



CONSEIL D'ÉTAT

HISTOIRE ET MÉMOIRE



Sous la direction de
Marc Olivier Baruch

**Faire des choix ?
Les fonctionnaires
dans l'Europe
des dictatures,
1933-1948**

**Faire des choix ?
Les fonctionnaires
dans l'Europe des dictatures,
1933-1948**

Actes du colloque organisé par le Conseil d'État
et l'École des hautes études en sciences sociales,
à Paris, les 21, 22 et 23 février 2013.

Illustrations en couverture :
Lithographie P. Benoist © Conseil d'État
© ECPAD - Collection La Documentation française - Tous droits réservés

En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.
Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

© Direction de l'information légale et administrative, Paris 2014.
ISBN : 978-2-11-009547-3

CONSEIL D'ÉTAT

COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

HISTOIRE ET MÉMOIRE

Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948

Actes du colloque organisé par le Conseil d'État
et l'École des hautes études en sciences sociales,
à Paris, les 21, 22 et 23 février 2013.

Sous la direction de
Marc Olivier Baruch

Sommaire

Introduction : Faire des choix Marc Olivier Baruch	7
Ouverture	11
Allocution de François Weil, recteur de l'académie de Paris	13
Allocution de Pierre-Cyrille Hautcœur, président de l'EHESS	15
Allocution de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État	17
Intervention de François Hollande, Président de la République	19
La marge et l'indérogeable : rétrospective et prospective Mireille Delmas-Marty	25
 Première partie	
Prise du pouvoir et mise au pas	35
Introduction Jean Massot	37
Rupture et continuité des espaces d'expérience dans l'Europe des dictatures L'exemple des hauts fonctionnaires Didier Musiedlak	39
La préfecture de l'Isère, de la III ^e République à l'État français Tal Bruttman	51
Sovietizing Eastern Europe, 1945-1948 Dónal O'Sullivan	61
Perspectives : Les diplomates entre Vichy et la France Libre Allégeance et rupture Denis Bauchard	69
 Deuxième partie	
Le droit, outil de légitimation ou garde-fou ?	79
Introduction Bernard Pêcheur	81
Les ambiguïtés de la légalité administrative Olivier Cayla	85



Reinhard Höhn : juriste, SS et manager Olivier Jouanjan	99
D'une dictature à l'autre... Droit et politique en Roumanie de 1938 à 1948 Florin Turcanu	127
Perspectives Irène Carbonnier	139
Troisième partie	
Pratiques professionnelles et marges de manœuvre	149
Introduction Danièle Lochak	151
Cinquante nuances de noir Giovanni Focardi	157
Establishing Early Francoism: Central and Local Authorities in Spain, 1939-1958 Julio Ponce Alberca	169
Gérer le « moindre mal » : Administration et occupation, le cas de la Belgique Chantal Kesteloot et Bénédicte Rochet	189
Perspectives Jean-Pierre Duport	209
Quatrième partie	
Personnes, institutions et réseaux	213
Introduction Martine de Boisdeffre	215
La difficile posture du cavalier seul Marc Olivier Baruch	217
Pierre Tissier, un homme de l'État Matthieu Schlesinger et Aurélien Rousseau	225
Alfred Porché, vice-président du Conseil d'État durant le régime de Vichy De la rigueur à l'oubli... Olivier Carton	251



Quand le singe vient réclamer son crâne : héros ordinaires au miroir de la littérature Perrine Simon-Nahum	263
Perspectives Jacques Vistel	271
Conclusions	
Quelles leçons de l'histoire ?	277
De l'action efficace à l'action juste Introduction à la table ronde Jean-Marc Sauvé	279
Table ronde des élèves de la promotion <i>Marie Curie</i> (2011-2012) de l'ENA Stéphanie Cabossioras, Florian Cahagne, Anthony Duplan, Ali Ferhi, Stéphane Gaillard, David Krieff, Benoît Mas, Sylvain Monteillet, Adeline Rouzier-Deroubaix	285
Libres considérations sur le dilemme du fonctionnaire confronté à la dictature Olivier Beaud	295
Index des noms	313
Index des auteurs	319
Table des matières	321



Introduction : Faire des choix

Marc Olivier Baruch

Même en la ponctuant d'un point d'interrogation, l'expression « faire des choix » est-elle la mieux à même d'évoquer le comportement des fonctions publiques face aux dictatures qu'a connues l'Europe des années 1930 et 1940 ? N'est-ce pas au contraire le propre des fonctionnaires que de mettre un point d'honneur à ne pas choisir – en soulignant qu'ils servent non un gouvernement, non un régime, non un pouvoir mais l'État ?

Prenons le cas français. Jusqu'au 9 juillet 1940, le pays vit en république. Dès le surlendemain, changement d'intitulé : l'État français s'installe. Pour quel agent public serait-ce un problème ? Pas pour Marcel Peyrouton, haut fonctionnaire ayant fait une belle carrière coloniale sous la III^e République et ministre de l'Intérieur entre septembre 1940 et février 1941 – signataire à ce titre du statut des juifs : « Je ne suis pas républicain, déclara-t-il sans émotion devant ses juges de l'après-Libération, je ne suis pas anti-républicain, je suis un fonctionnaire. Si j'avais dû me poser cette question, je me la serais posée trente-cinq fois en trente-cinq ans de carrière. »

Pas de choix donc, mais un réflexe : obéir aux ordres, reçus de ceux qui se trouvent placés aux commandes de l'État. Publiant en 1951 *Finances sous la contrainte*, deuxième tome de ses mémoires, Yves Bouthillier, ministre des Finances jusqu'à avril 1942, le dédia « à tous les fonctionnaires et agents du ministère des Finances qui, au temps de l'occupation ennemie, restèrent fidèles au sol de France et, avec un tranquille courage, furent assez généreux pour servir ». Servir, au sens absolu. Non servir qui ? Servir quand ? Servir jusqu'où ? : toutes questions d'aujourd'hui – mais dont on aurait tort de penser qu'elles ne sont que des questions d'aujourd'hui. Voici ce qu'en écrivait dans la revue *Esprit*, dès 1947, le poète et résistant Pierre Emmanuel : « Dans le *Petit Larousse*, au mot légitime, je lis : qui a les qualités requises par la loi, mais aussi : juste, équitable. Deux définitions : l'une légale, l'autre morale. Jusqu'ici, tout l'effort spirituel de l'homme fut de les faire coïncider. Mais si l'on accepte que la loi s'érige hors de l'homme ou contre lui, ne faut-il pas choisir entre elle et l'homme ? [...] Les "réalistes" de la politique ne s'avisent jamais de penser que les peuples aient une étoffe psychique, une vie sourde, à l'équilibre difficile, et sur laquelle il ne faut agir qu'avec respect. »

Ce n'est pas de ce respect-là, insaisissable sans doute, que fut pétrie l'action de l'appareil d'État, mais d'un respect plus traditionnel, celui formellement dû aux ordres et aux lois. Lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les mécanismes d'exclusion, cette conjonction d'obéissance et de formalisme pesa lourd : formalisme de la



juridiction administrative, qui appliqua à la loi de l'État français les critères établis en régime républicain pour refuser de la juger – alors même qu'un professeur de droit, un seul, enseignait en 1941 à ses étudiants parisiens que ce qui portait alors le nom de loi n'était en substance qu'un décret discuté en conseil des ministres et signé Pétain ; en même temps obéissance des administrations centrales et locales à la volonté du chef, traduite en actes – et quels actes ! – par l'intermédiaire de ces « mécanismes institutionnels producteurs d'innocence » (Pierre Legendre), mécanismes dont Max Weber, quelques décennies plus tôt, avait déjà noté l'importance dans ce qu'il avait dénommé la « domination légale-rationnelle ».

Ce qui est ici rapidement évoqué à partir de l'exemple français, comment l'élargir pour tenter de penser ensemble l'institution et l'homme, l'ethos professionnel et le cas de conscience ? Tel est le défi intellectuel que s'étaient donné les rencontres internationales organisées par le Conseil d'État et l'École des hautes études en sciences sociales en février 2013 à Paris, rencontres dont le Président de la République souligna l'importance de l'enjeu en honorant leur inauguration de sa présence effective. Il fut relevé au fil de sessions thématiques, systématiquement construites dans une perspective comparatiste, grâce aux études de cas développées par des universitaires venus d'Espagne (Julio Ponce Alberca), de Belgique (Bénédicte Rochet et Chantal Kesteloot), des États-Unis (Dónal O'Sullivan), d'Italie (Giovanni Focardi) et de Roumanie (Florin Turcanu). Sauf deux d'entre eux, dont on trouvera ici la contribution en anglais, tous ont bien voulu écrire et prononcer leur intervention en français.

L'originalité principale de ce colloque tenait à sa structure. Il s'agissait en effet de tenter de jeter un pont entre deux mondes qui, en France au moins, s'ignorent quand ils ne se méprisent pas : le monde du savoir, ici représenté par le grand établissement d'enseignement supérieur et de recherche qu'est l'EHESS, et le monde du pouvoir d'État, dont le Conseil d'État constitue l'un des viviers. Bien au-delà de ces deux institutions, il s'agit de mettre en place, à partir d'un moment crucial, l'amorce d'une réflexion commune. À cette fin, de hauts responsables de l'appareil administratif français – Denis Bauchard, diplomate, Irène Carbonnier, magistrate, Jean-Pierre Duport, préfet, Jacques Vistel, conseiller d'État – ponctuèrent chacune des sessions thématiques de leur analyse de ce qu'hier pouvait dire d'aujourd'hui : moins des leçons – Paul Valéry écrivait, en 1931, que « l'histoire justifie ce que l'on veut [et] n'enseigne rigoureusement rien, car elle contient tout et donne des exemples de tout » – que des éclairages, des rapprochements parfois. Cet apport des aînés fut, *in fine*, complété par celui des jeunes femmes et des jeunes hommes prêts à entrer dans la carrière, élèves de la promotion *Marie Curie* (2011-2013) de l'École nationale d'administration, qui entamaient alors tout juste leur parcours au sein des corps et institutions de l'État dans lesquels le classement de sortie de cette prestigieuse école les avait à jamais enracinés, cela au sein du double exercice conclusif de synthèse, confié dans l'esprit du colloque à la fois à un universitaire, le professeur Olivier Beaud et au vice-président du Conseil d'État, M. Jean-Marc Sauvé.

C'est un triple défi intellectuel que ces rencontres eurent à relever.

Aux difficultés inhérentes à toute histoire comparée s'ajoutent non seulement le flou entourant la définition du terme même de fonctionnaire ou de fonction

publique d'un État à l'autre, mais encore, et surtout, la variété extrême des régimes composant « l'Europe des dictatures, 1933-1948 », terme commode d'usage mais qui est loin d'être scientifiquement irréprochable. Une réelle prudence méthodologique s'impose face à l'ambition de comparer, voire simplement de rapprocher les épurations du salazarisme ou celles décidées par Vichy avec la brutalité du fascisme, les meurtres de masse de la guerre d'Espagne, le délire génocidaire du nazisme, le stalinisme sanguinaire des procès de Moscou puis celui qui s'implanta par ruse et par force derrière le rideau de fer après la Seconde Guerre mondiale.

Ce fut néanmoins le rôle de la première session, « Prise du pouvoir et mise au pas », que de repérer, à travers l'extrême diversité des situations et des régimes, d'éventuels dispositifs communs visant à s'assurer l'obéissance de l'appareil d'État. Chacune à sa manière, violente ou tacite, toute dictature s'installant ne propose-t-elle pas un marché à ses fonctionnaires ? Exclure, fût-ce de manière définitive, les « indignes » et en contrepartie gratifier les « dignes » – « remplir les bons d'amour et les méchants d'effroi », lisait-on déjà chez Corneille...

On aurait pu, pour résumer l'ambition de la deuxième session, « Le droit, outil de légitimation ou garde-fou ? », détourner ce qu'écrivait Yves Lacoste de la géographie dans les années 1970 et se demander si « le droit, ça [ne] sert [pas] d'abord à faire de la politique » ? On ne peut en effet qu'être troublé par l'absolu besoin de légitimité formelle que recherchèrent toutes ces dictatures, y compris les plus meurtrières d'entre elles, jusqu'au cœur des massacres. En sens inverse, l'exemple des trois pays ouest-européens occupés par les nazis met en évidence les limites que l'institution peut opposer, si elle le souhaite, à l'instrumentalisation politique des savoirs et des habitus juridiques. La magistrature belge n'alla-t-elle pas ainsi, en janvier 1943, jusqu'à faire grève en présence de l'occupant ?

La problématique n'est pas fondamentalement différente pour la troisième session, « Pratiques professionnelles et marges de manœuvre ». On ne se situait plus là dans le domaine de la définition de la norme mais dans celui de sa mise en œuvre. Les exemples abondent en effet – dans les deux sens, hélas ! – pour démontrer à quel point la connaissance intime des textes, des procédures, des circuits, bref, la maîtrise du métier administratif est un facteur décisif de succès ou de freinage des politiques publiques. Que de destins se sont trouvés en jeu derrière le zèle, vrai ou feint, l'absence de zèle, vraie ou feinte, de tel ou tel agent public, à tel ou tel niveau de la hiérarchie ! Cette question de la marge de manœuvre est essentielle. Encore faut-il se la poser ; vient à cet égard à l'esprit la parole que Pascal attribue au Christ dans le jardin des Oliviers : « Tu ne me chercherais pas si tu ne m'avais trouvé. »

Et puis, thème de la quatrième session, « Personnes, institutions et réseaux », certains firent le saut. Il convenait, en ce début d'année 2013, de voir dans cette réflexion un hommage au préfet Jean Moulin, dont le mois de juin suivant fut celui du soixante-dixième anniversaire de l'atroce fin. Mais lui, et un petit nombre d'autres fonctionnaires à ses côtés – en vérité plutôt du côté des obscurs et des sans-grade que des hauts commis – pouvaient-ils imaginer que leur mort servirait aussi, tant de décennies durant, à protéger la réputation d'administrations, d'institutions, de corps qui furent d'abord, et cela se comprend parfaitement, attentistes et ambivalents ? Il fallut la haute et prophétique voix de Bernanos pour

tonner, dès 1943, contre tous ceux dont « la conscience de fonctionnaire traversait les océans pour courir au secours de la liberté menacée, tandis que leur corps de fonctionnaire restait à leur place, à moins qu'il ne se présentât au guichet ».

Nombre de ces cavaliers solitaires ont témoigné de ce qui leur en avait coûté, y compris après le retour à la normale, d'avoir choisi le statut de paria volontaire. D'avoir refusé, pour reprendre la belle expression de Lucien Febvre, « la pire des servitudes, [qui est de] ne pas reconnaître que l'on est serf ». Quelques exemples en furent évoqués, y compris en provenance de la fiction ; celle-ci peut parfois éclairer l'histoire d'une aveuglante clarté.

De ce tour d'horizon de quelques situations de fonctionnaires et d'institutions en situations extrêmes ne découlait spontanément – par crainte de ce péché suprême de la recherche qui a pour nom amalgame – aucune leçon pour aujourd'hui. Seulement des questions : une institution n'est-elle que la collection des personnes qui la composent ? Dans le cas contraire, comment les institutions pensent-elles, veulent-elles, agissent-elles, protègent-elles, répriment-elles ? En sens inverse, que faut-il à une personne insérée dans un appareil public pour faire le saut la conduisant à agir à côté de l'institution, sans elle, contre elle ? La tension entre logique du cavalier seul et prégnance de l'esprit de corps est-elle si intense qu'elle ne peut se trouver résolue – et à quel prix ! – que par des personnalités d'exception lors de circonstances exceptionnelles ?

Autant de questions qui n'appellent sans doute que des réponses individuelles. La connaissance de ce que firent ceux qui se les posèrent avant nous – parce qu'ils estimaient ne pas pouvoir vivre dans un monde où ces questions n'auraient pas été posées, et qu'il leur revenait d'y apporter, fût-ce au prix de leur vie, leur tentative de réponse – n'en reste pas moins, espérons-le, un utile viatique.

Ouverture



Allocution de François Weil, recteur de l'académie de Paris

Les universités de Paris s'honorent particulièrement de vous accueillir dans cette maison des lettres et des sciences. Votre présence atteste l'importance que vous accordez à l'éthique de la responsabilité. Pour ceux qui ont fait le choix de servir l'État, cette éthique est une haute obligation.

Elle a été théorisée voilà plus d'un siècle par un universitaire, le sociologue Max Weber. Et il est donc naturel que notre réflexion sur ce thème se prolonge aujourd'hui à l'université, à travers ce colloque organisé par le Conseil d'État et l'École des hautes études en sciences sociales sur les choix des fonctionnaires dans l'Europe des dictatures.

Ces choix difficiles, infamants ou honorables, les membres de l'Université de Paris y ont été confrontés durant les années noires. Certains choisirent l'acceptation enthousiaste ou résignée des règles que fixait l'occupant; d'autres préférèrent l'indifférence et le refuge de la tour d'ivoire; d'autres enfin eurent la force d'âme de rompre avec la tradition d'obéissance au nom d'un idéal qui les mena parfois jusqu'à la mort.

Les professeurs engagés dans la Résistance qui sont inhumés en Sorbonne dans la crypte de la chapelle de Richelieu en portent hautement témoignage. Ils symbolisent le sacrifice de tant de fonctionnaires de l'Éducation nationale au service de la France et de la liberté. Ils reposent aux côtés d'élèves, les martyrs du lycée Buffon, dont nous commémorons cette année le soixante-dixième anniversaire de l'exécution.

La destinée de tous ces serviteurs de l'État fut scellée par leur sens de la responsabilité. Comprendre leur choix et celui de tant d'autres, c'est précisément l'ambition de ce colloque qui convoque aux côtés de l'histoire le droit et la philosophie. Car l'enjeu n'est pas seulement historique; il est aussi de nous aider à penser une éthique de la responsabilité.

Au moment de prendre la décision, le choix est celui de l'individu et de son jugement propre. Comme le résumait si bien Hannah Arendt : « La manifestation du vent de la pensée n'est pas la connaissance; c'est l'aptitude à dire ce qui est juste et ce qui est injuste. Et cela peut empêcher des catastrophes... dans les moments cruciaux. »

Alors, permettez-moi de vous remercier, Monsieur le Président de la République, d'être venu ouvrir cette réflexion sur le chemin du jugement responsable.



Allocution de Pierre-Cyrille Hautcœur, président de l'EHESS

Réfléchir aux choix que font les fonctionnaires sous des régimes dictatoriaux, et y réfléchir dans ce grand amphithéâtre de la Sorbonne évoque pour tous mes collègues comme pour les étudiants de l'École des hautes études en sciences sociales la figure de Marc Bloch. Chaque année a lieu ici en juin la conférence Marc Bloch de l'EHESS, en hommage à celui qui, s'il n'avait été fusillé en 1944 pour ses faits de résistance, aurait été, sans aucun doute, co-fondateur de notre École, en hommage surtout à celui qui incarne mieux que quiconque l'articulation nécessaire entre la recherche historique la plus rigoureuse et l'implication dans la vie de la cité. L'EHESS vit dans cette idée que la recherche en sciences sociales n'a de sens que si elle interroge le monde contemporain en empruntant des détours apparents, d'autant plus fertiles qu'ils sont longs et imprévus. La prochaine conférence Marc Bloch, en juin prochain, sera donnée par un écrivain allemand, Hans-Magnus Enzensberger, dont le dernier livre, *Hammerstein ou l'intransigeance*, traite des velléités inabouties de résistance du général en chef de l'armée allemande lors de la prise de pouvoir d'Hitler ; il montre l'ambiguïté de ce noble conservateur méprisant le populisme nazi, qui démissionnera sans oser agir mais dont les enfants résisteront activement.

Réfléchir aux choix des fonctionnaires sous les dictatures en nous associant au Conseil d'État, dont je salue la lucidité courageuse incarnée par son vice-président Jean-Marc Sauvé, c'est pour l'EHESS un pari : c'est espérer, certes, dans le rôle du constructivisme juridique pour la prévention des menaces autoritaires ; c'est aussi en mettre en évidence les limites, car la meilleure des constitutions est parfois de peu de secours comme le montra si bien François Furet – et demain notre colloque à l'EHESS dans l'amphithéâtre qui porte son nom en constituera une sorte de rappel.

Si le droit doit chercher, donc, à élever des barrières face à la barbarie et à protéger la faiblesse, la sociologie et l'histoire nous montrent qu'il n'y suffit pas. La recherche en sciences sociales telle que nous la concevons à l'EHESS est engagée en faveur de la vérité et de la justice par la critique des idées reçues, par la critique des situations établies, par le comparatisme historique et culturel. Nous devons aujourd'hui plus que jamais former par cette recherche les esprits libres qui inventeront la société de demain, en héritiers de ceux qui, au plus noir de l'obscurité nazie, conçurent l'État-providence ou la démocratie sociale.

Monsieur le Président de la République, je vous remercie de venir ici encourager par votre présence la recherche en sciences sociales et son rôle dans la formation des esprits et des caractères.

Allocution de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État

En juillet 2012, lors du soixante-dixième anniversaire de la rafle du Vel' d'Hiv', ce tragique épisode de notre histoire perpétré par un pouvoir et des fonctionnaires français, vous avez souligné, Monsieur le Président de la République, l'importance de « transmettre la mémoire de la Shoah [...] pour témoigner auprès des nouvelles générations de ce que la barbarie est capable de faire et de ce que l'humanité peut elle-même contenir de ressources pour la vaincre ». Soixante-dix années, c'est moins que le temps d'une vie. Ce délai a permis à la recherche historique de mûrir et à la conscience civique d'opérer un salutaire retour sur soi. Il fait aussi mesurer l'effacement progressif des acteurs de ce temps. Il faut donc, inlassablement, vivifier les recherches sur ce que nous avons nommé l'Europe des dictatures, de 1933 à 1948. Témoigner, transmettre, penser ces temps troubles : tel est le but de ce colloque consacré au rôle des institutions et de leurs serviteurs en temps de crise extrême, que vous nous faites l'honneur, Monsieur le Président de la République, d'ouvrir aujourd'hui.

À cette époque, les systèmes démocratiques d'Europe continentale se sont effondrés, les États de droit ont été mis à terre, la violence organisée des appareils d'État s'est généralisée. Dans ce contexte, les grandes institutions publiques se sont affaïssées, se révélant impuissantes à contenir les violations massives des droits de l'homme. Elles se sont adaptées à un ordre juridique nouveau, s'en sont accommodées, voire l'ont légitimé et soutenu. Les individus pour leur part, membres de ces institutions, ont suivi les parcours les plus variés, quelques rares exceptions faisant avec un discernement digne d'éloges le choix de la rupture, une minorité décidant de servir avec zèle le nouvel ordre, la grande majorité continuant simplement à « faire son travail », à « composer », avec la marge de manœuvre qu'elle pensait être la sienne. Servir, en ces temps extrêmes, c'était nécessairement faire des choix, fût-il celui de l'obéissance due par les fonctionnaires aux ordres et à la loi. De tout cela, il sera débattu dans les prochains jours.

L'échec de toutes les grandes institutions, qui traversent les crises avec leurs logiques et leurs pesanteurs, fut aussi celui du Conseil d'État. Je le dis avec l'humilité de celui qui n'a pas été confronté à ces choix dramatiques : notre institution a erré, lorsqu'elle a exercé son activité sans se distancier de buts si manifestement contraires à la tradition républicaine et aux droits fondamentaux ; elle s'est égarée, lorsqu'elle s'est montrée intransigente dans l'application des lois d'exclusion ; elle s'est abîmée, parfois, lorsqu'elle a permis à la xénophobie et l'antisémitisme de certains de ses membres de s'exprimer. Ces points sont maintenant établis grâce aux travaux d'auteurs auxquels je veux rendre hommage : mon collègue Jean Massot, qui fut pleinement encouragé par mes prédécesseurs, les présidents Marceau Long et Renaud Denoix de Saint Marc, ainsi que des chercheurs tels que Marc Olivier Baruch, Olivier Carton, Philippe Fabre ou Danièle Lochak.

Si l'action du Conseil d'État comme de ses membres eut sa part d'ombre, elle ne fut pas, loin s'en faut, univoque. S'agissant des hommes, les figures de Pierre Tissier, Pierre Laroque, Michel Debré ou Alexandre Parodi forcent le respect. En ce qui concerne l'institution elle-même, celle-ci a su protéger ceux de ses membres entrés en résistance ; bien que diminuée des nombreux collègues exclus de ses rangs, elle a maintes fois fait usage de la marge de manœuvre dont elle disposait, en prenant appui, en particulier à partir de 1942, sur ce qui allait devenir les principes généraux du droit. Il reste que, par un trop strict attachement à la loi, par un légicentrisme paradoxalement hérité de la Révolution, le Conseil d'État n'a pas su se donner les moyens de contourner ou d'amortir le choc des lois de l'État français, alors pourtant que ce régime se caractérisait par la confusion des pouvoirs exécutif et législatif et que ces lois rompaient avec nos principes les plus essentiels.

Le formalisme juridique a tôt fait de se transformer en despotisme de la loi, quand sont oubliées la séparation des pouvoirs et la garantie des droits de la personne qui fondent notre ordre juridique. Aux interrogations essentielles qui s'ensuivent sur le rôle du droit et le positionnement des serviteurs de l'État vis-à-vis de la norme, René Cassin répondra par l'affirmation des droits fondamentaux, source vive devant prémunir nos sociétés du risque de dessèchement et de déshumanisation du droit. Nous approfondirons ensemble ces questions.

L'ambition de ce colloque est enfin de permettre de tirer des fils, de s'interroger sur les implications présentes de la relecture de cette époque et, en particulier, de réfléchir aux conséquences des épreuves passées sur la déontologie des fonctionnaires. Il n'y a pas d'État sans fonction publique, ni de fonction publique sans éthique. L'exigence éthique surplombe les techniques et méthodes de l'administration : les leçons de l'histoire nous exhortent à ne pas l'oublier aujourd'hui. Dans leur rapport au politique, à la loi, à l'autorité hiérarchique, les fonctionnaires ont une responsabilité et des devoirs particuliers qui doivent se nourrir de nos expériences, même les plus douloureuses. L'obéissance hiérarchique, qui est un principe cardinal, ne saurait échapper aux questionnements : obéir, ce n'est pas se soumettre, ni renoncer à penser, ni devoir se taire ; ce principe s'assortit même, dans des cas exceptionnels, du devoir de désobéir.

C'est pour toutes ces raisons que sera organisé au long de ces deux jours un dialogue des enseignants-chercheurs avec des praticiens, des grands témoins et, *in fine*, des représentants de la plus jeune génération des fonctionnaires, issus de la dernière promotion de l'École nationale d'administration, la promotion *Marie Curie*. Je remercie le recteur François Weil, ancien président de l'EHESS, et la Sorbonne de leur accueil pour cette session inaugurale, l'École des hautes études en sciences sociales, avec qui la collaboration a été pleinement fructueuse, ainsi que les intervenants et toutes les personnes qui ont contribué à l'organisation de ce colloque. Je vous remercie surtout, Monsieur le Président de la République, de nous faire le grand honneur de votre présence ce soir parmi nous. Vous manifestez ainsi – et nous vous en savons gré – l'importance majeure d'une réflexion sur notre histoire, sur la fonction publique et sur l'éthique du service de l'État ainsi que l'attachement que vous portez à l'actualisation et la transmission de nos valeurs.

Intervention de François Hollande, Président de la République

Je tenais à ouvrir ce colloque sur une question qui peut paraître lointaine, au moment où nous avons à faire nos propres choix, sur une époque qui peut paraître révolue, tant le temps des dictatures, au moins en Europe, paraît derrière nous. Je tenais à venir parce que de notre histoire nous pouvons tirer des leçons qui restent utiles et précieuses, non seulement pour comprendre le présent mais pour préparer l'avenir.

Il y a des moments dans l'histoire où rien n'est plus important que de « faire des choix ». Pour son pays, pour l'État et pour soi-même.

Votre colloque pose une question douloureuse, sûrement la plus douloureuse de notre histoire contemporaine, douloureuse pour la France, douloureuse pour son administration, douloureuse aussi pour les responsables politiques. Vous vous interrogez en effet sur la décision de fonctionnaires, placés devant le dilemme terrible, dans une période elle-même épouvantable, de continuer à servir l'État ou d'obéir à leur conscience.

Ce débat, vous l'ouvrez – et vous avez raison – à l'échelle de notre continent. Car cette question n'a pas été posée qu'en France. Elle a concerné l'ensemble des administrations de l'Europe qui avant de connaître les dictatures étaient composées de nations démocratiques.

Cette histoire s'est écrite de bien des façons. « L'Europe des dictatures », c'est l'Allemagne nazie ; c'est aussi l'Italie de Mussolini ; c'est l'Espagne de Franco ; c'est le Portugal de Salazar. C'est aussi l'Europe occupée et la France de Vichy.

Ces régimes ne sont évidemment pas comparables. Les pays qui ont eu à les vivre avaient d'ailleurs leur propre histoire, leur culture administrative et leur organisation étatique propre.

Mais je veux revenir à la France puisqu'ici nous sommes concernés. J'aborderai la réflexion avec les propos de Robert Paxton : « lorsqu'il fallut choisir – et le choix était dramatique – entre deux solutions : faire son travail, donc courir des risques moraux et abstraits, ou pratiquer la désobéissance civile, donc s'exposer à des dangers physiques et immédiats ». Et il conclut : « La plupart des Français ont poursuivi leur travail. » Ce fut aussi l'attitude de l'essentiel de l'administration.

Certes, et j'y reviendrai, il y eut des conduites exemplaires, des décisions courageuses, des résistances silencieuses, des inerties discrètes mais efficaces. Mais demeure l'essentiel : il n'y a pas eu, en France, de mouvement de désobéissance générale dans l'appareil d'État. Cela ne veut pas dire que les fonctionnaires n'ont pas progressivement marqué de la défiance à l'égard du régime en place, de ses choix, de ses orientations. Mais la plus grande part n'a pas rompu collectivement avec lui.



Marc Olivier Baruch décrit cruellement les motivations des fonctionnaires de l'époque. D'abord, les collaborationnistes convaincus, les partisans de la révolution nationale. Ensuite, les serviteurs zélés – il y en a à toutes les époques –, les ambitieux pressés, y compris de rompre avec la République si cela pouvait faciliter leur carrière.

Mais c'était en réalité une minorité. La plus grande masse était composée du vaste ensemble de ceux qui servirent – je reprends ses mots – « sans arrière-pensée et parfois sans pensée du tout » – ce qui peut arriver. Ces fonctionnaires se cachaient derrière leur devoir de réserve, prévu par les textes et par l'obligation de neutralité, estimant que leur seule mission et leur seul devoir étaient d'obéir. Alors ils ont obéi.

Comment expliquer cette soumission ? Même si c'est plus facile avec les mots d'aujourd'hui, dans la situation que nous connaissons, comment expliquer rétrospectivement cette résignation, ce renoncement ?

D'abord, les historiens le diront mieux que moi, par le choc de la défaite. Comme les autres Français, les fonctionnaires se sont le plus souvent rattachés à celui qui leur semblait être un point d'ancrage : le maréchal Pétain.

Ensuite par la fascination pour l'autorité et, sans doute, la peur de s'y soustraire.

Mais il y eut également le mythe du gouvernement des technocrates, de l'administration impartiale. Sous la III^e République finissante, s'était installé un sentiment délétère de l'impuissance du politique. Ainsi l'administration s'était-elle trouvée, en 1940, valorisée comme l'instrument prétendu d'une efficacité nouvelle ; elle s'est délestée du poids de ses contre-pouvoirs : le Parlement, le syndicalisme libre. Elle a alors cessé de s'interroger sur la légitimité démocratique de l'autorité politique à laquelle elle obéissait. Elle était l'État.

Et pourtant, l'État venait pourtant de changer de nature. Et les plus hauts fonctionnaires – Monsieur le vice-président, vous avez rappelé cette situation – qui étaient les mieux placés pour le voir et le dire, ont même prêté serment au nouveau régime.

Le Conseil d'État a dû affronter courageusement cette réalité : comment une institution chargée de dire le droit a-t-elle pu justifier ce qui n'était plus le droit ? Je salue ici l'initiative qui a été prise, notamment celle du président Massot, pour ouvrir cette indispensable réflexion.

Mais je veux m'attarder également – parce que c'est aussi une leçon de l'histoire –, je veux m'attarder sur ceux qui firent le choix de la dignité et du courage. Au début, pour les fonctionnaires, le choix était de rester ou de partir. Certains, peu nombreux, prirent la décision de partir.

Est-ce à dire que ceux qui sont restés n'ont pas été la hauteur de ce que l'on attendait d'eux ? Non. Beaucoup demeurèrent en poste pour sauver l'essentiel et protéger nos concitoyens. Ainsi des parcours exceptionnels permettent de dire que des personnalités ont sauvé l'honneur de l'administration.

Quelques noms, parmi eux. Pierre Tissier, seul membre du Conseil d'État à avoir rejoint le général de Gaulle.

Alexandre Parodi, maître des requêtes au Conseil d'État, résistant de la première heure jusqu'à la libération de Paris dont il fut l'une des plus hautes figures.

Gustave Monod, ancien directeur de cabinet de Jean Zay – Jean Zay qui méritera le moment venu la reconnaissance du pays – qui fut révoqué de l'Inspection générale de l'éducation nationale pour avoir refusé d'appliquer le statut des juifs.

Jean Moulin, dont nous célébrons le soixante-dixième anniversaire de la disparition, et au souvenir de qui j'associe les cinquante-six préfets et sous-préfets qui ont été tués, blessés, déportés ou qui ont rejoint « l'armée des ombres ». De hauts fonctionnaires ont été capables de faire ces choix.

Mais d'autres, plus modestes, ont également participé à l'esprit de la Résistance. Simone Michel-Lévy, agent des PTT, qui développa un système de « boîte aux lettres » pour les communications clandestines, et un dispositif d'acheminement du courrier à travers toute la France. Torturée puis déportée, elle fut exécutée dix jours avant la libération du camp où elle était détenue.

Et puisque nous sommes réunis pour évoquer les fonctionnaires de toute l'Europe, je veux citer un fonctionnaire portugais : Aristides de Souza Mendes, consul à Bordeaux, qui, désobéissant aux instructions de son propre gouvernement, de Salazar, délivra en une semaine – et il fallait avoir une efficacité, que dis-je, une productivité administrative considérable – près de 30 000 visas à des réfugiés pour qui c'était la condition du salut.

Il y eut encore des agents anonymes – tellement d'agents anonymes ! – qui ont résisté à leur façon, qui défaisaient la nuit la mauvaise toile qu'ils avaient tissée le jour. Là encore, je cite Marc Olivier Baruch qui évoquait récemment le cas d'une fonctionnaire affectée à la préfecture d'Aurillac qui, chaque soir, après avoir passé des heures à établir, sur ordre, des listes de juifs, allait, en sortant du travail, prévenir les malheureux qu'elle avait fichés – leur permettant ainsi de se cacher et de se sauver.

En somme, affaiblie dans une France désarmée, l'administration fut à l'image de la société. Avec ses héros, ses traîtres, et une grande majorité qui n'étaient ni l'un ni l'autre. C'est là l'épreuve, elle était douloureuse, elle était tragique, mais elle ne resta pas sans conséquence puisque – au-delà de l'épuration qui justifierait en soi un autre colloque – il y eut des conclusions considérables qui furent tirées au lendemain de la guerre pour exiger des garde-fous, qui avaient manqué avant, pour prévenir les dérives du pouvoir politique et surtout l'inertie de l'administration.

Un nouvel ordre politique et juridique international, et d'abord européen, est sorti de la tragédie. Nous en sommes aujourd'hui les héritiers. D'abord, la Déclaration universelle des droits de l'homme publiée en 1949, puis la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ont proclamé les valeurs « indérogeables », selon l'expression de Mireille Delmas-Marty, qui fondent les démocraties et qui nous permettent aujourd'hui, sans doute, d'être protégés par rapport à certaines dérives. Tout cela nous a permis d'être dotés d'armes pour défendre les droits des citoyens.

Grâce à ces avancées, la dignité de la personne humaine et la séparation des pouvoirs sont des principes désormais inscrits dans toute l'Europe et qui peuvent être utilisés par tout citoyen en Europe.

Les fonctionnaires qui sont les premiers à avoir la charge de s'assurer que ces principes guident l'action publique, ont pu avoir de nouveaux droits au lendemain de la guerre.

Dès 1944, le Conseil d'État jugea que les fonctionnaires ont un devoir de désobéissance face à un ordre illégal et qu'ils ne peuvent pas se considérer comme de simples exécutants, dégagés de toute responsabilité.

Il faudra néanmoins attendre 1983, c'est-à-dire quarante ans plus tard, pour que l'interdiction de se soumettre à un ordre manifestement illégal puisse être enfin inscrite dans le statut de la fonction publique. Là encore, nouveau progrès.

Mais aujourd'hui, les menaces sur notre fonction publique ne sont plus celles de la dictature du pouvoir politique, mais la menace de l'influence. Influence des intérêts privés – qui ne sont bien sûr pas comparables avec les menaces que nous venons d'évoquer ; influence des forces économiques qui cherchent à accentuer encore certains avantages ; influence de l'argent facile qui ne corrompt pas simplement les esprits.

De nouvelles règles éthiques sont donc à introduire et de nouvelles vigilances sont à faire observer.

Les tentations dans toutes les démocraties peuvent être de tous ordres : trafics, y compris de diplôme, favoritisme, abus de pouvoir, marchés publics... Les situations sont très diverses, du plus grave au plus banal. Pour s'en prémunir, nous avons besoin de cadres communs de référence dans toute l'Europe et d'une véritable culture de la déontologie.

Vous avez à cet égard, Monsieur le vice-président, formulé, dans votre rapport de janvier 2011, des recommandations précieuses. J'ai décidé de les traduire rapidement dans un projet de loi relatif à la prévention des conflits d'intérêt.

Pour les principaux responsables de notre vie publique d'abord – membres du Gouvernement, collaborateurs des cabinets ministériels, membres des instances collégiales des autorités administratives indépendantes et dirigeants d'entreprises publiques – des règles nouvelles seront fixées. Parmi celles-ci, l'inscription dans la loi des exigences de probité et d'impartialité ; l'obligation de souscrire une déclaration d'intérêts et d'activités préalable à la prise de fonction ; la systématisation des mécanismes de déport ou d'abstention pour garantir le caractère incontestable des décisions qui sont prises, par ces autorités indépendantes, au nom de la puissance publique.

Une haute autorité de déontologie de la vie publique sera créée pour veiller au respect de ces principes par les responsables. Les règles déontologiques devront être étendues et adaptées à l'ensemble des fonctionnaires dans le cadre d'une loi qui revisitera les valeurs, les droits et les devoirs qui fondent leur statut. Voilà pour la déontologie.

Mais la vigilance doit également être renforcée. Car la préservation de l'intérêt général repose sur la conscience que chacun doit avoir de sa propre action.

Responsabilité individuelle, d'abord.

Je rappelle que les agents de l'État ont – aux termes de l'article 40 du code de procédure pénale – non seulement le droit mais le devoir d'informer le procureur de la République des délits ou des crimes dont ils seraient les témoins. Ce devoir est essentiel. Les fonctionnaires sont les gardiens du droit et de la loi.

J'ajoute que, depuis six ans, le dispositif des « lanceurs d'alerte » permet aux salariés du secteur privé de dénoncer les faits de corruption qui viendraient à leur connaissance. Ils doivent être protégés d'éventuelles représailles. Il doit en être de même pour les fonctionnaires. Il ne s'agit pas d'introduire je ne sais quelle délation. Il s'agit simplement de permettre à tout agent du service public et à tout salarié du secteur privé de pouvoir dénoncer, avec des éléments, des faits qui peuvent tomber sous le coup de la loi – notamment par rapport à la corruption.

Il y a aussi la responsabilité collective.

La menace, c'est certaines puissances qui existent par l'ampleur de leurs moyens et la démultiplication de leurs instruments de pression, par l'argent dont ces puissances peuvent avoir l'utilisation – mais il n'y a pas que ces puissances-là. Il y a parmi les risques, parmi les menaces, les phénomènes de corporatisme, de communautarisme qui sont aussi des dangers pour la conception même du service public.

Là encore, nous devons avoir des principes et des règles. La fonction publique dispose pour se prémunir de ces influences, de ces pressions, de ces menaces, de ces dangers, de ces risques, des règles de notre laïcité.

C'est pourquoi, votre colloque n'est pas qu'historique. Il ne porte pas simplement sur l'explication de ce qui a pu se produire à une période terrible de notre histoire. Il doit nous permettre d'ouvrir une réflexion beaucoup plus large – et en fonction de ce que nous pouvons avoir comme contexte – sur le droit, l'éthique et le service de l'État.

J'exprime aujourd'hui ma reconnaissance aux chercheurs, aux universitaires, aux intellectuels, qui sont nombreux dans cette salle. Nous avons besoin d'eux, de leur regard, de leur exigence pour en savoir davantage sur nos sociétés et sur les risques qu'elles peuvent rencontrer.

Je salue aussi les fonctionnaires de toute génération qui continuent à s'interroger sur ce qu'est le service public, le sens de l'État, l'éthique, les valeurs collectives. Nous avons besoin d'une fonction publique de qualité, d'un État respecté, de règles reconnues par tous. Nous avons même le devoir que nos concitoyens regardent avec confiance ceux qui ont vocation à décider pour eux, au nom du peuple français. Rien n'est plus terrible que de constater la prise de distance à l'égard de responsables politiques pourtant légitimes, à l'égard de l'administration pourtant reconnue pour être efficace.

Nous connaissons la perversité d'un certain nombre de discours qui visent à éloigner les citoyens de ceux qui les représentent ou de ceux qui les protègent. Aujourd'hui encore, nous avons les uns et les autres, quelles que soient nos places, à défendre cette conception de l'État, cette relation entre l'administration et les citoyens, cette éthique du service public. Seuls les fonctionnaires, quelle que soit leur place dans la hiérarchie, ont à promouvoir cette relation avec nos concitoyens.

J'attache une grande signification à la présence d'élèves de l'une des plus récentes promotions de l'École nationale d'administration, qui a pris, en plus, le beau nom de promotion *Marie Curie*. Parce que c'est à cette génération qu'il appartient de perpétuer l'esprit de service public ; de faire que ceux qui rentrent dans la fonction publique aient l'intention d'y rester le plus longtemps possible et pas simplement d'y faire un passage ; de faire en sorte que les valeurs qui ont justifié la présentation à un concours puissent être toujours les valeurs au terme de la carrière.

J'exprime également ma gratitude au Conseil d'État et à l'École des hautes études en sciences sociales de nous rappeler que rien n'est plus essentiel que la transmission des valeurs collectives – indispensables si l'on veut que de génération en génération nous puissions être gouvernés par les mêmes principes – mais également le sens de la responsabilité individuelle, parce qu'il y a des moments où seule compte la décision personnelle, de ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire, de reprendre comme le disait Monsieur le recteur, les propos d'Hannah Arendt, de se poser les questions de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est tolérable et de ce qui ne l'est pas.

Et puis, enfin, je veux saluer votre colloque sans en connaître les conclusions, mais ce que je sais, c'est que vous avez rappelé que la force de la lucidité et l'exigence de l'éthique nous permettront, quoi qu'il arrive, de relever les défis de l'avenir. Merci.



La marge et l'indérogeable : rétrospective et prospective

Mireille Delmas-Marty

Sous un intitulé apparemment neutre « Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures 1933-1948 », il nous est demandé de traiter l'une des questions les plus difficiles et les plus douloureuses de notre histoire. N'oublions pas qu'avant de devenir, comme on le dit parfois, « laboratoire de la mondialisation », l'Europe a été laboratoire de l'abomination.

Des nations européennes, parmi celles qui s'étaient autodénommées « nations civilisées », n'ont pas hésité à commettre des actes que le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) qualifiera d'« actes de barbarie qui révoltent la conscience humaine ».

Comment ces nations ont-elles pu en venir, pendant cette période qui va de la prise de pouvoir d'Hitler à la soviétisation de l'Europe de l'Est, à ce point où l'État de droit n'est plus qu'un amas de lois au service de la force la plus brutale ?

Comment, en France, un grand professeur de droit constitutionnel comme Joseph Barthélemy a-t-il pu admettre le premier statut des juifs qui suit la disparition de la démocratie, puis, devenu ministre en 1941, accepter de signer les lois établissant de nouvelles discriminations et créant les sections spéciales ? Et comment des institutions aussi anciennes et respectables que les juridictions administratives et judiciaires, le corps préfectoral, les rectorats ou encore les universités ont-elles pu, trop souvent, laisser faire ?

Nous étudierons tout au long du colloque des exemples pris dans divers pays qui témoignent de la fragilité de la démocratie et de l'État de droit « en situation de crise extrême ». À ce titre, ils méritent non seulement l'attention des historiens, mais aussi des juristes et plus largement de l'ensemble des citoyens.

Même si l'histoire ne se répète jamais à l'identique, « tirer les leçons de l'histoire » est une invitation à éclairer la période contemporaine grâce au recul donné par l'approche historique.

C'est pourquoi mon intervention s'inscrira dans une double démarche, rétrospective puis prospective. La rétrospective, que je concentrerai sur la France, me conduira à expliciter mon propre intitulé « La marge et l'indérogeable » qui peut sembler énigmatique et traduit une certaine perplexité sur la notion même de choix. On pense d'abord aux choix extrêmes : la soumission aveugle (Joseph Barthélemy) ou la résistance active (Charles de Gaulle). Mais s'agit-il vraiment de choix ? Le professeur au Collège de France Jean-Pierre Vernant disait, à la fin de sa vie, s'être jeté dans la Résistance « d'emblée, sans avoir le sentiment de faire un choix ». D'emblée, le résistant, qui refuse la défaite de la nation, se situe hors la loi, ou plus exactement au-delà, dans ce domaine encore inconnu du droit,



qui semble annoncer la naissance de l'indérogeable, c'est-à-dire de principes dont la violation suspend le devoir d'obéissance du fonctionnaire. En fait de tels cas furent rares, la plupart des fonctionnaires firent des choix plus incertains, oscillant à l'intérieur d'une marge entre les deux extrêmes. C'est pourquoi, éclairé par la rétrospective, le rapprochement entre la marge et l'indérogeable m'a paru éclairant pour la prospective car, même dans une Europe qui se voudrait exemplaire, la fin des dictatures n'a pas fait cesser tous les risques de dérive de l'État de droit.

Rétrospective : perplexité sur la notion de choix

« Perplexité » car ces choix extrêmes sont le reflet de certitudes, mais de certitudes contraires. La certitude de la soumission est sans imagination : du haut fonctionnaire ambitieux qui occupe des postes de décision, y compris au gouvernement, au petit fonctionnaire frileux qui s'abrite derrière la loi-écran et les ordres de son supérieur hiérarchique, le choix de la soumission, à l'abri du doute, s'enracine dans la bonne conscience (la légalité se confond avec la légitimité) et implique une certaine banalisation du mal. Hannah Arendt montrera, à l'occasion du procès d'Eichmann, cette bonne conscience du bourreau, fonctionnaire obéissant qui exécute le travail demandé, dans l'esprit d'un bon gestionnaire. Au contraire, la certitude du résistant exprime un choix de rupture. Opposant la légitimité à la légalité, il prend le risque de se placer hors la loi. Ainsi l'officier supérieur nommé Charles de Gaulle prend le risque, quittant la France, d'être jugé par contumace (il sera d'ailleurs condamné à la peine de mort pour désertion) ; et le jeune préfet Jean Moulin tente de se suicider pour refuser de signer fausses accusations. Certes lorsque de Gaulle s'adresse à Paul Reynaud, président du Conseil, le 3 juin 1940, il essaye encore de le convaincre : « Nous sommes au bord de l'abîme... Sortez du conformisme, des situations acquises, des influences d'académies ; soyez Carnot ou nous périrons. » Mais à peine quinze jours séparent la lettre de l'appel du 18 juin.

La rupture est consommée

Au bord de l'abîme, la rupture est inéluctable et les choix redeviennent simples : « je ne savais pas qu'il était si simple de faire son devoir quand on est en danger », écrit Jean Moulin à sa famille le 15 juin 1940.

Mais le monde réel est rarement vécu en termes aussi simples et la plupart des choix sont plus incertains. C'est pourquoi, avant d'évoquer les choix extrêmes, on commencera, car c'est peut-être la plus grande source de perplexité, par les *choix incertains* qui, à l'intérieur d'une marge entre soumission et résistance, tentent de concilier légalité et légitimité. Rappelons que le fonctionnaire, malgré son devoir d'obéir aux ordres de son supérieur, dispose d'une certaine marge d'appréciation. En novembre 1944, le Conseil d'État jugera que le fonctionnaire est tenu de

désobéir si l'ordre est « manifestement » illégal et de nature à compromettre « gravement » l'intérêt public (arrêt *Langneur*). Les deux adverbes expriment juridiquement une gradation, déjà observable dans les pratiques allant de l'accommodation, imposée ou volontaire, à une soumission plus ou moins active (des petites lâchetés aux grandes trahisons).

Il faut mettre à part les choix nés de malentendus parfois tragiques.

Ainsi le conseiller d'État Jacques Helbronner qui avait accepté de présider depuis décembre 1940 le Consistoire central israélite, sera par la suite arrêté et mourra à Auschwitz en 1943 avec son épouse. Juriste profondément respectueux du droit, il avait tenté de trouver une réponse juridique à la question : que doit-on faire face à une loi inique ? Il est convaincu que l'on peut encore invoquer la loi de 1905 qui garantit la liberté des cultes. Comme l'écrivait en 2011 le regretté président Ducamin dans son hommage, il n'a pas alors réalisé « que Vichy ne compte plus guère et que l'ordre de déportation est venu de Berlin »¹.

Plus inquiétant est le choix des juristes qui commentent ou appliquent, selon les principes d'interprétation de l'État de droit, des textes pourtant conçus dans une perspective totalitaire, comme ces lois qui à partir de 1940 traitent les juifs comme une catégorie inférieure d'êtres humains privés de leur pleine « capacité juridique », notamment par des interdictions professionnelles.

Les juristes ne sont pas les seuls fonctionnaires confrontés à leur marge d'action. Où situer le choix du recteur Roussy, révoqué quelques jours plus tard, qui prend acte de ce que les juifs n'ont plus le droit d'enseigner mais propose de « caser au CNRS », créé en 1939, les « maîtres dont nous aurons dû nous séparer »² ? Et celui de son successeur, le futur ministre de l'Éducation nationale Jérôme Carcopino, qui admet le principe de révocation des juifs, mais affirme avoir tenté des arrangements au cas par cas ?

Quant aux universitaires, peu d'entre eux refuseront par solidarité d'occuper un poste devenu vacant par révocation des enseignants juifs. Le prestige de ce grand amphithéâtre de la Sorbonne ne doit pas faire oublier l'attitude collective des milieux universitaires : seuls quelques inspecteurs d'académie, comme Gustave Monod qui sera rétrogradé par le ministre Ripert, oseront affirmer ouvertement leur hostilité au premier statut des juifs du 3 octobre 1940 ; seuls quelques conseils, comme celui de la Faculté des sciences de Paris, voteront contre les révocations.

En arrière-plan de ces incertitudes, les variables personnelles et institutionnelles sont sans doute mêlées. Si le degré de soumission ou de résistance tient d'abord au fonctionnaire lui-même, à son éducation et à son entourage, il dépend aussi de la perception de la gravité du péril menaçant l'État de droit, plus ou moins éclairée selon l'information, ou la désinformation, dont chacun dispose ainsi que de circonstances institutionnelles comme le rang du fonctionnaire, plus ou moins élevé dans la hiérarchie, ou sa fonction proprement dite : militaire, juridictionnelle, administrative, éducative, scientifique.

1 Bernard DUCAMIN, *Lettre de l'Association des membres du Conseil d'État*, mars 2011.

2 Nicolas CHEVASSUS-AU-LOUIS, *Les Savants sous l'Occupation*, Paris, Seuil, 2004, p. 240.

Cela dit, le contexte politique est essentiel. Comparée à l'Italie fasciste, à l'Espagne de Franco, à l'Allemagne hitlérienne ou à l'URSS, la France libérale des années 1930 semblait fermement engagée dans la construction d'un État de droit. C'est pourtant un Parlement démocratiquement élu qui, à une forte majorité, met fin en juillet 1940 à la III^e République et transmet le pouvoir au maréchal Pétain.

Certes il y a eu le choc de la défaite, mais il faut rappeler aussi que la fin des années 1930 avait été marquée par un climat de désillusion et de désenchantement devant les faiblesses, réelles ou supposées, de l'État de droit libéral. La crainte de l'anarchie revenait souvent dans les discours, pas seulement dans ceux de Laval.

Ainsi dans un ouvrage publié en 1938 sur la politique criminelle des États autoritaires (Allemagne, Italie, URSS), Henri Donnedieu de Vabres, qui sera par la suite juge au tribunal de Nuremberg, reconnaît la supériorité éthique des États libéraux, car « ils ne soumettent pas la répression à des considérations de race et ne possèdent pas de chambres des aveux », mais n'en vante pas moins « la supériorité présente » des régimes autoritaires car ils sont nés « pour prévenir une anarchie menaçante ». Ce professeur à la Faculté de droit de Paris ne fait que refléter le désenchantement qui avait peu à peu gagné de nombreux citoyens, même aussi avertis que Paul Valéry, dont l'amertume éclate en 1938 : « Liberté, c'est un de ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens ; qui chantent plus qu'ils ne parlent ; qui demandent plus qu'ils ne répondent » (*Fluctuations sur la liberté*).

Un tel climat a pu nourrir les oscillations entre soumission et résistance, mais il a sans doute renforcé aussi *les choix extrêmes, annonçant la naissance de l'indérogeable*. Le désenchantement peut conduire jusqu'à la soumission aveugle, comme celle de Barthélemy quand il prononce devant l'assemblée générale du Conseil d'État, le 30 juin 1941, un discours pour défendre un « régime rationnel de légalité forte, contrôlée et sanctionnée ». Au moment même où la raison est en train de tourner à la déraison d'État, cet aveuglement, accompagné d'une ambition démesurée et d'une véritable fascination pour le maréchal Pétain, conduit au déni de toute responsabilité. C'est ainsi que, selon la formule de Stéphane Rials, « l'épouvante peut naître des mains d'hommes apparemment respectables [...] qui contribuent puissamment à l'horreur en la glissant dans la forme des textes, en lui aménageant des procédures et en lui prêtant leur visage bourgeois³ ».

Mais le désenchantement n'empêche pas toujours la lucidité et l'horreur de certaines pratiques peut au contraire stimuler le sursaut de ceux qui deviendront les grandes figures de la Résistance. Conscients de la gravité du péril pour la Nation (« au bord de l'abîme »), ils s'engagent dans le choix extrême de la résistance : choix symboliquement le plus emblématique, tout en étant juridiquement le plus problématique car il confronte le droit au droit, même si cette confrontation prend des formes différentes. On peut d'abord l'envisager sous la forme « droit contre droit », qui oppose la résistance à l'oppression (l'Antigone de Sophocle), à l'état d'exception (évoquant plutôt le droit romain qui autorisait à suspendre en cas de péril l'ordre juridique en vigueur).

3 Stéphane RIALS, *Oppressions et résistances*, Paris, PUF, 2008, coll. « Quadrige », p. 31.

En France, les chemins seront parallèles. D'un côté, l'expression « droit de résistance » devient courante à partir de la révocation de l'édit de Nantes en 1685 et le droit de résistance à l'oppression sera inscrit au titre des droits naturels et imprescriptibles de l'homme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 2). De l'autre, avec les théoriciens de la souveraineté et de la raison d'État, l'exception semble perdre son caractère exceptionnel. Selon Jean Bodin, est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle, étant précisé que le souverain peut déroger aux lois ordinaires mais non aux « lois divines et naturelles ». Une précision que Carl Schmitt se garde de reprendre quand il invoque Bodin à l'appui de sa théorie de l'état d'exception (*Théologie politique*, 1922).

Dans l'intervalle, l'idée de suspendre l'ordre juridique en cas de péril était réapparue à l'époque révolutionnaire, dans le contexte de l'état de siège institué par l'Assemblée constituante : la suspension du cadre constitutionnel est introduite dans la constitution de 1793 (art. 92). Or c'est à la même date que le droit à la résistance prendra sa forme la plus radicale : la Déclaration des droits de l'homme de 1793 (jamais appliquée) fait de l'insurrection « le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ». En somme, la résistance et l'état d'exception supposent une situation de crise qui conduit à modifier l'ordonnancement juridique sur le fondement d'un principe supérieur au droit positif. Dans un cas, on suspend le devoir d'obéissance à la loi ou au pouvoir, dans l'autre, on suspend les droits fondamentaux, mais toujours au nom de la nécessité et de l'urgence. Ainsi, s'agirait-il, selon François Saint-Bonnet, des « deux faces d'une même médaille⁴ ».

Et pourtant, les situations extrêmes qui mettent au jour la déraison d'État, séparent les deux faces de la médaille, et certains résistants, comme le professeur de droit René Cassin, commencent à imaginer une autre réponse à la confrontation : celle d'un droit des droits de l'homme qui serait opposable à la loi (supralégislatif), voire à l'État (supranational). La légalité ne garantit pas la légitimité et la loi n'a plus tous les droits.

Certes, dans la France de l'époque, la Déclaration de 1789 n'a pas encore valeur constitutionnelle et il n'existe pas d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Mais Cassin est un esprit visionnaire. Représentant le général de Gaulle en 1941 à la conférence interalliée où seront élaborés les principes de la Charte de l'Atlantique, il rédige en 1943 un projet de déclaration des droits de l'homme, qui le prépare à jouer le rôle que l'on connaît dans la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH, 1948) puis dans celle de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH, 1950).

Il a gardé à l'esprit la réaction timorée de la Société des Nations au défi lancé par Goebbels : « Charbonnier est maître chez soi » – y compris quand il s'agit de brûler les habitations des juifs en Haute-Silésie, de violer les femmes et de massacrer les hommes (aff. *Bernheim*). Indigné par cette abdication de la

4 François SAINT-BONNET, « Droit de résistance et état d'exception », in Dominique GROS et Olivier CAMY (dir.), *Le Droit de résistance à l'oppression, Le genre humain* n° 44, Paris, Seuil, 2005, p. 227.

communauté internationale, Cassin en conclut que la nouvelle Organisation des Nations unies qu'il appelle de ses vœux devra absolument trouver le moyen de « désacraliser » l'État.

Si l'État reste le sujet principal du droit international, les droits de l'homme deviendront progressivement opposables aux États. Utopique à l'époque, l'idée qu'il existe un noyau dur de droits auquel un État ne devrait jamais pouvoir déroger, même en cas de circonstances exceptionnelles, deviendra progressivement principe de droit positif avec la création, à laquelle Cassin a puissamment contribué, de la CESDH et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 1950). C'est ainsi que la Résistance annonce la naissance de l'indérogeable. Du même coup elle ouvre une phase prospective.

Prospective : réinventer l'État de droit

La notion d'État de droit, associée à la construction politique de l'État, remonterait aux auteurs français du XVI^e siècle, puis à Montesquieu. C'est seulement au XIX^e siècle qu'elle sera systématisée par la doctrine allemande, avant d'être tardivement reprise en France au XX^e siècle. S'affirmant peu à peu comme une synthèse entre le *Rechtsstaat* allemand et la *Rule of Law* d'origine britannique, l'« État de droit » est devenu un véritable standard international pour désigner un État soumis au droit, dans un double sens impliquant les garanties juridiques institutionnelles (séparation des pouvoirs) et substantielles (respect des droits fondamentaux).

Mais c'est une notion fragile. La rétrospective montre que le risque existe, quand les droits fondamentaux ne sont pas explicitement préservés, de mettre en danger les libertés au motif de défendre l'État. La République de Weimar avait fait un usage quasi continu de l'article 48 de sa constitution, qui permettait de suspendre tout ou partie des droits fondamentaux en cas de menace grave pour la sécurité et l'ordre public. Elle facilita ainsi, sans qu'un changement de constitution fût nécessaire, l'avènement du nazisme. Il est clair qu'en 1933, au pays du *Rechtsstaat*, l'État de droit n'a pas résisté.

Il est clair aussi que les dérives de l'État de droit ne disparaissent pas toutes en 1948 ou avec la fin des dictatures. Dans le prolongement des pratiques de torture (en France à l'époque de la guerre d'Algérie, ou aux États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001), la tentation existe de légitimer ces dérives, y compris en Europe, au nom de la lutte contre le terrorisme global et la criminalité organisée, et plus largement de la nécessité de protéger la sécurité des victimes potentielles.

Le choc du 11 septembre et la riposte américaine, fonctionnant comme la levée d'un tabou, ont accru le risque d'un basculement vers un régime autoritaire, sans même invoquer les circonstances exceptionnelles, simplement en créant des instruments permettant de contourner l'État de droit. Ainsi, par exemple, en créant la rétention de sûreté, reprise d'une loi allemande de 1933 utilisée contre ceux que le régime hitlérien voulait éliminer, la loi française de 2008 a mis entre les mains de nos institutions pénales un instrument redoutable. Permettre une

