



HAL
open science

La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?. Paul Amselek. Théorie du droit et science, PUF, pp. 293-309, 1994, Collection Leviathan. <hal-03271534>

HAL Id: hal-03271534

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03271534v1>

Submitted on 25 Jun 2021

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.



HAL Authorization

La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?

Une neutralité impossible

par Danièle Lochak

Communication au séminaire de Philosophie du droit de l'Université de Paris 2.
Reproduit dans P. Amselek, dir, *Théorie du droit et science*, PUF, Coll. Leviathan, 1994,
pp. 293-309

L'intitulé du thème proposé à notre réflexion conduit à tenter d'en cerner brièvement les deux termes.

– La dogmatique juridique, tout d'abord. Selon la définition qu'en donne Aulis Aarnio dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (publié sous la direction d'A.J. Arnaud, LGDJ et Story-scientia, 1988), la dogmatique juridique est le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques. Elle a essentiellement une visée pratique : les énoncés de la dogmatique juridique donnent une information sur le contenu des normes juridiques valides.

La dogmatique juridique se relie toujours à quelque degré au moins aux postulats fondamentaux du positivisme juridique, remarque le même auteur, dans la mesure où l'objet de ce que l'on interprète et de ce que l'on systématise est constitué par les normes juridiques positives, seules valides.

– La neutralité, ensuite. La formulation même du thème qui nous est proposé laisse transparaître un présupposé ou un implicite : à savoir que la dogmatique juridique *doit* être neutre, ou à tout le moins que l'idéal serait qu'elle le fût. On reconnaît là l'influence diffuse du positivisme, qui prétend séparer les jugements de fait des jugements de valeur et interdire au juriste de s'aventurer hors des normes du droit positif, par exemple pour les confronter à un prétendu droit naturel. Le positivisme postule en effet qu'il est possible et nécessaire de décrire le contenu du droit dans un pays donné et à une époque donnée en termes strictement empiriques, en se fondant exclusivement sur l'observation des normes en vigueur, à l'exclusion de toute autre référence axiologique ou finaliste.

Mais qu'est-ce que la neutralité ? Est neutre, dit le Robert, celui « qui s'abstient de prendre parti, de s'engager d'un côté ou de l'autre. V. impartial, objectif ». Et à ce mot on trouve la définition suivante : « se dit d'une description de la réalité ou d'un jugement sur elle, indépendante des intérêts, des goûts, des préjugés de celui qui la fait ». La neutralité, pour la dogmatique juridique, consisterait donc à décrire le droit tel qu'il est, sans faire interférer ses propres préférences ou les valeurs auxquelles on adhère avec cette description.

Cette conception de l'objectivité repose sur l'idée qu'on peut séparer rigoureusement les faits et les valeurs, et que par conséquent plus on "collera" aux faits - ici, aux normes - plus on aura de chances d'atteindre l'idéal d'objectivité. Mais c'est oublier que précisément le droit n'est pas neutre et que lui-même véhicule des valeurs : de sorte qu'en prenant le législateur au mot - au sens propre -, en décrivant le contenu des normes en vigueur dans les termes mêmes où les a énoncées le législateur, en abolissant toute distance entre le discours du législateur et le sien propre, la dogmatique juridique, sous couvert de respecter le postulat de neutralité, contribue à diffuser les valeurs sous-jacentes à la législation en vigueur et à renforcer la croyance en leur légitimité.

C'est ce je voudrais à présent m'attacher à démontrer, en prenant comme exemple un cas qui est sans aucun doute un cas limite, mais qui a le mérite de rendre pour cette raison particulièrement visible le caractère mystificateur de la prétendue neutralité de la dogmatique juridique : il s'agit des commentaires juridiques consacrés sous le régime de Vichy à la législation antisémite et à la jurisprudence des tribunaux¹. Ces commentaires entrent bien dans le

¹Je reprends ici les grandes lignes d'une analyse que j'ai développée dans une étude parue antérieurement sous le titre « La doctrine juridique sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » (*in D. Lochak et alii, Les usages*

champ de la dogmatique juridique telle qu'on l'a définie plus haut, puisqu'ils prétendent se cantonner dans la description neutre et objective du contenu de la réglementation en vigueur ; et pourtant, comme je vais m'efforcer de le montrer, l'effet produit par ces commentaires est loin d'être neutre.

*

Au-delà de l'expérience de Vichy, c'est toute la question des limites et des ambiguïtés de la dogmatique juridique positiviste qui se trouve ainsi posée : sous couvert d'objectivité et de neutralité, le juriste positiviste qui prétend se cantonner dans un rôle de technicien du droit et évacuer tout jugement critique ne participe-t-il pas à la sacralisation du droit posé et à la légitimation des règles en vigueur ? En l'occurrence, commenter les lois antisémites de Vichy, se livrer à l'exégèse des textes ou à la critique des arrêts, n'était-ce pas entériner le processus d'exclusion des Juifs de la société française et faciliter l'acceptation des persécutions à venir ? Il m'apparaît à tout le moins que par leurs commentaires "neutres et objectifs", les juristes ont participé à la banalisation du droit antisémite, et par là-même contribué à légitimer l'antisémitisme d'État.

LA BANALISATION DU DROIT ANTISEMITE

Le mot « banalisation » renvoie à deux processus convergents, à un double effet de consécration et d'euphémisation. Il y a banalisation du droit antisémite au sens où il y a consécration d'une discipline nouvelle, venant prendre place parmi les autres et s'intégrer dans les cadres et les catégories du droit commun. Au-delà, il y a banalisation de l'antisémitisme lui-même, par l'effet d'euphémisation, de déréalisation, que produit la conversion de la logique antisémite en logique juridique : perçues à travers le voile abstrait des concepts juridiques, les mesures antijuives perdent, pour les commentateurs et les lecteurs, tout contenu concret, leurs conséquences tragiques disparaissent derrière un traitement purement formel des problèmes qu'elles soulèvent.

L'effet de consécration : la naissance d'une discipline

Dans l'ensemble les magistrats ont appliqué la législation antisémite sans problème de conscience visible, mais sans faire montre non plus d'une hostilité particulière vis-à-vis des Juifs : l'examen de la jurisprudence fait apparaître des solutions nuancées, reposant sur une interprétation des textes qui est loin d'être systématiquement favorable aux thèses de l'administration et du Commissariat général aux questions juives. Mais en tout état de cause, sauf à démissionner, les magistrats étaient bien obligés de statuer sur les affaires dont ils étaient saisis, tandis que rien n'obligeait les membres du barreau et des facultés de droit à analyser les textes et commenter la jurisprudence des tribunaux. Paul-Henri Teitgen, qui avait décidé quant à lui de ne pas évoquer dans ses cours les actes constitutionnels de Vichy, s'élève contre l'attitude inverse de certains de ses collègues : « Il en est même qui ont exposé sans broncher, par exemple, le statut des juifs établi par Pétain », s'indigne-t-il². Pourtant, la doctrine sous Vichy semble avoir accompli sa tâche avec la même conviction que les magistrats de faire tout simplement son travail.

D'où l'importance de la production juridique consacrée à l'œuvre antisémite de Vichy, dont le commentaire remplit les revues juridiques de l'époque - le *Recueil Dalloz*, la *Gazette du Palais*, la *Semaine juridique*. Trois professeurs de renom - Achille Mestre, Georges Scelle et Pierre Lampué - acceptent même de faire soutenir en décembre 1942, à la Faculté de Droit de Paris, une thèse de doctorat intitulée *La qualification juive* : si le sujet de thèse a pu être faci-

sociaux du droit, CURAPP-PUF, 1989, pp. 252-285). On pourra s'y reporter pour trouver la liste et les références des articles et notes constituant le corpus de cette étude.

²Faites entrer le témoin suivant, Ed. Ouest-France, 1988, p. 26-27.

lement accepté, c'est à l'évidence parce que la législation antisémite était, aux yeux des universitaires, une législation comme les autres, méritant au même titre qu'une autre d'être étudiée et approfondie.

Le droit antisémite devient donc une discipline officiellement consacrée, avec ses spécialistes, ses controverses doctrinales, son répertoire de problèmes et de solutions jurisprudentielles. Et il est vrai que la matière est immense et complexe, aussi complexe que la réglementation est foisonnante. Deux aspects de la législation antisémite se révéleront être plus particulièrement source de litiges et de débats juridiques : la détermination de la qualité de juif, d'une part, la confiscation des biens juifs et la politique d'« aryanisation » des entreprises, de l'autre.

L'identification juridique des Juifs posait un problème, ou plutôt un ensemble de problèmes particulièrement délicats à résoudre et d'autant plus importants que leur solution conditionnait l'application de l'ensemble de la législation antisémite. Or cette solution était loin d'être contenue tout entière dans les textes. La loi du 3 octobre 1940 portant premier statut des Juifs disait : « *Est regardé comme juif pour l'application de la présente loi, toute personne issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif* ». Elle laissait donc en suspens le point de savoir comment on déterminerait que les ascendants étaient « de race juive ». Lacune (!) qui sera partiellement comblée par la loi du 2 juin 1941 remplaçant la précédente et qui précise : « *Est regardé comme juif : 1° Celui ou celle appartenant ou non à une confession quelconque, qui est issu d'au moins trois grands-parents de race juive, ou de deux seulement si son conjoint est lui-même issu de deux grands-parents de race juive. Est regardé comme étant de race juive le grand-parent ayant appartenu à la religion juive ; 2° Celui ou celle qui appartient à la religion juive, ou y appartenait le 25 juin 1940, et qui est issu de deux grands-parents de race juive. La non-appartenance à la religion juive est établie par la preuve de l'adhésion à l'une des autres confessions reconnues par l'État avant la loi du 9 décembre 1905* ».

La loi ne lève pas pour autant toutes les incertitudes, dans la mesure où elle conserve, pour des raisons idéologiques évidentes, une définition à base raciale, sans être néanmoins en mesure, pour des raisons tout aussi évidentes, de donner un critère sûr permettant de reconnaître la race juive : d'où la référence à des éléments de présomption fondés sur la religion. Les problèmes d'interprétation posés par le seul article 1er de la loi vont se révéler nombreux ; or il s'agit d'un article capital puisqu'il conditionne l'application de l'ensemble de la législation antisémite. Problèmes de preuve, notamment : comment faire la preuve que quelqu'un est ou n'est pas de religion juive ; y a-t-il d'autres moyens de faire cette preuve que par l'adhésion à la religion protestante ou catholique ; le baptême est-il une condition nécessaire et suffisante pour prouver l'adhésion à la religion catholique ? Et encore : à qui incombe la preuve de l'appartenance ou de la non-appartenance à la race juive ?

Autant de questions que les tribunaux sont amenés à trancher. Et la doctrine emboîte le pas aux juges, se livrant à ce minutieux travail d'exégèse, d'interprétation des textes, de recherche de la volonté du législateur, d'analyse critique de la jurisprudence, dans lequel elle excelle : comment ces problèmes, par leur nouveauté et leur complexité même, n'auraient-ils pas excité la sagacité des juristes ? Mais l'intérêt porté à ces questions va de pair avec leur banalisation : loin d'être considéré comme un droit d'exception, le droit antisémite vient tout naturellement prendre place parmi les autres branches du droit et se trouve consacré comme discipline à part entière.

L'effet de banalisation se manifeste également dans la façon naturelle, presque candide, avec laquelle les auteurs entreprennent d'analyser les textes nouveaux et de commenter la jurisprudence : à peine perçoit-on, chez certains d'entre eux, une légère gêne, qui s'estompera d'ailleurs au fil du temps, à mesure, précisément, que les persécutions antisémites paraîtront de plus en plus « naturelles ». On est plus frappé encore de la façon dont les auteurs, lorsqu'ils commentent les textes ou discutent sagement du bien-fondé des solutions jurisprudentielles, utilisent sans la moindre distance et donc reprennent, au moins apparemment, à leur compte les catégories du législateur, voire tout simplement les catégories de l'antisémitisme officiel.

« Quels moyens de preuve peuvent être fournis par le métis juif pour établir sa non-appartenance à la race juive ? », « L'incidence de la loi de séparation des Églises et de l'État sur la définition du métis juif », « La propriété commerciale et les questions juives », « L'aryanisation des entreprises », etc... A eux seuls, ces intitulés de chroniques montrent comment les catégories du droit antisémite reçoivent une consécration officielle et s'intègrent sans résistance dans les catégories du droit commun.

L'effet d'euphémisation

La doctrine s'est donc saisie de l'ensemble des questions juridiques posées par l'application de la législation antisémite, analysant les textes, commentant les solutions juridictionnelles et les critiquant le cas échéant, mais en se plaçant toujours du seul point de vue de la technique et de la logique juridiques. A aucun moment ne transparait dans ces analyses la réalité des persécutions, entièrement escamotée par les auteurs qui ne font jamais la moindre référence aux conséquences concrètes que peuvent avoir sur le sort des individus les mesures qu'ils étudient. Le traitement purement formel et théorique des problèmes opère ainsi un effet de déréalisation, contribuant à banaliser la législation antisémite - et à travers elle la politique antisémite dont elle est à la fois la traduction et l'instrument -, ramenée à un ensemble de normes obligatoires qui demandent, comme toutes les autres, à être appliquées, interprétées et mises en cohérence. Alors même que le discours des juristes adhère au discours antisémite en reprenant à son compte son vocabulaire et en raisonnant à partir de ses catégories, à commencer par la dichotomie « juif » / « aryen », (on y reviendra), il opère néanmoins, en se cantonnant dans une approche strictement juridique des problèmes, une déconnexion d'avec le réel.

Et cette déréalisation des problèmes produit à son tour un effet d'euphémisation. Les choses ne sont pas tues, elles sont dites, mais elles sont exprimées sur le mode de l'euphémisme. Euphémisme : « Expression atténuée d'une notion dont l'expression directe aurait quelque chose de déplaisant », dit le Robert. C'est exactement ce à quoi l'on assiste ici : l'exposé des mesures discriminatoires, vexatoires et spoliatrices prises à l'encontre des Juifs remplit les colonnes des revues juridiques où elles font l'objet de commentaires exhaustifs et détaillés ; mais retranscrites dans les termes de la logique juridique et appréhendées comme des problèmes de droit pur, elles perdent leur caractère palpable, brutal, et par là-même déplaisant. La dimension tragique des persécutions s'estompe, absorbée dans l'univers abstrait des concepts et des raisonnements juridiques qui contribuent à faire perdre de vue ce que la politique antisémite pourrait avoir d'incongru ou de choquant.

De cette transmutation de la logique antisémite en pure logique juridique, on peut donner de nombreux exemples. Pour résoudre les problèmes posés par la mise en œuvre de la législation antisémite, les auteurs appliquent les méthodes d'analyse et d'interprétation classiques et s'efforcent de raisonner à l'intérieur des cadres juridiques connus. Parfois, d'ailleurs, l'interprétation des textes à la lumière des principes traditionnels conduit à en atténuer la rigueur, ce qui confirme que les auteurs qui commentent ces textes ne sont nullement mus par une hostilité particulière à l'égard des Juifs. Il n'empêche que ces tentatives pour réintégrer les catégories du droit antisémite dans les catégories du droit commun sont aussi une façon d'occulter leur caractère exorbitant, une façon de les banaliser : d'où le malaise qu'on éprouve en relisant aujourd'hui les constructions juridiques élaborées à l'époque, même - et peut-être surtout - les plus subtiles, qui portent à leur comble l'effet de déréalisation et d'euphémisation.

Ainsi, dans une étude consacrée aux mesures d' « aryanisation économique »³, l'auteur, pour démontrer que l'administration des biens juifs et leur liquidation doivent être soumises au contrôle du juge judiciaire et non du juge administratif, trace un parallèle avec la faillite : l'expropriation, dit-il, quoique fondée sur un motif d'ordre public, n'a aucun rapport avec l'expropriation pour cause d'utilité publique, car les biens juifs entrent non pas dans le domaine

³ Edmond Bertrand, « Du contrôle judiciaire du dessaisissement des juifs et de la liquidation de leurs biens », *JCP* 1943.I.354

de l'État mais dans le patrimoine de l'acquéreur, qui est une personne privée ; c'est donc une cession forcée, une voie d'exécution, à l'instar de la faillite. De même que la loi sur la faillite, en permettant l'élimination des commerçants qui alourdissent l'économie nationale, fait œuvre de salubrité économique, de même la loi du 22 juillet 1941 « *se méfie de la prospérité des juifs et ordonne leur exécution, parce que cette prospérité même tend à rompre à leur profit trop exclusif l'équilibre économique. Les deux institutions ont donc le même fondement ; elles ont la même nature* » ; et l'auteur en déduit que les tribunaux judiciaires sont donc bien compétents pour contrôler les mesures de dessaisissement des juifs et la liquidation de leurs biens comme ils contrôlent les mesures de dessaisissement consécutives à une faillite. Même si la solution proposée va à l'encontre de la thèse soutenue par le CGQJ et vise à permettre un meilleur contrôle des juridictions judiciaires, qui ont pour "*mission traditionnelle d'être la sauvegarde des patrimoines privés*" rappelle l'auteur, le cheminement utilisé pour y parvenir ne laisse pas de mettre mal à l'aise le lecteur d'aujourd'hui.

Même chose lorsqu'il s'agit de déterminer l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur les contestations relatives à la qualité de juif. « *Il nous paraît indiscutable que l'appartenance à la race juive soit une question d'état, écrit l'auteur de l'étude précitée. Elle soulève avant tout une question de filiation, puisqu'elle résulte de la condition des grands parents à ce point de vue. Elle peut soulever en outre une question de preuve de mariage, dans l'hypothèse où l'appartenance à la race juive dépend de la condition du conjoint. Elle soulève en outre une question de religion, soit celle des grands parents, soit celle du conjoint, soit celle de l'intéressé ; c'est encore là une qualité de la personne, inséparable de celle-ci, comme la nationalité ou le domicile* ». La « race juive », assimilée à une banale question de nationalité ou de domicile, vient ainsi trouver sa place parmi les catégories connues du droit civil, à l'issue d'un raisonnement qui occulte entièrement les conséquences attachées à la qualification de « juif ».

On ne trouve pour autant aucune marque d'hostilité virulente à l'égard des Juifs dans la littérature juridique de l'époque. Les auteurs s'appliquent à décrire consciencieusement le contenu des dispositions nouvelles, mettent en évidence le cas échéant certaines contradictions et imperfections de la législation, approuvent ou critiquent les décisions juridictionnelles en fonction du seul critère de leur compatibilité avec les principes d'interprétation traditionnels. Et paradoxalement, cette apparente neutralité est précisément ce qui fait problème. Les auteurs jonglent avec les textes et les concepts antisémites avec une absolue bonne conscience - ou une totale inconscience... - sans apercevoir ce qu'il peut y avoir de scabreux dans la subtilité même de leurs constructions juridiques, dans cette application à raisonner de façon strictement abstraite et formelle sans jamais dire un mot des retombées concrètes des mesures qu'ils commentent. Au point qu'on en arrive à se demander si ce n'est pas le positivisme même de la dogmatique juridique qui est en cause. Car c'est au nom des principes positivistes que les juristes ont participé à la banalisation du droit antisémite, contribuant ainsi à légitimer la politique antisémite de Vichy.

LA LEGITIMATION DE LA POLITIQUE ANTISEMITE

Non seulement les commentateurs ont contribué, en banalisant la législation antisémite, à légitimer la politique dont elle était à la fois l'expression et l'instrument, mais on peut même faire l'hypothèse que si le discours des juristes a pu remplir efficacement sa fonction de légitimation, c'est précisément parce qu'il se voulait neutre et présentait toutes les apparences de l'objectivité, parce qu'il n'était pas ouvertement militant et idéologique : l'exclusion des Juifs n'apparaît pas, dans leurs écrits, comme un objectif dicté par la haine raciale ou la vindicte politique, mais comme une chose naturelle, évidente, dont le bien-fondé se situe au-delà de toute discussion. La neutralité du commentaire neutralise le contenu de ce qui est commenté et, anesthésiant du même coup le sens critique de l'auteur comme du lecteur, concourt à rendre concevable l'inconcevable. Même en admettant qu'il y a eu plus d'aveuglement que de complicité consciente dans l'attitude des juristes, dont certains pouvaient même, en leur for

intérieur, être hostiles aux mesures qu'ils commentaient, il reste que le positivisme, discours neutre et objectif, a fonctionné en l'occurrence comme un piège.

L'effet d'anesthésie : le positivisme comme discours « neutre et objectif »

Le positivisme rejette catégoriquement toute référence à un prétendu droit naturel et refuse corrélativement de subordonner la validité d'un ordre juridique à un jugement porté sur sa valeur morale. Du point de vue méthodologique, il conçoit la science du droit comme une science empirique et non normative, qui doit se borner à la connaissance descriptive ou explicative de son objet - le droit effectivement en vigueur dans un pays donné et à une époque donnée - en s'abstenant de tout jugement éthique.

Dans l'ensemble, la doctrine sous Vichy est restée fidèle à ces deux principes. La plupart des juristes ont considéré que l'ordre juridique issu de la « Révolution nationale » était un ordre juridique valide, et que le droit antisémite, en particulier, dès lors qu'il était effectivement en vigueur, pouvait et devait être étudié avec les mêmes concepts et la même technique que d'autres branches plus « classiques » du droit. Ils se sont par ailleurs efforcés au maximum d'éviter de porter des jugements de valeur - positifs ou négatifs - sur les textes qu'ils commentaient, même si l'on peut relever, ici ou là, un signe discret d'approbation, ou plus rarement de désapprobation consciente ou inconsciente.

La volonté de rester neutre est particulièrement nette, au point de s'afficher parfois de façon ostentatoire, lorsqu'il s'agit d'analyser la législation sur les Juifs. Et ceci mérite d'être relevé, dans la mesure où cette neutralité, cette "objectivité" dont les auteurs se revendiquent ici haut et fort, ne leur est pas aussi naturelle qu'il y paraît. Car en réalité, comme le font remarquer François Ost et Michel Van De Kerchove⁴, la doctrine a bien du mal, en règle générale, et en dépit de ses professions de foi positivistes, à se défaire d'un jusnaturalisme latent, et s'affranchit fréquemment des principes dont elle se réclame en passant sans cesse d'un discours *de lege lata* à un discours *de lege ferenda*. De fait, sur les questions qui leur tiennent à cœur, il arrive souvent aux juristes, gens foncièrement normatifs, de sortir de leur réserve et de prendre position. Pour s'en tenir à la période qui nous intéresse, l'attitude prudente qu'ils observent face à la législation antisémite tranche avec certaines de leurs prises de position sur d'autres questions. Ainsi, la loi qui autorise la légitimation des enfants adultérins, édictée *intuitu personae*, en contradiction totale avec la remise à l'honneur par Vichy de la conception de la famille la plus traditionnelle qui soit, est vivement contestée par la doctrine. En sens inverse, elle applaudit la nouvelle loi sur le divorce, véritable loi contre le divorce, qui devrait, en rendant le divorce plus difficile, le rendre beaucoup plus rare⁵.

Or - curieusement ou paradoxalement - les juristes qui commentent la législation raciale de Vichy succombent rarement à ce « péché » contre le positivisme qui consiste à mêler des jugements de valeur à la description du droit tel qu'il est. Tout au contraire, ils évitent soigneusement de prendre position sur les mesures antisémites : ils ne les critiquent pas, ils ne s'en félicitent pas non plus. Comme s'ils sentaient malgré tout confusément que « ces mesures-là » ne sont pas tout à fait de la même nature que les autres. Ainsi les auteurs adoptent-ils souvent un « profil bas », insistant sur leur neutralité et le caractère purement objectif de leurs développements, ou encore - les deux ne sont pas incompatibles - se cantonnant dans une description très prosaïque des dispositions législatives et se gardant d'élargir leurs développements à toute considération extra-juridique.

On trouve un bon exemple de cette attitude dans l'article de E.H. Perreau sur « Le nouveau statut des juifs en France », paru en 1941 à *La Semaine Juridique*. Dans une entrée en matière, l'auteur insiste sur la prudence qu'il convient d'observer dans le commentaire des lois

⁴ « 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.

⁵ Voir par exemple Jean Carbonnier, « La loi du 2 avril 1941 sur le divorce et la séparation de corps », *Recueil critique Dalloz*, 1941, L. 61.

nouvelles, en se réfugiant derrière une citation d'auteurs anciens : « *Il faut [...] se défier de soi-même, noter surtout ce qui est concret, objectif, le plus souvent s'abstenir de juger* ». Après de rapides considérations historiques sur la situation des Juifs dans l'ancienne France et jusqu'à aujourd'hui, il entame une description volontairement terre à terre, sans ajouter un mot de commentaire, de la législation, avant de conclure en ces termes : « *Nous avons envisagé ces lois comme faits juridiques, dont l'ignorance n'est pas possible et qu'il est utile de commenter pour en préciser l'importance. Dans cette étude purement objective, sans espérer trancher toutes les difficultés que soulèveront ces lois toutes neuves, nous souhaitons en faciliter l'application en dissipant les malentendus et contribuer, dans notre modeste sphère, à l'intelligence des textes nouveaux* ». N'est-ce pas, en effet, ce que l'on attend du juriste, qui doit rester un pur technicien du droit ? De la même façon, l'introduction de la thèse déjà citée sur *La qualification juive* se conclut par la phrase suivante : « *C'est à cette double étude de pure technique juridique, qu'est consacré le présent essai, à l'exclusion de toute autre considération* ».

L'insistance mise sur l'objectivité du juriste traduit manifestement un besoin de se justifier devant les lecteurs ou devant soi-même. On peut donc l'interpréter comme le signe d'un certain malaise - un malaise de la même nature que celui que nous éprouvons aujourd'hui à relire ces textes écrits sans aucune distance critique ni la moindre prise en compte des conséquences politiques, sociales, ou tout simplement humaines du droit. On notera d'ailleurs que, si malaise il y a, il semble se dissiper à mesure que les mois s'écoulent et que la politique antisémite entre dans les mœurs, puisque les périphrases souvent embarrassées que l'on relevait parfois dans les écrits du début disparaissent par la suite : signe que l'on s'habitue à traiter ces questions, ou, pire encore, que la logique antisémite ayant fait son oeuvre en imprégnant les esprits après avoir imprégné la législation, on ne perçoit même plus le caractère choquant des mesures prises à l'encontre des Juifs.

On voit cependant apparaître par moments, dans les écrits des juristes, un discours sur les Juifs, dont la fonction, tantôt explicite, tantôt implicite, est d'expliquer les mesures prises à leur égard. Lorsqu'il existe, ce discours s'efforce lui aussi à la neutralité et à la modération : nous n'avons pas trouvé dans les articles de doctrine de manifestation avouée, *a fortiori* virulente, d'antisémitisme ; mais en dépit de la prétention d'objectivité, voire de « scientificité » du propos (qui n'exclut pas les affirmations fantaisistes, éventuellement reproduites de seconde main), le discours sur les Juifs reproduit bien souvent les stéréotypes traditionnels et laisse apercevoir l'adhésion des auteurs, sinon à la politique antisémite de Vichy, du moins à cette sorte d'antisémitisme feutré et de bon aloi si répandu avant la guerre dans les milieux conservateurs.

Le plus souvent, cependant, les auteurs évitent les généralités, et lorsqu'ils s'aventurent, en parlant des Juifs, hors du champ strictement juridique, c'est plutôt par une allusion furtive, généralement empruntée au discours officiel. Mais la forme de ces emprunts varie, et l'analyse des « stratégies discursives » permet de mettre en lumière la façon dont ressurgit parfois, sous la neutralité apparente du discours, l'adhésion plus ou moins marquée à l'idéologie antisémite.

La plupart du temps les auteurs semblent se couler sans effort dans le système de pensée du législateur et la logique antisémite qui le sous-tend. Ceci se traduit d'abord dans la terminologie utilisée : on parle ainsi, sans le moindre guillemet, non seulement des juifs mais « du » juif, de la « race juive », de la « race aryenne... et même de la « race française », d'« influence atavique » ou de « servitude raciale juive », d'« individu hybride » et de « métis juif », des « aryens » et de l'« aryanisation » des entreprises, etc.

On peut également repérer l'indice d'une adhésion au moins implicite au discours officiel dans la façon dont les auteurs reproduisent, sans qu'aucun procédé discursif ne vienne marquer une quelconque distance, et donc en paraissant les reprendre à leur compte, les motifs invoqués pour justifier les mesures antisémites. « *Il s'agit principalement d'éliminer l'influence juive dans l'économie nationale... La loi du 22 juillet 1941 est inspirée par un intérêt public... Elle se méfie de la prospérité des juifs parce que cette prospérité même tend à*

rompre à leur profit trop exclusif l'équilibre économique », écrit par exemple l'auteur d'une chronique consacrée à la confiscation des biens juifs. Évoquant l'exclusion des naturalisés de la fonction publique et les mesures d'épuration, un autre auteur résume ainsi la situation : « *A la suite des événements de juin 1940, on s'est avisé qu'un grand nombre de postes administratifs étaient tenus par des éléments ethniques étrangers à notre race, n'ayant avec le sol de France que des attaches de hasard (...). L'intention du législateur, très nette à cet égard, fut d'éliminer de l'administration ces éléments ethniquement étrangers* ».

Maurice Duverger entre lui aussi dans le système de pensée du législateur dont il semble reprendre à son compte le raisonnement lorsqu'il écrit par exemple : « *Si l'on adopte le critère religieux, il est à craindre que la plupart des Juifs ne feignent une conversion apparente et ne parviennent ainsi à éluder l'application de la loi* » ; ou lorsqu'il note, à propos de la fixation au 25 juin 1940 de la date à laquelle s'apprécie l'appartenance à la religion juive : « *Cette dernière disposition s'explique par le fait que de nombreux juifs se sont convertis depuis l'armistice, afin de tenter d'échapper à la législation qui les concerne : ce calcul est déjoué ...* » ; ou encore lorsqu'il constate, avec la satisfaction manifeste du juriste soucieux de l'effectivité des normes, qu'alors que « *la loi du 3 octobre 1940 ne prévoyait aucune sanction à l'égard des juifs qui auraient contrevenu à ses dispositions* », « *la loi du 2 juin 1941 a comblé cette lacune et édicté des sanctions sérieuses* »⁶.

Il arrive toutefois, à l'inverse, que les auteurs fassent preuve d'une prudence dans la formulation qui marque leur volonté de conserver une certaine distance par rapport à l'énoncé des thèses officielles et de ne pas prendre parti sur leur bien-fondé. L'exclusion des juifs des emplois où ils entreraient en contact avec le public « *est motivée par la suspicion d'une fâcheuse influence sur le public* », écrit par exemple un auteur, qui laisse ainsi planer un doute sur la réalité de cette influence fâcheuse. De même, grâce à l'usage répété du pronom indéfini « on » et de la forme impersonnelle, Maurice Duverger parvient à maintenir l'ambiguïté sur le point de savoir s'il fait ou non siennes les raisons invoquées pour justifier l'exclusion des juifs et des étrangers naturalisés de la fonction publique : « *Les incapacités frappant les juifs et les naturalisés sont motivées par la considération de l'intérêt des services publics : on estime que les juifs et les naturalisés sont inaptes, d'une façon générale, à assurer le bon fonctionnement de ces services* ». Et si les mesures prises à l'égard des juifs sont plus rigoureuses, « *cela s'explique par le fait qu'on a jugé les juifs plus dangereux politiquement que les naturalisés : l'intérêt public conduisait donc à adopter à leur égard une réglementation plus stricte* ».

Mais garder ses distances vis-à-vis de la politique gouvernementale est une chose, marquer sa réprobation en est une autre. Non seulement les indices de désapprobation des mesures antisémites sont rarissimes, mais il faut lire entre les lignes pour en découvrir la trace. Le commentaire le plus critique que nous ayons trouvé concernant la législation antisémite figure dans une note parue au *Sirey* en 1944 sous les seules initiales de son auteur, et qui débute par la phrase suivante : « *La législation récente en matière juive a donné lieu à des difficultés d'autant plus nombreuses qu'elle est, depuis la Révolution française, le premier grand échec du principe de l'égalité des citoyens devant la loi. La création d'une catégorie spéciale de Français atteints de nombreuses incapacités juridiques, l'appel fait, pour leur détermination, à des critères de race, et parfois même de religion [sic], sont autant d'atteintes aux principes traditionnels du droit français* ». Si le propos ne traduit pas d'indignation véritable, du moins montre-t-il que l'auteur a clairement conscience des enjeux idéologiques et des conséquences concrètes de la législation raciale.

Mais la plupart du temps la critique, lorsqu'elle s'exprime, porte sur des questions secondaires ou sans rapport direct avec la législation antisémite : lorsqu'il s'agit des juifs, les auteurs semblent n'avoir plus rien à dire, comme si, à force de s'astreindre à la neutralité et à l'objectivité, leur sens critique avait fini par s'anesthésier. A moins que - l'hypothèse ne peut être totalement écartée - les auteurs aient été d'autant moins enclins à exprimer leur désaccord

⁶ « La situation des fonctionnaires depuis la Révolution de 1940 », *RDP* 1942 p. 141.

avec la législation raciale de Vichy et d'autant plus portés à respecter la "neutralité positiviste" que cette législation ne heurtait pas fondamentalement leurs convictions...

L'effet de reconnaissance : le positivisme pris au piège

On ne peut reprocher aux juristes de s'être comportés, dans leurs écrits doctrinaux, en défenseurs zélés de la politique antisémite du régime : la lecture de ces écrits témoigne au contraire d'une relative modération et du souci de faire prévaloir un principe d'interprétation stricte des textes, plutôt favorable aux intéressés, face à l'application extensive que tentait d'imposer le Commissariat général aux questions juives. On ne saurait non plus affirmer que le seul fait de commenter des textes de cette nature sans les critiquer supposait de la part des auteurs une adhésion au moins implicite à leur contenu, dans la mesure où cette abstention pouvait tout aussi bien refléter le souci de s'en tenir à une stricte neutralité positiviste.

On peut en revanche avancer avec quelque vraisemblance l'idée qu'en prenant au sérieux la législation raciale, en traitant le droit antisémite comme une banale branche du droit, la doctrine a participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy et contribué à sa façon à en faciliter tant l'acceptation que l'application. Le fait de s'être abstenu de toute approbation bruyante, d'avoir conservé, dans l'exégèse des lois antijuives et l'analyse de la jurisprudence, le ton du détachement scientifique, n'est pas de nature à supprimer cette responsabilité propre des juristes : car en dissertant doctement et sans passion de ces questions, ils leur conféraient une sorte de respectabilité, ils concouraient à faire oublier ce qu'elles avaient d'incongru et de déplacé. Et cela d'autant mieux que la technicité du propos et le formalisme abstrait du raisonnement masquaient les implications concrètes et les conséquences dramatiques des mesures analysées.

La banalisation du droit antisémite à laquelle a participé la doctrine n'était donc pas innocente. Car quelle impression pouvait-on retirer de la lecture de ces notes et de ces chroniques, sinon que l'ostracisme légal frappant les Juifs était une chose normale, naturelle, aussi normale et naturelle que toute autre mesure édictée par le législateur ? Et qu'à partir du moment où le législateur en avait décidé ainsi, il était tout aussi normal et naturel que les juristes se livrent à l'analyse des nouveaux textes pour - selon les termes de l'un d'eux - contribuer à leur intelligence et en faciliter l'application ?

Ce faisant, la doctrine ne pouvait que renforcer la crédibilité de la législation antisémite, en redoublant en quelque sorte l'effet de « naturalisation » grâce auquel le droit agit sur les représentations collectives et contribue à inculquer une certaine idée de la normalité. Le droit, en effet, ne se résume pas dans un ensemble de règles contraignantes ; il est aussi un discours, un discours sur le monde qu'il découpe et reconstruit selon ses propres notions et critères, mais en occultant ce que ce découpage a d'arbitraire et en le présentant comme inhérent à l'ordre naturel des choses. Et le capital d'autorité dont jouit le texte juridique, sous la forme de la loi écrite, confère une crédibilité particulière à ce discours et au message implicite qu'il véhicule. Le droit positif produit ainsi un effet de reconnaissance : définissant au départ des situations et des comportements légaux, il en arrive à déterminer la sphère d'acceptabilité des actes et des conduites, à indiquer ce qu'il est normal de faire ou de penser et ce qui ne l'est pas.

Il ne fait aucun doute que la législation de Vichy remplissait parfaitement cette fonction de naturalisation et de reconnaissance. La légalisation de l'antisémitisme, son inscription dans la loi, officialisait l'idée que les Juifs n'étaient pas des Français comme les autres, ni même des hommes comme les autres. Les lois raciales, au-delà de leur contenu concret, du nouvel ordre juridique qu'elles tendaient à instaurer, imposaient une vision du monde fondée sur le partage de la société en deux catégories, en deux « races » distinctes et inégales : les Juifs et les aryens ; et en même temps qu'elles organisaient l'exclusion des Juifs de la société, elles présentaient cette exclusion comme normale, nécessaire, conforme à l'ordre naturel des choses. Or la doctrine, en acceptant - fût-ce de façon purement formelle - d'entrer dans le système de pensée du législateur, en acceptant de raisonner à l'intérieur du cadre conceptuel ainsi tracé,

en reprenant à son compte des catégories juridiques qui n'étaient autre que les catégories idéologiques de l'antisémitisme d'État, entérinait implicitement mais nécessairement la vision du monde sous-jacente à la législation nouvelle.

Et cela de façon d'autant plus subreptice et efficace que le droit neutralise le contenu polémique des termes qu'il intègre à son lexique et leur confère une authenticité nouvelle : transmués en catégories juridiques, les mots se voient parés de l'« objectivité » qu'on reconnaît au vocabulaire technique ; inscrits dans la loi, ils acquièrent un poids, une "vérité" supplémentaires. Ainsi le langage raciste est-il « naturalisé », authentifié, par sa conversion en concepts juridiques : le juif, la race juive, le métis juif, l'aryen n'apparaissent plus comme des concepts polémiques ou des catégories idéologiques mais accèdent à une existence désormais incontestable puisqu'entérinée par le droit et consignée dans les textes. Et lorsque, à l'époque, on lit les lois et les décrets de Vichy, ou mieux encore l'analyse qu'en font des juristes sérieux et compétents, qui reprennent mot pour mot les termes du législateur, voire en créent de nouveaux dérivés grammaticalement ou logiquement des premiers (tels qu'« aryanisation » ou « métis »), on ne peut douter un instant de l'existence d'une race juive, pas plus que de la nécessité d'aryaniser les entreprises.

Il ne faut pas non plus sous-estimer l'effet d'accoutumance qui vient se greffer sur l'effet de naturalisation et contribue à faire reconnaître comme légitime la politique antisémite. Car l'utilisation, même "savante", de la terminologie antisémite et le maniement - fût-il subtil - des concepts racistes ne sont pas innocents : on s'habitue d'abord aux mots, puis aux représentations qu'ils véhiculent, et on finit par trouver normales les situations qu'ils proposent d'instaurer. D'autant qu'il existe un pouvoir propre des mots, qui définissent le champ de possibilité des discours et des actions, et au-delà leur acceptabilité. Ainsi la doctrine, dès lors qu'elle acceptait de suivre le législateur sur son terrain et de raisonner avec les concepts et à l'intérieur du cadre logique définis par lui, entérinait par là-même, quels que fussent par ailleurs ses sentiments profonds, la désignation des Juifs comme catégorie à part et leur exclusion de la société française. Elle a donc facilité à sa façon l'acceptation de la politique antisémite de Vichy.

*

Parvenue au terme de ma démonstration, j'espère avoir convaincu de ce qu'a d'illusoire la prétention de la dogmatique juridique à la neutralité. On objectera que l'exemple que j'ai choisi est trop spécifique pour être significatif. Je pense au contraire qu'il permet de mettre en lumière de façon particulièrement évidente un phénomène qui existe toujours à l'état latent, dans la mesure où toute législation, à des degrés variables, véhicule des valeurs auxquelles le commentaire de la loi, même lorsqu'il prétend en faire abstraction fait nécessairement écho.

Je reconnais, en revanche que je n'ai pas de réponse sûre à la question qu'on ne peut manquer de se poser à la lumière de l'expérience de Vichy, à savoir : quelle doit être, l'attitude des juristes face à une législation qui leur paraît moralement condamnable ? Ma seule certitude, on l'aura compris, c'est que s'abriter derrière une neutralité de façade sous prétexte que telle est l'attitude qui sied au juriste n'est ni une solution efficace, ni une solution honorable.

A défaut de proposer des solutions, je terminerai en citant quelques extraits d'un texte de Henri Dupeyroux paru dans les *Archives de philosophie du droit* en 1938. Ce texte, qui se présente comme une virulente attaque contre le positivisme juridique, contient aussi des remarques qui me semblent devoir être méditées concernant le rôle et la responsabilité des juristes. « *Ils sont juristes, disent-ils, et, comme tels, ils font exclusivement du droit [...]. Ils en sont arrivés à construire à leur usage un droit qui n'emprunte plus rien à la morale ou à l'histoire, à la métaphysique ou à la sociologie, un droit qui vit sur son propre fonds, de ses seules ressources, et dont on se doute par suite à quel point, ainsi privé d'air, il peut être anémié. Ce n'est qu'une question d'agencement de règles vides et de formules [...]. L'essentiel est que ces formules n'aient aucun lien avec le dehors, c'est à dire avec la vie, ni surtout avec le dedans, c'est-à-dire avec la conscience [...].* [Mais] *en admettant (ce que l'on affirme gra-*

tuitement) que cette tâche [l'exégèse des textes] constitue la substance même de son rôle, le juriste n'en est pas moins un homme, et il est naturel à l'homme de se hausser, quel que soit son état, à des considérations supérieures, et tout au moins à la considération de son état. Si l'homme est un être pensant, il n'est rien de plus normal que d'accepter qu'il pense sur son activité ordinaire ». Et plus loin, stigmatisant le positivisme juridique comme « le refuge le plus commode pour assister à tout le spectacle sans rien risquer » et comme constituant « un admirable point de départ pour le ralliement de n'importe quel conformisme », il poursuit, en ayant présent à l'esprit ce qui se passait en Allemagne, mais de façon prémonitoire en ce qui concerne la France : « La règle, rien que la règle, rien que le commentaire de la règle ! Que tombent 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 ».