



HAL
open science

Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes . Denys de Béchillon; Pierre Brunet; Véronique Champeil-Desplats; Eric Millard. L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, *Economica*, pp.621-631, 2006, 2-7178-5293-X. hal-01665704

HAL Id: hal-01665704

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01665704>

Submitted on 16 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Entre l'éthique du savant et les convictions du citoyen : le juriste face à ses dilemmes

Danièle Lochak
Professeuse à l'Université Paris X- Nanterre

in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*,
Economica 2006, pp. 621-631

Il m'a semblé que ces *Mélanges* pouvaient être l'occasion de reprendre le fil d'une réflexion entamée en 1989 et qui, à partir d'un cas particulier et extrême : la doctrine commentant sous Vichy la législation antisémite, avait conduit à s'interroger sur le rôle et la responsabilité sociale des juristes – ceux qui ont pour métier de penser plutôt que d'agir, les professeurs plus que les praticiens¹. Il s'agit moins de prolonger (unilatéralement !) la discussion qui s'est engagée alors avec Michel Troper², dont je me bornerai à rappeler brièvement les termes, que de revenir sur une série de questions adjacentes restées à mon sens sans réponse et qui ont trait à l'articulation entre le travail scientifique et les convictions du citoyen.

Le « piège » du positivisme

L'idée centrale énoncée dans « La doctrine sous Vichy » était qu'en commentant de façon « neutre et objective » le droit antisémite, en se livrant à l'exégèse des textes et au commentaire des arrêts, en dissertant doctement sur les lois raciales, en leur appliquant les mêmes méthodes d'analyse qu'aux autres branches de la législation, les juristes avaient contribué à banaliser ce droit et à légitimer la politique antisémite de Vichy.

Mais je faisais également l'hypothèse que le discours des juristes avait rempli d'autant plus efficacement cette fonction de légitimation qu'il avait toutes les apparences de la scientificité, qu'il était dépourvu de passion : l'exclusion des Juifs n'apparaissait pas, dans leurs écrits, comme un objectif dicté par la haine raciale, mais comme une chose naturelle et évidente. Ceci débouchait sur la mise en cause de la démarche positiviste elle-même, dans sa prétention à énoncer un discours neutre et objectif : c'est sur ce point qu'a porté la « controverse » avec Michel Troper. À ses yeux, en effet, si les auteurs ont contribué à légitimer l'antisémitisme, ce n'est pas parce qu'ils ont décrit le droit en vigueur – ce en quoi ils auraient été positivistes –, mais au contraire parce qu'ils ont été au-delà de cette description, en concevant leur activité comme prescriptive, en produisant des arguments destinés à persuader le juge et donc en agissant *de sententia ferenda*, ou encore en faisant intervenir dans leur description du droit en

¹ Les uns et les autres sont soumis à des contraintes différentes et on ne peut donc évaluer leur attitude à l'aune des mêmes critères. Les magistrats comme les avocats sont bien obligés de se situer sur le terrain de la législation en vigueur, sauf à démissionner pour les premiers, à pratiquer une défense de rupture pour les seconds ; leur seule marge de manœuvre consiste à en exploiter les failles ou les incertitudes. Les professeurs, eux, ont toujours la ressource de se taire. Voir D. Lochak, « Écrire, se taire... Réflexion sur la doctrine française », Actes du colloque de Dijon sur « L'encadrement juridique de l'antisémitisme sous Vichy », décembre 1994, publiés sous le titre « Le droit antisémite de Vichy », *Le Genre Humain*, n° 30-31, Le Seuil, 1996 ; préface à Richard Weisberg, *Vichy, la justice et les Juifs*, Ed. archives contemporaines, 1998.

² Discussion dont ni lui ni moi n'imaginions que certains y feraient un jour référence comme à « la controverse Lochak-Troper » ! Voir D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », suivi de la réponse de Michel Troper, « La doctrine et le positivisme (A propos d'un article de Danièle Lochak) » in *Les usages sociaux du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 1989 ; D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », suivi de M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Léviathan, 1994.

vigueur des considérations extra-juridiques. Tout le mal viendrait de ce qu'ils n'ont été en somme que des « pseudo-positivistes ».

Je persiste pour ma part à penser que la description du droit en vigueur, dès l'instant où elle s'aventure au-delà du simple constat du type : « la loi prévoit que les juifs ne peuvent plus accéder à la fonction publique », ou : « les juifs sont exclus de telle ou telle profession » – et peut-être même, du reste, si elle s'en tient là³ –, fait déjà problème, précisément parce que cette énonciation neutre du contenu du droit positif laisse à penser que ce contenu ne fait pas problème. Pour le reste, je préfère laisser à plus compétents que moi le soin de ferrailer avec Michel Troper sur la définition du positivisme authentique.

En revanche, il m'apparaît nécessaire de repréciser en quoi consistaient les « mésaventures » du positivisme, de façon à dissiper certains malentendus. Ainsi, il n'a jamais été question de faire le procès du positivisme en général. À aucun moment il n'a été dit, ni même suggéré, que les juristes auraient adhéré à la législation antisémite de Vichy *parce que* ils étaient positivistes. Seule a été mise en cause la *posture* positiviste, l'idée étant que la contrainte de la neutralité et de l'objectivité avait fonctionné en l'occurrence « comme un piège » : des juristes, dont certains pouvaient parfaitement, en leur for intérieur, être hostiles aux mesures qu'ils commentaient, ont cru qu'on pouvait parler innocemment, sous couvert d'un discours scientifique, de choses aussi peu innocentes que les lois raciales de Vichy. Piège d'autant plus redoutable que, même en en proposant une interprétation restrictive ou en critiquant leur interprétation extensive, on n'était pas à l'abri de ces effets pervers : parce que cela impliquait de raisonner à l'intérieur des cadres et avec les concepts du racisme légal et parce qu'en dénonçant les excès dans l'application des textes, on sous-entend qu'il y a place pour une application raisonnable de ces textes.

Rien ne permet donc d'inférer de l'analyse proposée une équation de type biunivoque entre le positivisme et « l'accommodation des juristes à Vichy »⁴ ou inversement entre le jusnaturalisme et la résistance à Vichy. Le fait, en lui-même avéré⁵, que « des jusnaturalistes militants ont aussi – et bruyamment – approuvé le statut des juifs, tandis que des positivistes notoires ont choisi de le refuser et d'entrer dans la Résistance »⁶ n'est nullement contradictoire avec l'analyse proposée, qui n'affirme ni que tous les positivistes ont approuvé la législation antisémite, ni même que ceux qui l'ont commentée l'approuvaient, et qui de surcroît s'efforce de démontrer que, précisément, une approbation bruyante de la part des commentateurs, laissant transparaître leurs opinions politiques, n'aurait pas produit le même effet.

Il ne peut faire de doute pour personne que ni le positivisme ni le jusnaturalisme en tant que tels ne prémunissent contre – ni ne prédisposent à – l'adhésion à un régime ou à des lois que tout partisan sincère de la démocratie et des droits de l'homme devrait considérer comme haïssables. Dans le cas de l'Allemagne hitlérienne, en particulier, la thèse de la responsabilité du positivisme dans l'engagement des juristes en faveur de la dictature nazie, longtemps

³ N'est-ce pas, en effet, une façon d'entériner implicitement l'idée que « les juifs » constituent une catégorie juridique ?

⁴ « Pour synthétiser ces débats, on peut donc dire que l'accommodation des juristes au régime de Vichy fut expliquée par leur lecture positiviste du droit », lit-on dans l'article de Liora Israël et Guillaume Mouralis, « Les magistrats, le droit positif et la morale. Usages sociaux du naturalisme et du positivisme juridique dans la France de Vichy et en Allemagne depuis 1945 » in L. Israël, G. Sacriste, A. Vauchez, L. Willemez, dir., *Sur la portée sociale du droit*, Publications du CURAPP, PUF, 2005, p. 64. Voir aussi Liora Israël, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Fayard, 2005, p. 192 et s..

⁵ Marc Milet cite à cet égard l'exemple de Waline ou de Jules Basdevant, d'un côté, de Le Fur et Olivier-Martin de l'autre. V. *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse science politique Paris 2, 2000, p. 277-278

⁶ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 250.

dominante, est désormais remise en cause : le droit naturel, réinterprété par rapport à la race, était parfaitement en phase avec la récusation par le totalitarisme du dualisme du droit et de la morale, tandis que le positivisme traditionnel, avec ses prétentions à la neutralité axiologique, à la dépolitisation, était stigmatisé comme caractéristique de « l'esprit juif »⁷.

Si l'incrimination du positivisme a suscité des controverses, la mise en lumière de la fonction de légitimation remplie par la doctrine a été, me semble-t-il, moins contestée⁸. Philippe Jestaz et Christian Jamin, dans leur ouvrage sur *La Doctrine*, montrent que cette fonction de légitimation est un phénomène général, qui se constate bien au-delà des périodes exceptionnelles. Reprenant à leur compte l'idée que « la doctrine ne peut commenter une loi sans lui donner au moins une apparence de quitus moral et politique »⁹, ils s'attachent à démontrer les mécanismes qui concourent à cette légitimation. À partir du moment où la doctrine accepte de commenter une loi, relèvent-ils, elle « choisit de jouer le jeu des juristes, c'est-à-dire de traiter cette loi comme un texte de droit positif, dont il n'est plus temps de discuter le principe [...]. En ce sens et en dépit des réserves qu'elle laissera entrevoir, la doctrine confère paradoxalement à la loi une légitimation d'ordre politique – et précisément parce que le traitement doctrinal de la loi la *dépolitise* »¹⁰. Un degré supplémentaire du processus de légitimation s'enclenche lorsque les auteurs, après avoir analysé la solution nouvelle, lui trouvent une place au sein du système juridique d'ensemble. Le Pacs fournirait ainsi l'exemple emblématique d'un tel processus : en commentant la réforme, fût-ce avec virulence, avant même qu'elle ne soit votée, la doctrine a « mis le doigt dans l'engrenage » : objet sulfureux aux yeux d'un grand nombre d'auteurs, le Pacs n'en est pas moins devenu un objet d'étude, et toutes les réflexions qu'il a suscitées « ont paradoxalement permis une banalisation du Pacs »¹¹, qui a finalement fait son entrée dans les traités et manuels, non pas dans le droit des obligations, mais bien dans le droit de la famille, juste après le mariage...

La neutralité, un objectif inaccessible... ou non pertinent ?

Ce qui nous avait frappée, dans la plupart des commentaires doctrinaux portant sur le droit antisémite, c'est la façon ostentatoire dont s'affichait la volonté de ne pas prendre parti, la prétention à la neutralité – même si, au détour d'un mot ou d'une phrase, on pouvait parfois apercevoir les vrais sentiments de l'auteur. Phénomène d'autant plus frappant que, dans d'autres domaines, les auteurs n'hésitaient pas à émettre des jugements, positifs ou négatifs, sur l'œuvre juridique du nouveau pouvoir : témoin, cette chronique stigmatisant la loi qui permettait la légitimation des enfants adultérins, dans laquelle l'auteur s'emportait contre « l'introduction dans notre droit d'une réforme qui donne à la polygamie [...] cette consécration légale jugée moralement impossible par l'unanimité de la doctrine [car] il est grave de dissocier par un acte souverain la loi positive et la morale sur des points où la loi positive et la morale coïncident »¹².

⁷ Olivier Jouanjan, « La doctrine juridique allemande. Rénovation du droit et positivisme dans la doctrine du III^e Reich », in « Le droit antisémite de Vichy », *op. cit.* p. 463.

⁸ Ce qui n'exclut pas une série d'objections, auxquelles j'ai tenté de répondre dans « Écrire, se taire... », et dont la plus importante, selon moi, consistait à mettre en avant l'aide que les interprétations doctrinales avaient pu apporter ponctuellement aux victimes de l'exclusion. Voir toutefois, pour une récusation plus radicale de nos analyses, Olivier Camy, « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *Rev. interdisc. d'études jur.*, 1997/39, p. 1.

⁹ *op. cit.* p. 250.

¹⁰ *op. cit.* p. 247.

¹¹ *op. cit.* p. 248.

¹² Paul Coste-Floret, « Une réforme regrettable : la loi du 14 septembre 1941 sur la légitimation des enfants adultérins », *Recueil Critique Dalloz*, 1942, Chr. I.

D'une façon générale, l'idée que la doctrine est – ou devrait être neutre n'est guère confortée par l'observation, dont il ressort plutôt la très grande propension des auteurs à prendre parti. Toutes les prises de position, il est vrai, n'ont pas la même portée. Certaines s'inscrivent dans le travail doctrinal traditionnel – celui que Michel Troper range du côté de la « dogmatique », par opposition à la « science du droit »¹³ : dès lors que les concepts juridiques ne sont pas univoques, que les textes ne peuvent prévoir toutes les hypothèses de la vie sociale et ne sont pas cohérents entre eux, les opérations de définition, de classification, de systématisation impliquent une prise de parti¹⁴. De fait, « l'auteur qui, sous prétexte de neutralité, voudrait bannir toute opinion personnelle de son discours n'aurait d'autre ressource que la paraphrase »¹⁵.

Mais au nom d'une certaine idée de l'ordre juridique en vigueur la doctrine passe aussi, assez facilement, d'un discours *de lege lata* à un discours *de lege ferenda*. Et dans cette optique, elle a également bien du mal, en dépit de ses professions de foi positivistes, à se défaire d'un jusnaturalisme latent¹⁶, qui peut même se donner libre cours quand les textes commentés interviennent dans des domaines fortement imprégnés du poids de la morale traditionnelle, comme les relations familiales ou la sexualité. Les commentaires qui ont entouré la naissance du Pacs montrent à quel point les juristes sont prompts à abandonner la posture du savant pour celle de l'idéologue ou du moraliste, critiquant toute réforme qui leur semble aller à l'encontre de « la nature immuable des choses »¹⁷. Certains auteurs revendiquent d'ailleurs ouvertement cette liberté : « par vocation, écrit l'un d'eux, le juriste dit le droit. Il n'est lié par la loi que dans la mesure où il estime qu'elle dit ce qui est juste (ou droit) »¹⁸.

Reste que le juriste, surtout s'il est universitaire, est soumis dans l'exercice de son métier à des contraintes spécifiques liées au positivisme formellement dominant dans les facultés de droit, qui lui imposent de décrire, commenter et interpréter le droit en vigueur sans faire prévaloir ses propres opinions philosophiques ou politiques. De sorte que, la plupart du temps, les partis pris idéologiques sont moins apparents : les juristes ne taisent pas leurs opinions mais ils les camouflent sous une argumentation formellement juridique. Ainsi, dans le débat particulièrement virulent auquel a donné lieu l'affaire Perruche¹⁹ dans le milieu des juristes, les deux camps se sont réclamés de la « science du droit » et se sont affrontés à coup de notions techniques et de théories juridiques : la causalité, le principe du préjudice, la nature

¹³ La science du droit vise exclusivement la connaissance et se borne à décrire les normes en vigueur, tandis que la dogmatique – qui est l'activité des juristes praticiens, mais aussi de la doctrine, dans son travail de systématisation – remplit en plus une fonction pratique en cherchant à établir quelles sont les normes applicables.

¹⁴ François Ost et Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 46.

¹⁵ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *op. cit.* p. 179.

¹⁶ François Ost et Michel Van de Kerchove, « De la “bipolarité des erreurs” ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, T. 33, La philosophie du droit aujourd'hui, Sirey, 1988, p. 177.

¹⁷ Laurent Leveneur, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *JCP*, doctrine, 1997.4069. Voir aussi Alain Sériaux, « Être ou ne pas être : les ambiguïtés juridiques de la constitution légale d'un contrat d'union civile », *Jurisclasseur famille*, mars 1998, où l'on rappelle au lecteur que « les “couples” de concubins ne sont pas d'authentiques couples puisqu'il leur manque – au moins selon la loi – le don initial de leur personne qui fonde un devoir strict de fidélité ».

¹⁸ Alain Sériaux, chronique précitée.

¹⁹ Dans un arrêt rendu le 17 novembre 2000, la Cour de cassation a admis que l'enfant né avec un grave handicap pouvait demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution du diagnostic prénatal – fautes qui avaient empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Cette décision a fait l'objet de très violentes critiques, en ce qu'elle aurait consacré « le droit de ne pas naître » et ouvert la voie à des dérives eugénistes. Le législateur s'est emparé de la question et a remis en cause la solution de l'arrêt Perruche par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades.

du préjudice, l'effet relatif du contrat, la notion de personne. Mais la conceptualisation juridique avait aussi pour effet, sinon pour objet, de camoufler les considérations philosophiques sous-jacentes²⁰. Et les universitaires qui ont accusé la Cour de cassation d'avoir « violé le droit » visaient en réalité sous ce dernier vocable non pas le droit positif, bien entendu muet sur une question qui n'avait pas encore reçu de réponse, ni législative, ni jurisprudentielle, mais un « droit naturel » ou idéal²¹.

En dehors même des hypothèses où l'on discerne sans peine, sous l'apparente technicité de l'argumentation, l'idéologie sous-jacente qui l'inspire, c'est, de façon plus générale, la possibilité même de produire une science du droit parfaitement neutre qui fait question. S'astreindre à l'objectivité, ne pas se laisser guider par ses préférences personnelles, font assurément partie de la déontologie du chercheur. Mais l'idée qu'on peut dissocier entièrement les faits et les valeurs est illusoire parce que la réalité observée – les « faits » – ne prend sens qu'éclairée par les valeurs que la société lui attache.

L'épistémologie contemporaine nous rappelle que les « vérités » auxquelles nous fait accéder la connaissance scientifique, y compris dans le champ des sciences dites « exactes », ne sont jamais que des vérités relatives et historiquement situées : les questions posées, les problématiques, les modèles explicatifs, les catégories qui visent à rendre compte de la réalité perçue sont toujours dans la dépendance des valeurs et des schémas de pensée dominants à une époque et dans une société données²². Ainsi, le positivisme, en tant que posture scientifique, n'est pas dissociable de la centralité du droit positif et de la loi dans nos sociétés, donc d'une certaine vision du monde²³, de même que le regain du droit naturel dans l'entre-deux guerres et après 1945 peut s'analyser comme une réaction au matérialisme marxiste et à l'utilisation pervertie du droit par les régimes totalitaires²⁴.

Critiquer la fausse évidence des notions de neutralité et d'objectivité, avoir conscience des valeurs qui sous-tendent la démarche scientifique et des déterminismes qui pèsent sur toute recherche, rappeler que la science en général, et les constructions juridiques en particulier dans la mesure où le droit a partie liée avec le pouvoir, produisent des effets sociaux qui engagent la responsabilité des chercheurs ne veut pas dire renoncer à l'idée qu'une science du droit est possible. Tout au contraire, il convient d'en avoir une conception ambitieuse. Si elle devait se cantonner dans la simple description du droit en vigueur – ce qui peut passer pour le « comble » de la neutralité –, elle ne mériterait pas qu'on lui consacre un instant de peine. La science du droit ne peut prétendre à ce titre que si elle accepte de faire prévaloir sur son objet un point de vue critique visant à faire émerger ce qui n'est pas immédiatement perceptible ou visible. Ce qui implique le cas échéant d'élargir le champ d'investigation à l'ensemble des phénomènes juridiques : non seulement le contenu des normes et les catégories et concepts dans lesquels il s'exprime, mais aussi les conditions – internes ou externes au champ juridique – de production de ces normes, le discours du législateur et celui du juge comme les commentaires doctrinaux, ou encore les usages sociaux du droit.

²⁰ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *op. cit.* p. 174.

²¹ Olivier Cayla, Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, notamment pp. 11-14.

²² Karl Mannheim, *Idéologie et utopie* (1929), trad. fr. Marcel Rivière, 1956 ; Thomas Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques* (1970), trad. fr. Flammarion, 1972.

²³ On peut rappeler à cet égard la thèse de Uberto Scarpelli, pour qui le choix inhérent au positivisme d'une science du droit qui étudie fidèlement le droit positif en faisant abstraction de tout jugement de valeur est un choix politique, inspiré par des valeurs morales et idéologiques. V. *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?* (1965), trad. fr. Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996.

²⁴ André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, coll. Sup, 1975, p. 168,

Les dilemmes de l'universitaire

Reste, une fois abandonné l'idéal d'une science pure débarrassée de toute scorie idéologique et planant dans le ciel éthéré des concepts, à se frayer un chemin entre tous les écueils qui guettent l'universitaire attaché à sa condition de « savant », mais qui ne se résigne pas pour autant à abandonner ses prérogatives et ses responsabilités de citoyen.

Comment sortir de cette double contrainte en forme de dilemme, qui existe toujours de façon latente mais qui devient particulièrement aiguë dans des périodes ou face à des lois d'exception ? Prendre d'emblée parti, c'est saper les fondements de la démarche scientifique, qui exclut, justement, tout « parti pris » ; se cantonner dans une position d'observateur neutre et impartial, c'est cautionner une législation ou un régime que l'on critique, voire, dans les cas extrêmes, que l'on estime devoir être combattus.

Ce dilemme est parfaitement exposé par Olivier Camy, lorsqu'il analyse l'alternative insoluble devant laquelle se sont trouvé placés les juristes « libéraux » sous Mussolini, face aux lois racistes : l'attitude positiviste-légaliste conduisait à une impasse, car elle ne permettait pas de s'opposer radicalement au droit antisémite ; mais quitter cette attitude et critiquer le droit antisémite revenait à participer à la politisation du droit et de la science du droit déjà entreprise par les juristes fascistes – et donc à leur destruction²⁵.

Le juriste est souvent le mieux placé pour démontrer et dénoncer le caractère dangereux ou pervers de certains textes. S'il refuse de se livrer à ce travail, qui le fera ? On ne peut être insensible, à cet égard, à la virulente attaque lancée par Henri Dupeyroux en 1938, dans les *Archives de philosophie du droit*, contre le positivisme juridique, stigmatisé comme « le refuge le plus commode pour assister à tout le spectacle sans rien risquer » : « La règle, rien que la règle, rien que le commentaire de la règle ! Que sombrent les régimes politiques, qu'une dictature emporte le parlementarisme ou que la loi de la majorité se substitue à la volonté d'un seul [...], le positiviste juridique commente toujours, en principe avec une impassible tranquillité, parfois aussi avec le plus contagieux enthousiasme, la volonté changeante des maîtres du jour. »

S'il importe que la « neutralité » de l'homme de science n'anesthésie pas chez lui le sens critique et ne devienne pas l'alibi de toutes les démissions ou de toutes les compromissions, la posture jusnaturaliste n'en comporte pas moins des risques tout aussi évidents. Comme on l'a rappelé plus haut, elle ne prémunit aucunement contre l'adhésion aux régimes ou aux doctrines que nous jugeons dévoyées. Et, pour un Dupeyroux qui récuse la neutralité positiviste parce qu'elle empêcherait, selon lui, de dénoncer les régimes totalitaires, combien d'autres utilisent la référence à la nature pour faire prévaloir leurs convictions ultraconservatrices et contester les réformes législatives qui s'éloignent par trop de la morale traditionnelle ?

Inversement, comme le rappelle Michel Troper, le positivisme n'interdit pas de porter des jugements moraux sur le droit positif : il prétend seulement que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science²⁶. Comme le dit plaisamment Alf Ross, « il est tout à fait possible sans se contredire de nier l'objectivité des valeurs et de la morale et d'être, en même temps, un honnête homme à qui on peut faire confiance pour lutter contre un régime de terreur, corrompu et inhumain ». Quant à soutenir que la loi doit être obéie parce qu'elle est la loi, quel que soit son contenu, c'est là l'expression d'une idéologie conservatrice qui ne peut

²⁵ « La doctrine italienne », in « Le droit antisémite de Vichy », *op. cit.* p. 497. Nous avons nous-même évoqué le dilemme auquel ont été confrontés de façon plus douloureuse encore les magistrats et que relate l'un d'entre eux dans ses mémoires (Alessandro Galante Garrone, *Amalek. Il dovere della memoria*, Rizzoli, 1989). V. D. Lochak, « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? », *Le Genre Humain*, n° 28, novembre 1994, « Juger sous Vichy ».

²⁶ « Entre science et dogmatique... », *op. cit.*, p. 288.

en aucun cas se réclamer du positivisme et qui est en réalité un simple avatar de l'école du droit naturel²⁷.

Rendre compte du droit positif est une chose, porter sur lui un jugement en est une autre : cette distinction est assurément fondamentale, sauf à retomber dans les errements du jusnaturalisme ou à accepter de laisser libre cours à la subjectivité de chacun. Mais comment, *en pratique*, combiner des exigences potentiellement contradictoires, articuler l'*ethos* du savant et la morale du citoyen ? Comment s'efforcer à l'objectivité sans laquelle il n'est pas de science possible et qui implique de ne pas amalgamer jugements de fait et jugements de valeur, sans aboutir à une distanciation qui paraisse entériner ce que l'on juge éthiquement ou politiquement condamnable ?

Il est parfaitement possible, suggère Michel Troper, « de décrire de manière neutre et objective un certain droit positif que par ailleurs on réprouve et on combat ». Cette solution a le mérite d'éviter le mélange des genres par une séparation claire entre l'activité du chercheur et les prises de position du citoyen. Mais outre qu'elle peut s'apparenter à une forme de schizophrénie, l'idée d'une dissociation totale entre ce qu'on écrit ou enseigne, d'un côté, un éventuel engagement dans la sphère publique, de l'autre, ne fournit pas une réponse adéquate à la contradiction soulevée plus haut : précisément parce que la description « neutre et objective » du droit positif produit les effets de naturalisation et de légitimation déjà évoqués, particulièrement pervers dans le cas du droit antisémite de Vichy, mais qu'on retrouve aussi lorsqu'il s'agit de décrire la législation applicable aux étrangers, les réformes pénales ou l'évolution du droit de la famille.

Rien n'empêche il est vrai les juristes, en tant que citoyens, de s'engager : ils l'ont fait dans le passé, ils le font encore aujourd'hui, sous des formes variables et en mobilisant à des degrés divers leur compétence propre de juristes²⁸. Certains pourraient correspondre assez bien à la figure du « militant expert » qui met son capital d'expertise – ici, le droit – au service d'une activité militante ; ou encore à la figure de l'« intellectuel spécifique », celui qui, selon Foucault, ne se prétend pas représentant de l'universel mais tente, à partir des problèmes qu'il rencontre dans des secteurs déterminés, liés à sa profession – le laboratoire, la prison, l'asile, l'université... –, d'établir un nouveau type de lien entre la théorie et la pratique, d'articuler pour les faire déboucher sur des mobilisations politiques différentes formes de savoir – la compétence des uns et l'expérience des autres²⁹.

Encore faut-il ici veiller à éviter certaines dérives : mettre son expertise au service d'une cause est une chose, brandir la science, « sa » science, comme un argument d'autorité dans le débat public en est une autre. Le juriste peut parfois éclairer ce débat, notamment lorsque les controverses politiques – et c'est souvent le cas – ont une dimension juridique. Mais sa compétence technique ne lui donne aucune légitimité particulière pour dire si la parité porte ou non atteinte au « modèle républicain », s'il convient de dire « oui » ou « non » à la Constitution européenne, ou si l'adoption homoparentale irait ou non à l'encontre d'impératifs de nature anthropologique. Certains s'insurgent contre le carcan qu'on prétend imposer aux juristes à qui la déontologie interdirait, sinon d'avoir des convictions morales, religieuses ou

²⁷ Alf Ross, « Validity and the conflict between legal positivism and natural law », *Revista juridica de Buenos Aires*, 1961-IV, pp. 46-92, trad. fr. *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruylant-LGDJ, coll. La pensée juridique, 2004, p. 159-160.

²⁸ On renvoie ici à la thèse de Marc Milet et à sa typologie des sept figures socio-politiques des professeurs de droit, depuis l'« universitaire juriste », caractérisé par une indifférence radicale à l'ordre politique, jusqu'au « politique juriste » dont la notoriété politique l'emporte sur la qualité d'universitaire, en passant par les figures intermédiaires du « juriste universitaire », du « juriste mondain », du « juriste spectateur engagé », du « législateur juridique » et du « juriste en politique » (thèse précitée, p. 588 et s.).

²⁹ Michel Foucault, « La fonction politique de l'intellectuel », *Politique-Hebdo*, 29 novembre-5 décembre 1976, repris in *Dits et écrits*, Tome II, Gallimard, Coll. Quarto, 2001, pp. 109-114.

philosophiques, du moins d'en faire état lorsqu'ils exercent les compétences spécifiques dont ils se réclament³⁰. Il conviendrait plutôt de s'insurger contre ce mélange des genres qui conduit à faire passer des « valeurs métajuridiques [...] pour des évidences inscrites de toute nécessité dans le droit lui-même »³¹.

Par ailleurs, le constat que les juristes sont aptes à mobiliser les ressources qu'ils tirent de leur expertise à l'appui de leur engagement dans la cité laisse en suspens la question symétrique de savoir comment ils inscrivent leurs options politiques ou philosophiques dans leur métier d'universitaire. Il y a ce qu'on écrit – pour être lu par ses pairs, ou pour la postérité –, mais il y a aussi ce qu'on dit, les propos qu'on tient devant les étudiants³². Tout enseignant, dès lors qu'il ne conçoit pas son rôle comme devant se borner à l'exposé du droit en vigueur, se trouve nécessairement confronté, de façon plus ou moins aiguë selon la matière, selon la période, selon la nature et la force de ses propres convictions, au problème de savoir comment intégrer ce qui relève de la compétence propre du juriste, de la réflexion de l'intellectuel, des convictions du citoyen ; comment articuler sans les confondre la description du contenu des règles existantes, la mise en lumière de leur signification et de leur portée sociales, le jugement que, le cas échéant, on porte sur elles.

Utiliser pleinement sa liberté de penser en conservant une vigilance critique à l'égard non seulement de son objet de recherche mais aussi de sa propre pratique, donner l'exemple en actes de la liberté intellectuelle que peuvent et doivent revendiquer au même titre le savant et le citoyen sans profiter de cette liberté pour tenter d'imposer son opinion comme « la » vérité : telles sont, à notre sens, les exigences fondamentales de l'éthique universitaire.

³⁰ Alain Sériaux, chronique précitée.

³¹ Selon la formule d'Olivier Cayla, Yan Thomas, à propos de l'affaire Perruche, *op. cit.* Est notamment visé par cette critique l'article publié par *Le Monde*, le 24 novembre 2000, sous le titre : « La vie humaine comme préjudice ? » et qui, rédigé par Catherine Labrusse-Riou et Bertrand Mathieu, était présenté comme ayant reçu la signature de 28 « professeurs et chercheurs des facultés de droit ».

³² Cette dualité est évidemment très simplificatrice : pour une analyse plus complète et plus nuancée, il conviendrait d'inventorier la palette entière des modes d'expression de l'universitaire, des plus didactiques aux plus savants – cours, manuels, traités, articles, essais... – et d'analyser les « postures » qui leur correspondent.