

Cahiers du CEFRES

N° 26, Mémoires du communisme en Europe centrale

Georges Mink (Dir.)

Marie-Claire Lavabre, Françoise Mayer, Antoine Marès (Ed.)

Jiří PŘIBÁŇ

La législation entre révolution et Etat de droit : le cas des lustrations

Référence électronique / electronic reference :

Jiří Přibáň, « La législation entre révolution et Etat de droit : le cas des lustrations », Cahiers du CEFRES. N° 26, Mémoires du communisme en Europe centrale (ed. Marie-Claire Lavabre, Françoise Mayer, Antoine Marès).

Mis en ligne en / published on : avril 2010 / april 2010

URL : http://www.cefres.cz/pdf/c26f/priban_2001_legislation_lustrations.pdf

Editeur / publisher : CEFRES USR 3138 CNRS-MAEE

<http://www.cefres.cz>

Ce document a été généré par l'éditeur.

© CEFRES USR 3138 CNRS-MAEE



La législation entre révolution et État de droit : le cas des lustrations

Jiří Přibáň (Faculté de droit, Université Charles, Prague)

La révolution et la continuité juridique

Tout changement révolutionnaire de régime s'accompagne de la nécessité de régler la question du passé politique. La façon dont ce processus s'accomplit alors détermine la direction que prendra l'évolution post-révolutionnaire d'une société donnée.

Dans cette optique, un changement révolutionnaire de régime politique est dichotomique. Il y a d'un côté le futur, rempli d'attente et d'espoir, vers lequel tend tout le mouvement révolutionnaire. Mais c'est un domaine très flou et très incertain, riche en ruptures et en revirements possibles. C'est pourquoi la tâche principale d'une révolution est de stabiliser son propre avenir.

Il y a de l'autre côté le passé, contre lequel se lève la vague révolutionnaire initiale et contre lequel se définissent les objectifs et les revendications révolutionnaires. Le passé doit être refusé, parce qu'il était « injuste », « immoral », « totalitaire » ou même « inhumain ». Il faut trouver le moyen de s'affranchir du passé.

Le règlement de la question du passé est un processus qui, lors de la révolution, s'opère à tous les niveaux de la vie sociale et concerne non seulement la vie politique, mais aussi les systèmes éducatif, économique, la morale. C'est la raison pour laquelle il n'est pas étonnant qu'il touche également le système juridique en entraînant une modification complexe qui s'effectue par une césure révolutionnaire, un changement de régime politique et, en conséquence, par la nécessité d'édicter de nouvelles règles juridiques et de réglementer le nouveau contexte social et politique. Régler la question du passé communiste est donc une condition *sine qua non* à la construction d'un État de droit libéral-démocratique, dans toutes les sociétés post-communistes.

Un changement de système politique est toujours synonyme de modification complexe du système de droit positif, à tel point que tout législateur doit se poser des questions d'ordre aussi général que celle de la continuité ou de la non-continuité du droit. La caractéristique des systèmes juridiques post-communistes est qu'ils choisissent, dans la période post-révolutionnaire, la voie de la continuité, parce que la non-continuité signifierait ni plus ni moins que l'effondrement de tout le système de régulation juridique. Pourtant, maintenir le principe de la continuité juridique signifie pérenniser le droit¹ de l'ancien régime communiste, ce qui est en soi une remise en question du processus révolutionnaire. Le législateur doit donc opter pour une adoption rapide de nouvelles normes et prescriptions juridiques, lesquelles doivent progressivement remplacer l'ordre juridique du régime communiste.

Ce processus est en soi porteur d'une immense dynamique et reproduit dans une large mesure les changements révolutionnaires intervenus dans la société post-communiste. Il est nécessaire en tant que technique de réglementation de la vie sociale, mais il est également porteur d'une valeur symbolique considérable.

À la table des négociations, décommunisation et notion d'ennemi

¹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law. Second Edition*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 61 et suiv.

À cette « tentative d'amendement », dont l'objectif est de changer la nature de l'ensemble du système de droit positif afin qu'il soit en conformité avec le nouveau contexte social et politique, s'ajoute tout à fait légitimement une politique de décommunisation. Cette politique est une politique de rupture avec le passé. Elle est en fait une réaction à l'exigence révolutionnaire de rupture avec le passé totalitaire. Ce qui caractérise cette fracture, c'est qu'il ne suffit pas qu'elle intervienne au seul niveau symbolique, mais qu'elle ait une signification juridico-politique tout à fait pragmatique qui consiste à « neutraliser l'ancien adversaire »², c'est-à-dire les représentants du pouvoir communiste totalitaire.

Si nous devons transférer ce double aspect symbolique et pragmatique de la politique de décommunisation dans le domaine d'activité des assemblées législatives post-révolutionnaires - démocratiquement élues - de la Tchécoslovaquie puis de la République tchèque, nous pourrions considérer, par exemple, la *Loi sur l'illégalité du régime communiste et l'opposition à ce régime*, votée en 1993, comme un acte avant tout symbolique³. Certains hommes politiques de droite tentèrent bien de la doter d'un pouvoir décisionnel normatif, mais le Conseil constitutionnel de la République tchèque, bien qu'ayant confirmé la constitutionnalité de cette loi, retira à cet acte toute force normative et dégagea donc d'une éventuelle responsabilité pénale les plus hauts fonctionnaires de l'ancien régime communiste.

En dehors de ces démarches plutôt symboliques, la politique de décommunisation se caractérise, dans la législation post-révolutionnaire tchécoslovaque et tchèque, par quelques lois dont la signification symbolique revêt certes une certaine force, mais dont les retombées pratiques sur la politique et la société post-communistes sont encore plus conséquentes. L'une des lois les plus importantes, qui stipule la nécessité pragmatique de neutraliser politiquement les représentants, voire les défenseurs, de l'ancien régime, est incontestablement la *loi dite de lustration*⁴.

Avant de nous lancer dans l'analyse concrète de la loi de lustration, exemple caractéristique de la politique de décommunisation menée dans les pays post-communistes d'Europe centrale et orientale au cours de la première moitié des années 90, il faut poser la question de savoir s'il est possible de procéder à une comparaison entre communisme et nazisme et, partant, entre décommunisation et dénazification. Il convient d'examiner quelques parallèles possibles entre les deux totalitarismes, national-socialiste et communiste.

Ces deux régimes politiques ont indéniablement de nombreux traits communs, tels les camps de concentration, le principe de gouvernement fondé sur l'hégémonie d'un seul parti politique, le rôle clé de la police secrète dans l'appareil de pouvoir, les milices du parti, etc. Il n'est donc pas étonnant que les réactions aux crimes du nazisme et du communisme soient aussi similaires, et les tribunaux eux-mêmes doivent prononcer des attendus de jugements semblables pour redresser les torts politiques et rendre justice. Ce n'est pas un hasard si la *formule de Radbruch*, le célèbre moyen employé après guerre par la justice allemande pour tenter de réparer les crimes nazis et de mettre un terme à l'injustice évidente causée par le droit nazi, refit surface après la réunification de l'Allemagne pour juger des crimes politiques commis par le régime communiste d'Allemagne de l'Est⁵.

Les quelques traits identiques des politiques de dénazification et de décommunisation ne doivent toutefois pas aboutir à des comparaisons, des appréciations et des conclusions simplificatrices. Quelles que soient leurs similitudes, la dénazification et la décommunisation

² C. Schmitt, *Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1963.

³ Loi n° 198/1993 du Recueil de lois, dite loi sur l'illégalité du régime communiste et l'opposition à ce régime.

⁴ Loi n° 451/1991 du Recueil de lois, qui édicte également quelques postulats concernant l'exercice de certaines fonctions dans les organes et organisations publics de la République fédérative tchèque et slovaque, de la République tchèque et de la République slovaque.

⁵ Pour la formule de Radbruch, son contenu et son contexte, se reporter plus loin dans cet article. Cf. également R. Alexy, « A Defence of Radbruch's Formula », in D. Dyzenhaus (éd.) : *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 15-39.

sont deux processus différents. La première cause de cette différence est la manière même dont ces régimes ont pris fin. Le régime nazi a dû être écrasé de l'extérieur et a conservé jusqu'au dernier moment son caractère violemment exalté et brutal, qui s'était manifesté par le déclenchement de la guerre et la politique d'extermination - l'Holocauste. À l'inverse, les régimes communistes se sont effondrés de l'intérieur, ils ont en quelque sorte implosé, petit à petit et avec la participation active de ceux qui détenaient le pouvoir. La dénazification n'a pu commencer qu'avec la prise de Berlin et la défaite militaire du régime nazi, et elle se déroula sous le strict contrôle des Alliés. Pour sa part, la décommunisation ne fut mise en place qu'après que les acteurs se furent assis à *la table des négociations*, ou plus exactement avec la démission librement consentie des communistes et leur adhésion au contexte naissant de démocratie libérale et d'État de droit. Contrairement à la dénazification, la décommunisation impliqua, entre autres choses, la nécessité d'admettre la participation légale des partis communistes, transformés ou non, à la vie politique dans le nouveau contexte libéral et démocratique.

L'une des principales différences entre décommunisation et dénazification est évidemment la mise en place de tables rondes. Lors des discussions qui se déroulèrent dans les différents pays de l'ex-bloc soviétique, ce sont en fait le processus du transfert du pouvoir aux nouvelles élites et le processus de transformation de tout le système politique qui se jouèrent. Ces tables rondes sont surtout le fait de pays comme la Hongrie et la Pologne, c'est-à-dire de pays ex-communistes qui se caractérisaient par un environnement plus libéral et plus réformateur que les autres pays communistes et dont le passage du système communiste au contexte libéral-démocratique s'effectua sur une plus longue période.

On parle également, pour qualifier cette remise progressive du pouvoir, de processus de révolution régulée ou autolimitée⁶. Les pourparlers à la table des négociations se déroulèrent sur la base de règles claires évoquant de loin en loin certains principes et procédures d'un État de droit. Au lieu d'une explosion spontanée de rejet telle qu'en génère la rue, la voie polonaise ou hongroise d'abolition du régime communiste prit la forme d'un processus de transformation qui intéressait toutes les parties en présence, chacune essayant de tirer avantage de la situation pour être en position de force dans les joutes politiques à venir au sein du nouveau régime démocratique qui devait naître de ces discussions⁷.

En revanche, en Tchécoslovaquie ou en RDA, au lendemain de 1989, ce scénario selon lequel l'État de droit existait déjà lors des pourparlers à la table des négociations, est mis à mal parce que les tables rondes ne jouèrent dans ce cas, étant donné la situation révolutionnaire qu'un rôle d'appoint. Les dirigeants communistes restèrent inflexibles jusqu'à la dernière seconde et ne manifestèrent aucune propension à changer le mode de gouvernement stalinien, même après la modification des structures internes du parti. D'ailleurs, dans ces pays, la transformation du régime communiste totalitaire en démocratie libérale s'apparenta davantage à une vraie révolution. L'opposition au régime prit surtout la forme de manifestations de masse dans les rues, qui forcèrent les dirigeants à renoncer au pouvoir, provoquant ainsi le changement de régime.

À l'inverse de ce qui se passa en Hongrie ou en Pologne, on continua, en Tchécoslovaquie et en République démocratique allemande, à faire très nettement la distinction politique entre

⁶ Cf. le chapitre d'Andrew Arata in M. Rosenfeld (éd.) : *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy : theoretical perspectives* (Durham, Duke University Press, 1994).

⁷ Jon Elster distingue les tables rondes en fonction de quatre acteurs potentiels – les conservateurs et les réformistes du côté du pouvoir communiste, les modérés et les radicaux du côté de l'opposition. Selon lui, ces quatre groupes étaient représentés en Pologne, tandis qu'en Hongrie les négociations se caractérisèrent par une opposition non différenciée (le cas de figure des trois acteurs), et dans les pays comme la Tchécoslovaquie ou la République démocratique allemande on était en présence d'un modèle où dominait un seul acteur – les masses révolutionnaires. Pour une analyse plus complète des discussions à la table des négociations, voir J. Elster : *The Round Table Talks in Eastern Europe* (Chicago, University of Chicago Press, 1995).

partisan et ennemi, ou nous et eux. Cette distinction marqua fortement tout le processus de transformation, l'idée de révolution autorégulée fut considérablement affaiblie et cela offrit un champ d'action beaucoup plus large à une politique plus radicale de décommunisation. Un exemple de cette politique est donné par la loi de lustration tchécoslovaque de la fin de l'année 1991.

Si l'on appréhende les discussions à la table des négociations et l'idée d'une transformation de régime comme un changement reposant sur des règles communes et justes, on aboutit nécessairement à la question de la création, à court terme, d'un État dit de droit. Jusqu'à quand continue d'exister le principe totalitaire de la légalité socialiste et à partir de quand peut-on parler de gouvernement de droit ou de règles communes et d'existence d'un État de droit ? Quand le totalitarisme devient-il démocratie et quel impact l'idée d'État de droit a-t-elle sur ce processus ?

Répondre à cette question est évidemment très difficile, pour ne pas dire impossible. Et pourtant certains juristes, hommes politiques et experts en droit des pays post-communistes défendent un point de vue fondé sur une hypothèse qui veut que l'existence même de pourparlers soit synonyme d'existence d'un État de droit démocratique⁸. Ce scénario a cependant des conséquences politiques et juridiques extrêmement sérieuses. D'une part, les années 90 sont décrites comme la période de mise en place des institutions de l'État de droit, de sa restauration, ou comme la décennie au cours de laquelle on a repris des pays démocratiques d'Europe occidentale les différents éléments qui caractérisent l'État de droit. L'État de droit n'est pas la situation actuelle de la société politique, il est son objectif et son idéal. D'autre part, il faut se détacher du passé et adhérer au projet d'une société libérale et démocratique, dont l'un des signes constitutifs est justement le principe d'État de droit. C'est pourquoi il importe non seulement de dire qu'un État de droit se construit, mais également de confirmer son existence, dans les pays post-communistes, en tant que principe auquel la politique et la société se conforment déjà et dans le respect duquel on traite tous les conflits et toutes les affaires politiques.

En appeler à l'État de droit et au respect de ses principes pendant la période de remise, par les communistes, du pouvoir politique entre les mains de l'opposition peut avoir une valeur symbolique assez forte, mais ne correspond en rien, loin s'en faut, à la réalité de l'année révolutionnaire 1989, et ce dans aucun pays de l'ex-bloc soviétique. En effet, l'État de droit n'est pas une structure qui peut prendre corps du jour au lendemain à la suite d'une décision ou d'un accord politique. L'État de droit ne peut être simplement conçu comme une valeur politique qui existe par le seul fait que nous croyons en elle ou que nous y adhérons. C'est un ensemble complexe d'institutions, de règles et de vocabulaire qui est lui-même très variable et dont la formation dure des décennies, et non des semaines ou des mois, comme le pensaient certains hommes politiques dans les pays post-communistes.

Le problème de la création d'un État de droit, c'est-à-dire le moment à partir duquel il est indispensable de souscrire à ses principes, représente une des questions les plus complexes de la science politique et juridique actuelle. Nous nous trouvons en effet confrontés à une interrogation différente de celle que se pose généralement la philosophie politique : « Qui a le droit d'édicter la loi ? », et que l'on pourrait formuler ainsi : « À partir de quand les principes de l'État de droit ont-ils valeur d'engagement ? »

La lustration, une méthode de décommunisation

⁸ En Pologne, le professeur Ewa Letowska fait partie des défenseurs de la « révolution démocratique », dont l'intitulé indique que l'on doit nécessairement considérer une législation rétroactive comme injuste et contraire aux principes de l'État de droit. Sur l'État de droit en général et sa restauration après le communisme, cf. E. Letowska et Janusz Letowski, *Poland : Towards the Rule of Law*, Warszawa, Scholar, 1996.

Dans la mesure où les révolutions ont été des événements revendiquant les principes de l'État de droit, on pourrait penser que ces principes doivent s'appliquer dès la prise du pouvoir. Cependant, chaque révolution étant un processus complexe, on ne peut dire avec précision quand le pouvoir est solidement entre les mains de l'opposition. Si, conformément à la définition minimale de l'État de droit, nous concevons ce principe de gouvernement comme la soumission des règles de conduite humaines et du pouvoir politique à la volonté générale des lois, et non à la volonté de l'individu, l'idée essentielle qui en ressort est que la nouvelle représentation politique et les organes démocratiquement élus doivent se soumettre à la législation commune et au principe d'égalité universelle, ce qui signifie qu'il faut également inclure les anciens adversaires politiques – les communistes – dans la communauté politique.

La particularité de la révolution et de son clivage ami/ennemi doit se transformer en universalité de la communauté politique démocratique. Le fait même de désigner ces pays sous le terme de « post-communistes » indique qu'ils vivent un processus de changement et qu'ils sont en train de devenir des structures de démocratie libérale et d'État de droit. En outre, ce qui constitue l'État de droit, ce ne sont pas seulement les institutions, les structures et l'ensemble des règles de conduite, ce sont aussi des individus concrets qui agissent et décident dans le cadre de ces institutions et de ces structures.

Les lustrations sont donc l'élément d'une politique de décommunisation plus large qui concerne précisément *l'aspect individuel* de toute la transformation des sociétés post-communistes, c'est-à-dire du passage d'un régime totalitaire à un système d'État de droit libéral-démocratique. Les lustrations sont aussi la conséquence du manque de clarté et des incertitudes qui entourent le transfert du pouvoir politique. La révolution avait certes une logique très stricte d'ami/ennemi, mais la chute du système totalitaire s'opéra selon une logique beaucoup plus complexe, y compris dans les pays confrontés à des protestations de masse et où le pouvoir communiste céda sous la pression de la foule descendue dans la rue. Les systèmes totalitaires sont en effet uniques en ce qu'ils assujettissent et impliquent l'écrasante majorité de la population⁹. Ainsi, chaque individu est coupable et victime à la fois, ce qui, dans un mouvement révolutionnaire, signifie qu'il est *son propre allié et son propre ennemi*. Cette profonde instabilité se reporte ensuite dans le système politique post-révolutionnaire. Même la rupture révolutionnaire avec le passé ne put se réaliser, au niveau des personnes, selon un modèle simple de culpabilité et de responsabilité qui aurait trouvé sa traduction dans la législation démocratique post-révolutionnaire.

Il est intéressant de constater que les lustrations, qui sont des mesures visant à protéger les institutions naissantes du régime libéral et démocratique fondé sur le principe de l'État de droit, n'ont pas été remises en question en tant que telles. C'est sur ce point que sont apparues la similitude entre politiques de dénazification et de décommunisation et la nécessité de compléter l'édification institutionnelle de l'État de droit par d'indispensables garde-fous au *niveau des personnes*. L'idée des lustrations part du principe que la démocratie n'est pas seulement un mécanisme impersonnel de reproduction du pouvoir dans lequel le droit joue un rôle de système régulateur souverain, mais également une question de confiance civique et de loyauté. D'un côté, les gens doivent faire confiance au nouveau régime, et cela n'est guère possible si les mêmes personnes continuent d'assumer les mêmes fonctions. Le danger lié au maintien des élites - alors qu'on assiste au même moment à un changement de rhétorique et

⁹ Le problème de la détermination de la culpabilité des individus et de leur responsabilité dans l'injustice ou les éventuels crimes d'un régime politique est un problème caractéristique du passage du totalitarisme à la démocratie. L'Allemagne et l'Italie, par exemple, durent se colleter avec le loyalisme et l'implication des anciens défenseurs du totalitarisme nazi ou fasciste. Ces derniers temps apparaissent de plus en plus ouvertement, par exemple, le rôle joué par la sociale-démocratie autrichienne et son intérêt à l'intégration d'anciens fonctionnaires nazis dans la vie de la société autrichienne d'après guerre.

d'idéologie - a donné sa pleine mesure dans des pays comme l'ex-Yougoslavie ou la défunte Union soviétique. De l'autre, il faut miser sur le fait que les nouveaux fonctionnaires et agents de l'État n'auront pas un effet perturbateur sur l'autorité en gestation des institutions politiques et constitutionnelles. Les lustrations étaient donc censées renforcer la confiance et, partant, la légitimité du nouveau régime libéral et démocratique¹⁰.

La loi de lustration tchécoslovaque, dont l'intitulé officiel est « loi n° 451/1991 du Recueil de lois, qui fixe plusieurs autres postulats sur l'exercice de certaines fonctions au sein des organes et des organisations publics de la République fédérative tchèque et slovaque », fut pensée pour simplifier la transformation de la société tchécoslovaque post-communiste. L'idée originelle portait de la conviction que devait être exclu du cercle restreint des plus hautes fonctions de l'administration publique un groupe précis et tout aussi restreint de personnes dont le loyalisme à l'égard du nouveau régime était, du fait de leurs fonctions au sein du régime communiste, très contestable. Après que les députés eurent procédé à quelques ajustements de la proposition de loi, le texte fut adopté dans une version assez élargie. Parmi les personnes que la loi de lustration concernait se trouvaient, outre les fonctionnaires du parti - depuis les secrétaires de district jusqu'aux échelons supérieurs - et les personnes ayant participé aux répressions de 1948 et après 1968, principalement des personnes ayant collaboré avec la police secrète. Les services auxquels la loi de lustration se rapportait étaient par ailleurs strictement encadrés par le principe du choix et de la légitimité démocratiques, et par le fait qu'il devait toujours s'agir d'un service relevant de l'administration publique ou contrôlé par elle.

L'une des conséquences fut que des personnes qui ne passèrent pas par la procédure de lustration purent siéger dans des organes de représentation élus tels que le Parlement de la République tchèque, tandis que les doyens des différentes facultés de l'université Charles furent soumis à l'obligation de lustration. Outre les fonctions au sein de l'Éducation nationale, de l'administration publique ou de la justice, les télévisions et les radios publiques étaient concernées par les lustrations. La loi fut d'abord adoptée pour une période de cinq ans, mais le Parlement de la République tchèque reconduisit sa validité jusqu'à la fin de l'année 2000.

Il est évident que les législateurs qui adoptèrent la loi de lustration se fondaient sur le *principe de légitimité démocratique*, dans un double sens. D'une part, ils limitaient la compétence de la loi aux services et postes qui, au sein du nouvel État naissant, n'étaient pas pourvus sur la base d'un choix démocratique des citoyens. L'expression démocratique de la volonté du peuple continuait donc à primer sur la protection administrative des institutions étatiques et constitutionnelles. D'autre part, le principe de la légitimité démocratique était respecté également en ceci : c'est l'Assemblée fédérale de la République fédérative tchèque et slovaque qui, en tant qu'organe législatif issu d'élections démocratiques libres, se risqua à accomplir cet acte controversé. Les différents partis politiques avaient d'ailleurs inclus dans leurs programmes la politique de décommunisation, point de départ des lustrations, ce qui fait que les électeurs avaient la possibilité de prendre leur décision tant sur la base de ces informations que de la propagande préélectorale¹¹.

Bien qu'il soit reconnu que les dispositions de la loi de lustration obéissent à une volonté démocratiquement exprimée, on ne peut, lorsque l'on juge cet acte législatif du point de vue du principe du droit démocratique et humain garantissant l'État de droit, s'empêcher d'être dubitatif. La première condition de justice dans un État de droit est en effet l'égalité de tous

¹⁰ Cf. J. Přibáň, « Legitimacy and Legality after the Velvet Revolution », in J. Přibáň and J. Young (éd.) : *The Rule of Law in Central Europe: The Reconstruction of Constitutionalism, Legality and Civil Society in Post-Communist Countries*, Aldershot, Ashgate Publishers, 1999, p. 29-55.

¹¹ Cf. par exemple M. Gillis, « Lustrations and Decommunisation » in J. Přibáň and J. Young (éd.) : *The Rule of Law in Central Europe: The Reconstruction of Constitutionalism, Legality and Civil Society in Post-Communist Countries*, Aldershot, Ashgate Publishers, 1999, p. 56-81.

les citoyens devant la loi¹². Or, dans le contexte révolutionnaire, cette égalité est sérieusement malmenée, parce que *l'objectif même de la loi de lustration est discriminatoire*. En fait de traitement équitable de tous les citoyens de la communauté politique fondé sur les préceptes généraux de la loi, nous sommes témoins de ce qu'un groupe de citoyens précis est provisoirement exclu de certaines fonctions politiques et publiques, au sein du nouveau régime, en raison de ses activités politiques passées.

Le pouvoir constitutionnel post-révolutionnaire se trouve, avec la loi de lustration, en contradiction avec ses propres exigences révolutionnaires de respect des principes de l'État de droit, parmi lesquels l'égalité de tous les citoyens devant la loi est le plus fondamental. Mais on ne peut résoudre ce paradoxe, à savoir la création d'un État de droit à partir de la violation de son principe constitutif, en critiquant la loi de lustration pour ce trait discriminatoire et en la refusant pour cette seule raison.

Une critique légaliste et formaliste fit son chemin, tout particulièrement parmi les opposants à cette loi, critique selon laquelle ladite loi est contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi, donc anticonstitutionnelle, et doit être abolie. L'approche formaliste relève cependant plutôt d'un « idiotisme spécifique au droit », qui associe l'État de droit uniquement à la souveraineté de la loi et à la clarté juridique. Cet argument relève d'une obéissance aveugle et d'une lecture au pied de la lettre des documents constitutionnels post-communistes, dans lesquels ont été revus et corrigés le principe d'égalité devant la loi ainsi que d'autres principes relevant de l'État de droit¹³. Chez de nombreux juristes, l'absence de grilles d'interprétation est la conséquence de l'ancienne culture juridique communiste, dans laquelle l'approche légaliste interdisait toute lecture interprétative et créative des prescriptions juridiques. Leur signification était connue par avance et exprimait la volonté du Parti communiste, ce qui fait que l'ensemble des institutions et des organes du système juridique socialiste n'avaient qu'une seule tâche – transposer cette volonté dans les domaines concrets de la vie sociale. Dans ce système reposant sur la légalité socialiste, le formalisme n'était possible que parce que le fondement sémantique du système juridique exprimait une volonté extérieure, la volonté souveraine du Parti, et parce que toute velléité d'interprétation des organes chargés d'appliquer le droit qui aurait été indépendante de cette volonté était indésirable.

Cette culture légaliste est la conséquence de l'inculture juridique délibérée qui régnait sous le régime communiste, mais en même temps il est évident que cet attachement fondamentaliste à la lettre de la loi vise à créer un cadre argumentaire qui sert à imposer des objectifs politiques concrets. Le refus ou l'incapacité de comprendre le contexte d'un texte de loi écrit ou d'une loi constitutionnelle ne sert souvent qu'à dissimuler des intérêts politiques. D'un point de vue idéologique, il est intéressant de noter que, dans cette querelle autour de la loi de lustration, ceux qui étaient le plus attachés à la souveraineté et à la neutralité politique de la loi - qui sont des qualités définies par le libéralisme politique et juridique du XIX^e siècle - étaient les communistes et certains politiciens de gauche.

Affirmer que la loi est souveraine et ne peut être rétroactive, afin de ne pas perturber la clarté juridique, est à la fois une banalité et un truisme. Le maintien et/ou la chute d'un État de droit ne dépendent pas uniquement de la clarté juridique et du texte de la loi, mais aussi du principe de justice, qui doit toujours être conforme au texte de la loi. En outre, dans la littérature juridique théorique, la question de la sanction des crimes commis par un régime politique est très couramment résolue par l'adoption d'une législation rétroactive ou par la priorité donnée au principe de justice sur la lettre de la loi. Un premier exemple peut en être trouvé dans la célèbre édition complétée du livre de Fuller, intitulé *Morality of Law*, dans

¹² R. Dworkin, « Why Liberals Should Care about Equality », in : *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, p. 205-213.

¹³ Cf. *Listina základních práv a svobod* (Charte des droits et libertés fondamentaux).

lequel un nouveau gouvernement est amené à régler des questions de réparation de torts et de sanction des crimes commis par l'ancien régime tyrannique¹⁴. Fuller traite d'un problème analogue à ceux rencontrés par les gouvernements post-communistes, à savoir : « Comment régler la question des crimes patents perpétrés par un régime politique tyrannique lorsque les lois édictées par le pouvoir tyrannique ne les considéraient pas, à l'époque où ils furent commis, comme délictueux, voire lorsque ce pouvoir les ordonnait au nom de la loi ? » Dans sa réponse, il dit que la clarté juridique et l'interdiction de lois rétroactives sont certes des principes constitutifs de tout État de droit, mais que, dans certaines situations exceptionnelles de ce type, il est indispensable d'adopter une loi rétroactive, précisément pour renforcer l'État de droit et la conscience qu'un crime doit être puni, quand bien même un pouvoir l'instituerait en acte légal.

Le deuxième exemple est, à l'inverse, l'approche déjà mentionnée ici de Gustav Radbruch, spécialiste allemand de la philosophie du droit, qui parlait également du principe de la clarté juridique, mais qui admettait que, dans les cas où la loi et la justice étaient totalement incompatibles, le juge devait retenir le principe de la justice. L'exemple cité est celui de la législation nazie, selon laquelle la population juive fut dépossédée de ses biens sur la base de la perte de la citoyenneté allemande, ce qui fait que, même après la guerre, il ne fut pas possible, pour des raisons légales, de restituer leurs biens aux émigrés allemands d'origine juive. Dans des cas de ce type, chaque tribunal chargé d'appliquer la loi doit, selon Radbruch, s'éloigner de la lettre de la loi et se conformer au principe de justice, afin de renforcer le pouvoir juridique ou l'État de droit et non de les affaiblir¹⁵.

Un non-juriste ne verrait peut-être pas, au premier abord, de différence entre les deux approches, mais il y en a une qui est essentielle. Dans le premier cas, la légitimité démocratique est respectée parce que la loi rétroactive est adoptée par un organe législatif élu démocratiquement, et que, par ailleurs, la réglementation législative définit clairement comment procéder en cas de sanction ou de réparation de torts commis par le passé. À l'inverse, l'avantage de la formule de Radbruch réside en ce que les tribunaux, en tant qu'organes chargés d'appliquer le droit, peuvent dans des cas concrets juger du bien-fondé des dispositions législatives et apprécier leur application selon un principe de justice plus général. Cela ne revient pas à établir l'arbitraire des juges ou de la décision de justice, comme l'affirment les critiques, parce que la magistrature continue à être subordonnée à la loi. La formule ne fait que permettre au juge de ne pas être le simple « exécutant » mécanique et aveugle de normes législatives coupées de leurs tenants et aboutissants.

L'écrasante majorité des légalistes tchèques ne connaît pas ces tendances fondamentales, qui datent de l'après-guerre, de la philosophie et de la théorie juridiques d'un État de droit démocratique. Ils agissent davantage par intuition et dans le but politique d'empêcher toute démarche qui viserait à régler au fond la question du passé ou à sanctionner les crimes politiques du communisme. Leur conception de l'État de droit s'appuie sur une clarté juridique partielle et interdit aux tribunaux tout travail d'interprétation, bien que, dans certains cas historiques concrets et au niveau global de la théorie juridique actuelle, il apparaisse que la clarté juridique n'est que l'un des nombreux éléments d'un État de droit et qu'une législation rétroactive, voire discriminatoire, n'est pas à exclure *a priori* pendant la période transitoire de constitution de l'État de droit.

Une question revient toujours lorsque l'on réfléchit à la loi de lustration : « Pouvons-nous, deux ans après la révolution, considérer notre environnement politique et juridique comme relevant de l'État de droit ou bien ne nous trouvons-nous encore qu'au début de sa formation,

¹⁴ L. Fuller, *Morality of Law. Revisited Edition*, New Haven, Yale University Press, 1969. La version tchèque s'intitule *Morálka práva*, Praha, Oikoyemh, 1998.

¹⁵ À ce sujet, cf. BVerfGE 23, 98 (106). Extrait de « A Defence of Radbruch's Formula », in D. Dyzenhaus (éd.) : *Recrafting the Rule of Law : The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 18.

qu'il convient d'assurer, y compris par des mesures discriminatoires à l'encontre des représentants de l'ancien régime ? » Dans ce cas, les lustrations sont davantage une contribution contestable à la constitution d'un État de droit de tendance libérale et démocratique qu'elles n'en sont la négation pure et simple. Il s'agit d'une loi très contestable, et pas uniquement du point de vue de l'importance de la justice et des principes de l'État de droit. Ses retombées politiques ne sont pas, elles non plus, uniquement positives, comme l'affirment certains auteurs. Il est même possible que toute la politique de décommunisation en ait été compliquée. C'est pourquoi je vais maintenant m'intéresser à ces problèmes juridiques et politiques, mais aussi moraux.

Les problèmes liés aux lustrations

Le problème de la morale

Dans les démocraties libérales, la morale politique a son propre vocabulaire, dans lequel l'un des mots le plus souvent brandis est celui de *discrimination*. Dans ces sociétés, la vie politique est littéralement focalisée sur la lutte contre la discrimination et pour l'égalité des droits de tous les citoyens, non seulement dans le rapport formel à la loi, mais également dans la vie sociale concrète et quotidienne. Les gens vivant dans une société libérale et démocratique s'engagent politiquement, en se référant à l'idée d'égalité et d'engagement civique, dans la lutte contre toutes les inégalités.

Dans cette optique, les lustrations sont évidemment un processus qui va directement à l'encontre des bases mêmes de la morale libérale et démocratique et dans lequel son caractère discriminatoire n'est en rien dissimulé. L'argument moraliste est en substance le suivant : « Vous faites de certains groupes de personnes des citoyens de deuxième catégorie parce que vous leur interdisez l'accès aux fonctions publiques. Cette disposition est totalement incompatible avec le principe libéral-démocratique selon lequel les services publics doivent être accessibles à tous. On ne peut construire la démocratie en employant la discrimination ! »

Cet argument imprègne par exemple tout le livre *The Haunted Land*, de la publiciste américaine Tina Rosenberg. Le regard moraliste rappelle fortement l'approche fondamentaliste, qui se caractérise par une incapacité absolue à appréhender certaines démarches politiques ou juridiques dans un contexte donné et par une appréciation de ces démarches selon des principes purement abstraits. La discrimination est refusée en tant que telle, sans que l'on s'interroge le moins du monde sur ses objectifs, ses raisons et ses destinataires.

Ce qui est capital, dans l'argument moraliste, c'est la perspective adoptée pour donner un avis sur ceux que les lustrations concernent. La critique moraliste a pour objet exclusif le nouveau régime, non ceux que ces lustrations visent¹⁶. L'injustice commence avec la discrimination engendrée par les lustrations, sans que les critiques se penchent plus avant sur le groupe de personnes touchées par les lustrations.

En y regardant de plus près, on ne manquera pourtant pas de relever que deux types de personnes apparaissent dans la loi de lustration tchécoslovaque : les coupables et les personnes responsables des crimes politiques du communisme, mais aussi leurs victimes. C'est là que résident le plus grand dilemme et les plus grandes interrogations sur cette loi. Dans le cas des secrétaires de district ou des hauts fonctionnaires du Parti communiste, des responsables de la police secrète ou des membres des milices populaires, il s'agit de ceux qui

¹⁶ Hermann Schwarz adopte un point de vue critique similaire. Cf. H. Schwarz, « Lustration in Eastern Europe », in : *1 Parker School Journal of East European Law*, 1994.

ont aidé le régime à se maintenir au pouvoir. L'argument moraliste perd donc de sa force, parce que discriminer ceux qui ont eux-mêmes appliqué pendant de longues années une politique de discrimination est aisément justifiable dans un contexte démocratique, pour autant qu'il s'agisse de mesures temporaires.

Le problème est que la loi a pour conséquence de mettre sur le même plan ceux qui « ont pris part au mal politique » et ceux qui en furent les victimes. Une partie non négligeable des collaborateurs de la police secrète était soumise à une terreur physique et psychique de la part de la police, ce qui fait que certains individus préférèrent opter pour une collaboration formelle afin d'échapper à d'autres souffrances ou de protéger leurs proches. La loi de lustration est une disposition prise par le nouveau régime pour éliminer les personnes soupçonnées de ne pas avoir été loyales, mais elle est évidemment incapable de distinguer l'état d'esprit des différents collaborateurs de la police secrète.

La loi a en outre toujours été critiquée pour inclure un nombre disproportionné de personnes dans la catégorie des individus jugés inappropriés aux postes de l'administration publique dans le cadre du nouveau régime. Tout aussi disproportionné semblait le nombre des administrations auxquelles s'appliquait l'obligation de fournir un « certificat de lustration ».

Pour la défense de la lustration, on peut citer le contre-argument moral selon lequel nous ne sommes pas encore assez démocrates pour laisser participer à l'exercice du pouvoir politique ceux qui se sont activement opposés à la démocratie par le passé ou qui ont été mêlés d'une manière ou d'une autre, même accidentelle, à ce pouvoir. Mais même cet argument ne peut expliquer les difficultés que nous rencontrons avec la loi de lustration, qui sont de nature juridique.

Les arguments et les différends juridiques

Aucune loi de décommunisation ou de lustration n'est capable d'apprécier un motif moral. Un tribunal juridique ne peut remplacer un tribunal moral. La loi de lustration ne sait pas toujours distinguer les victimes de leurs persécuteurs. C'est pourquoi cette loi ne peut être l'instrument servant au règlement moral de la question du passé, comme le pensaient certains de ses artisans et défenseurs. C'est justement cette confusion entre les fonctions du droit et de la morale ou de la politique qui a fait que cette loi entraîne, du point de vue de l'État de droit, d'autres disparités.

La fonction symbolique de la loi de lustration - en tant qu'appréciation morale et politique du communisme - s'accompagne d'une fonction pragmatique de défense du nouveau régime contre « les représentants de l'ancien régime ». La ligne de démarcation entre coupables et victimes, entre acteurs et persécutés du pouvoir communiste, soulève toutefois nombre d'objections importantes qui sont souvent très éloignées de l'argument moraliste, voire fondamentaliste, selon lequel toute forme de discrimination est inadmissible, irrecevable, même dans un État en droit encore en gestation.

Première objection

Une très sérieuse objection – par ailleurs purement factuelle et non spéculative – contre la lustration se trouve dans le fait que les preuves contre les personnes ne sont pas fiables, parce qu'elles proviennent des archives de la police secrète. Ces archives sont incomplètes, car la police secrète a détruit, dans les premières semaines révolutionnaires, un grand nombre de notes et de documents. En outre, les faits et les preuves qu'elles contiennent ont été collectés par la police secrète elle-même : leur fiabilité est donc très contestable. La police secrète, qui était l'un des principaux piliers d'un régime largement reconnu comme criminel, a évidemment pu manipuler les informations et les preuves, établissant ainsi de fausses pistes et

de fausses preuves. Le paradoxe réside en ce que le nouveau régime doit se fonder sur la présomption d'exactitude et de fiabilité de documents qui ont été collectés par une organisation ayant largement, et à de nombreuses reprises, fait la preuve de sa nature criminelle¹⁷.

Les partisans de la loi de lustration ne peuvent guère se défendre face à cette critique de fond et de fait. Le nouveau pouvoir politique se trouve ici confronté à une situation paradoxale qui le contraint à accorder crédit à des informations rassemblées par les structures les plus dangereuses de l'ancien régime. Cela dit, il ne s'agit que de quelques catégories de personnes soumises aux dispositions de la loi de lustration, ce qui ne remet pas sérieusement en question la logique de la loi dans son ensemble.

Deuxième objection

Cette première objection renvoie directement à une autre, selon laquelle le principe de processus de droit en bonne et due forme fait défaut dans la loi de lustration¹⁸. Cette objection concerne surtout la disposition administrative qui limite, en se fondant sur certains faits avérés, l'accès de personnes bien déterminées aux postes publics. Le certificat de lustration équivaut à un acte administratif par lequel un organe administratif apporte confirmation de faits qui sont l'un des critères décisifs d'admission aux postes publics, c'est-à-dire de faits se rapportant à une éventuelle collaboration avec la police secrète communiste. Cette loi ne repose pas sur le principe de confirmation ou d'infirmité des faits établis par un organe judiciaire indépendant dont la décision servirait de base pour juger de l'aptitude desdites personnes à exercer des fonctions dans le secteur public concerné par la loi de lustration.

La procédure est véritablement administrative, non judiciaire, et le certificat de lustration est délivré par un organe du pouvoir exécutif. La possibilité existe, naturellement, d'engager une procédure judiciaire destinée à mettre en doute les informations obtenues des archives de la police secrète ; cette procédure a permis à la majorité de ceux qui ont attaqué le ministère de l'Intérieur et qui entraient dans la catégorie des agents de la police secrète de gagner leur procès. Le processus judiciaire régulier, qui est l'ossature du principe plus large de processus de droit en bonne et due forme, est ainsi présent, mais il ne joue qu'un rôle secondaire.

Troisième objection

Certains juristes et politiciens se sont fait l'écho d'une critique radicale de la lustration qui affirme que la loi incriminée se fonde sur le principe de la faute collective, laquelle est irrecevable dans un État de droit. Mais cette critique est dépourvue de fondement, parce que la loi se base au contraire sur le principe de l'expression individuelle de la volonté de celui qui tombe sous le coup de la lustration (acceptation de la fonction, du poste de travail, signature de la collaboration avec la police secrète, etc.). La loi présume qu'une personne qui a décidé, individuellement, d'entrer par le passé dans les structures répressives du régime totalitaire, doit aujourd'hui porter la responsabilité de cette décision. Il ne s'agit donc en rien d'une loi fondée sur le principe de la faute collective de tous les communistes ou policiers. Le fondement de la loi de lustration est une discrimination nuancée, dérivée d'une responsabilité individuelle.

¹⁷ Les cas de meurtres, tel celui du prêtre polonais Jerzy Popieluszko par des officiers de la police secrète, jalonnent toute l'histoire des régimes communistes totalitaires d'Europe de l'Est. Dans les années 80, il s'agissait certes d'excès isolés, mais la liquidation physique des opposants au régime continua d'être l'une des formes totalitaires de répression utilisées par l'État.

¹⁸ Je reprends ici délibérément la notion de « processus de droit en bonne et due forme » (*due process of law*), qui est plus large que celle de « processus judiciaire régulier » couramment employée dans les documents constitutionnels de la République tchèque. La notion de processus de droit en bonne et due forme est en effet plus générale et ne se limite pas aux procédures judiciaires, mais englobe toutes les autres procédures appliquées dans le système juridique d'un pays.

Selon moi, ce qui dans cette objection joue un rôle décisif est le fait troublant que la loi définit un groupe de personnes auxquelles on interdit d'exercer dans un ensemble tout aussi défini d'organismes publics. Mais cette définition est très éloignée du principe de faute collective. Ce n'est pas un hasard si cette objection est celle qui revient le plus souvent chez les auteurs étrangers ; ce qui est caractéristique, dans leur critique, c'est qu'ils refusent la lustration par principe, sans véritablement connaître l'exact contenu de la loi.

Quatrième objection

Une autre objection part du fait, déjà évoqué ici, que la loi de lustration relève d'une action juridique rétroactive, laquelle ne peut être admise dans un État de droit¹⁹. Le mode d'action temporel de la loi de lustration est en réalité ambigu. La loi est prospective, parce qu'elle concerne la future distribution des postes des organismes publics pour lesquels est exigé un certificat de lustration négatif. La loi est rétroactive en ce que le procédé qui avait cours par le passé et qui consistait à accorder des privilèges (aux fonctionnaires du parti), a d'un coup des conséquences discriminatoires sur le plan du droit administratif. Il ne s'agit en aucun cas d'une rétroactivité de droit pénal ou d'une violation des principes de *nullum crimen sine lege*, ou *nulla poena sine lege*.

Toute la réflexion sur l'irrecevabilité pure et simple de la rétroactivité dans un État de droit repose sur une sorte de dogme juridique qui n'interprète pas l'importante notion de discontinuité du régime politique et de réparation des torts ou de sanctions des crimes politiques du régime inégalitaire destitué. Il s'agit pourtant d'un sujet auquel s'intéressent toutes les théories juridiques importantes des cinq dernières décennies. Si nous souhaitons continuer de parler de la rétroactivité et de la clarté juridique, nous pouvons mentionner l'essai du Britannique H. L. A. Hart, spécialiste du droit positiviste, intitulé « Positivism and the Separation of Law and Morals »²⁰, dans lequel l'auteur privilégie la rétroactivité par rapport à la formule de Radbruch, afin d'empêcher toute application arbitraire du droit et d'assurer la continuité du processus de formation du droit. Gustav Radbruch lui-même fait passer la législation rétroactive avant sa propre formule, qui privilégie le principe de justice par rapport au droit positif²¹. La formule de Radbruch est ainsi un instrument tout à fait exceptionnel dans le processus d'application du droit, qui n'est utilisé que lorsque le principe de justice ne peut être garanti par la loi et lorsque son application risquerait d'aboutir à de grossières injustices.

La théorie juridique fondée sur la totale irrecevabilité d'une législation rétroactive apparaît non seulement apparaît naïve, mais elle porte en outre à conséquence, car elle ignore totalement l'exigence concrète de suppression des injustices et des torts flagrants, ainsi que la condamnation des crimes commis sous *couvert de légalité*.

Conclusion : la lustration et la notion paradoxale de justice

La loi de lustration tend à protéger, dans le contexte non structuré de la société tchèque post-révolutionnaire, le système politique naissant et à contribuer à la création des structures d'un État de droit par une stratégie paradoxalement discriminatoire. Ce paradoxe ne doit être ni sous-estimé ni surestimé, et on le trouve, sous différents aspects, partout où le nouveau

¹⁹ À propos de la conception de justice tournée vers le passé et donc rétroactive, cf. J. Elster, « On Doing What One Can », in : *East European Constitutional Review*, Été 1992, p. 15-17.

²⁰ H. L. A. Hart, « Positivism and the Separation of Law and Morals », in H. L. A. Hart : *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 49-87.

²¹ G. Radbruch, « Die Erneuerung des Rechts », in G. Radbruch : *Gesamtausgabe*, vol. 3, edited by A. Kaufmann, Heidelberg, C. F. Mueller, 1990, p. 108.

régime politique affronte l'héritage du totalitarisme. Si la société tchèque a pu adopter aisément cette loi, c'est parce que le scénario d'une prétendue existence d'un État de droit et d'une continuité du droit y avait, eu égard à l'absence de longs pourparlers à la table des négociations, une force bien moindre qu'en Pologne ou en Hongrie²².

Au début des années 90, aucun système mis en place dans les États post-communistes ne fonctionnait véritablement selon les principes d'un État de droit, mais, dans les pays où les changements se firent progressivement, c'est le scénario de révolution démocratique ou légaliste qui s'imposa avec le plus de force, évitant qu'une rude confrontation avec le régime précédent ne s'engage sur le plan législatif, qui aurait abouti à des condamnations pénales ou à des discriminations administratives²³. À la même époque, la société tchèque et ses élites politiques restaient très réservées à l'égard de ce scénario, ce qui ouvrit la voie à cette loi de lustration élargie mais non dépourvue de contradictions internes.

Le législateur avait conscience de ses contradictions et de son caractère discriminatoire ; c'est pourquoi il commença par limiter sa validité à cinq ans. Cette restriction temporelle soulignait l'exceptionnalité de la disposition et limitait une éventuelle critique des institutions européennes. La prorogation ultérieure - jusqu'en 2000 - de la loi eut ensuite un effet négatif sur le renforcement de la *clarté juridique* et souleva certaines interrogations sur la capacité de transformation de la société post-révolutionnaire tchèque et sur la capacité à mettre en place des institutions relevant d'un État de droit.

La loi de lustration joua indubitablement le rôle d'un filtre en éloignant l'adversaire politique du pouvoir démocratique en gestation et contribua à la stabilisation politique de la première moitié des années 90. Mais elle contribua en même temps à inclure dans le système politique la structure fortement opposée au régime qu'est le parti communiste sous sa forme actuelle. Ses *effets politiques* sont donc aussi ambigus et contradictoires que ses effets juridiques. La loi de lustration et d'autres lois visant à rompre avec la période du communisme (par exemple la loi sur l'illégalité du régime communiste et l'opposition à ce régime) forment une frontière politique rigide et confortent les anciens adversaires dans leurs rancœurs mutuelles. La loi de lustration est l'une des raisons pour lesquelles les partisans de l'ancien régime, c'est-à-dire le parti communiste, campent sur leurs positions et se placent dans la situation d'opposants au régime dans le nouveau contexte de démocratie libérale. C'est pourquoi un parti communiste opposé au régime et comptant un électorat certes limité, mais important et aux idées bien arrêtées, a pu se maintenir en République tchèque et dans les Länder de l'ex-RDA. Tandis que dans les autres pays les communistes se sont transformés en sociaux-démocrates, ont accepté les règles de la nouvelle donne libérale et démocratique et en tirent même avantage, en République tchèque et dans les Länder aujourd'hui fédéraux de l'ancienne RDA, les communistes adoptent des positions politiques extrémistes. Cela ne traduit pas uniquement leur rigidité, c'est aussi la conséquence de la stricte politique de décommunisation dont la loi de lustration est une des composantes.

La loi de lustration fut, en Tchécoslovaquie et plus tard en République tchèque, une démarche paradoxale qui consistait à créer un État de droit libéral et démocratique. Son paradoxe réside dans le désir de « créer une égalité civique par la discrimination ». L'égalité

²² Cf. J. Elster, *op. cit.* n° 5.

²³ À ce propos, l'échec du processus de lustration en Pologne, en 1992, est intéressant. La cause est à rechercher dans la démarche inhabituelle des organes constitutionnels polonais, qui, contrairement à la « lustration fondée sur des dispositions législatives » choisie par la Tchécoslovaquie, optèrent en 1992 pour la voie qui passait par la seule résolution du *Sejm*, qui imposa au gouvernement de procéder à une lustration au titre de son autorité administrative. Ce choix, qui ne s'appuyait sur aucune loi, fut critiqué par de nombreuses organisations de défense des droits de l'homme et par des organes constitutionnels, et la Cour constitutionnelle finit par l'annuler, car elle le jugea anticonstitutionnel. Entre-temps, les lustrations provoquèrent un séisme politique et le gouvernement de Olszewski fut contraint à la démission. Cf. W. Osiatynski, « Agent Walesa », in : *East European Constitutional Review*, Été 1992, p. 28-30.

future devant la loi et le fonctionnement équitable de tous les éléments composant la mécanique d'un État de droit doivent être atteints par la discrimination temporaire de ceux que le législateur définit comme une menace pour cette mécanique. Du point de vue juridique, la loi de lustration représente un cas unique de législation adoptée par une société en transformation. En période de changement post-révolutionnaire, toute loi est en proie à de fortes pressions morales, politiques et juridiques, et il n'est pas étonnant qu'elle ne réponde pas aux attentes et ait des effets secondaires imprévus. La loi de lustration, qui a pour origine la volonté politique et morale de mettre un terme aux injustices du totalitarisme, engendre elle-même certaines injustices et certains torts, certes incomparables avec les injustices orchestrées par le totalitarisme. Mais la limitation temporelle de la validité de cette loi permet d'insister sur sa singularité et son exceptionnalité historiques, qui sont liées à la mise en place progressive d'un État de droit de type occidental dans le contexte juridique d'une société post-communiste.

Malgré toutes les réserves et les contradictions qui accompagnent la loi de lustration, il s'agit au bout du compte, au regard de la philosophie du droit, d'une démarche qui n'a rien d'étonnant, parce que la mise en place d'un État de droit démocratique ne s'effectue jamais au seul niveau des principes, mais au contraire, à la suite de contradictions, de compromis et de solutions qui peuvent avoir une logique paradoxale. L'exemple de l'Allemagne d'après guerre et de sa politique de dénazification, celui de la politique de décommunisation dans les pays post-communistes ou encore celui de la construction post-apartheid d'un État constitutionnel en République sud-africaine montrent, comme d'ailleurs la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à propos des inégalités raciales des années 50 et 60, qu'un système juridique libéral et démocratique, qu'il soit en formation ou déjà en place, est tout autant le fruit de principes logiques cohérents que le résultat de paradoxes, de contradictions et de désaccords politiques.

Traduit du tchèque par Carole Paris-Formánek