règlement précis pour traiter les problèmes soulevés par les *Terroristenanwälte*. Suscitant de violentes critiques de la part d'organisations de défense des libertés publiques et la résistance farouche des organisations professionnelles des avocats, c'est seulement le 20 décembre 1974 que le texte définitif est adopté. Il comporte deux dispositions principales : il fixe les conditions précises permettant l'exclusion d'avocats (art. 138a-d du Code de procédure pénale); il interdit le recours aux défenses multiples (art. 146).

Le procès de Stammheim s'ouvre peu après et devient le terrain d'expérimentation de la nouvelle loi. Trois des avocats sont d'entrée exclus de la procédure. Mais ce qui apparaît comme une solution soulève immédiatement de nouvelles difficultés. En effet, à l'issue de ces opérations, A. Baader se retrouve sans avocat : or l'absence d'un avocat peut entacher le procès de nullité (art. 140 du Code de procédure pénale). Certes, la possibilité lui est offerte de choisir immédiatement un nouvel avocat. Mais l'avocat choisi par A. Baader appartiendra au vivier des *Linksanwälte*, et il est probable qu'à son tour, il fera rapidement l'objet d'une décision d'exclusion. Or, en vertu de l'article 145-4 du Code de procédure pénale, un délai doit être accordé à chaque changement d'avocat pour que le nouveau défenseur puisse prendre connaissance du dossier d'instruction. En raison de son volume, ce délai est, dans le cas présent, nécessairement important et la multiplication des changements rallongerait considérablement la durée du procès. De plus, le procès pourrait, en vertu de l'article 338 du Code de procédure pénale, se voir compromis si la Cour d'appel jugeait rétrospectivement que les trop nombreux changements des avocats ont entravé les chances de la défense et rompu l'équité de la procédure.

Il convient donc d'assurer la continuité de la défense. La possibilité offerte à la Cour de nommer des avocats commis d'office est prévue par l'article 140 du Code de procédure pénale. Toutefois, le seul cas envisagé est celui d'un prévenu qui ne dispose pas d'avocat. La possibilité d'attribuer d'office un avocat à un accusé qui dispose déjà d'un avocat de son choix n'y est pas mentionnée. De plus, la jurisprudence est unanime pour admettre qu'une défense valable n'est possible que s'il y a une relation de confiance entre l'avocat et son mandant⁹². Et il est clair que les accusés de la RAF refuseront d'accorder cette confiance. À cette question, la Cour fédérale de justice décide qu'il serait non seulement permis, mais parfois nécessaire, de demander la venue d'un avocat supplémentaire, même contre le gré d'un accusé, si se présente le risque « que l'avocat de confiance [choisi par l'accusé] ne peut pas ou ne veut pas prendre les dispositions nécessaires au bon déroulement du procès⁹³ ». Le juge Prinzing use de cette possibilité pour désigner huit avocats (deux pour chaque accusé). Les accusés refusent systématiquement tout contact avec ceux qu'ils qualifiaient d'« avocats de contrainte (*Zwangverteidiger*) ». Ils deviendront au cours du procès l'objet d'attaques incessantes

92 - Jürgen WELP, « Der Anwalt als Verteidiger des Vertrauens », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 90, 1978, p. 101-131.

93 - Cité par Wilhelm RÖMER, « Pflichtverteidiger neben Wahlverteidiger? », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 11, 1977, p. 92-101, ici p. 92.

de la part des prévenus. Toutefois, ils font partie de ces éléments qui permettent de se prémunir juridiquement contre les risques portés par les « avocats de confiance ».

Le procès de Stammheim est traversé de part en part de processus de ce type, et il est aisé d'en multiplier les exemples. Les épisodes relatifs à la présence physique des accusés sont spectaculaires. Prenant appui sur les effets destructeurs des conditions de détention sur leur santé, les accusés plaident pour la reconnaissance de leur incapacité de continuer à assister au procès – étant entendu que cette présence est requise pour que le procès puisse se poursuivre (art. 231 du Code de procédure pénale). Or, à force de harceler la Cour, ils parviennent effectivement à faire reconnaître par des experts médicaux un état de santé diminué. La difficulté soulevée plonge la Cour dans la perplexité. Elle y apporte une solution qui apparaît à première vue spécieuse. Elle suit en effet les préconisations des experts et accepte de prononcer l'inaptitude des accusés à assister à leur procès. Néanmoins, le procès se poursuivra⁹⁴. La décision est justifiée par le fait que les accusés seraient eux-mêmes responsables de leur mauvais état de santé, induit par la répétition des grèves de la faim. Le problème que soulève cette décision est que, si les expertises médicales ont effectivement partiellement attribué la détérioration de la santé des détenus aux grèves de la faim, elles n'ont pas pour autant négligé les effets propres de la détention. C'est l'argument mobilisé par la défense pour l'appel interjeté auprès de la Cour fédérale de justice. Celle-ci se prononce à son tour le 22 octobre 1975⁹⁵. Elle confirme la décision de la Cour de Stuttgart, mais avance des raisons différentes. Elle admet que ce sont bien les conditions de détention qui ont induit le mauvais état de santé des accusés, mais elle impute la nécessité de ces conditions de détention aux prévenus eux-mêmes : leur dangerosité aurait amené les autorités à *devoir* prendre de telles mesures. La Cour constitutionnelle confirmera cette décision quelques mois plus tard : elle ne serait incompatible ni avec l'exigence du droit d'être entendu (art. 103 de la Loi fondamentale) ni avec le droit à un procès équitable (art. 2 et 20-3)⁹⁶.

Les deux exemples qui viennent d'être mentionnés illustrent une forme d'outrance procédurière qui singularise le procès de Stammheim avec plus de pertinence que ne le font les récits de quelques scènes spectaculaires qui alimentent les colonnes des chroniqueurs. Ils indiquent la nature d'une épreuve qui tient les autorités judiciaires dans une tension permanente. Les accusés, rappelons-le, affectent de prendre l'État de droit au mot, mais c'est pour mieux en exhiber la nature illusoire. Ils usent du droit, mais c'est pour l'envisager sous le rapport d'une extériorité politique première, faite d'arbitraire, de brutalité, de violence. Leur projet réside dans la réduction du processus judiciaire à cette extériorité. À ce défi, les autorités judiciaires n'ont d'autre réponse à apporter que d'affirmer et de

94 - StV, f. 3171-3173. Décision du tribunal régional supérieur de Stuttgart du 30 septembre 1975.

95 - Décision de la Cour fédérale de justice du 22 octobre 1975, cité par P. H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung...*, *op. cit.*, p. 247-255.

96 - BverfGE, 41, 246.

démontrer que, dans le cadre du procès, le droit n'a pas d'extériorité, *qu'il ne peut avoir d'extériorité*. Tous les éléments qui composent la scène du procès doivent être saisis, absorbés par les formes du droit, et le procès se borner à une succession d'actes techniques. C'est la seule façon pour l'État de droit, non seulement de réaliser sa politique⁹⁷, mais d'imposer une définition de la politique qui prend le contre-pied de celle qui sert d'aiguillon aux membres des groupes armés : en substituant à la nécessité de la guerre la possibilité effective d'une justice, c'est le diagnostic même, qui confère à la guérilla urbaine son assurance, qui périclité.

Qui perd gagne

La victoire que les représentants de l'État revendiquent n'est pas pour autant définitivement démontrée. Certes, en annulant sur le terrain du droit les opérations de la guérilla juridique, les autorités judiciaires réussissent ce qu'elles doivent réussir : maintenir les conditions de la poursuite de la fabrication du jugement. Pour autant, leurs adversaires à l'intérieur comme à l'extérieur du prétoire n'ont pas encore capitulé. Le maniement du droit par les représentants de l'État continue de susciter des critiques et apporte de l'eau au moulin des accusés. Il continue à être dénoncé comme la manifestation d'un État qui persévère dans son entreprise de mise au pas d'une opposition politique radicale en accentuant son effort pour faire semblant d'« appliquer le droit ». Certes, on en vient peu à peu à admettre, y compris dans les groupes les plus radicaux, que le procès de Stammheim n'a pas exactement les allures d'un procès stalinien. Mais ce qui le distinguerait d'une simple opération de liquidation ne serait pas une différence de nature, mais de degré : à l'opposé des méthodes grossières dont abonde l'histoire des formes de répression judiciaire, les acteurs de la politique pénale parodieraient la marche réglée du droit avec une sophistication qui confinerait à la virtuosité. N'assiste-t-on pas à l'usage à tout-va de dispositions dérogatoires qui vont toujours dans le sens des intérêts de l'État ? Ses représentants ne font-ils pas voter, lorsque cela les arrange, de nouvelles lois qui changent les règles du jeu ? Les différentes étapes de la procédure ne se soldent-elles pas systématiquement par un nouvel avantage pour l'État, qu'il revête les habits de l'instance de jugement ou de l'appareil d'accusation ? Ses représentants n'ont-ils pas simplement appris à jouer avec agilité de la « légitimation par la procédure⁹⁸ » ?

Ces questions nécessitent d'envisager des situations où les représentants de l'État ne parviennent pas à avoir gain de cause, où ils sont, d'une certaine manière, eux-mêmes défaits par le droit. Or, de telles situations sont loin d'être inexistantes

97 - Sur cette question, Muriel ROUYER, « La politique par le droit », *Raisons politiques*, 9, 2003, p. 65-80, qui montre comment, dans la tradition constitutionnaliste libérale, le droit apparaît comme une force, sans pour autant constituer une violence.

98 - Il est intéressant d'observer ici la manière dont la critique, dans le contexte du procès de Stammheim, à la fois récupère et inverse l'analyse de la « légitimation par la procédure » élaborée par Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Francfort, Suhrkamp, [1969] 1983. Voir par exemple les passages qu'y consacre P. H. BAKKER SCHUT, *Politische Verteidigung...*, *op. cit.*, p. 74-79.

et se présentent tout au long du procès. Les accusés considèrent ces épisodes comme autant de victoires dans la mesure où ils révéleraient les contradictions que l'État cherche à dissimuler, contradictions qui, à leurs yeux, dévoilent sa nature d'État « fasciste ». Pour le public du procès, en revanche, ces épisodes acquièrent une signification inverse, considérant que c'est précisément lorsque les représentants de l'État sont eux-mêmes dérouterés par le droit, que la force de l'État de droit se manifeste avec le plus d'intensité⁹⁹. Alors que la guérilla urbaine espère rallier un nombre croissant de soutiens en démontrant que l'État recourt, à des fins politiques, aux *subterfuges* du droit, ce sont ces moments où le droit se retourne

99 - Michel Foucault avait noté ce trait caractéristique de la théorie de l'État de droit qui ne se résume pas à postuler que les actes de la puissance publique doivent nécessairement être « encadrés dans des lois », mais qui, de plus, constitue la figure d'un État « dans lequel il y a pour chaque citoyen des possibilités concrètes, institutionnalisées et efficaces de recours *contre* la puissance publique » : Michel FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, éd. par M. Sennellart, sous la dir. de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2004, p. 174-175, souligné par nous. Les développements que M. Foucault consacre dans cette même série de cours à l'État de droit allemand sonnent à bien des égards comme une mise en garde adressée aux gauchistes de part et d'autre du Rhin. Habités par une « phobie d'État » (*ibid.*, p. 77-78 et p. 193-194) qu'il conviendrait non pas d'endosser, mais de soumettre à l'analyse, ces derniers appliqueraient aux développements actuels de l'État le postulat d'« une sorte de continuité génétique, [d']une implication évolutive entre les différentes formes d'État, l'État administratif, l'État-providence, l'État bureaucratique, l'État fasciste, l'État totalitaire » (*ibid.*, p. 193), qui conduit à « renvoyer » une « analyse, par exemple, de la sécurité sociale et l'appareil administratif sur lequel elle repose, à partir de quelques glissements et grâce à quelques mots sur lesquels on joue, à l'analyse des camps de concentration » (*ibid.*). À cette forme d'« inflation critique » (*ibid.*), M. Foucault entend opposer une « moralité critique » (*ibid.*, p. 192) qui, sur le plan analytique, se traduit par le refus de « l'interchangeabilité des analyses et [de] la perte de leur spécificité » (*ibid.*, p. 193) et l'exigence de payer « le prix du réel et de l'actuel » (*ibid.*, p. 194). Ainsi, « le modèle allemand [...] n'est pas le modèle si souvent disqualifié, banni, honni, vomé de l'État bismarckien devenant hitlérien. Le modèle allemand qui se diffuse, le modèle allemand qui est en question, le modèle allemand qui fait partie de notre actualité, qui la structure et qui la profile sous sa découpe réelle, ce modèle allemand, c'est la possibilité d'une gouvernementalité libérale » (*ibid.*, p. 197-198) qui implique une forme particulière de l'État de droit (*ibid.*, p. 175-184). En somme, il s'agit de ne pas confondre l'analyse de l'État de droit allemand actuel avec « le grand fantasme de l'État paranoïaque et dévorateur » (*ibid.*, p. 194). Cette démarche ne conduit naturellement pas à une posture acritique ; bien au contraire, elle établit la critique sur le sol solide des faits et lui donne par conséquent sa force. Elle explique ainsi pourquoi M. Foucault a pu s'engager en faveur de l'ancien avocat de la RAF, Klaus Croissant, lorsque celui-ci a fait l'objet d'une décision d'extradition, tout en condamnant toute forme de terrorisme subversif qui se légitimerait par la seule lutte antifasciste. Sur cette question, voir « Michel Foucault : la sécurité et l'État » (entretien avec R. Lefort), *Tribune socialiste*, 24-30 novembre 1977, p. 3-4, in M. FOUCAULT, *Dits et écrits, 1954-1988*, t. III : 1976-1979, éd. établie sous la dir. de D. Defert et F. Ewald, Paris, Gallimard, 1994, p. 383-388 ; voir également Michel SENNELLART, « Situation des cours », in M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au collège de France (1977-1978)*, éd. par M. Sennellart, sous la dir. de F. Ewald et A. Fontana, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2004, p. 379-411, ici p. 385-387.

contre la puissance publique qui ont rendu progressivement inaudibles les critiques qu'on lui adressait. L'un des avocats du procès, fondateur du *Sozialistische Anwaltskollektiv*, note ainsi, plus de trente ans après les faits, qu'il

*faut bien admettre que les juges, en dépit de leurs préjugés traditionnels qui, dans la plupart des cas, les caractérisaient, ne se sont majoritairement pas laissés guider par l'antipathie qu'ils éprouvaient à notre égard. Bien que de nombreuses critiques faites à l'appareil judiciaire d'après-guerre fussent justifiées, c'est l'un de leurs mérites que d'avoir répondu à nos actions [...] de manière conforme à l'État de droit (rechtsstaatlich) et d'avoir respecté les contraintes dictées par les lois et la Constitution ou, du moins, d'avoir commencé à les accepter progressivement, ne serait-ce qu'en serrant les dents (zähneknirschend)*¹⁰⁰.

Un exemple, qui illustre de façon éloquente cette acceptation forcée des contraintes du droit, est fourni par la révocation du juge Prinzing. Ce dernier est, tout au long du procès, une cible constante de la défense. Démontrer, comme elle s'efforce de le faire, la partialité du juge apparaît comme un moyen pour mettre en exergue le caractère « déjà jugé » du procès. Quatre-vingt-cinq demandes de récusation pour suspicion légitime ont ainsi été déposées contre le juge. La dernière finira par avoir raison de lui. Au cours de la première semaine de janvier 1977, O. Schily obtient, par des voies détournées, la copie d'une lettre écrite de la main du juge Albrecht Mayer, qui siège auprès de la Cour fédérale de justice – l'instance d'appel du procès de Stammheim. Adressée au rédacteur en chef du quotidien *Die Welt*, il en ressort qu'elle est accompagnée d'un certain nombre de documents issus du dossier du procès. Et le juge assigne une fonction bien précise à la transmission de ces documents au journaliste : ils doivent permettre au journal de publier un article « décrédibilisant les avocats de la défense, en particulier Otto Schily¹⁰¹ ». La lettre comporte en outre la prière de « détruire les documents » après consultation, ce qui, comme le relèvent les avocats de la défense, laisse entendre que son auteur est conscient du caractère illicite de son acte¹⁰². Pour les avocats de la défense, il est alors primordial de savoir qui a transmis les documents au juge Mayer. Ils obtiennent la communication de ces documents et s'aperçoivent que la réponse à leur interrogation s'y trouve : les documents portent en effet des mentions manuscrites qui appartiennent incontestablement au juge Prinzing.

Les conditions pour une demande de révocation sont donc remplies. Dans un premier temps, la Cour refuse de procéder au constat de partialité, arguant qu'il est naturel qu'un juge tienne informée l'instance d'appel des développements d'un procès en cours. Ce refus déclenche un flot de demandes de dessaisissement

100 - Klaus ESCHEN, « Das Sozialistische Anwaltskollektiv », in W. KRAUSHAAR, *Die RAF...*, vol. 2, *op. cit.*, p. 957-972, ici p. 963.

101 - Lettre reproduite dans Ulf G. STUBERGER (dir.), « In der Strafsache gegen Andreas Baader, Ulrike Meinhof, Jan-Carl Raspe, Gudrun Ensslin wegen Mordes u.a. » : *Dokumente aus d. Prozeß*, Francfort, Syndikat, 1977, p. 206-207.

102 - StV, f. 13156-13157. Par ce courrier, le juge Mayer a en effet enfreint l'article 39 de la loi régissant la fonction de juge (*Richtergesetz*), ainsi que l'article 353d-3 du Code pénal.

subséquentes qui sont toutes, à leur tour, refusées. Mais l'une de ces demandes attire l'attention, non pas en raison de son contenu, mais de sa provenance : elle est en effet signée par Manfred Künzel, l'un des avocats commis d'office¹⁰³. Le fait suscite l'étonnement, car il s'agit de la toute première intervention d'un avocat commis d'office dans le procès. Convaincu jusqu'alors que ces avocats constituent des alliés sûrs, le juge Prinzing s'en offusque. Un soir, il prend son téléphone et appelle M. Künzel pour lui faire part de son « mécontentement¹⁰⁴ ». Mais l'avocat refuse que sa « conscience soit tordue¹⁰⁵ ». Le lendemain, il fait part de l'appel à O. Schily. Celui-ci saisit l'occasion et lui demande s'il est prêt à confirmer la teneur de la conversation devant le tribunal. M. Künzel accepte et relate l'échange téléphonique dans un document écrit¹⁰⁶. Cette fois-ci, en dépit de l'opposition farouche des représentants du procureur fédéral¹⁰⁷, le tribunal se voit contraint de prononcer la révocation du juge. Le 20 février 1977, son remplaçant, le juge Eberhard Foth, annonce la décision, « la voix tremblante et le visage pâle¹⁰⁸ ».

Les accusés considèrent le départ du juge Prinzing comme une victoire. Mais c'est au mieux une « victoire à la Pyrrhus¹⁰⁹ ». Car la révocation du juge n'a pas empêché le procès de se poursuivre. L'événement est unanimement interprété comme une défaillance personnelle du juge, comme la conséquence de son incapacité à faire face « à une telle confrontation, aussi en ce qu'elle a de psychologiquement difficile¹¹⁰ ». À ce titre, il suscite même le « soulagement ». Mais, s'il s'agit d'une défaite personnelle du juge, il apparaît comme une victoire pour un État qui aurait apporté une preuve qu'il est un authentique État de droit. Telle est la teneur des comptes rendus qui paraissent dans les journaux le lendemain. Une telle réaction est caractéristique de tous les moments où les représentants de l'État ont dû essuyer de tels revers. Les exemples sont nombreux. Et chacun d'entre eux montre que ces revers participent pleinement du *passage du droit*. Ils constituent autant d'étapes dans l'élaboration d'un jugement qui paraîtra légitime dans la mesure où il aura emprunté obstinément les « passes du droit¹¹¹ ».

Le refus de sortir du droit annule ainsi, sur le terrain même sur lequel elle s'est installée, les efforts de la guérilla juridique. C'est là le constat auquel les accusés eux-mêmes finissent par aboutir. Certes, ils continuent de ne reconnaître aucune

103 - StV, f. 13171-13176.

104 - StV, f. 13223.

105 - Ainsi qu'il le dira par la suite dans une interview dans la presse : « Akten zu, Fall aus'. SPIEGEL-Interview mit Stammheim-Verteidiger Manfred Künzel », *Der Spiegel*, 25 avril 1977.

106 - Le document est reproduit in U. G. STUBERGER (dir.), « In der Strafsache... », *op. cit.*, p. 224-225.

107 - StV, f. 13221-13222.

108 - *Frankfurter Rundschau*, 21 février 1977.

109 - *Ibid.*, 22 février 1977.

110 - *Ibid.*

111 - Pierre LASCUMES et Jean-Pierre LE BOURHIS, « Des 'passe-droits' aux passes du droit. La mise en œuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et société*, 32, 1996, p. 51-73.

légitimité à un État contre lequel ils poursuivent leur combat. En revanche, ils prennent acte de l'incapacité dans laquelle ils se trouvent de déborder le droit et d'empêcher le jugement. Confrontés à l'annulation de leurs possibilités d'action juridique, ils désertent l'arène judiciaire. Rien n'est de ce point de vue plus significatif que le moment de l'énoncé du verdict. Ce jour-là, les accusés refusent de se rendre au tribunal. Quant aux avocats, ils tiennent une conférence de presse, dans une salle annexe, au moment même où le juge prononce le jugement. Ils se saisissent de l'occasion où les « regards du monde » se tournent de nouveau vers Stammheim, pour dénoncer un État dont ils persistent à affirmer qu'il a montré, au cours du procès, qu'il ne se sent pas tenu par le sens de la justice et qui poursuit son entreprise de destruction des militants de la RAF. Ce qui importe dans cette situation n'est pas tant le contenu de la conférence de presse que le fait même que cette dénonciation se trouve désormais *exclue* de l'enceinte du tribunal, et qu'elle n'a plus prise sur le processus judiciaire qui s'achève : la « démonstration » du « fascisme » de la République fédérale a échoué ; les avocats sont réduits à emprunter les voies de l'« interprétation » pour atteindre une opinion publique de moins en moins réceptive à cette argumentation. Au demeurant, le juge Foth ne s'y trompe pas. Lors de la lecture du jugement, il conclut par cette question : « Où est la politique ? », avant d'y répondre lui-même : « Là où elle doit être, dehors, devant la porte du tribunal¹¹² ». Et ce n'est pas le moindre paradoxe que cette situation signe bien la *victoire politique* de l'État ouest-allemand.

La force (faible) du droit

La Cour, après avoir énoncé le verdict oralement le 28 avril 1977, a rendu son jugement écrit au début octobre. Les trois accusés restants ont donc été jugés. Ils ont été reconnus coupables pour l'ensemble des chefs d'accusation : coupables de la perpétration collective de six attentats à la bombe ; coupables de quatre meurtres et de trente-quatre tentatives de meurtre ; coupables également de tentatives de meurtre commises en résistant par les armes à leur arrestation ; ils ont enfin été jugés coupables, par concours idéal d'infraction, pour formation d'une association criminelle. Dans les considérants du jugement (*Urteilsbegründung*), les peines sont énumérées séparément pour chacun des faits juridiquement établis. Mais dans la mesure où un meurtre appelle nécessairement à lui seul une condamnation à la prison à perpétuité, seule cette fixation de la peine a été reprise dans l'énoncé de la décision.

Les militants de la RAF n'étaient-ils pas condamnés d'avance, avant même la fin de leur procès ? L'institution judiciaire pouvait-elle, dans ces circonstances qualifiées à l'époque « d'hystérie du terrorisme (*Terrorismushysterie*) », rendre un jugement différent ? Pouvait-elle ne pas parvenir à un jugement ? Il est sans doute tentant de relire le procès de Stammheim à la lumière d'un impérieux état de

nécessité. Pourtant, un tel biais interprétatif manque justement ce qui constitue, pour une justice démocratique, la difficulté du travail juridique¹¹³. La hantise non feinte, exprimée par de nombreux acteurs de l'État allemand, d'une impasse de la justice, la crainte d'un « démontage » de l'État de droit, est une dimension à prendre au sérieux. Des années plus tard, le juge Prinzing en fera l'aveu : « Je n'avais jusqu'ici pas connu de difficultés dans ma carrière de juge pénal, ni avec des avocats ni avec des accusés – même avec les gens les plus difficiles. Personne n'aurait pensé que cela deviendrait si terrible. [...] Je me suis dit : tu as survécu à la guerre. De nombreuses personnes de ta génération sont tombées ; pour ta part, tu as pu poursuivre ta vie. Si le destin te frappe maintenant, c'est comme ça¹¹⁴. »

Sans illusion sur la décision finale du tribunal, les membres de la RAF se sont consacrés avec méthode et détermination à faire obstruction à la justice : faire preuve d'habileté dans l'usage des textes juridiques, trouver des belles « passes », désarçonner l'argumentation de l'accusation. Les magistrats n'ont eu de cesse, pour leur part, de se frayer une voie, souvent périlleuse, dans l'ensemble des dispositions juridiques, démontrant qu'ils s'estiment eux-mêmes tenus par les principes et les règles qu'ils doivent faire respecter. La *robustesse* de la décision juridique s'est ainsi construite dans le déroulement même du procès et des cadrages successifs que les acteurs en donnent. En appréhendant le procès comme accomplissement et en suivant le « jugement en action¹¹⁵ », la condamnation des membres de la RAF se donne alors à voir, non plus comme « courue d'avance », mais plutôt comme une condamnation « attendue ». La catégorie de « l'attente » restitue au travail juridique son historicité particulière¹¹⁶. Des prétentions de droits contradictoires fondent l'ouverture d'un procès ; les acteurs *anticipent*, sur la base d'une lecture des textes normatifs, une certaine application du droit. Pour que le droit passe, il appartient au juge de reconstruire juridiquement les événements et de donner satisfaction aux attentes qu'il décide conformes aux normes en vigueur¹¹⁷.

C'est à cet endroit qu'il convient de situer le caractère exceptionnel du procès de Stammheim. S'il y a en effet de l'exceptionnel dans ce procès, il ne se trouve pas dans la dérive et dans l'éloignement du droit, mais dans l'impossibilité de ne pas juger *en droit*. Or le droit prévoit ses propres voies d'exception. L'exception est un certain mode d'être de la norme juridique. Ainsi, l'application d'une règle qui

113 - Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses. Le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

114 - Extraits d'un entretien avec le juge Prinzing dans *Der Tagesspiegel* du 10 octobre 2007.

115 - Pour une analyse du droit en contexte et en action, Baudouin DUPRET, *Le jugement en action. Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève/Le Caire, Droz/CEDEJ, 2006.

116 - Sur l'attente et l'anticipation de droit, P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique...*, *op. cit.*, p. 195.

117 - « Les faits traités par le droit et portés à la connaissance des juges n'ont, remarque Y. Thomas, aucune consistance propre, s'ils n'ont d'abord reçu leur signification d'une loi. En droit, la question de fait est toujours posée après la question de droit » : Yan THOMAS, « La Vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, 102, 1998, p. 17-36, ici p. 22.

semble contrevenir à une norme commune n'est pas nécessairement « illégale » ; cette règle spéciale peut tout simplement déroger au droit commun. Mais cette capacité n'a justement rien d'exceptionnel ; elle est une propriété de l'ordre juridique de l'État de droit. Et, pas plus que l'exception, les principes fondamentaux ne sont extérieurs à l'ordre juridique. Ils ne sont pas des formules intangibles, des énoncés qui auraient le pouvoir de suspendre l'acte de juger, de faire obstacle au passage du droit lorsque l'on s'estime, au regard de ses principes fondamentaux, être une victime. C'est ainsi que la Loi fondamentale allemande définit elle-même la possibilité de circonscrire les droits fondamentaux : « d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, l'application de cette loi doit être générale et ne pas se limiter à un cas particulier » (art. 20). Certains droits fondamentaux sont également assortis d'une « réserve de la loi (*Gesetzesvorbehalt*) ». Les droits fondamentaux non assortis d'une « réserve de la loi » sont susceptibles d'autres restrictions qui résultent des « limites immanentes au système constitutionnel » et, souvent, de droits fondamentaux concurrents¹¹⁸. Le passage du droit emprunte ainsi des voies mouvementées. L'incertitude y est omniprésente. Fait de *prises* et de *reprises*, il ne peut résider dans son dénouement *sans surprise*, mais dans les efforts déployés par l'institution judiciaire pour ne pas décevoir *l'attente de droit*, malgré des hésitations qui la saisissent et les bifurcations que les accusés tentent d'imposer.

Toutefois, si attendu qu'il ait été, le jugement de Stammheim apparaît également porteur de désillusions. Désillusion pour les militants de la RAF, tout d'abord, qui sont conduits à admettre l'impossibilité de transformer l'arène judiciaire en un espace d'opération politique : ils abandonnent désormais ce dessein et se rabattent sur d'autres modes d'action. L'année 1977 marque ainsi une nouvelle « offensive » de la RAF qui conduira, quelques mois après le jugement, à l'enlèvement du président du syndical patronal Hanns-Martin Schleyer et à l'« automne allemand ». Le but de l'opération est de forcer la libération des prisonniers. Mais le gouvernement de H. Schmidt se refuse à procéder à l'échange. La nuit suivant la découverte du corps inanimé de l'otage, les prisonniers de Stammheim seront à leur tour retrouvés morts dans leurs cellules. De source officielle, ils se sont suicidés. Dans les milieux de la gauche radicale, on défend la thèse du meurtre. Quoi qu'il en soit, de nouveaux militants prennent le relais et continuent de faire vivre le projet de la RAF. Perpétrant des attentats tout au long des années 1980, l'organisation ne renoncera à la violence qu'en 1992¹¹⁹ et ne se dissoudra définitivement qu'en 1998¹²⁰. Mais, au cours de ces deux décennies, l'arène judiciaire ne fera plus l'objet d'un investissement équivalent à celui du procès de Stammheim. Certes, d'autres procès ont lieu. L'État continue à développer son arsenal judiciaire antiterroriste en modifiant à plusieurs reprises le Code pénal et le Code de procédure pénale. Ces modifications suscitent des critiques, obligeant parfois l'État à reculer. Mais, en tout état

118 - Claude WITZ, *Le droit allemand*, Paris, Dalloz, 2001, p. 49-59.

119 - « Wir wollen eine offene Diskussion unter allen, die hier um Veränderung kämpfen » (1992), in M. HOFFMANN (dir.), *Rote Armee Fraktion...*, op. cit., p. 420-454.

120 - RAF, Texte sans titre [déclaration de dissolution], *Radikal*, 155, 1998, p. 94-99.

de cause, plus jamais ne s'est reproduite une situation semblable à celle du procès de Stammheim. Ce procès ouvre ainsi une phase de normalisation judiciaire. Désillusion pour les représentants de l'État ensuite, car cette normalisation n'équivaut pas à une clôture de l'épreuve du terrorisme. Alors qu'ils ont attendu du jugement qu'il mette un point d'arrêt à la fois au projet politique de la guérilla urbaine et au soupçon sur la nature de l'État ouest-allemand qui l'alimentait, ils ont dû se rendre à l'évidence qu'il ne fait que déplacer l'épreuve. En dépit du relatif succès remporté à Stammheim, la critique de l'État ne cesse de grandir à partir du milieu de la décennie. Des affaires nombreuses se succèdent, au cours desquelles l'État et ses dispositifs de lutte antiterroriste sont mis en accusation. Certains des plus éminents représentants des politiques antiterroristes sont accusés à la démission. L'apogée est sans doute atteint lorsque la Fondation Bertrand Russell pour la paix organise en Allemagne, au cours des années 1978 et 1979, son troisième tribunal pour la défense des Droits de l'Homme : la République fédérale est (symboliquement) condamnée par un parterre de personnalités morales internationales. Le désinvestissement de l'arène judiciaire, que l'on constate de part et d'autre, prend alors un autre sens. Pour les membres des groupes armés révolutionnaires, il découle du constat que le droit et ses dispositifs ne leur permettent pas de démontrer la « vérité » de l'État. Pour les représentants de l'État, il provient de l'impossibilité du droit de mettre un point d'arrêt au processus enclenché par les groupes de guérilla urbaine : la clôture de l'épreuve du terrorisme se jouera ailleurs que devant les tribunaux.

Frédéric Audren

CNRS-CURAPP/Université de Picardie Jules Verne

Dominique Linhardt

Centre Sociologie de l'Innovation, École des Mines de Paris

