

Le positivisme comme moindre mal ?

Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy

Olivier CAMY

Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne

La doctrine contemporaine¹ formule deux griefs contradictoires à l'égard de l'attitude de la majorité des juristes français face aux lois antisémites adoptées sous Vichy. De façon paradoxale, elle leur reproche aussi bien d'avoir :

- adopté une position positiviste prétendument neutre qui conduisait en réalité à cautionner ces lois
- quitté une position positiviste qui aurait parfaitement pu leur permettre de rester neutres.

Il me semble possible de dépasser cette antinomie. C'est que je voudrais faire en montrant que chacune des thèses en présence n'est qu'en partie vraie ; ce qui revient à dire que la plupart des juristes français sont restés fidèles à un positivisme entendu au sens large qui ne les a pas conduits nécessairement à légitimer le droit antisémite². Dans un second temps, j'essaierai de montrer que ces deux thèses occultent un fait plus essentiel et dramatique : l'ambiguïté de la position d'une minorité de juristes hostiles au positivisme juridique qui s'étaient donné pourtant la possibilité de condamner juridiquement les lois raciales. Cet échec est révélateur d'une impasse dont il reste à prouver que la doctrine contemporaine, tentée de rejeter l'attitude positiviste, a les moyens théoriques de sortir.

Il me faut préciser que cet article s'appuiera sur les commentaires du droit antisémite effectués par les juristes français publicistes les plus représentatifs (R. Bonnard, G. Burdeau, M. Duverger, A. Hauriou, M. Waline)³ et tentera de poser les jalons d'une étude plus générale et approfondie qui reste à faire sur l'ontologie juridique de la doctrine sous Vichy.

I Quel positivisme ?

¹ Je fais référence ici au débat Danièle Lochak/Michel Troper commencé dans l'ouvrage collectif *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252, poursuivi dans P. Amsselek (dir.) *Théorie du droit et science*, PUF, 1995, p. 293 et qui a servi de toile de fond au colloque de Dijon intitulé "L'encadrement juridique de l'antisémitisme" (dont les actes ont été publiés sous le titre : *Le droit antisémite de Vichy*, dir. D. Gros, Seuil, 1996).

² Cela n'équivaut pas à dire que l'attitude positiviste a été en ces circonstances tragiques la seule solution qu'on puisse qualifier d'honorable ou de souhaitable. On sait qu'un petit nombre de juristes français ont préféré entrer dans la Résistance... En réalité, je veux autant que possible éviter une lecture moralisante du comportement des juristes français.

³ Je reconnais bien volontiers que le fait de ne pas prendre en compte la totalité des juristes publicistes (et d'ignorer les juristes privatistes) limite la validité de ce travail. Cet obstacle ne me semble pas dirimant du fait que j'étudie moins les productions de la doctrine que les conditions intellectuelles de possibilité de ces productions. Or, au plan ontologique, il existe si peu d'alternatives qu'on peut se permettre de globaliser les points de vue...

M. Duverger dans "La perversion du droit"⁴ nous fournit un aperçu de la conception dominante de la science du droit dans les années 30 (en s'inspirant des enseignements développés par l'École de Bordeaux). Il s'agissait pour le juriste de "généraliser les situations réglées par les textes en définissant le système dont elles incarnent des applications particulières, pour en déduire ensuite les solutions applicables aux cas imprévus"⁵. Selon M. Duverger, cette conception aboutissait à donner au juriste un rôle de "spectateur engagé" :

- spectateur, car le juriste se devait de déterminer les normes applicables de manière détachée en ne tenant compte que de leur validité formelle ; ce qui excluait qu'il se prononce au fond sur leur caractère injuste ou non.

- engagé, car le juriste, en se situant à l'intérieur du droit, pouvait proposer des solutions visant à atténuer la portée de mesures choquantes [idée de "doctrine restrictive"].

En fait, nous avons là une définition usuelle de ce qu'on appelle "la dogmatique"⁶ qui peut encore sans doute s'appliquer à la pratique des juristes contemporains. Mais, cette définition de la science du droit peut-elle être qualifiée de "positiviste" ? Si l'on se réfère au concept usuel du positivisme tel qu'il est formalisé en 1939 par M. Waline⁷, cela ne fait guère de doute. Pour M. Waline qui ne refuse pas d'être considéré comme un simple technicien, le positivisme implique avant tout l'étude du droit avec "un esprit scientifique". Dès lors le juriste se voit interdire de prendre position moralement au nom d'un quelconque droit naturel qui l'amènerait à déclarer une loi "illégal" ou encore à effectuer un jugement de juridicité. Mais, pour autant que la valeur du droit comme tel n'est pas concernée, le juriste peut prendre en compte son contenu politico-moral. M. Waline formalise ainsi deux hypothèses où ce type de considérations peut intervenir. D'abord, lorsque le juriste étudie le contexte d'élaboration d'une loi. Il lui est nécessaire alors de décrire (et indirectement d'évaluer) les motifs notamment économiques, politiques qui ont déterminé le législateur. Deuxième hypothèse : en cas d'obscurité de la loi. Le juriste a la possibilité de proposer une solution conforme à un souci d'équité ; ce qui implique d'ailleurs qu'il fasse appel à son "sens de la justice"⁸.

Par contre, si l'on s'en tient au positivisme kelsenien, il est tout aussi évident que les méthodes utilisées effectivement par la plupart des juristes français pour traiter le droit antisémite ne sont pas légitimes. M. Troper a raison de distinguer entre la science du droit théorisée par Kelsen consistant à décrire les normes en vigueur (dans un but de connaissance) et la dogmatique visant à déterminer les normes applicables (dans un but prédictif). Le juriste positiviste

⁴ M. Duverger, "La perversion du droit" in *Mélanges J. Ellul*, PUF, 1983, p. 705

⁵ *Ibid.*, p. 705

⁶ On pourra s'étonner que la méthodologie développée par l'École de Bordeaux puisse s'apparenter finalement à celle utilisée par les juristes favorables à la dogmatique classique. En fait, l'École de Bordeaux avec Duguit et Bonnard a pu défendre, comme on va le voir, une position jusnaturaliste originale qui n'excluait pas l'emploi d'une "méthode expérimentale" dans une certaine fidélité au positivisme philosophique (qui conduisait à rejeter toute référence au droit naturel classique comme droit universel, immuable et métaphysique). Sur ce point, voir B. Noyer, "La doctrine du doyen Bonnard sur le droit naturel", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n°4, p. 196 et s., 1987.

⁷ M. Waline, "Défense du positivisme juridique", *Archives de Philosophie du droit*, 1939, p. 83.

⁸ *Ibid.*, p. 93.

au sens strict n'a donc pas à proposer une interprétation du droit en fonction de telle et telle situation concrète. A fortiori, il n'a pas à prendre en compte les valeurs véhiculées par ce droit pour l'expliquer ou le compléter (en raison de prétendues lacunes)⁹.

Il reste que le concept usuel du positivisme auquel se réfèrent M. Duverger et M. Waline [concept qui semble bien avoir informé la pratique de la majorité des juristes français] ne contredit pas complètement la conception kelsenienne. Comment serait-ce possible d'ailleurs puisque Kelsen lui-même a toujours prétendu que sa *Théorie pure du droit* était déduite de la "jurisprudence"¹⁰, qu'elle n'avait fait que "développer des tendances qui s'y rencontraient"¹¹. Deux passerelles au moins peuvent être jetées entre positivisme au sens large et positivisme au sens strict :

- d'une part, on retrouve le même refus d'examiner la conformité du droit positif à un droit naturel considéré comme droit idéal ou juste. La raison invoquée de part et d'autre est la même : en légitimant ou délégitimant le droit positif au nom d'un étalon politico-moral, le juriste ne sert plus la connaissance de la réalité et politise sa discipline. De ce point de vue, rejeter le droit antisémite hors de la sphère du droit revient à faire de l'idéologie car en tant qu'"ordre de contrainte efficace"¹², il peut être qualifié de droit positif.

- d'autre part, on peut considérer que le positivisme au sens large respecte le critère canonique de scientificité mis en avant par Kelsen, soit l'interdiction des jugements de valeur. Cela est envisageable à condition de distinguer dans une perspective kantienne (dans laquelle Kelsen lui-même s'inscrit) entre jugements de valeur absolus et relatifs. Le juriste en exposant les motifs du législateur ou en proposant une interprétation d'une disposition de droit obscure en fonction des finalités servies par la loi n'effectuerait que des jugements de valeurs relatifs. Dans ce cas, il ne prendrait pas en compte personnellement les valeurs véhiculées par le droit positif ou encore il ne s'engagerait pas implicitement en se référant à ses préférences ou à sa propre hiérarchie axiologique. Il ne ferait que thématiser ce qu'on peut appeler dans un sens weberien le "rapport aux valeurs"¹³ du droit sans procéder à des jugements de valeur proprement dits.

Dès lors, on peut considérer que le positivisme au sens large reste fidèle à l'idée de "science du droit" au sens de Kelsen, à condition de préciser que le juriste dans ce cadre ne peut plus prétendre à une position d'extériorité propre aux sciences de la nature. Il ne peut espérer atteindre qu'une position d'impartialité. Une impartialité qu'on pourrait dire "négociée" puisque le juriste dialogue avec le législateur en rapportant ses textes aux valeurs qui les sous-tendent et peut aller jusqu'à contester les solutions proposées par le juge au nom de l'éthique véhiculée par une loi ou par l'ordre juridique tout entier. Ainsi, dans le cas du droit antisémite, il était légitime de contextualiser la législation raciale

⁹ M. Troper, "La doctrine et le positivisme" in *Les usages sociaux du droit*, op. cit., p. 291.

¹⁰ Selon Kelsen, le terme de jurisprudence désigne ici la science du droit telle qu'elle se pratiquait.

¹¹ H. Kelsen, "Préface à la 1ère édition" de la *Théorie pure du droit*, mai 1934, Dalloz, 1989, p. VII.

¹² Nous reprenons la définition du droit positif proposée par H. Kelsen in op. cit., p. 296.

¹³ Sur la notion de rapport aux valeurs, voir notamment M. Weber, "Essai sur le sens de la 'neutralité axiologique' dans les sciences sociologiques et économiques" in *Essais sur la théorie de la science*, Plon, 1965, p. 395.

en montrant en quoi elle s'inspirait d'une pensée politique en rupture avec les idéaux républicains. Il était même possible de contester certaines solutions jurisprudentielles au nom des valeurs morales véhiculées par les principes généraux du droit républicain auquel officiellement Vichy n'avait voulu que déroger.

En théorie une marge de manœuvre très grande était laissée aux juristes positivistes leur permettant de "s'opposer" au droit antisémite sans sortir de leur rôle de techniciens. Mais en pratique cette marge de manœuvre s'est sans doute révélée très étroite en raison de contraintes juridiques ou parajuridiques dont le rôle reste encore à étudier :

1 les contraintes juridiques : il s'agit ici de contraintes non pas causales mais logico-formelles qui guident le raisonnement du juriste positiviste sans quoi ce raisonnement perd, selon lui, toute objectivité et n'est plus recevable par la communauté des opérateurs de droit (soit les juristes, mais aussi les avocats, juges).

Par exemple, il était difficile d'invoquer l'inconstitutionnalité des lois antisémites. Ainsi le juriste positiviste était "lié" par l'opinion du Conseil d'Etat qui, dans un arrêt *Arrighi* (6 novembre 1936), s'était interdit de mettre en question la validité des lois même dans le cas où elles auraient été contraires à des principes constitutionnels¹⁴. Il est vrai que ce même juriste aurait pu proposer au juge administratif d'invoquer la "tradition républicaine" ou une coutume constitutionnelle ayant permis de valider et de perpétuer les principes de 1789 issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais, dès les années 20, le grand théoricien du positivisme juridique, R. Carré de Malberg, avait avancé des arguments encore pertinents aujourd'hui selon lesquels une tradition ou une coutume constitutionnelle ne saurait avoir de légitimité juridique dans un système de droit constitutionnel écrit (a fortiori rigide)¹⁵. Ajoutons qu'on aurait pu très bien soutenir que ce droit non écrit était de toute façon en contradiction sur le fond avec le droit constitutionnel nouveau d'inspiration pétainiste.

Autre exemple : il était possible d'invoquer les principes généraux du droit (à valeur infralégislative) déduits des lois de la IIIème République encore en vigueur à partir du moment où le régime ne rejetait pas ces lois. Mais si ces principes permettaient de justifier une interprétation restrictive du droit antisémite, il était par contre évident pour un juriste positiviste qu'ils pouvaient difficilement permettre d'aller à l'encontre d'un texte clair aussi inique qu'il soit¹⁶.

¹⁴ C'est ce que rappelle J. Massot dans son article très orthodoxe sur le Conseil d'Etat in *Le régime de Vichy et les Français*, dir. J.P. Azéma et F. Bédarida, Fayard, 1992, p. 324. Le Conseil d'Etat se refusa à apprécier la validité des lois de Vichy dans un arrêt *Vincent* du 22 mars 1944, *Rec.*, p. 417.

¹⁵ Ces arguments classiques sont exprimés notamment dans la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t.II, 1920-1922, p. 582. Dans le cadre conceptuel positiviste légaliste, il semble qu'on pouvait admettre à la rigueur l'existence d'un droit coutumier *secundum legem*, ayant *force législative* mais ne pouvant contredire une loi expresse. C'est ainsi que le commissaire du gouvernement B. Chenot a pu admettre qu'un principe fondamental du droit comme le principe de l'égalité des usagers devant le service public est passé de "la philosophie politique au droit positif par le seul effet de la coutume..." (cf. Conclusions sur l'affaire *Guieyesse*, RDP, 1944, p. 166).

¹⁶ On sait qu'avec l'arrêt *Lamotte* du 17 février 1950 à propos précisément d'une loi de Vichy, le Conseil d'Etat a inauguré une jurisprudence selon laquelle un texte pourtant clair ne pouvait avoir pour effet d'exclure le recours pour excès de pouvoir destiné à "assurer conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité". On peut cependant supposer avec le commentateur des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 1978, p. 340 qu'une loi tout

Bien sûr, on peut considérer que ces exemples démontrent que les juristes sous Vichy ont manqué d'audace ou d'imagination. On peut aller encore plus loin en supposant que des motifs peut-être non juridiques, non avouables expliquent ces interprétations. Mais on ne saurait généraliser le soupçon au risque d'oublier le rôle joué par la norme épistémologique positiviste-légaliste acceptée par la majorité des acteurs de l'époque. Ainsi, il est vraisemblable que certains des juristes fidèles au paradigme positiviste ont cru impossible intellectuellement d'écarter l'application des lois antisémites grâce à une exception d'inconstitutionnalité ou grâce à des principes fondamentaux dotés d'une valeur supralégislative...¹⁷

2 les contraintes parajuridiques : il s'agit ici de contraintes causales dont la perception par les opérateurs du droit est forcément subjective. Elles peuvent les amener à ne pas utiliser pleinement la marge de manœuvre qui leur est donnée. On pense évidemment à la censure. A ce propos, M. Duverger déclare que "l'écrit ne laissait pas en 1940-1941 la liberté de commentaire que permettait l'enseignement oral"¹⁸. On pense aussi aux risques personnels encourus par des juristes trop critiques¹⁹. Tout cela reste à vérifier... Ce sont autant de facteurs qui ont pu pousser certains commentateurs positivistes à utiliser un "art d'écrire" (leur permettant de proposer des interprétations restrictives de façon implicite) ou à se réfugier dans un silence ambigu.

Au total, il semble qu'on puisse qualifier de "positiviste" l'attitude de la majorité des juristes français contre l'opinion de M. Troper qui s'en tient à un concept irréaliste d'une science du droit comme activité purement descriptive n'ayant aucun rapport aux valeurs ; ce qui lui permet de blanchir le paradigme positiviste et paradoxalement l'amène indirectement à critiquer de façon indifférenciée les juristes qui ont cru faire simplement leur métier (dont ceux qui ont essayé de neutraliser des dispositions du droit antisémite). Mais pour autant, accepter la qualification de "positivisme" ne revient évidemment pas à soutenir

à fait expresse excluant ce type de recours n'aurait pu être neutralisée de la sorte.

De toute manière, l'interprétation de lois totalitaires à l'aide de principes généraux tirés sinon du texte du moins de l'esprit des lois issues d'un ordre juridique républicain ne va pas de soi toujours d'un point de vue positiviste. Concernant Vichy, on ne peut justifier une interprétation restrictive du droit antisémite à l'aide des principes généraux républicains qu'en supposant une continuité entre la IIIème République et le régime pétainiste que justement l'existence du même droit antisémite remet en cause fondamentalement. Ainsi, lorsque le commissaire du gouvernement Chenot dans ses conclusions sur l'affaire *Guieysse* du 4 février 1944 prétend qu'il existe "des principes fondamentaux de notre organisation politique qui, sans être inscrits dans aucun texte, ont pénétré depuis cent cinquante ans toutes nos institutions et ont dominé notre législation", on peut s'interroger sur ce "notre" qui relie ainsi Vichy aux précédents régimes... (cf. *RD*, 1944, p.166). Il semble que la "fiction" de la continuité ait pu être maintenue parce que notamment la majorité des juristes ont admis la validité de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et ont donné statut de mesures d'exception aux lois antisémites. Mais cette fiction n'a pas été très utile dans le cas du droit racial qui n'a pas été interprété en fonction des principes généraux du droit ni par les juristes, ni par le Conseil d'Etat.

¹⁷ Ces solutions ne sont recevables que si l'on rejette le paradigme positiviste-légaliste comme l'ont fait apparemment les juristes qui proposent *ex post* des solutions qu'on peut effectivement considérer comme quasi jusnaturalistes... C'est le cas par exemple d' O. Dupeyroux qui refuse de qualifier les lois de Vichy de véritables "lois" et prétend que la déclaration de 1789 aurait pu être invoquée par le Conseil d'Etat en raison de sa valeur supra-légale, voire supra-constitutionnelle [Duguit]. Cf. O. Dupeyroux, "L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux", *RD*, 1983, p. 614.

¹⁸ M. Duverger, *op. cit.*, p. 707.

¹⁹ Ce type de contraintes parajuridiques ont pu concerner le juge lui-même. J. Delvové dans ses conclusions sous l'arrêt *Lamotte* évoque à propos du juge de l'excès de pouvoir la crainte de représailles du pouvoir ; selon lui, cela aurait conduit le Conseil d'Etat à ne pas contredire les dispositions expresses d'une législation antisémite contraire "aux principes les plus certains du droit moderne" pour ne pas entraîner "la suppression de ce qui pouvait subsister de contrôle et de garantie". (Cf. *RD*, 1951, p. 478).

la position de la doctrine sous Vichy. En effet, on peut se demander si le juriste en restant dans le cadre classique de la dogmatique, en jouant *au mieux* le rôle modérateur qu'il joue en période normale face à un droit "d'exception" ou "inique" [selon la terminologie courante] sans jamais quitter le terrain de l'objectivité froide se donnait un rôle à la mesure de l'événement.

Cet événement qui semble masqué par le discours juridique usuel, c'est bien le surgissement d'un droit "monstrueux" subvertissant toute notre rationalité juridique (même au sens technique), car cette rationalité suppose après tout que le droit doit servir des êtres humains et non les nier. Dès lors en adoptant une attitude positiviste que ce soit au sens strict ou au sens large, la doctrine ne devenait-elle pas complice de l'innommable ne serait-ce qu'en essayant de le nommer juridiquement ? Ne perdait-elle pas une neutralité que de toute façon elle aurait dû rejeter ? N'aurait-elle pas dû tenter d'adopter une autre posture théorique lui permettant de condamner sinon moralement au moins juridiquement le droit antisémite ? Cette question de la neutralité doit être envisagée en elle-même.

II Quelle neutralité ?

Suivant la conception de la science du droit (jusnaturaliste, décisionniste...) à laquelle on adhère, il existe plusieurs manières de critiquer la prétention à la neutralité des juristes positivistes. Force est de constater que la doctrine contemporaine, notamment à partir des travaux de D. Lochak, a choisi un point de vue plus extérieur, celui de la science politique dont l'objet est notamment l'étude des processus de légitimation du pouvoir politique.

D. Lochak soutient que l'attitude positiviste (même au sens strict) a contribué à "naturaliser" le droit antisémite, à lui donner "une sorte de respectabilité" du fait que les juristes l'ont traité comme une "une banale branche du droit". Cette attitude aurait "contribué à sa façon à en faciliter tant l'acceptation que l'application"²⁰. L'accusation est très grave, car elle tend à faire des juristes qui se voulaient pour la plupart de simples techniciens des complices de l'antisémitisme d'État, des "alliés objectifs" du régime selon l'expression de M. Troper. Au bout du compte, ils auraient participé au processus qui menait à l'extermination des Juifs. On pourra ressentir ici un certain malaise qui s'ajoute au malaise provoqué déjà par la lecture des commentaires si peu critiques de la doctrine de l'époque. En fait, trois types d'arguments peuvent être avancés contre la thèse de D. Lochak :

1 un argument d'ordre historique. La thèse se fonde en partie sur une lecture téléologique des commentaires du droit antisémite. Cette lecture consiste à interpréter ces textes en fonction d'une représentation que ne pouvaient avoir leur auteur au moment où ils les rédigeaient. Mais, comme l'écrit E. Morin, "on ne peut raisonner en faisant rétroagir notre savoir postérieur"²¹. Aucun juriste en 1940 et 1941 ne pouvait établir avec certitude comme le fait rétroactivement D. Lochak que "les mesures d'exclusion prises dès 1940 ont constitué les premières

²⁰ D. Lochak, " La doctrine sous Vichy... ", *op. cit.*, p. 275.

²¹ E. Morin, "Vichystes, si vous aviez su...", *Le Nouvel Observateur*, septembre 1994, p. 33.

étapes d'un processus d'ensemble et le préalable nécessaire de l'entreprise ultérieure d'extermination"²². Dès lors, reprocher à la doctrine d'avoir facilité, sous Vichy, "l'acceptation des persécutions à venir"²³ ne va pas de soi. On pourra cependant s'étonner avec D. Gros que ces juristes aient oublié de faire le lien entre les statuts de 1940 et 1941 et les lois du 4 octobre 1940 et du 2 juin 1941 (publiées au J.O.) qui autorisaient les préfets à interner dans des camps spéciaux les ressortissants étrangers de "race juive" ou à leur assigner une résidence forcée²⁴.

2 un argument d'ordre juridique. La thèse tente de montrer que les juristes français, qu'ils aient manifesté ou non un certain antisémitisme, se sont rendus complices de l'antisémitisme d'État simplement en se comportant comme des techniciens du droit. A la limite, un juriste "démocrate" qui aurait tenté de mettre en perspective les lois raciales pour montrer en quoi elles dérogeaient gravement à la tradition républicaine ou encore aurait proposé des interprétations restrictives n'est pas pour autant innocenté... Dans tous les cas, la doctrine aurait légitimé le droit antisémite. Littéralement, elle l'aurait "rendu légitime" (c'est-à-dire acceptable moralement ou politiquement) ; ce qui revient à postuler qu'elle a fait admettre consciemment ou non que ce droit est à la fois *juste* et *obligatoire*. Si l'on considère le rapport entre méthodologie juridique et éthique d'un point de vue positiviste, cela est critiquable dans les deux cas :

- 1er cas : un juriste positiviste n'a pas à se prononcer précisément sur le caractère juste ou légitime d'une législation. Il ne fait pas reposer la définition de la juridicité sur des critères moraux et prétend interpréter cette législation en fonction d'actes de connaissance (et non pas d'actes de volonté qui, selon Kelsen, n'interviennent que lorsque le juriste prétend déterminer la seule interprétation correcte d'un texte²⁵). La validité du droit et de son commentaire dépend donc d'une objectivité qui n'est en aucun cas métajuridique.

- 2ème cas : pour un juriste positiviste, l'obligation d'obéir au droit n'est pas une obligation juridique. C'est une obligation morale qui découle d'une norme métajuridique qu'il ne saurait décrire, *a fortiori* prendre en charge. Le juriste se contente de supposer la validité d'une législation en présupposant que la constitution qui en est le fondement est valable ; la constitution d'après Kelsen renvoyant à une *Grundnorm* qui en raison de sa nature fictive ne saurait prescrire d'obéir au droit²⁶.

De toute façon, on ne voit pas comment un juriste qui ne pénètre pas volontairement ou consciemment dans la sphère politico-morale peut être accusé de servir quelques intérêts ou idéologies - sauf à utiliser la notion suspecte de responsabilité objective -. A l'opposé, un juriste jusnaturaliste qui prétend s'opposer à un droit inique en fonction de critères de validité politico-

²² D. Lochak, "La doctrine...", *op. cit.*, p. 278.

²³ *Ibid.*, p. 277.

²⁴ D. Gros, "'Le Statut des Juifs' et les manuels en usage dans les facultés de droit (1940-1944) : de la description à la légitimation" in *La violence politique dans les démocraties européennes contemporaines*, dir. P. Braud, L'Harmattan, 1993, p. 166. Sur les camps spéciaux, voir notamment *Les camps du Sud-Ouest*, dir., M. Cohen et E. Malo, Privat, 1994.

²⁵ H. Kelsen, *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 460.

²⁶ Sur ce point, voir M. Troper "Un système pur du droit : le positivisme de H. Kelsen" in *La force du droit*, dir. P. Bouretz, Esprit, 1991, p. 128.

moraux peut être jugé pleinement responsable. Son silence par exemple n'aura évidemment pas la même signification que le silence d'un juriste positiviste.

3 un argument d'ordre sociologique. L'accusation de D. Lochak se fonde implicitement sur deux postulats contestables :

- Premier postulat : les individus auraient été "aliénés" (au sens marxiste du terme). Le processus aurait été le suivant : la doctrine en utilisant les catégories idéologiques de l'antisémitisme d'État reprises par le droit, en les incorporant à ses raisonnements, les aurait "objectivées", "authentifiées" ; ce qui aurait conduit à faciliter leur acceptation et leur usage. Pire, cela aurait amené les individus à adopter la "vision du monde" véhiculée par ces catégories, à considérer comme naturel l'ordre des choses inhérent à ces mêmes catégories ; bref à devenir sinon partisans de l'antisémitisme d'État, du moins incapables de s'opposer à lui. Cette démonstration ne convaincra que ceux qui adhèrent comme D. Lochak à un nominalisme radical qu'elle avoue lorsqu'elle déclare qu'"il existe un pouvoir propre des mots qui définissent le champ des possibilités des discours et des actions, et au delà leur acceptabilité..."²⁷. D'autre part, il reste à prouver qu'une population serait incapable d'identifier, de repérer et de critiquer une idéologie (et ses pseudos concepts) lorsqu'elle a été juridicisée ou qu'elle s'est donnée un travestissement juridique.

- Deuxième postulat : le poids symbolique de cette pseudo-légitimation ne saurait être contrebalancé par l'effet utile des "fragiles armes du droit" données par les juristes positivistes aux juges et avocats. A quoi bon proposer des interprétations restrictives des lois raciales pour défendre les Juifs si par là même on participe à la propagation d'un discours antisémite, déclare D. Lochak²⁸. On peut répondre ici que les effets de légitimation, à supposer qu'ils aient existé, peuvent tout à fait être négligés si la vie d'un seul homme a été sauvée grâce à l'interprétation restrictive d'une loi par un juriste positiviste.

Il reste que la critique de D. Lochak montre une fois de plus que l'attitude positiviste risque d'être perçue comme une attitude complice ou conformiste. D'où la nécessité de se demander si le devoir du juriste dans ces circonstances n'est pas de s'engager, de devenir un "juriste citoyen" qui accepte de considérer la valeur d'une législation selon des critères qui ne sont pas seulement techniques et abandonne alors une neutralité ambiguë. Cette attitude qui, rétrospectivement, peut sembler la seule correcte d'un point de vue moral et scientifique a été choisie par une minorité de juristes sous Vichy. Comme on va le voir, elle ne va pas sans risques et apporte finalement peu de garanties.

III La sortie ratée du positivisme

Dans le cadre français, on s'aperçoit que rares ont été les juristes critiques du positivisme qui ont osé aller jusqu'au bout de leurs convictions ; c'est-à-dire qui sont allés jusqu'à commenter le droit antisémite et à se prononcer sur la nature du pouvoir qui l'avait édicté. On mentionnera pour exemple la grande

²⁷ D. Lochak, *op. cit.*, p. 277.

²⁸ Il s'agit ici d'un argument avancé par D. Lochak lors de la dernière journée du colloque consacré à "L'encadrement juridique de l'antisémitisme" qui s'est tenu à Dijon les 19 et 20 décembre 1994.

discrétion d'A. Hauriou dans son *Précis élémentaire de droit administratif* en 1943 où il se contente de reprendre les dispositions du Statut des Juifs relatives au recrutement des fonctionnaires. Il ne parle à cette occasion que de "graves exceptions" au principe traditionnel selon lequel tous "les Français ont une égale aptitude à être nommés aux fonctions publiques". Pourtant, A. Hauriou s'était donné la possibilité d'effectuer de véritables "jugements de valeurs" (interdits évidemment dans le cadre positiviste) qu'il préféra suspendre en raison du caractère trop récent du régime²⁹. Cependant, deux juristes, R. Bonnard et G. Burdeau se sont engagés, hélas semble-t-il aujourd'hui, pour le pire³⁰. Ils ont osé apprécier la légitimité du régime pétainiste pour finalement l'approuver de façon explicite ou implicite. Ils ont implicitement porté un jugement sur la légitimité du droit racial qui ne les a pas conduit à le condamner... Revenir sur la genèse de ce que certains considèrent maintenant comme une catastrophe morale est l'occasion d'essayer de faire comprendre aux juristes contemporains qui seraient tentés de prendre parti, d'énoncer dogmatiquement quel est le contenu *en soi* du droit qu'ils s'engagent sans doute dans une impasse.

Avant d'étudier le contenu du jugement de valeur téméraire porté par nos deux juristes, il nous faut déterminer la nature de ce jugement. Il s'agit exactement d'un *jugement de juridicité* qui a la particularité de ne pas renvoyer à un droit naturel abstrait et immuable mais à un droit "transpositif" variable historiquement³¹. En effet, soucieux de ne pas tomber dans l'idéologie, de ne pas rompre avec l'idéal d'objectivité scientifique, R. Bonnard et G. Burdeau refusent d'adhérer à un jusnaturalisme classique. On peut dire qu'ils cherchent un compromis entre jusnaturalisme et positivisme.

Ainsi, R. Bonnard demande aux juristes "de prendre parti et de s'embarquer" mais, en même temps, il exige qu'ils restent sur "le terrain proprement scientifique" ; d'où le concept curieux et contradictoire d'une discipline juridique qui ne "devra pas être neutre, indifférente à la vérité et à l'erreur et s'interdisant tout jugement de valeur"³². L'aspect scientifique du droit est développé notamment dans sa préface au *Précis de droit administratif*³³. R. Bonnard y fait référence à un concept "élargi du positivisme" qui l'amène à assimiler la connaissance juridique à une connaissance à la fois "empirique"

²⁹ A. Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1943, pp. 5-6.

³⁰ Il me faut signaler que d'autres juristes pourtant considérés comme des positivistes rigoureux ne s'en sont pas tenus toujours à une définition positive ou formaliste du droit ; ce qui ne les a pas amenés pour autant à s'engager explicitement. Il en est ainsi de :

- G. Jèze dans ses *Principes généraux du droit administratif*, 2ème éd., t. II, 1930, p. 33 affirme l'existence d'un droit idéal qui est "ce que les individus (l'immense majorité des habitants) croient être le droit idéal" ; ceci ne le conduit nullement à mettre en cause la juridicité des lois raciales dans sa note de jurisprudence portant sur "La définition légale du Juif au sens des incapacités légales", *RDP*, 1944, p. 74.

- M. Waline dans son cours professé à la Faculté de droit de l'Université de Paris en 1943-44 admet qu'"un ordre émané des gouvernants cesse d'avoir aucune valeur juridique, s'il est en contradiction flagrante avec l'idée d'œuvre incorporée dans cette institution" (Cf. *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, 1945, pp. 405-406).

³¹ L'expression de droit "transpositif" est de G. Burdeau. Si R. Bonnard a exprimé sa réserve à l'égard de ce néologisme, cela n'excluait pas son accord avec G. Burdeau pour admettre l'existence d'un droit supérieur aux normes juridiques positives qui n'est pas le droit naturel classique. Cf. B. Noyer, *op. cit.*, note 110, p. 202.

³² Cité par D. Lochak, *op. cit.*, p. 253. L'aspect transactionnel du projet épistémologique de R. Bonnard se retrouve au plan humain : M. Duverger explique que R. Bonnard passa un compromis avec G. Jèze, positiviste rigoureux qui partageait avec lui la direction de la *RDP* pour maintenir la revue sur le terrain de l'objectivité ; une objectivité scientifique menacée par la volonté de R. Bonnard de s'engager ouvertement dans certains articles. On peut se demander quel compromis M. Duverger lui-même passa lorsqu'il choisit R. Bonnard comme directeur de thèse...

³³ R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1940.

[consistant à "collectionner et mettre en ordre les règles légales et jurisprudentielles"], "logique" [visant à déduire les règles de droit particulières de principes et règles générales] et "pratique" [renvoyant le droit aux "faits sociaux, politiques, moraux qui déterminent les règles et les justifient"]³⁴. L'aspect jusnaturaliste apparaît au travers de la référence *duguiste* à l'existence d'un "ordonnancement vital" constitutif de "règles sociales". Certaines de ces règles dont la sanction a vocation à être "socialement organisée et assurée par la contrainte matérielle" constitueraient du "droit naturel"³⁵. Du coup, le juriste est légitimé à examiner la valeur du droit positif en tant que droit. En effet, "la constitution aura valeur juridique et formera du droit constitutionnel dans la mesure où elle correspondra à l'ordonnancement vital"³⁶. De la même façon G. Burdeau, tout en refusant l'orthodoxie positiviste maintient la référence à l'idée de scientificité. Il conçoit le droit constitutionnel comme une "technique" et revendique une "objectivité" en tant que juriste³⁷. Lui aussi n'admet pas que le juriste s'en tienne à une exégèse de la loi: il lui faut élargir sa réflexion aux notions premières, celles d'État, de gouvernement, de Pouvoir comme "moteurs de la vie politique" sans lesquelles la compréhension des mécanismes constitutionnels est impossible. On aboutit alors à un syncrétisme : l'approche proposée sera tout à la fois théorique et empirique, juridique et sociologique [le droit étant envisagé à la fois comme un phénomène normatif et causal³⁸]. L'aspect jusnaturaliste apparaît avec la possibilité donnée au juriste d'effectuer là encore un jugement de juridicité. Évitant le reproche de "lâcheté intellectuelle" lancé contre la doctrine positiviste, G. Burdeau donne au juriste la faculté de "contrôler la juridicité des dispositions du droit positif". Si le Pouvoir s'éloigne de "l'idée de droit" qui le fonde, alors le juriste ne doit pas hésiter à déclarer que ce Pouvoir (et le droit produit par lui) est "illégitime"³⁹.

En pratique, le jugement de valeur que ces deux juristes voulait impersonnel, rationnel, va se révéler subjectif, fragile et dogmatique. Il traduit un engagement philosophique qui va conduire à idéologiser leur position, à porter le soupçon sur tous leurs travaux, même ceux qui se veulent les plus descriptifs ou les plus techniques. Leur neutralité politico-morale est gravement menacée et cette fois-ci, incontestablement, des effets de légitimation plus ou moins incontrôlés se produisent. Toutes ces conséquences dramatiques sont d'autant plus visibles que G. Burdeau et R. Bonnard ont eu à choisir entre Dieu et le Diable et se sont trompés... alors que les engagements des juristes modernes peuvent passer inaperçus en ces temps de consensus. Je vais examiner maintenant le contenu de ce jugement de valeur qui a porté à la fois sur la légitimité du régime pétainiste et du droit produit par lui (notamment antisémite). On comprendra alors pourquoi la législation raciale n'a été

³⁴ R. Bonnard, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

³⁵ R. Bonnard, "Les actes constitutionnels de 1940", *RDP*, 1942, p. 54.

³⁶ *Ibid.*, p. 57.

³⁷ G. Burdeau, *Le Pouvoir politique et l'État*, LGDJ, 1943, p. 1.

³⁸ G. Burdeau stigmatise "l'exclusivisme de la doctrine du positivisme" auquel conduit la distinction épistémologique kelsenienne trop radicale entre science du droit normative et sociologie causale. Il parle d'un "dédoulement fictif introduit dans les objets de connaissance". Pour autant il refuse une quelconque fusion entre les deux disciplines. Voir G. Burdeau, *Le Pouvoir politique...*, *op. cit.*, pp. 5-6.

³⁹ *Ibid.*, p. 79.

condamnée ni en fonction d'un critère organique (parce que produite par un pouvoir illégitime) ni en fonction d'un critère matériel (parce qu'ayant un contenu lui-même illégitime).

1 La légitimité du régime pétainiste

Ici le juriste est conduit à prendre tous les risques, pourrait-on dire. En effet, pour vérifier la légitimité d'un pouvoir politique, il se doit de déterminer le contenu d'un droit (ou d'une idée de droit) non positif antérieur et extérieur à l'État. Une supraconstitutionnalité est dégagée qui vient justifier ou non un régime et la Constitution élaborée par lui. Cet examen de légitimité le conduit alors à déterminer les éléments permanents ou variables du "Bien Commun" que tout ordre social doit chercher à atteindre pour être qualifié d'ordre juridique. On s'aperçoit qu'à cette occasion, R. Bonnard et G. Burdeau livrent explicitement ou implicitement leurs préférences politiques, soit leur adhésion à l'idéologie de la Révolution Nationale.

- Ainsi, selon R. Bonnard, "L'État autoritaire de 1940 implique le droit naturel beaucoup plus que la démocratie"⁴⁰. Si en démocratie, le droit est l'expression de la volonté majoritaire, "abstraction faite de toute considération de justice et de bien public", par contre en régime autoritaire, le gouvernement qui n'a plus à exprimer la volonté de la majorité, "vise essentiellement à réaliser la justice, le bien public et l'intérêt national, et les décisions gouvernementales auront valeur dans la mesure où elles y seront conformes"⁴¹. De plus, l'idéologie de la Révolution nationale reconnaît qu'il existe un droit naturel, soit "un donné fourni et imposé par la nature des choses et déterminé dans son contenu par la justice et le bien public"⁴² ; cela par opposition à l'idéologie démocratique qui aboutirait au positivisme juridique. Pour R. Bonnard, le régime de Vichy en la personne du Maréchal Pétain semble incarner le droit naturel dominant ou encore l'esprit de l'époque [qui serait favorable aux régimes autoritaires⁴³]. Est justifié alors pleinement le fait que le Maréchal Pétain se soit emparé "à titre personnel de la souveraineté dans sa plénitude sans avoir reçu de délégation à cet effet"⁴⁴. Dogmatiquement, le juriste donne sa caution politico-morale à un régime censé incarner l'Universel.

Ajoutons que le juriste à l'occasion de l'examen de légitimité du régime de Vichy a pris le risque de s'appuyer sur des analyses de science politique qui elles aussi semblent contaminées par un arbitraire considérable. Les affirmations du doyen Bonnard semblent en effet très fragiles - ne serait ce qu'au plan de la prospective quand il écrit en 1944 qu'il ne semble pas que "les principes de base posés par la Révolution Nationale de 1940 et notamment le principe autoritaire puissent être écartés. La France aura des années trop difficiles à vivre pour pouvoir revenir de si tôt à la liberté et à la démocratie"⁴⁵-. Elles semblent aussi bien partisanses - notamment quand il cède à l'hagiographie : ne voit-il pas dans

⁴⁰ R. Bonnard, "Les actes...", *op. cit.*, p. 161.

⁴¹ *Ibid.*, p. 162.

⁴² *Ibid.*, p. 161.

⁴³ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁴ R. Bonnard, *Précis de Droit Public*, Sirey, 1944, p. 28.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 29.

le Maréchal Pétain, "un guide d'une sagesse et d'une maîtrise de pensée incomparables et quasi surhumaines"⁴⁶. Finalement, "l'objectivité scientifique parfaite"⁴⁷ recherchée par R. Bonnard s'est transformée en une objectivité politique bien incertaine.

- Avec G. Burdeau, l'étude de la légitimité du pouvoir politique ne sombre jamais dans le militantisme. Elle est cependant très ambiguë, révélatrice sans doute des engagements de l'homme mal dissimulés par le juriste. Si G. Burdeau ne croit pas en l'existence d'un droit supérieur, d'un donné idéal qui lui permettrait d'apprécier la légitimité d'un régime, il accepte cependant de juger ce régime par rapport à "l'idée de droit" qui le fonde : soit "une doctrine de vie, une conception de l'ordre social que les gouvernants ont pour mission de faire prévaloir"⁴⁸. C'est ainsi qu'il procède pour le régime de Vichy. Cela implique une prise de position sur au moins deux points : soit la présence d'une idée de droit et la nouveauté de cette idée de droit. Comme on va le voir cette prise de position va faire intervenir des considérations philosophiques, voire sociopolitiques. Le juriste, même s'il prétend ne pas se comporter "en théologien qualifié pour défendre une orthodoxie"⁴⁹ n'évite pas un certain dogmatisme qui au bout du compte peut apparaître comme un positionnement politique.

• la présence d'une idée de droit. Elle se reconnaît selon G. Burdeau à la présence d'éléments permanents d'ordre formel constituant "les constantes du Bien Commun". C'est ici que G. Burdeau sans le vouloir (?) propose un Universel, qui en théorie devrait valoir pour toutes les sociétés mais qui, en pratique, semble valoir avant tout pour le régime pétainiste. En effet, il déclare que le bien social doit "servir de pierre angulaire à un régime communautaire" qui est un régime tout orienté vers l'aménagement des rapports sociaux, portant "condamnation des égoïsmes individuels". On reconnaît ici un des leitmotifs de l'idéologie pétainiste comme l'avoue implicitement G. Burdeau qui évoque à l'appui de sa définition de l'Universel politique "une des parties les mieux venues de la Charte du Travail du 4 octobre 1941" !⁵⁰.

• la présence d'une idée de droit nouvelle. Si le régime de Vichy peut se fonder sur une véritable idée de droit, peut-on affirmer que cette idée de droit est nouvelle de telle sorte qu'elle légitime l'avènement d'un régime nouveau, d'un nouveau chef de l'État ? Il ne fait pas de doute que G. Burdeau a cru que le régime de Vichy se fondait sur une idée de droit nouvelle⁵¹. Il a cru que ce régime s'appuyait sur une "philosophie politique" originale avec ses principes, son corpus propre (constitué en grande partie des déclarations, des messages du Maréchal Pétain) qu'il décrit sans jamais mettre en doute la force et les vertus. Ainsi, la célébration du Travail par le régime n'implique, selon lui, pas moins que

⁴⁶ R. Bonnard cité par D. Lochak, in "La doctrine sous Vichy...", *op. cit.*, p. 253.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 268.

⁴⁸ G. Burdeau, *Cours...*, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁹ G. Burdeau, *Le pouvoir politique...*, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁰ *Ibid.*, Il semble ici que G. Burdeau ne puisse tenir la distinction entre ce qu'il appelle les éléments permanents d'ordre formel et les "éléments matériels qui ne sont que des interprétations des précédents et, comme tels, sujets à variation". La "substance stable" de l'idée de droit en général est affectée de la contingence qui ne devrait concerner que les éléments instables du Bien Commun. Cf. G. Burdeau, *Le pouvoir politique...*, *op. cit.*, p. 43.

⁵¹ G. Burdeau, *Cours...*, *op. cit.*, p. 171.

l'adoption d'une "conception du monde différente"⁵². En fait, le régime de Vichy semble incarner pour G. Burdeau une troisième voie, presque un compromis idéal entre d'une part la démocratie représentative avec laquelle il partage une même forme de pouvoir institutionnalisée (ou étatisée) et d'autre part les régimes fascistes qui eux aussi mettent en avant "un sens de la communauté". Dès lors la légitimité juridique du régime de Vichy est assurée. De toute façon, à un degré inférieur, elle l'était déjà puisque d'un point de vue strictement légal, la loi constitutionnelle du 10 juillet et les actes constitutionnels pris en exécution de cette loi étaient réguliers selon G. Burdeau.

Cette prise de position peut choquer. En effet, tout en se voulant scientifique ou objective, elle a inévitablement une signification politique. Qualifier le régime de Vichy de régime de droit et non de fait, mieux de régime fondé sur une idée de droit, [c'est-à-dire justifié par des bases philosophiques et sociales sérieuses] conduit le juriste à occuper une place dans le système idéologique de l'époque, à utiliser des catégories propres à ce système. C'est par exemple s'opposer à une position de type gaulliste selon laquelle le régime de Vichy doit être considéré comme fantoche, sans aucune consistance doctrinale... En s'étant transportées sur le terrain politique, les analyses de G. Burdeau apparaissent bien comme engagées. Leur neutralité revendiquée ne peut plus être reconnue, authentifiée, garantie. En faisant de la science politique, le juriste est victime de l'absence d'autonomie de cette science par rapport à l'idéologie, mais aussi de ses catégories par rapport à celles du sens commun, de ses problématiques par rapport à celles du débat politique. Il en est d'autant plus victime qu'il décrit la philosophie du régime à la manière non pas d'un observateur critique, d'un véritable théoricien du politique mais comme un juriste positiviste au sens strict qui analyse des institutions ou des normes techniques sans aucun recul, sans examen des concepts en leur contenu même. De la même façon que le juriste positiviste dit simplement ce qu'est le droit officiel, il énonce la doctrine officielle du pétainisme.

Victime jusqu'à quel point, peut-on se demander cependant. En effet, l'auteur ne fait rien pour dissiper les doutes en se plaçant d'un point de vue difficile à identifier. On ne sait jamais s'il emploie le "je" critique d'un philosophe, le "il" impersonnel d'un juriste ou le "nous" du citoyen membre de la communauté française⁵³.

2 La légitimité du droit antisémite

Si le pouvoir de Vichy était légitime, est-ce que tout le droit produit par lui l'était dans son contenu même ? La discussion concerne ici directement la valeur du droit antisémite. La position théorique adoptée par R. Bonnard et G. Burdeau aurait pu permettre (à la différence de la position positiviste) de délégitimer le droit antisémite, de le rejeter en tant que droit. Or, paradoxalement cela n'a pas été le cas. Pire, leur acceptation d'un droit transpositif semble anesthésier leur sens critique, anéantir leur capacité d'indignation : ils se retrouvent dans la situation des juristes positivistes au sens strict. Tout se passe comme si l'adoption d'une nouvelle position théorique n'avait entraîné aucun gain cognitif

⁵² *Ibid.*, p. 186.

⁵³ *Ibid.*, p. 175 par exemple.

ou moral. L'ambiguïté typique du positivisme n'a pas disparu. Elle s'est même renforcée à tel point qu'un lecteur contemporain en procédant à des citations bien choisies peut très facilement faire apparaître ces auteurs comme de véritables antisémites. On peut le comprendre en examinant la position de R. Bonnard et de G. Burdeau.

- La position de R. Bonnard :

Comme l'a noté D. Gros à l'occasion d'un recensement rigoureux des textes de R. Bonnard comportant des références au droit antisémite, le doyen de l'université de Bordeaux s'en tient à une "description laconique" des dispositions légales (notamment du Statut des Juifs du 2 juin 1941⁵⁴). C'est à peine si une argumentation juridique vient encadrer, expliquer le droit positif. L'auteur se contente d'une référence tant au principe d'égalité qu'au principe de nationalité pour présenter les conditions spéciales de traitement des Juifs. Les interdictions d'ordre professionnel reçoivent seulement une qualification juridique : celle de mesures d'intérêt général par opposition aux mesures disciplinaires [qualification identique d'ailleurs chez M. Duverger qui évoque "l'intérêt public ou celui des Services Publics"⁵⁵]. On peut se demander alors pourquoi l'auteur s'en tient à une approche empirique qu'il critique. Pourquoi ne fait-il pas intervenir un jugement de juridicité ou quelque référence au droit naturel "impliqué par un État autoritaire du type de 1940"?

Devant le silence de R. Bonnard, on ne peut que suggérer une réponse hypothétique déduite de ses affirmations antérieures. L'attitude de R. Bonnard serait la manifestation d'un embarras s'expliquant pour les raisons suivantes :

- Le passage à une approche "logique" ou "pratique" est délicat. En effet, cela suppose que R. Bonnard prenne position clairement sur les rapports entre le pétainisme et les doctrines autoritaires, notamment nazies. Or, dans la préface de son *Précis* publié en 1940, il avait admis que ces doctrines excluaient en raison de leur essence même l'idée de droits subjectifs organisant et garantissant une sphère de liberté individuelle. L'édiction d'une législation antisémite par Vichy, législation qui tend à nier les droits subjectifs des Juifs révèle d'évidence l'affinité du régime pétainiste et des régimes autoritaires. Une affinité sans doute difficile à mettre en avant pour le doyen de Bordeaux...

D'autre part, ayant admis que le régime de Vichy instaurait un ordre public nouveau rompant notamment avec les principes de 1875, n'est-il pas conduit à avouer que le droit antisémite manifeste lui aussi une rupture concernant non seulement la sphère du droit constitutionnel mais aussi celle du droit civil, commercial, etc.? Mais défendre l'idée d'une révolution pétainiste revient indirectement à légitimer juridiquement le droit antisémite, à enlever toute

⁵⁴ D. Gros, "Le statut des Juifs et les manuels...", *op. cit.*, p. 162.

⁵⁵ M. Duverger, "La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940", *RDP*, 1942, pp. 306-307. Cette utilisation du terme d'intérêt général ou public pourrait faire croire au lecteur non juriste que R. Bonnard et M. Duverger ont fait preuve d'une inconscience ou d'un mauvais goût intolérables. En fait nous sommes en présence d'un concept classique du droit administratif qui n'a aucune portée idéologique et dont l'utilisation ici peut être considérée comme techniquement correcte. Le vrai problème est ailleurs. C'est celui de l'inadéquation des termes juridiques usuels dans un régime démocratique pour qualifier des actes, mesures qui sont typiques d'un État criminel. Or, il faut reconnaître, comme le souligne H. Arendt à propos de la qualification des crimes d'Eichmann, que ce problème n'a pas jamais été examiné complètement par les juristes. Voir H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, Folio, 1991, p. 462. Précisons qu'un juriste désireux d'interpréter restrictivement une loi criminelle n'a d'autre choix que de recourir aux concepts classiques déduits de la législation démocratique antérieure.

possibilité aux opérateurs de droit de le neutraliser en le réinterprétant notamment par rapport aux traditionnels Principes Généraux du droit français. Lourde responsabilité que n'a peut-être pas voulu endosser le doyen de Bordeaux...

• L'intervention d'un jugement de juridicité est tout aussi délicate. Cela suppose que le juriste détermine si le droit antisémite est contraire au droit naturel qui fonde et limite l'État autoritaire de 1940. Or, R. Bonnard avait admis préalablement que ce droit naturel fait découler le droit non de l'individu lui-même mais "des rapports sociaux qui existent nécessairement entre les individus"⁵⁶ et qu'en même temps il vise à réaliser en général "la justice, le bien public et l'intérêt national"⁵⁷. Du coup, R. Bonnard se doit d'avouer que les discriminations raciales sont l'illustration caricaturale et tragique des "théories sociales du droit" partagées par Vichy et les régimes autoritaires. Pire, il lui faut admettre que ces discriminations sont peu compatibles avec quelque idée de justice immanente. Impasse douloureuse. On comprend alors pourquoi le doyen de l'Université de Bordeaux n'a pas rempli le devoir de vérité politico-juridique qu'il s'était donné. Mais peut-être a-t-il répondu implicitement à ceux qui s'étonneraient de ce silence que le droit antisémite était compatible avec une idée de justice, non pas universelle et humaniste mais locale et nationaliste à laquelle ont cru des masses humaines, des intelligentsia favorables à la théorie de l'inégalité des races ; cette justice n'étant pas la sienne. Il reste qu'un tel silence est évidemment des plus suspects compte tenu par ailleurs de ses professions de foi maréchalistes.

- La position de G. Burdeau :

D. Gros fait de G. Burdeau "le plus disert des panégyristes" du droit antisémite⁵⁸. Rien n'est moins sûr. S'il est vrai que G. Burdeau accepte dans ses manuels de 1942 et 1943 de reprendre la motivation idéologique du droit antisémite, de l'exposer sans aucune nuance critique, sans aucun recul historique, rien ne permet de dire avec certitude que cet exposé révèle quelque sympathie affective, personnelle ou encore que le juriste reprend à son compte cette motivation. Sans doute, à la différence de R. Bonnard, G. Burdeau a pris le risque d'aller plus loin, de quitter la simple connaissance empirique ou logique et de présenter le droit en fonction de ses causes sociopolitiques (plus exactement de ses habits idéologiques). Pour autant il ne s'autorise aucun jugement éthico-politique. Apparemment, il est encore la victime (consentante?) des effets pervers engendrés par l'utilisation d'une science politique a-critique, purement descriptive. Mais, en réalité, le problème de la neutralité de G. Burdeau se joue à un autre niveau d'analyse. La vraie question est de comprendre pourquoi le juriste se fait muet comme un juriste positiviste, pourquoi il ne fait pas intervenir le seul jugement de valeur qu'il s'est autorisé, soit un jugement de juridicité. On peut concevoir que l'abstention de G. Burdeau découle de deux corollaires à sa théorie de la supraconstitutionnalité : le caractère *contingent* et *moniste* de l'idée de droit.

⁵⁶ R. Bonnard, "Les actes...", *op. cit.*, p. 161.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 162.

⁵⁸ D. Gros, *op. cit.*, p. 159. De son côté, R. Badinter affirme de manière ambiguë que G. Burdeau "exprimait clairement cette idéologie..." [antisémite] propre à Vichy in *Un antisémitisme ordinaire*, Fayard, 1997, p. 45.

• Le caractère contingent de l'idée de droit. Pour G. Burdeau, l'idée de droit contrairement au droit naturel n'est pas un universel moral et rationnel se caractérisant par des finalités intangibles et générales. On peut la définir plutôt comme la somme des représentations collectives de cet universel, sélectionnées à un moment donné par un groupe humain en fonction des impératifs de la vie sociale. Dès lors, si un peuple se représente le bien commun en termes ethniques ou raciaux et si cette représentation donne naissance à une organisation sociale viable le juriste ne saurait condamner le droit issu de cette idée. Comme on le voit, la contingence du droit propre au positivisme contamine la morale. Bien sûr une idée de droit ne saurait accueillir n'importe quel contenu. Mais G. Burdeau ne propose qu'un critère formel d'inspiration... pétainiste [le caractère "communautaire" de toute idée de droit]. Cela ne permet évidemment pas de critiquer une idée de droit nationaliste, pire raciale et encore moins de rejeter le droit issu de cette idéologie. Il est vrai que proposer un critère substantiel aurait eu pour conséquence de nier "la diversité des systèmes juridiques en vigueur"⁵⁹. Précisons que G. Burdeau a sans doute réalisé que sa perspective l'amenait à prendre une position a-critique fort ambiguë. D'où peut être cette note en fin de page dans le *Pouvoir politique et l'État* (1943) qui lève certains doutes. Il y observe que la "contingence de l'idée de droit va en s'atténuant à mesure qu'aux intérêts nationaux se substituent des éléments plus généralement humains". Il ajoute qu'"assurément ce serait une vue illusoire que de croire à une évolution continue dans le sens de l'humanisation du droit : nous connaissons les retours en arrière provoqués par le culte des valeurs nationales et raciales"⁶⁰.

• Le caractère moniste de l'idée de droit. Pour G. Burdeau, le droit ne saurait être contraire au droit ce qu'implique notamment la notion de "lois injustes". A partir du moment où un gouvernement agit en conformité avec l'idée de droit issue des représentations individuelles et approuvée explicitement par les gouvernés, le droit émis par lui bénéficie d'une présomption de juridicité. L'unité du droit est telle qu'il ne laisse la place qu'à de "simples voies de fait rebelles à toute coloration juridique"⁶¹. Le refus d'obéissance n'a pas non plus de légitimité juridique. G. Burdeau y insiste : "ce n'est pas par rapport à un système juridique quelconque, à une image toute subjective du juste ou de l'équitable, que doit être appréciée l'activité du pouvoir"⁶².

On peut en déduire que, selon G. Burdeau, quel que soit le caractère injuste du droit antisémite au plan de la morale subjective, ce droit était bien du droit en raison de sa conformité avec les éléments constitutifs de l'ordre social pétainiste que la "communauté nationale a accepté de reconnaître (...) en sanctionnant par son adhésion tacite" l'avènement du Maréchal Pétain comme chef de l'État français⁶³. Mais est-il si sûr que la communauté nationale en approuvant implicitement l'arrivée au pouvoir du Maréchal Pétain avait du même coup approuvé une idée de droit porteuse de ferments racistes ou antisémites ?

⁵⁹ G. Burdeau, *Le pouvoir politique...*, op. cit., p. 76.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 77.

⁶¹ G. Burdeau, "La règle de droit et le pouvoir", *Archives de philosophie du droit*, 1937, p. 84.

⁶² *Ibid.*, p. 84.

⁶³ G. Burdeau, *Cours...*, op. cit., p. 168.

Remarques terminales :

Nous pouvons esquisser au terme de cette étude une espèce de bilan provisoire au sens où Descartes parle de "morale provisoire"... Il semble que l'adoption d'une attitude positiviste au sens large [justifiant un rôle critique du juriste mais non sa politisation] est apparue comme un moindre mal. Le compromis avec le jusnaturalisme s'est en effet révélé porteur de risques immenses. Risques qui découlent d'une seule cause : le dogmatisme. En effet, le juriste qui refuse de décrire les normes en vigueur pour les dénoncer, voire leur retirer la qualité de normes juridiques au nom d'un Universel de justice présenté comme un absolu (qu'il soit historisé ou non, formel ou substantiel) idéologise inévitablement sa position. Il perd toute objectivité (qu'on l'estime scientifique ou non) pour se comporter en politique. Le pire étant que son jugement de valeur peut alors errer, l'amener à légitimer ou servir un régime. De ce point de vue, le pétainisme militant de R. Bonnard ou inavoué de G. Burdeau suffit à montrer à quel type de mésaventures s'expose un juriste qui sortirait imprudemment du positivisme. Des mésaventures assez innocentes par ailleurs si l'on veut bien se rappeler que Del Vecchio, principal représentant de la tradition jusnaturaliste en Italie avait cru reconnaître dans le droit fasciste (comportant lui aussi une législation raciale) l'expression moderne du droit naturel⁶⁴ tandis que C. Schmitt, principal théoricien en Allemagne du décisionnisme juridique, favorable à l'engagement du juriste, proclamait dans le même temps que "le droit national-socialiste était juste" et prétendait s'attaquer à la science "juive" du droit⁶⁵.

Ici, on peut s'étonner que la doctrine française contemporaine, en croyant tenir compte des leçons du passé, a souvent recours à un jusnaturalisme naïf pour démontrer que le droit antisémite n'est pas du droit, qu'un État racial n'est pas un État de droit⁶⁶. Il en est de même lorsque, de façon plus générale, elle propose par exemple un concept postpositiviste d'une science du droit qui repose sur des jugements éthiques ou encore envisage la supraconstitutionnalité comme un jeu de principes substantiels dégagés par un juriste-citoyen. Pour autant, il est évident que la position positiviste qui conduit à faire du juriste un technicien du droit antisémite est problématique. Entendue au sens strict, elle aboutit à cantonner le juriste à un exposé dénotatif des législations raciales en vigueur. Entendue au sens large, elle permettra de justifier tout à la fois un silence ambivalent (refus de cautionner ou abstention coupable ?), des

⁶⁴ G. del Vecchio partisan de la résistance du juriste "dans les cas extrêmes d'absolue injustice, c'est-à-dire de violation des lois divines" (Cf. "La crisi della scienza del diritto" in *Archivio Giuridico*, 1934, p. 20) deviendra le premier recteur fasciste de l'Université de Rome. (Cf. J. Meynaud, "Présentation du racisme italien", *Sciences Politiques*, 1938, p. 551).

⁶⁵ C. Schmitt ouvrait un congrès scientifique en 1936 par ces termes "Nous devons débarrasser l'esprit allemand de toutes ces falsifications juives..." cité par J. Habermas in *Profilis philosophiques et politiques*, Gallimard, 1974, p. 83. Sur l'attitude de C. Schmitt, voir aussi O. Jouanjan, "La doctrine juridique allemande" in *Le droit antisémite de Vichy, op. cit.*, p. 467 et D. Ségлар dans sa présentation à C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, PUF, 1995.

⁶⁶ C'est le cas par exemple de D. Lochak qui accuse les juristes sous Vichy de n'avoir pas vu que les lois raciales n'ont "de la loi que l'apparence extérieure" (Cf. D. Lochak "Le Conseil d'Etat sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme" in *Le droit administratif en mutation*, CURAPP-PUF, 1993, p. 80) ou encore de J. Marcou qui leur reproche d'avoir appliqué "les méthodes qui souvent sont celles d'un juge dans un État de droit à des principes et mesures qui n'ont plus rien à voir avec un tel État" (Cf. J. Marcou "La qualité de 'juif'" in *Le droit antisémite de Vichy, op. cit.*, p. 168). Ces jugements sont infiniment respectables d'un point de vue éthique mais sont évidemment fragiles au plan juridique car ils reviennent à postuler que seul un État démocratique est un État de droit, que seules ses lois sont de véritables lois...

interprétations restrictives mais aussi extensives. Surtout, elle ne permet en aucun cas de condamner juridiquement des lois inhumaines ; le juriste étant obligé d'admettre que le droit à la suite d'un renversement complet des valeurs peut parfaitement se fonder sur des principes criminels, fonctionner à l'aide de mesures d'exceptions et s'appliquer à des êtres considérés comme du matériel humain.

Comment résister à cette obligation sans renoncer à l'idéal scientifique ? Telle est sans doute la question que se posera le juriste qui veut encore se situer dans un horizon transcendantal de sens et de valeur tout en refusant d'adopter un ton d'oracle.