



Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem

6 | 2000
Varia

À propos de Vichy et de l'État de droit

Marc-Olivier Baruch



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/bcrfj/2722>
ISSN : 2075-5287

Éditeur

Centre de recherche français de Jérusalem

Édition imprimée

Date de publication : 30 mars 2000
Pagination : 53-67

Référence électronique

Marc-Olivier Baruch, « À propos de Vichy et de l'État de droit », *Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem* [En ligne], 6 | 2000, mis en ligne le 15 mai 2008, Consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/bcrfj/2722>

A PROPOS DE VICHY ET DE L'ETAT DE DROIT

Il peut paraître hasardeux de s'aventurer sur un tel terrain lorsque l'on n'est pas juriste. Sauf à se proposer, en sollicitant l'indulgence du lecteur, de parcourir en historien quelques pistes, notamment juridiques, qui toutes traitent d'une question ayant pris, au cours de ce siècle, une importance extrême, les limites du pouvoir de l'homme sur l'homme.

Introduction : le doyen Bonnard parle...

La scène se passe à Bordeaux, le 4 octobre 1940. Ouvrant la séance solennelle de rentrée de la faculté de Droit, un des maîtres du droit public, Roger Bonnard, évoque les institutions nouvelles de l'Etat autoritaire mis en place depuis ce que l'un de ses élèves appellera bientôt « la Révolution de 1940 ». Je cite le doyen Bonnard :

Les changements seront profonds. Ils atteindront les grands principes qui dominent notre droit public depuis la Révolution de 1789, soit le libéralisme individualiste, la démocratie et la séparation des pouvoirs. [...] Ces principes seront écartés non parce qu'ils auraient fait leur temps, ayant été utiles à un moment donné, mais parce qu'ils sont radicalement mauvais en eux-mêmes comme destructeurs de l'Etat, étant antinomiques avec l'idée même d'Etat. Ce sont des erreurs absolues, tant théoriques que pratiques¹.

Ces propos se trouvaient assez bien illustrés par le fait que, quelques jours plus tôt, le Conseil des ministres avait adopté ce qui allait devenir la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs. Ce texte, après avoir créé une nouvelle catégorie de citoyen (ou plutôt de semi-citoyen), le juif – défini comme « 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 » –

¹ *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, XLVIIe année, 1940, p. 149-150. Le doyen Bonnard (qu'on ne confondra pas avec le ministre de l'éducation nationale de 1942-1944 Abel Bonnard) persistera dans ce type de jugement, écrivant dans la même revue, l'année suivante, à propos d'un ouvrage sur la Constitution : « Il est inopérant de vouloir redresser les déformations des institutions démocratiques, parce que ces institutions portent en elles-mêmes le germe de leur déformation », *ibid.*, 1941, p. 411.

lui interdisait tout une série de fonctions, dans la presse et le cinéma d'une part, dans l'administration d'autre part. Liste longue et sévère, le moins exigeant n'ayant pas été le maréchal Pétain qui avait demandé, indique le ministre des affaires étrangères Paul Baudouin dans ses souvenirs, que « la justice et l'enseignement ne contiennent plus aucun juif ».

Il peut sembler paradoxal, après une telle entrée en matière, de se demander si le régime de Vichy fut ou ne fut pas un Etat de droit. Une précision sémantique s'impose ici, les mots ayant une histoire, les concepts juridiques aussi, et les anachronismes de vocabulaire n'étant pas les moindres : après Auschwitz, après la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, après la disparition du régime soviétique aussi, « Etat de droit » est devenu synonyme d'« Etat des droits de l'Homme ». Il n'en allait pas de même en 1940, lorsque se créait le régime de Vichy – ne serait-ce que parce que les Droits de l'Homme, et l'idéologie qu'ils représentaient, n'étaient guère à l'honneur. Nous nous demanderons donc si l'Etat français se vécut, et surtout fut vécu, comme un Etat de droit, au sens d'alors – sens qui était l'aboutissement de trois quarts de siècle d'interrogations de la doctrine publiciste française. Mais à côté de cette réponse historicisée, il nous faudra nous interroger sur les conséquences qu'il convient de tirer, s'agissant de la question titre du présent article, de la participation française à la mise en œuvre de l'entreprise nazie d'extermination des Juifs d'Europe

Quelques rappels historiques sur la notion d'état de droit

Avant de devenir ce concept « omnibus [...] servant de caution et d'habillage aux projets les plus contradictoires »², le terme d'Etat de droit a une histoire et une signification bien précises dans la pensée juridique française. Né d'une volonté d'affermir la conception libérale de l'Etat, il aboutit à contester le règne sans limite de la loi, tel que l'imposait la théorie française de la souveraineté parlementaire.

La notion d'Etat de droit apparaît en France, au tournant du siècle, par transposition, voire par simple traduction, de la doctrine allemande du *Rechtsstaat*, née au milieu du XIX^e siècle de la volonté des juristes libéraux de policer, en quelque sorte, l'Etat de police, Etat autoritaire dont la capacité de domination n'avait pas de limite. Il serait trop long – cela dépasse en tout cas mes capacités – de décrire toutes les filiations de cette idée d'autolimitation par l'Etat, source de tout droit, de sa capacité de domination. Les maîtres du droit public français de l'entre-deux-guerres s'y employèrent, nourrissant de riches débats – tels ceux opposant Duguit le

² Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, coll. « Clefs », 2^e édition, 1994, p. 151. On trouvera dans cet ouvrage une analyse resserrée et précise des notions essentielles liées à ce concept.

bordelais à Hauriou le toulousain – à partir des constructions de leurs homologues de langue allemande. Parmi eux l'autrichien Hans Kelsen qui poussa l'idée jusqu'à ses limites logiques en posant l'identité entre l'Etat et le droit, dès lors que ce dernier prenait la forme d'un ordre parfaitement hiérarchisé et emboîté.

Toutefois, même cette acception purement formelle faisait siens les grands principes du libéralisme politique. L'Etat kelsenien, synonyme de droit, comme l'Etat soumis au droit des penseurs moins radicaux, était un Etat respectant ces « grands principes [de] notre droit public » que dénoncerait en 1940 le doyen Bonnard. À ces acquis de la Révolution (libéralisme individualiste, démocratie, séparation des pouvoirs), le régime construit à Vichy opposerait une philosophie politique selon laquelle l'individu ne peut exister hors de la société, la « dictature du nombre » traduit une conception fautive de l'égalité, la dilution de l'autorité ruine l'Etat. Très logiquement donc, il procéderait à la concentration, dans les mains du vieux sauveur de la Patrie, des pouvoirs exécutif, législatif et pour partie judiciaire. Face à cet abandon très net des principes républicains, on aurait donc pu imaginer une réaction toute aussi nette de la doctrine publiciste. Si cette réaction n'eut pas lieu, c'est parce que, dans la France troublée des années 1930, la notion même d'Etat de droit s'opposait moins, comme dans la Prusse du XIX^e siècle où elle était née, au risque d'Etat autoritaire qu'à la dictature de la loi, incarnée par cette institution paradoxale qu'était un Parlement à la fois omnipotent et impuissant.

On suivra ici les travaux de Marie-Joëlle Redor, qui a consacré sa thèse de droit aux efforts faits par les juristes pour imaginer, entre les débuts de la Troisième République et la première guerre mondiale, une transition de ce qu'elle appelle l'Etat légal à l'Etat de droit – l'Etat légal étant celui où la loi peut tout, comme émanation de la volonté générale faite par les représentants élus du peuple souverain³. À cette logique directement issue de 1789, l'Etat de droit oppose une vision libérale, qui se méfie des « débordements » du suffrage universel. Le but n'est ainsi rien moins que de « terminer la Révolution » – en s'arrêtant à la Révolution libérale et bourgeoise de 1789, pas à celle de 1793 – et en tout cas de ne pas la laisser dégénérer, révolution industrielle s'y surajoutant, en « despotisme démocratique » d'une part, en révolution sociale d'autre part.

Il serait évidemment excessif de voir dans les propos du Joseph Barthélemy de 1908 – qui cite Guizot pour rappeler que « la souveraineté de la justice, de la raison, du droit, c'est le principe qu'il faut opposer à la

³ Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica-Presses de l'Université d'Aix-Marseille, 1992.

souveraineté du peuple »⁴ – les signes annonciateurs du destin qui en fera le garde des sceaux chargé de justifier les sections spéciales et le procès de Riom. Le jeune et brillant professeur, futur député modéré de l'entre-deux-guerres, n'a-t-il pourtant pas déjà fait siens ce rejet de la politique qui divise, symbolisée par des parlementaires devenus les défenseurs des intérêts particuliers, et en contrepoint cette glorification des compétences – celles du juge notamment – toutes idées que défend, au nom de la raison juridique, la notion d'Etat de droit⁵.

La doctrine va ainsi s'efforcer de démontrer que la loi ne peut pas tout, qu'il existe en somme une norme juste, celle du droit, contrôlée par le juge, plus forte que la norme légale votée par un Parlement certes formellement souverain, mais en fait de plus en plus incapable d'appréhender les réalités complexes de la vie économique et sociale d'un pays pleinement entré dans l'ère industrielle. Elle le fera notamment dans ses commentaires d'arrêts importants de la juridiction administrative. La période correspond en effet, très logiquement, à l'âge d'or du Conseil d'Etat dont les constructions jurisprudentielles parfois audacieuses suppléeront aux insuffisances législatives. Au plan idéologique, c'est toujours à la même époque, au tournant du siècle, que se cristallisent deux théories appelées à un riche avenir : la première est le corporatisme, dont le principal défenseur est Charles Benoist, professeur à l'École libre des sciences politiques et député modéré de Paris. Largement diffusé par tous ceux qui, au cours des années trente, cherchèrent des remèdes à la crise de l'Etat née des faiblesses inhérentes à la démocratie, il s'appuyait sur la seconde théorie alors naissante, celle de la glorification des « capacités ».

Arrêtons-nous un instant sur ce dernier aspect, qui va voir émerger la figure du technicien, contre-modèle répondant point à point aux tares du parlementarisme, c'est-à-dire du parlementaire et de sa caricature : le politicien, dans les lieux communs de la droite sous la Troisième République, a perdu l'allure du grand loup-cervier, décrit par Balzac au cours du premier dix-neuvième siècle, au profit de la molle silhouette du petit bourgeois provincial – méridional souvent, avec les stéréotypes en découlant : le voici vantard, bavard et paresseux. Mêlant incompétence, malhonnêteté et couardise, il n'est mu que par des choses petites : menus services à rendre à ses électeurs, qui le conduisent à bombarder d'interventions les bureaux, mais surtout ambition démesurée pour décrocher un maroquin, quel qu'il puisse être. Député de l'Auvergne profonde, il ne dédaignera pas le sous-secrétariat d'Etat à la Marine marchande ; spécialisé dans les tarifs douaniers, il se prendra de passion

⁴ *Ibid.*, p. 315.

⁵ *Ibid.*, p. 325

pour l'Education physique⁶.

À cet opportunisme oublieux de l'intérêt général, le technicien oppose l'efficacité fondée sur la compétence, fruit d'un savoir spécialisé – et qui n'a pas de comptes à rendre au vulgaire. Savoir technique de l'ingénieur, savoir administratif du fonctionnaire, ou savoir juridique du juge, tous militent pour un renforcement de l'exécutif et un développement du pouvoir réglementaire. Il est clair qu'ainsi conçue la notion d'Etat de droit ne fera pas obstacle à l'approbation par la doctrine du régime, radicalement nouveau, qui se met en place au début de l'été 1940. Et ce d'autant moins qu'elle n'a pas osé pousser jusqu'à son terme sa propre logique : à savoir que, si le droit est supérieur à la loi, le contrôle de constitutionnalité des lois en découle. Les juristes n'osent en effet pas s'aventurer aussi loin, par peur sans doute de ce « gouvernement des juges » si contraire à notre tradition nationale, mais aussi parce qu'ils auraient été bien en peine de le fonder solidement : ni la « solidarité sociale » chère à Duguit⁷, ni la « Constitution sociale » d'Hauriou ne forment un corps solide de normes sur lequel asseoir un tel contrôle. C'est d'ailleurs le problème de tout droit naturel. Mais nous engager sur cette voie risquerait de nous conduire fort loin... Retenons simplement pour notre démonstration que la loi reste la norme supérieure, non susceptible de recours : le régime de Vichy saura faire usage de cet acquis.

Des incapacités aux capacités

Si les éléments qui précèdent soulignent que la philosophie juridique de l'Etat français n'est pas une construction de circonstance, ils ne doivent pas conduire à exagérer les continuités en inventant de fausses conséquences. Il faut le choc de la défaite et cet événement très spécifique qui s'appelle l'Occupation pour voir la France changer de régime politique. La confusion des pouvoirs entre les mains du maréchal Pétain, qui est l'une des caractéristiques essentielles de l'ordre constitutionnel nouveau, n'est pas la poursuite simplement amplifiée des décrets-lois dont la Troisième République finissante avait fait grand usage au profit de l'exécutif. Il faut cet immense bouleversement qui s'appelle défaite, qui s'appelle exode, qui s'appelle peur aussi pour voir la République se donner, à titre personnel en

⁶ Jean Estèbe, « Le parlementaire », dans Jean-François Sirinelli (dir.), *Histoire des droites en France, t. 3, Sensibilités*, Gallimard, 1992, pp. 321-352. Le présent article est issu d'une communication prononcée lors d'une journée d'hommages à la mémoire de Jean Estèbe, professeur d'histoire à l'Université de Toulouse (1932-1997), dont les derniers travaux avaient porté sur *Toulouse 1940-1944* (Perrin, 1997) et *Les Juifs à Toulouse et en midi toulousain au temps de Vichy*, (Presses universitaires du Mirail, 1996).

⁷ M.-J. Redor, *op. cit.*, p. 174.

quelque sorte, au vieux Maréchal. Or, une fois ce changement d'ordre constitutionnel voté, dans les formes, le 10 juillet 1940, les choses vont très vite. Dès le lendemain, 11 juillet, trois actes constitutionnels suppriment la République, confondent tous les pouvoirs, sauf celui de déclarer la guerre, entre les mains du maréchal Pétain, ajournent les Chambres. Fin donc de ces « principes destructeurs de l'Etat » qu'évoquera le doyen Bonnard quelques mois plus tard.

Parmi les édifices que Vichy met en chantier – comparable en cela à ces constructeurs qu'exaltera Maurice Chevalier, dans sa « chanson du maçon » si métaphorique du régime nouveau – figure aussi, en bonne place, l'exclusion. Il est à cet égard remarquable que la toute première loi de contenu de Vichy (après celle nommant les membres du gouvernement) ait été un texte xénophobe, interdisant aux personnes nées de père étranger d'appartenir à un cabinet ministériel. Il ne s'agit là que de la première de ces *incapacités* que les juristes exposeront, que les fonctionnaires appliqueront et que les juges valideront – la plus emblématique restant la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs.

C'est à propos de ce dernier texte que la question de l'attitude du juge face à la loi inique s'est posée avec le plus de force au cours des débats récents, par exemple lors des deux importants colloques (« Juger sous Vichy » et « Le droit antisémite de Vichy ») organisés respectivement par l'École nationale de la magistrature en 1993 et par l'Université de Dijon l'année suivante, colloques dont les actes – passionnants – ont été tous les deux publiés par la revue *Le Genre humain*⁸. On y trouve la confirmation que la radicalité de la loi, qui effrayait tant les juristes sous la République, ne les inquiète plus sous l'Etat français. Je n'ai trouvé qu'un professeur de droit, Julien Laferrière, pour défendre la thèse selon laquelle rien n'empêcherait le Conseil d'Etat de faire cette constatation de bon sens que la loi à la mode de Vichy, simple décret du chef de l'Etat discuté en Conseil des ministres, ne traduit plus la volonté générale et pourrait donc faire l'objet de recours⁹. Ce qui lui aurait permis – abandonnons-nous quelques secondes à l'histoire-fiction, ou plus exactement au droit administratif-fiction, discipline rare j'en conviens – de censurer les lois d'exception comme contraires à l'égalité devant le service public.

Ces incapacités nouvelles – que, là encore, la doctrine va contribuer à

⁸ *Juger sous Vichy*, actes de la journée d'études du 29 novembre 1993, *Le Genre humain*, n° 28, et *Le Droit antisémite de Vichy*, actes du colloque tenu à Dijon les 19 et 20 décembre 1994, *Le Genre humain*, n° 30-31.

⁹ *Le Nouveau Droit public de la France*, Sirey, 1941, p. 9. Parmi d'autres, Roger Bonnard défend la thèse exactement inverse dans son *Précis de droit administratif*, 4^e édition (« revue et mise au courant des réformes administratives »), LGDJ, 1943, p. 303.

légitimer – vont frapper non seulement les juifs et les enfants d'étrangers, mais aussi les francs-maçons et plus généralement tous les opposants que le régime se reconnaît, à commencer par les responsables des syndicats de fonctionnaires, qui en sont la bête noire. Une fois ses rangs nettoyés des « incapables moraux qui l'infestaient » – ces termes sont ceux de l'époque – l'Etat nouveau pourra faire triompher les capacités. Voici venu le temps des meilleurs, la logique de la compétence semblant l'emporter avec un inspecteur des finances ministre des Finances, un polytechnicien chargé du portefeuille des Communications, un membre de l'Académie des Inscriptions et Belles-lettres à l'Instruction publique. Et le Conseil d'Etat a toute sa place dans ce dispositif : place symbolique, puisqu'il a l'honneur, en août 1941, de recevoir le maréchal Pétain – premier chef de l'Etat à se rendre en son Conseil depuis Napoléon I^{er} – mais place réelle également, la Haute Assemblée devant largement contribuer, comme en disposa une loi de décembre 1940, à la préparation des lois¹⁰. Mais ses espoirs furent déçus : non seulement le Conseil d'Etat ne fut pas systématiquement associé – loin de là – à la rédaction des lois de l'Etat français (c'est ainsi qu'il n'a pas rédigé, en tant que corps, le statut des juifs), mais encore il dut constater que le législateur nouveau – c'est-à-dire le gouvernement et son administration – pour être sans doute plus efficace que le Parlement défunt, était aussi infiniment plus brouillon. Le vice-président de la Haute Assemblée s'en plaignit devant les gardes des sceaux successifs – et qui lit aujourd'hui l'abondante production de textes normatifs de l'époque est effectivement frappé par son caractère bureaucratique, tatillon et incertain.

Les plus fidèles soutiens du régime se désolaient de cette déviation de l'Etat autoritaire en Etat bureaucratique. Bien des « compagnons de route » du pétainisme y voyaient un signe de la faillite annoncée du régime. Le doyen Bonnard, toujours lui, en tirait même la conclusion d'un ouvrage de doctrine qu'il consacra, en 1942, à la théorie et la pratique constitutionnelle du régime. Comparons pour cela l'introduction de ce livre :

Certains croient ou affectent de croire que le régime autoritaire actuel n'est qu'un accident dû aux circonstances, qu'il disparaîtra avec elles et qu'ainsi, avec l'ordre normal, on reviendra à la démocratie parlementaire. C'est là se faire de pures illusions et prendre par trop des désirs pour la réalité.

D'abord, le régime politique de 1875 ne peut pas revivre. Quand un régime politique tombe accablé sous le poids de tant de fautes impardonnables et chargé de la responsabilité d'un désastre sans nom, comme il en a été de notre démocratie parlementaire, il ne peut pas se relever d'un tel effondrement, car il apparaît comme entaché de

¹⁰ Sans même évoquer l'essaimage des membres du Conseil d'Etat vers l'administration active, qui ressortit d'une autre analyse.

vices irrémédiables. Ce ne sont pas seulement les hommes qui se trouvent être écartés ; ce sont aussi les institutions qui sont définitivement condamnées et abolies¹¹.

à sa conclusion :

Si je crois à la supériorité du régime autoritaire sur le régime démocratique, je crois aussi que le régime autoritaire peut être pire que le régime démocratique, s'il ne comporte pas certains aménagements pour éviter notamment qu'il ne dégénère en bureaucratisme. Or, je crains que ce ne soit l'erreur mortelle dans laquelle s'enfonçe de plus en plus le régime autoritaire de 1940 de glisser tous les jours davantage sous la domination de la bureaucratie¹².

Le grand publiciste citait comme constitutif de cette « erreur mortelle » le dogmatisme avec lequel l'Etat nouveau avait dissout toute association, groupement ou conseil susceptible de laisser croire que l'autorité du chef pourrait se partager. Je ne parle pas ici des syndicats de fonctionnaires, bêtes noires du pouvoir en même temps que de bien des juristes, ni même de ces ententes aussi peu subversives que la société des agrégés ou l'association du corps préfectoral – pourtant l'une comme l'autre dissoutes sur ordre du pouvoir. Mais de ces nombreux conseils siégeant dans tous les ministères, et dont le doyen de Bordeaux estimait que, « composés en majeure partie des éléments actifs des services, [ils] étaient susceptibles d'apporter une utile information aux [...] administrations centrales »¹³. En se privant des bienfaits de cette « administration consultative », dont Pierre Rosanvallon a souligné l'apport essentiel au fonctionnement de l'Etat sous la Troisième République¹⁴ (notamment en matière sociale), on risquait, pronostiquait Bonnard, la paralysie et la décomposition du régime par étouffement de l'intérêt général sous les pesanteurs bureaucratiques. Le pronostic n'était pas faux.

Que pesaient alors, face à l'instauration de ce type nouveau d'un Etat formellement de droit mais dans la pratique largement soumis au bon vouloir des administrations, les capacités d'indépendance du Conseil d'Etat ? Sans doute, en tant que juge administratif suprême, ce dernier ne fut-il pas empêché de poursuivre sa mission. Il le fit sans servilité, tous les

¹¹ *Les Actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, p. 2.

¹² *Ibid.*, p. 177.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Le Peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Gallimard, 1998, pp. 257-265. L'ouvrage fait se succéder trois chapitres consacrés respectivement à la « démocratie des partis », aux syndicats et à l'administration consultative sous le titre générique de la « démocratie d'équilibre ». Voir aussi M.-J. Redor, *op. cit.*, p. 91.

arrêts qu'il rendit n'étant pas du goût du pouvoir en place. Même dans l'Etat autoritaire, on vit ainsi le juge annuler des décisions ministérielles, y compris en matière d'exclusion. La jurisprudence concernant l'application des statuts des juifs fut certes balancée¹⁵, mais au prix de ces processus de banalisation qu'a étudiés Danièle Lochak dans un article pionnier¹⁶. En outre, la plupart de ces arrêts intervinrent après que le Conseil d'Etat eut retrouvé son cadre parisien du Palais-Royal. Dans les presque deux ans qui séparèrent ce retour, à la fin de juin 1942, de l'instauration du régime de Vichy, son activité fut, par la force des choses, surtout d'ordre administratif. Ceux des avis dont j'ai pris connaissance, concernant les textes d'exclusion, témoignent d'une adhésion large de la Haute Assemblée aux principes de la Révolution nationale. Un tel mode de fonctionnement répond-il, dans ces conditions, à la définition canonique de l'Etat de droit, qui postule un effectif « contrôle de l'activité administrative par un juge indépendant » ? On peut longuement discuter de ce dernier adjectif¹⁷, en constatant en tout état de cause que le degré d'indépendance alla croissant avec le temps : comme presque toute l'administration, le Conseil d'Etat de janvier 1944 – date d'un arrêt cassant le relèvement de fonctions, par le ministre de l'Education nationale, d'un enseignant présenté comme « gaulliste » – s'apprêtait à une transition annoncée. Grâce à la construction progressive par la France Libre, à Londres et plus sensiblement à Alger, d'une légalité nouvelle s'enrichissant à mesure que celle de Vichy perdait de son efficacité, cette transition ne poserait guère de problème pour les administrations : comme l'écrivait candidement un préfet de l'époque, elles se devaient de servir le pouvoir nouveau, celui du général de Gaulle, aussi fidèlement qu'elles avaient servi le pouvoir ancien, celui du maréchal Pétain.

Retour au droit naturel ?

Que cette légalité de rechange se soit proclamée légitime depuis le 16 juin 1940, que donc, dans la vision gaulliste, Vichy n'ait jamais été un Etat

¹⁵ On trouvera une analyse de l'attitude du Conseil d'Etat dans l'article de Jean Massot, actuel président de section au Conseil d'Etat, « Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy », *Vingtième siècle*, n° 58, avril-juin 1998, pp. 83-99.

¹⁶ « Les mésaventures du positivisme ou la doctrine sous Vichy », dans *Les Usages sociaux du Droit*, CURAPP-Presses universitaires de France, 1989, pp. 252-285.

¹⁷ On opposera par exemple la contribution particulièrement indulgente du conseiller d'Etat Tony Bouffandeau publié dans la première livraison des *Études et documents du Conseil d'Etat*, 1947, à l'article sévère du professeur Olivier Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat jugeant au contentieux », *Revue du Droit public*, 1983, n° 3, pp. 565-629.

était une fiction politiquement nécessaire : la guerre se gagnerait aussi sur le front de la légitimité, celui où œuvraient les rares juristes ralliés à la France Libre, et d'abord René Cassin seul. Mais les « gaullistes historiques » d'aujourd'hui – tels quelques-uns de ceux qui vinrent témoigner en faveur de Maurice Papon lors de son procès commencé à l'automne 1997 – auraient dû comprendre que soutenir une telle position plus d'un demi-siècle après les faits, donc confondre le symbolique et le réel, n'avait plus de sens, notamment aux yeux des jeunes générations¹⁸. Le régime de Vichy a évidemment existé, et existé en tant qu'Etat. On pourrait simplement se demander, suivant en cela certains théoriciens du droit, si ce régime resta un Etat jusqu'au bout. À en croire par exemple Michel Troper, au demeurant très critique sur la notion même d'Etat de droit¹⁹, on pourrait contester au mode de pouvoir de l'Allemagne nazie la qualification d'Etat, faute d'un ordre juridique hiérarchisé de manière stable. Mais, poursuit l'auteur, que cela change-t-il de refuser le nom d'Etat à cette polycratie dans laquelle les factions – celles du parti comme celles de l'administration ou de l'armée – se livrent à des batailles farouches ? Et il répond :

Beaucoup sur le plan théorique, si l'on tire toutes les conséquences de l'identification de l'Etat et du Droit. Cette thèse signifie en effet, d'une part, que l'Etat n'est pas autre chose que le nom que l'on donne au pouvoir politique lorsqu'il s'exerce dans une certaine forme, la forme juridique ; d'autre part, qu'il existe une relation entre la forme du pouvoir et le contenu des décisions qui sont prises²⁰.

Il serait nécessaire – en même temps que très complexe – d'envisager la transposition à l'Etat français de cette conception. La France de Vichy ne fut certes pas l'Allemagne nationale-socialiste, et il est devenu banal de rappeler les raisons qui font que Vichy n'est pas un fascisme, sinon, de manière partielle, en son extrême fin. Avec l'Etat milicien qui se met en place, dans les secteurs de la propagande et du maintien de l'ordre notamment, au début de 1944, on entre en effet dans un processus de fascisation, qui ira jusqu'à la désagrégation partielle des administrations de l'Etat placées sous l'autorité de Darnand (il est à peine exagéré de

¹⁸ Et est même contre-productif par rapport à ce que l'on imagine être l'objectif de ces hommes et femmes – tous indiscutables résistants, et souvent associés dès l'origine à la geste gaulliste – à savoir expliquer et défendre l'action du général de Gaulle de cette époque.

¹⁹ Qui est pour lui « ou bien une contradiction dans les termes, ou bien une tautologie », « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n° 15, 1992, p. 51-63 (*loc. cit.* p. 55).

²⁰ « Y a-t-il eu un Etat nazi ? », dans *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, p 177-182.

parler, dans certaines régions, de guerre entre police et Milice). C'est l'ère de la violence brutale, l'ère des cours martiales, de toutes les cruautés dans la lutte contre les résistants, l'ère aussi des meurtres de Jean Zay, d'Hélène et Victor Basch, de Georges Mandel, qui conduiront à l'extrême fin du régime – pas avant le 6 août 1944 – un Pétain affolé à désavouer Darnand en reprochant à la Milice de constituer une tache indélébile dans l'histoire française. Darnand lui répondit, non sans raison, qu'on aurait pu s'en apercevoir plus tôt.

On aurait effectivement pu s'en apercevoir plus tôt – y compris même avant la création de la Milice. Car les événements de l'été 1942 – les premières rafles opérées au moyen des forces de police françaises – avaient changé beaucoup de choses, bien que le sort des Juifs, question importante pour le régime, ne fut pas pour autant central dans ses choix : à l'automne 1940 puis en juin 1941 le statut ne constitua qu'une exclusion parmi d'autres (l'époque n'en manquait pas, car le régime ne manquait pas d'ennemis). Quant aux rafles de l'été 1942, dont on sait grâce à Serge Klarsfeld avec quelle minutie elles furent préparées puis mises en œuvre, elles comptaient surtout comme gage de la bonne volonté collaboratrice du gouvernement français. On en parla effectivement beaucoup sur le moment, mais on ne parla pas que de cela, et on en parla beaucoup moins ensuite. Jusqu'à ce que, par référence aux fondements moraux de la notion de crime contre l'humanité, notre époque mette au cœur de son analyse une acception substantielle de la notion d'Etat de droit. De sorte que l'on serait contraint, après avoir chassé le droit naturel, à le réintégrer dans la démonstration. Seule la référence au droit naturel permet en effet de cesser de qualifier d'Etat de droit le régime de Vichy à partir du moment où il consent à placer la puissance publique au service du meurtre organisé administrativement.

Sur ce terrain largement balisé par de nombreux et importants travaux juridiques, le non-juriste que nous sommes ne peut s'engager très loin – sinon pour rappeler la permanence du débat, commencé au tournant du siècle à partir de l'œuvre de Kelsen, entre ceux pour qui « il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou doivent refléter certaines exigences morales » et ceux qui veulent croire, au contraire « [qu']il existe certains principes de conduite humaine qui attendent d'être découverts par la raison humaine et auxquels les lois faites par l'homme doivent se conformer pour être valides »²¹. Ces derniers s'inscrivent dans une tradition ancienne. « Il y a une justice et une injustice dont tous les

²¹ Herbert L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, publications de l'Université Saint-Louis, 1976, p. 224, cité par Pierre Bouretz, « Le droit et la règle : Herbert L. A. Hart », dans Pierre Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, éditions Esprit, 1991, p. 42.

hommes ont comme une divination », écrit Aristote²², après Sophocle :

Je ne pense pas que tes décrets soient assez forts
pour que toi, mortel, tu puisses passer outre
aux lois non écrites et immuables des dieux.
Elles n'existent d'aujourd'hui ni d'hier mais de toujours ;
personne ne sait quand elles sont apparues.
Je ne devais pas par crainte des volontés d'un homme
risquer que les dieux me châtient²³.

Or, si l'utilisation passe-partout faite aujourd'hui de la notion d'Etat de droit pose implicitement comme allant de soi le droit naturel, il est anachronique de transposer ces conclusions à la période ici en cause. D'autant que, si l'on suit Michel Troper²⁴, en interprétant et en expliquant les lois d'exclusion, contribuant ainsi à leur euphémisation, les juristes de l'époque ne furent en rien des positivistes. Pour les véritables positivistes, qui donnent pour fonction à la science du droit de décrire de manière neutre et objective le droit posé, la neutralité axiologique n'est en rien une attitude éthique²⁵. La *ratio legis* – ce que nous appelons les intentions du législateur – n'est pas dans le droit, mais hors du droit, de sorte que chercher à la connaître « peut être de quelque intérêt pour la psychologie du législateur, pour la sociologie du droit, pour l'histoire, pour la métaéthique [...] mais] est tout à fait inutile pour la connaissance du droit proprement dite »²⁶.

C'est donc à l'histoire, et plus précisément à l'histoire de la relation entre le pouvoir vichyssois et les autorités spirituelles qui l'avaient initialement soutenu, qu'il convient de revenir. Ainsi lorsqu'à la fin d'août 1942 – alors que, comme en font foi les rapports des préfets, la population française est marquée par la brutalité avec lesquelles ont été effectuées les rafles dans les deux zones – retentit la voix de Mgr Saliège, archevêque de Toulouse, entendue par tous les fidèles de son diocèse le 23 août 1942 :

Il y a une morale chrétienne, il y a une morale humaine, qui impose des devoirs et reconnaît des droits. Ces devoirs et ces droits tiennent de la nature de l'homme; ils viennent de Dieu. On peut les violer. Il n'est au pouvoir d'aucun mortel de les supprimer. [...] Dans notre diocèse, des scènes d'épouvante ont eu lieu dans les camps de Noé et

²² *Rhétorique*, I, 13.

²³ Sophocle, *Antigone*, édition de La Pléiade, 1967, p. 584.

²⁴ Dans son article discutant celui, précité, de Danièle Lochak : « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 286-292.

²⁵ *Ibid.*, p. 288.

²⁶ *Ibid.*, p. 291.

Récébédou. Les Juifs sont des hommes, les Juives sont des femmes. Les étrangers sont des hommes, les étrangères sont des femmes. Tout n'est pas permis contre eux ; contre ces hommes, contre ces femmes, contre ces pères et ces mères de famille. Ils font partie du genre humain. Ils sont nos frères comme tant d'autres. Un chrétien ne peut l'oublier.

Paroles superbes, d'autant plus souvent citées que les exemples analogues sont rares. L'arbre ne doit en effet pas cacher la forêt ; peu nombreux seront les prélats à suivre le haut exemple de l'archevêque de Toulouse : surtout Mgr Théas à Montauban et, de manière moins forte, Mgr Moussaron à Albi, Mgr Delay à Marseille et le cardinal Gerlier à Lyon. On ne peut donc pas parler d'un sursaut de l'Église de France contre les déportations. Pour autant, j'irais plus loin que Jean Estèbe qui voit en Mgr Saliège un « militant de la résistance à l'immoralisme nazi, pas de la résistance au régime de Vichy »²⁷. Si, effectivement, l'archevêque ne cessa jamais de respecter la personne du Maréchal, et ne prôna évidemment pas la subversion, ce ferme rappel à l'ordre, à l'ordre évangélique, et à la morale contribua à saper les fondements du régime. On trouve dans les archives des renseignements généraux une note de septembre 1942 soulignant son impact dans les milieux chrétiens de Paris, qui regrettaient que plus de prélats – à commencer par le cardinal Suhard – n'aient pas cru bon de suivre cet exemple. Pierre Laval ne s'y trompa guère, qui fit savoir au Vatican combien le gouvernement français apprécierait la mise à la retraite de l'archevêque indocile²⁸.

Lorsqu'il évoquera, quelques jours plus tard, « le respect de la personne humaine transgressé », le Conseil national de l'Église réformée se situera aussi dans le champ de ce que Michel Foucault qualifierait, bien plus tard, de « bio-politique », à savoir « l'intégration de la vie naturelle des hommes en tant que population dans les mécanismes et calculs du pouvoir étatique »²⁹. Le philosophe italien Giorgio Agamben en a renouvelé la problématique dans un ouvrage publié en Italie en 1995, et en France deux ans plus tard, sous le titre *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue*. Le vingtième siècle a, selon lui, redonné vie à l'*homo sacer* du droit romain archaïque, défini comme « l'homme qu'on peut tuer sans commettre d'homicide, mais qu'on ne peut pas mettre à mort dans les formes

²⁷ *Toulouse...*, *op. cit.*, p. 255.

²⁸ Serge Klarsfeld, *Vichy-Auschwitz*, t. I, Fayard, 1983, p. 370.

²⁹ Nicolas Tenzer, à propos du livre de Giorgio Agamben, *Homo sacer. Le pouvoir souverain et la vie nue* (Seuil, 1997), dans *Le Banquet*, 1^{er} semestre 1995, n° 10, p. 310.

rituelles»³⁰, car il est au ban de la société. À partir de cette figure, Agamben relit le fascisme et le nazisme comme ayant poussé à l'extrême le rapport entre le pouvoir souverain et la « vie nue » (la *zoe* des Grecs, opposée à la vie construite, *bios*). Constatant que « la vie humaine ne se politise que par l'abandon à un pouvoir inconditionné de mort »³¹, il pose comme lieu emblématique de la société politique de notre siècle non plus la cité, mais le camp de concentration, espace où la violence et le droit se confondent.

Cette recherche du point de jonction cachée entre le modèle juridico-institutionnel et le modèle biopolitique du pouvoir fait de la vie nue le fait politiquement décisif ; elle peut ainsi aider à montrer comment des démocraties, sans devenir des totalitarismes, ont mis en œuvre cette dénaturation du pouvoir en politique de la vie nue, soumise au bon vouloir du souverain. Qu'en est-il, dans cette optique, de Vichy ? On peut, avec Raymond Aron, voir comme une perversion du rapport de protection devant exister entre un Etat et des populations qui se croyaient sous sa protection l'article 19 de la convention d'armistice, qui faisait obligation au Gouvernement français de remettre au Reich hitlérien les réfugiés allemands que ce dernier réclamerait. On doit aussi considérer que, par rapport à ce premier pas, il n'y a pas simple différence d'échelle, mais bien de nature, avec l'acceptation de la participation administrative française à l'assassinat industriel des Juifs. Et la moindre de nos interrogations actuelles sur l'Etat de Vichy n'est pas ce décalage chronologique d'une année, entre l'été 1942 et l'été 1943, qui différencie, s'agissant de la délégitimation du régime, la majorité de la population et la haute fonction publique.

« France, prends garde de perdre ton âme », avait prévenu dès l'automne 1941 le jésuite Gaston Fessard, dans le premier numéro de *Témoignage chrétien*³². C'est le même registre que retint un tract de la Résistance catholique datant du printemps 1943, intitulé « Consultation donnée par un groupe de juristes et de théologiens ». Ces derniers s'y disaient « frappés par les difficultés qu'éprouvent un grand nombre de leurs concitoyens à comprendre la doctrine traditionnelle de l'Église quant au respect dû au pouvoir établi », et se proposaient de définir les limites de l'obéissance due au régime par ses agents. Définissant le gouvernement légitime comme « celui dont l'autorité, acceptée par le peuple qu'elle régit,

³⁰ *Op. cit.*, quatrième de couverture.

³¹ *Op. cit.*, p. 100.

³² On en trouvera le texte intégral dans le recueil reprenant les principaux écrits clandestins de Gaston Fessard, *Au temps du prince esclave. Écrits clandestins 1940-1945*, Critérian, 1989. Voir notamment, sur l'antisémitisme, p. 87-88.

pourvoit aux exigences essentielles du bien public», il concluait, à l'issue d'une longue démonstration, « [qu']un pouvoir n'est pas fait pour livrer son peuple, mais pour le défendre. Il doit agir *pour* son peuple, non *contre* lui. Un pouvoir désormais impuissant [...] est inapte à gérer les droits communs. Il ne peut rendre service qu'à l'ennemi.»³³ Pointer ainsi les limites de l'obéissance, c'était apporter aux interrogations des « fonctionnaires qui scrutent leur conscience », sur lesquels avait ironisé Laval en juin 1943³⁴, des éléments de réponse. Éléments qui s'efforçaient d'être fondés sur l'ordre juridique, tant il est vrai que la fonction publique restait fortement imprégnée de juridisme, découlant à la fois de sa formation et de sa pratique, face à un Etat continuant à apparaître légal, et même encore partiellement légitime. La question est donc moins de savoir s'il convient de l'appeler ou non Etat de droit que de constater les terribles conséquences de cette conjonction de l'absolu formel de la loi, hérité de la Révolution française, et d'une idéologie autoritaire et contre-révolutionnaire.

Marc-Olivier Baruch
Institut d'histoire du temps présent

³³ AN 2AG 609 (souligné dans le texte).

³⁴ Allocution radiodiffusée du 5 juin 1943, citée par Pierre Nicolle, *op. cit.*, t. II, p. 509-510.

