

Carlos-Miguel Pimentel

RECONNAISSANCE ET DÉSAVEU EN DROIT POLITIQUE (I) :
L'AVÈNEMENT DE CE QUI EST DANS L'ORDRE
DE CE QUI DOIT ÊTRE

Dans un passage devenu fameux de son *Concept of law*, Hart a énoncé l'idée selon laquelle le droit ne pouvait être entièrement ramené à un ensemble de commandements assortis de sanctions. Pour que le droit puisse fonctionner, encore faut-il s'assurer que ces commandements, quelle qu'en soit la teneur, ont la valeur de règles de droit régulièrement édictées : que, par exemple, tel ou tel arrêté municipal n'est pas un faux, un simple canular d'étudiants qui l'auraient fait passer pour un acte officiel du maire, et qui ne serait plus, dès lors, qu'une simple suite de mots dénués de toute valeur juridique. L'obéissance aux commandements ne suffit pas pour que le droit existe : il faut aussi une règle qui permette de s'assurer de leur valeur impérative. Cette règle, Hart la dénomme « règle de reconnaissance », *rule of recognition*. Elle « déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe »¹. Par là, Hart entend établir que, au-delà de la norme impérative, la question de la *validité* de la norme, évidemment cruciale, ne peut être traitée ni à partir du commandement, ni à partir de la sanction².

L'idée ouvre la possibilité d'un saut qualitatif immense : si la valeur juridique d'un commandement ne relève pas elle-même du commandement, le droit tout entier devra être regardé sous un autre rapport que celui de la seule norme impérative, c'est-à-dire, ultimement, dans une perspective plus large que celle de la souveraineté. À la question « qu'est-ce qui est commandé ? », ou « qui commande ? », il faudrait en ajouter une autre : « à quel titre y a-t-il commandement ? » Kelsen, on le sait, avait émis l'idée que la valeur

1. Herbert Lionel A. HART, *Le concept de droit*, trad. fçse, Bruxelles, Publications de l'université de Saint Louis, 1976, p. 120 (p. 92 de l'édition anglaise).

2. *Ibid.*, p. 130 [100] : une règle de droit ne peut être considérée comme valide que si elle satisfait aux critères posés par la règle de reconnaissance.

impérative du droit reposait, *in fine*, sur une hypothèse, celle de la norme fondamentale. S'il faut obéir à la constitution, qui elle-même ordonne d'obéir à l'ensemble du droit, c'est parce que, au dessus de cette norme suprême, il y aurait une autre norme, dont il serait nécessaire de postuler l'existence, et qui commanderait implicitement d'obéir à la constitution. La question du titre à commander s'épuiserait donc dans une cascade de commandements successifs, à l'origine de laquelle il faudrait supposer une ultime norme impérative. On sait que, après l'avoir posée comme hypothèse, Kelsen a fini par reconnaître que la norme fondamentale devait être regardée comme une fiction, avec les difficultés que cela suppose : car nous sommes en présence d'un commandement qui serait, d'un même mouvement, à la fois souverainement impérieux et absolument incertain. Hart nous invite à sortir entièrement de cette logique, à cesser définitivement de chercher dans le commandement le fondement du commandement même. Il nous montre que la question centrale n'est pas celle de l'impératif, mais celle de ce qui fait l'impératif : celle, en un mot, de ce qu'on pourrait appeler les *conditions de l'impérativité*, si l'on ne craignait d'ajouter un nouveau barbarisme à tous ceux qui ont déjà été inventés en théorie du droit. En ce sens, on peut dire que son entreprise est révolutionnaire.

Dans le même temps, à lire Hart, on reste frappé par une étrange impression d'inachèvement. On s'attendrait, à la suite des pages brillantes par lesquelles il illustre son idée fondatrice, à ce qu'il l'utilise pour réexaminer l'ensemble du droit, pour le *réévaluer* de fond en comble, puisque, aussi bien, c'est de l'idée même de valeur juridique qu'il s'agit, de ce qui fait que le droit est du droit. Or Hart se limite à prendre son idée de reconnaissance dans une acception très étroite : celle de simples *marques*, d'indices par lesquels il est possible de reconnaître, de manière certaine, que la norme constitue bien une règle de droit. De même que de nombreux juristes, au XVI^e siècle, s'étaient bornés à établir une liste des « marques de souveraineté » sans aller beaucoup plus avant dans l'exploration de la notion de souveraineté elle-même, de même Hart, après avoir posé la question fondamentale du titre à gouverner, semble la cantonner à celle de ces marques de reconnaissance qu'il se borne à identifier. La reconnaissance ne serait qu'une simple *attestation* de la valeur juridique, effectuée à partir de critères formels : en droit anglais, par exemple, la valeur juridique d'une loi serait certaine dès qu'il serait possible de s'assurer qu'elle a été édictée conjointement par la Reine, les Lords et les Communes. Mais qu'est-ce qui fait, ultimement, la validité de ces marques de reconnaissance ? Sur quoi se fonde la validité des marques de validité ? Nous n'en savons à peu près rien, car Hart se refuse à poser sérieusement une telle question. Pour lui, la règle de reconnaissance « ne peut être ni valide ni invalide ». On doit se borner à constater « qu'elle constitue la règle de reconnaissance effectivement admise »,

qu'« elle est simplement acceptée comme appropriée à un tel usage »³. La règle de reconnaissance n'est en réalité qu'un mode commode d'*authentification*, qui se suffit à lui-même dès lors qu'il permet effectivement de distinguer entre les véritables actes juridiques et ceux qui ne seraient, par exemple, qu'une simple suite de mots. Un peu comme le logo d'une marque commerciale, la règle de reconnaissance donnerait aux acteurs du jeu juridique l'assurance qu'ils ne sont pas en présence d'une vulgaire imitation. Aussi la règle de reconnaissance jouera à peu près comme une griffe : la marque du *King in Parliament* authentifiera la loi de la même façon qu'un crocodile ou un joueur de polo brodés sur le tissu d'un vêtement permettront d'éviter à l'acheteur de vérifier la qualité du coton. Dans ce contexte, la question de la validité des critères de validité n'a pas de sens : poser une telle question reviendrait à supposer « que le mètre-étalon de Paris, qui constitue le critère ultime de l'exactitude de toute mesure en mètres, est lui-même exact »⁴. Aussi la question de la valeur juridique s'épuiserait tout entière dans l'efficacité du critère qui permet de l'attester : si la règle, au sens métrique, permet effectivement de mesurer, il n'est pas nécessaire, il est même absurde, de se poser la question de sa justification, car la mesure n'est pas elle-même mesurable, l'étalon de valeur ne saurait être lui-même évalué.

Mais l'analyse est très insuffisante : à l'évidence, ce qui importe, dans le cas du mètre-étalon, ce n'est pas qu'il puisse servir d'unité de mesure, car ce serait le cas, indifféremment, de n'importe quel étalon de mesure ; c'est la question de savoir pourquoi il a effectivement été adopté par un grand nombre d'États. Il n'est nullement indifférent, de ce point de vue, que le mètre-étalon soit celui de Paris ; si peu indifférent que le Royaume-Uni lui-même s'est longtemps refusé à adopter le système métrique. En sens inverse, il n'est pas indifférent non plus que le méridien de Greenwich, à l'exclusion de tout autre, ait été peu à peu accepté comme méridien de référence. Ce qui fait qu'un critère de reconnaissance devient effectivement un étalon de mesure, c'est donc le fait qu'il soit largement accepté, *qu'il soit lui-même reconnu* ; cette question, Hart la regarde comme une simple question de fait, extérieure à l'investigation juridique. Elle pose pourtant une question de même nature que la précédente : d'où vient la reconnaissance accordée à la règle de reconnaissance ? Il est vrai que, pour Hart, la règle de reconnaissance est « effectivement admise », qu'elle est « acceptée » ; mais c'est simplement parce qu'elle est manifestement « appropriée à un tel usage ». Il ne s'agit pas d'un consentement plein et entier, problématique et donc susceptible d'être refusé ; mais bien plutôt d'une convention, au sens où on parle de convention de langage, d'une dénomination

3. *Ibid.*, pp. 136-137 [105-106].

4. *Ibid.*, p. 137 [106].

admise à titre purement conventionnel. De ce point de vue, il faut ajouter une condition supplémentaire pour que le critère de reconnaissance fonctionne conformément au postulat de Hart : il ne suffit pas que, comme tout signe, il soit communicable (c'est-à-dire qu'il puisse être utilisé collectivement sans cesser d'être uniforme), il faut encore qu'il soit indifférent. Seule cette indifférence permettra de tenir pour acquis le consentement d'autrui : qui s'opposera, dans une équation mathématique, à ce que la première inconnue soit appelée x , et que la seconde soit dénommée y ? Personne, naturellement. Aussi dira-t-on que, *par convention*, les deux inconnues seront appelées x et y , étant entendu qu'elles auraient tout aussi bien pu être dénommées a et b . Mais ce *par convention* n'aura pas grand chose à voir avec l'accord de volontés qui définit la convention juridique, et dont la force vient précisément de ce que le consentement n'avait rien d'évident à l'avance.

Or il est tout à fait possible d'imaginer, outre l'édiction par la Reine, les Lords et les Communes, des critères de reconnaissance totalement différents, mais tout aussi utilisables : la règle de reconnaissance ne serait pas moins communicable, si par exemple il était convenu que doit être considéré comme loi tout acte édicté par l'archevêque de Canterbury, par le Speaker de la chambre des Communes, ou par le club des amateurs de cricket de Sheffield. Mais il est fort peu probable qu'une telle règle de reconnaissance serait « simplement acceptée comme appropriée à un tel usage ». Supposons, par exemple, qu'au XVII^e siècle un *statute* du Parlement ait décidé qu'à l'avenir, serait reconnu comme loi d'Angleterre tout acte adopté par le Pape : il aurait très probablement suffi à provoquer une révolution. On ne peut donc assimiler la règle de reconnaissance à une simple convention de langage, car son contenu, même communicable, n'est en rien indifférent⁵. Loin de se borner à considérer la règle de reconnaissance comme un simple critère permettant d'authentifier un acte de droit, il faut donc aller plus loin, et accepter pleinement de se poser la question de la validité du critère de validité. Qu'est-ce qui fait que la règle de reconnaissance est elle-même reconnue ?

La question mérite d'autant plus d'être posée que cette ambiguïté quant à la portée de la notion de convention se retrouve aussi dans la pensée d'Austin. Dans la théorie des actes de langage d'Austin, pour qu'un acte performatif soit possible, par exemple pour qu'un divorce puisse devenir effectif après avoir

5. Pour les mêmes raisons, on ne peut pas non plus la ramener entièrement à une question comparable à celle des règles du jeu de cricket. La règle de reconnaissance relèverait de cette catégorie de règles, dites constitutives, qui font exister la réalité qu'elles régissent, de même que les règles relatives aux pièces et à leur déplacement sur l'échiquier permettent de faire exister le jeu d'échecs. Le contenu des règles d'un jeu est largement indifférent, dès lors qu'elles n'entraînent aucune inégalité des chances entre les adversaires. Le contenu de la règle de reconnaissance, en revanche, ne l'est nullement.

été prononcé par un simple acte de langage, « il doit exister une procédure, reconnue par convention ». Mais Austin se montre vite hésitant sur le statut de cette reconnaissance : la convention dont il est question est-elle assimilable à une simple convention de langage ? Dans le cas du divorce, cela n'a rien d'évident, en particulier dans un contexte chrétien, où l'un des membres de l'assistance, croyant, pourrait protester de ce que le mariage est indissoluble, et par conséquent le divorce nul. Aussi la convention sur le divorce, parce qu'elle n'est en rien indifférente, ne peut en aucun cas être assimilée à une simple convention de langage. Contrairement à Hart, Austin le reconnaît clairement lorsqu'il écrit : « il est en fin de compte problématique de définir "reconnu" comme "employé d'habitude" »⁶. Le fait que la procédure permettant de prononcer un divorce soit reconnue suppose, à l'évidence, une forme minimale de consentement collectif, qu'il serait nécessaire de saisir pour comprendre ce que signifie la notion de convention utilisée par Austin. Mais dans le même temps, approfondir ce problème supposerait pour lui d'admettre que, dans les actes de langage, ce qui se joue dépasse le langage lui-même, et que le phénomène de la reconnaissance ne peut être compris à partir des seuls critères linguistiques. Aussi, sur ce point, pourtant décisif pour comprendre l'efficacité même des actes de langage, Austin ne parvient pas à construire une alternative clairement articulée. Il soulève par exemple la question du consentement pour un acte de nomination : la nomination est-elle effective, l'acte est-il efficace, si elle n'a pas été accompagnée du consentement du bénéficiaire ? Pour Austin, « la question se pose alors de savoir jusqu'à quel point les actes [de langage] peuvent être unilatéraux »⁷. Mais à cette question, il n'apportera aucune réponse.

On se proposera donc, au terme d'une réflexion dont les éléments seront destinés à être publiés en plusieurs étapes, de dégager l'idée d'une reconnaissance substantielle, condition nécessaire de la reconnaissance formelle : pour que la règle de reconnaissance soit effectivement admise, pour que les actes de droit soient regardés comme ayant valeur juridique, il est nécessaire que les institutions politiques soient elles-mêmes reconnues par les sujets de l'État. De même, pour qu'un divorce puisse être valablement prononcé, il faut non seulement que l'institution habilitée à le faire soit reconnue, mais que l'institution même du divorce soit elle aussi collectivement admise. Une telle reconnaissance ne suppose pas nécessairement qu'il y ait un consentement du peuple, car il existe bien d'autres formes de pouvoir que la forme démocratique. Mais la reconnaissance, qu'elle soit due à la

6. J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, trad. fçse, Paris, Seuil, coll. Essais, 1970, troisième conférence, pp. 58-60 (26-30 dans l'édition anglaise).

7. *Ibid.*, p. 66 (37).

croyance, à l'aliénation idéologique, aux effets de la conquête ou au libre consentement, n'en sera pas moins indispensable, dans la mesure où elle seule est susceptible de faire exister une communauté politique. C'est l'existence de cette communauté politique collectivement reconnue qui donnera une valeur à la règle de reconnaissance elle-même, et rendra pleinement valide le critère formel auquel s'était limitée l'investigation de Hart. Une fois cette idée établie, on s'efforcera de dégager quelques unes de ses conséquences par rapport au modèle de la norme impérative. Ce dernier se fonde tout entier sur une équivalence fondatrice : le droit de l'un fait l'obligation de l'autre, et c'est pour cette raison que l'ensemble du droit peut être ramené à une série de commandements assortis de sanctions. On constatera que cette équation n'est en rien transposable au phénomène juridique de la reconnaissance, et on se demandera par quoi il est possible de la remplacer, ce qui permettra de donner quelques illustrations de l'idée d'un « droit politique » : la reconnaissance mutuelle de la minorité et de la majorité, par exemple, pourrait être regardée comme la condition nécessaire pour que la règle formelle de reconnaissance visée par Hart acquière elle-même une valeur, et pour que la constitution soit susceptible d'avoir une véritable existence collective. On avait déjà esquissé, dans le premier numéro de la présente revue, quelques illustrations de cette question de la reconnaissance en droit politique⁸. Mais avant qu'il soit possible, dans une étape ultérieure, d'explorer la question de la reconnaissance dans la relation entre les institutions et les individus qui composent le corps politique, il sera d'abord nécessaire de mieux cerner le phénomène même de la reconnaissance, en parcourant, ne serait-ce qu'en partie, l'extraordinaire diversité de ses manifestations dans la vie juridique.

La reconnaissance et le déni dans la vie juridique : du lien entre ce qui est et ce qui doit être

Loin de se limiter à un simple critère formel d'authentification, le phénomène de la reconnaissance, si nous prenons la peine de l'identifier, se révèle présent dans presque toutes les formes de la vie juridique : à chaque fois, notamment, que la question posée n'est plus celle de l'étendue de mes droits, mais de mon titre à exercer ces droits, se posera une question de reconnaissance. Je serai ainsi reconnu comme légitime propriétaire de ma maison de campagne ; ou bien comme légataire de telle personne qui m'aura couché sur son testament.

8. On se permettra ici de renvoyer le lecteur à *Jus Politicum* n°1, *Le droit politique*, <http://www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html>, pour la version électronique, ou, pour la version papier, *Jus Politicum*, n°1, Paris, Dalloz, 2009, pp. 43-48.

Dans bien des cas, l'acte de reconnaissance sera accompli par les tribunaux. Dans d'autres, par un organe non judiciaire de l'État : il en ira ainsi pour les reconnaissances de diplômes, pour la reconnaissance de l'état de catastrophe naturelle, ou encore pour la reconnaissance d'utilité publique au bénéfice d'une association. Mais il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles c'est aux sujets de droit eux-mêmes qu'il reviendra de l'effectuer : c'est le père de l'enfant naturel qui accomplira l'acte en reconnaissance de paternité. C'est le sujet lui-même qui signera un acte de reconnaissance de dette. La culmination de l'acte de reconnaissance, en droit privé, a peut-être lieu lorsqu'un accusé se reconnaît coupable d'un délit ou d'un crime : car alors il se déclare prêt à sacrifier ses propres intérêts, voire sa liberté ou sa vie, pour reconnaître une vérité sociale plus haute, dans laquelle il entend s'inscrire.

La reconnaissance peut aussi se retourner en son contraire, par un acte de dissolution du lien. À la reconnaissance, positive, s'oppose alors quelque chose comme un désaveu, une répudiation ou même un pur et simple déni : ainsi, en droit mosaïque et en droit musulman, lorsque le mari répudie sa femme ; ou bien, en droit français, lorsque l'époux désavoue l'enfant né pendant le mariage, mais conçu antérieurement à sa célébration⁹. Ou bien encore, en droit international, lorsqu'un État décide de dénoncer un traité. C'est principalement sous cette forme négative qu'on trouvera la trace de la reconnaissance dans le fonctionnement de la machine juridictionnelle, dans cette constante opération de vérification et de mise à l'épreuve par laquelle les juges et la doctrine s'assurent que le droit se conforme bien à lui-même. Pour faire respecter l'ordonnancement de la hiérarchie des normes, pour assurer la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure, les juges exerceront un pouvoir qui est comme l'envers de la reconnaissance, comme un acte de reconnaissance en négatif : c'est l'annulation. Le juge pourra ainsi déclarer nuls un contrat, un acte de vente, un arrêté ministériel, ou même, dans certains cas, une loi votée par le Parlement. Il ne se bornera pas alors à écarter l'acte, ni même à le déclarer invalide pour l'avenir : il ira jusqu'en dénier l'existence, puisque l'acte annulé sera réputé n'avoir jamais existé. On le voit, la non reconnaissance n'est plus simplement ici un acte de dissolution, de cessation : elle n'hésite pas à aller jusqu'au déni, lorsqu'elle prétend anéantir ce qui a été au nom de ce qui aurait toujours dû être. Comme si la contradiction était à ce point intolérable au monde du droit qu'il fallait, pour l'écarter, aller jusqu'à répudier la réalité même. De façon moins radicale, le désaveu peut concerner l'acte d'un fonctionnaire, par exemple lorsqu'une voie de fait a été

9. L'enfant du couple marié bénéficie d'une présomption de paternité, mais celle-ci peut être renversée par une dénégation, opérée par le père, lorsque la naissance a eu lieu avant le cent quatre-vingtième jour du mariage (art. 314.1 CC).

commise : en attendant à la liberté ou à la propriété, l'agent public a commis un acte que le juge se refusera à reconnaître comme un acte public, auquel il retirera toute investiture dans l'ordre du droit édicté par l'État.

L'acte d'annulation, prononcé par le juge, semble toujours difficile à saisir dans le cadre d'une théorie normative : Kelsen lui-même observait, à propos d'une norme ayant pour fonction d'abroger une autre norme, qu'« elle ne [pouvait] pas être exprimée dans une phrase à l'impératif ou dans une proposition normative, comme d'autres normes », sans néanmoins qu'un tel constat l'amène à le faire douter de la nature normative d'un acte d'abrogation¹⁰. Hart, quant à lui, faisait fort justement valoir que, lorsqu'un juge déclare un contrat nul parce que l'une des parties était mineure au moment de sa conclusion, sa décision n'a rien à voir avec une sanction¹¹. En réalité, il semble que l'annulation puisse se comprendre beaucoup plus facilement si, au lieu d'essayer de la situer dans une problématique du commandement et de la sanction, on accepte de la comprendre en termes de reconnaissance, comme une opération de désaveu, et même de déni, qui en constitue la forme négative. Mais il ne faudrait pas en déduire que les tribunaux aient le monopole de ce type de désaveu : lorsque le chef de la France libre déclare les actes de Vichy nuls et nonavenus, il s'agit, au plus haut point, d'un acte de déni juridique. Lorsque le Président Jacques Chirac, à l'inverse, admet la responsabilité de l'État français dans les crimes commis par Vichy, il s'agit, là encore, d'un acte éminent de reconnaissance : la France, par la voix de son chef d'État, *reconnaît pour siens* les actes commis par un gouvernement qu'elle avait longtemps désavoué.

Qu'est-ce qui se trouve mis en jeu dans ces actes juridiques qui, aussi divers soient-ils, comportent tous un noyau commun ? La plupart du temps, l'acte de reconnaissance consiste à investir un fait d'une valeur juridique, à proclamer son existence, on serait tenté de dire sa naissance, dans le monde du droit. La reconnaissance, en ce sens, peut être regardée comme l'acte solennel d'investiture de ce qui est dans l'ordre de ce qui doit être. Par la reconnaissance de paternité, un sujet de droit donnera ainsi une nouvelle dimension au simple fait de la naissance de son enfant biologique : dans le système du Code Napoléon, il créera un lien juridique de filiation qui n'aurait tout simplement pas d'existence sans l'acte de reconnaissance. Il conférera ainsi à l'enfant naturel des droits qui dépendent entièrement de la reconnaissance

10. Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. fçse, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 142.

11. Pour l'observation de Hart, v. *Le concept de droit*, p. 52. Tout en se refusant à regarder l'annulation comme une sanction, Hart ne fait cependant aucun lien avec la question de la reconnaissance, qu'il avait pourtant lui-même soulevée.

de paternité, tels ceux d'avoir part à la succession de son père ou de porter son nom¹². Mais, au-delà de cette question, ce ne sont pas seulement des faits, des droits ou des choses qui sont concernés par l'acte de reconnaissance : lorsqu'un père reconnaît son enfant, lorsqu'un accusé se reconnaît coupable, on sent bien que, au-delà des choses, l'acte de reconnaissance met en jeu, en quelque manière, ce qu'est la personne même ; que, en touchant à son identité sociale, à la façon dont elle se sait exister avec autrui, l'acte de reconnaissance touche à son identité propre. C'est que tout acte de reconnaissance consiste, en reconnaissant à autrui un statut juridique, à se reconnaître également soi-même comme affecté par un lien de droit : en reconnaissant autrui comme créancier, je me reconnais en même temps comme débiteur. En reconnaissant l'enfant comme mon fils, je me reconnais moi-même comme lié juridiquement vis-à-vis de lui, comme je me reconnais comme lié vis-à-vis de sa mère. De même, dans l'ordre politique, lorsque le chef d'État reconnaît que les actes de Vichy furent ceux de l'État français, il est clair que c'est la France elle-même, dans la façon dont elle se considère et se comprend collectivement, qui se trouve affectée. Et si, un jour, Israël devait accepter de reconnaître l'existence internationale d'un État palestinien, on sent bien que ce qui serait en jeu, ce jour-là, toucherait au plus profond de ce qui fait le lien politique, à l'identité même des citoyens d'Israël¹³.

On reviendra plus tard sur cette dimension de la reconnaissance, sur la façon dont elle affecte la personne même du sujet de droit, individuelle ou collective, pour tenter de mieux en mesurer la portée. Mais il nous faut auparavant comprendre ce que signifie exactement le fait de reconnaître, car la reconnaissance semble d'emblée prise dans un paradoxe : elle semble laisser entendre que celui qui l'accorde à la fois veut et ne veut pas. Il veut, dans la mesure où la reconnaissance peut ne pas être accordée, ce qui laisserait supposer, en première approximation, qu'il n'y a de reconnaissance que par l'effet d'un libre consentement. Ainsi, à la différence de l'enfant naturel, l'enfant né dans le mariage n'a pas à être reconnu : un simple acte de naissance suffit à établir sa filiation, de sorte qu'un acte de reconnaissance par les parents serait déclaré nul par le juge¹⁴. En même temps, il semble que l'auteur de la reconnaissance

12. S'agissant des questions relatives à la paternité et à la reconnaissance, on s'est largement appuyé sur les riches éléments réunis par Jean CARBONNIER, dans son *Manuel de droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, coll. Thémis, 21^e éd., 2002.

13. En langue anglaise, on pourrait dire que l'opération technique de *recognition* ne prend sa pleine signification que parce qu'elle est sous-tendue par un acte plus profond, qui relèverait plutôt de la notion d'*acknowledgment*, forme substantielle de la reconnaissance.

14. Trib. Paris, 24 février 1975, *D.* 1975, 379 : nullité d'un acte de reconnaissance par les deux parents.

ne veut pas pleinement, entièrement, puisque la reconnaissance est censée se borner à prendre acte d'un fait dans l'ordre du droit, sans le créer véritablement. La reconnaissance de dette, par exemple, n'a pas la même portée que le contrat de prêt : là où le second crée de toutes pièces une obligation qui n'existait pas auparavant, la première est censée se borner à en constater l'existence. Aussi on retrouve, transposée dans les termes de la pensée juridique de droit privé, l'hésitation que nous avons déjà rencontrée chez Hart ou Austin à propos de la portée de cette convention dont il faut supposer l'existence pour penser la règle de reconnaissance ou l'acte de langage : une simple convention de langage ne supposant pas de consentement particulier, on peut se borner à en constater l'existence, comme chez Hart. On peut aussi, comme le fait Austin, soulever le problème du consentement qui serait à la base de la convention.

Comme le dit joliment Paul Ricœur, « la reconnaissance signifie (...) tenir pour valable, *faire aveu de validité* »¹⁵. Mais dans quelle mesure cet aveu *veut-il*, véritablement ? Et, dès lors, que *vaut-il* ? C'est à cette hésitation sur le pouvoir exact de la volonté, dans la reconnaissance, qu'a fait écho une controverse doctrinale déjà ancienne, entre ceux qui considèrent que la reconnaissance a un effet déclaratif, et ceux qui pensent qu'elle a une portée constitutive¹⁶. Manifestement, l'acte de reconnaissance participe à la fois des deux natures, constate sous un certain rapport, et institue sous un autre. Encore faut-il s'efforcer de comprendre de quelle manière, si l'on veut s'extraire des antinomies propres à la reconnaissance.

Car, très rapidement, la contradiction semble éclater de toutes parts. En matière de filiation naturelle, par exemple, on a fait valoir que l'acte de reconnaissance pouvait être attaqué en nullité pour vice de consentement, exactement comme un contrat (si, par exemple, une reconnaissance a été obtenue par un chantage exercé par la mère), ce qui serait impossible si la reconnaissance n'était qu'un simple constat : l'acte de reconnaissance aurait donc une portée constitutive. En sens inverse, on a souligné que la reconnaissance pouvait aussi donner lieu à une action en contestation : après avoir initialement reconnu l'enfant, le père juridique se raviserait, et contesterait le lien de filiation en apportant la preuve qu'il n'est pas le père biologique. Le litige ne se situera plus sur le terrain du droit, de l'acte de volonté (car la reconnaissance, une fois accordée, est par elle-même irrévocable), mais sur

15. Paul RICŒUR, *Parcours de la reconnaissance. Trois études*, Paris, Stock, coll. Les Essais, 2004, p. 288. C'est nous qui soulignons.

16. Sur ce débat, largement inspiré par la controverse plus large autour de l'autonomie de la volonté, v. l'article devenu classique d'Ambroise COLIN, qui lança la controverse en exposant le point de vue constitutiviste : « De la protection de la descendance illégitime du point de vue de la preuve de la filiation », *RTDCiv.*, 1902, p. 257.

celui du fait. Aussi la contestation sera-t-elle soumise au régime ordinaire de la preuve, ce qui démontrerait le caractère purement déclaratif de la reconnaissance : loin de créer la paternité, l'acte de reconnaissance ne serait qu'un moyen de preuve parmi d'autres, susceptible de contestation¹⁷. La reconnaissance crée-t-elle la paternité, ou n'est-elle au contraire qu'un moyen de l'établir ? La question est soulevée exactement dans les mêmes termes à propos de la coutume : lorsque le juge reconnaît une coutume, se borne-t-il à en constater l'existence, ou bien crée-t-il de toutes pièces une obligation qui n'existait pas auparavant ? Le témoignage des membres de la communauté locale, souvent requis au Moyen Âge, par exemple dans la preuve par turbe, ne constitue-t-il qu'un simple moyen de preuve, ou établit-il un droit nouveau ? Peut-on, doit-on confondre, pour reprendre des termes utilisés par Jean Combacau, « le mécanisme de production de la règle coutumière et l'opération par laquelle se révèle son existence¹⁸ » ?

La reconnaissance, de la toute-puissance du démiurge à l'impuissance de la sujétion

Manifestement, cette querelle autour de la reconnaissance est liée à une ambiguïté quant à son objet, au double sens de son contenu et de sa fonction : en prenant le fait pour objet, elle se propose le lien de droit comme projet. Pour tenter d'y voir un peu plus clair, on constatera, dans l'exemple de la reconnaissance de paternité, que le fait et le droit communiquent l'un avec l'autre d'une façon tout à fait particulière : en reconnaissant ce qui est, on crée ce qui doit être. Le constat dans un ordre est création dans l'autre, puisque c'est l'acte de reconnaissance qui fait exister le lien de droit. La reconnaissance ou la dénégation, dans l'ordre de l'être, ne sont qu'une simple attitude du sujet face à une réalité qui ne dépend pas de lui, subsiste par elle-même : que je le reconnaisse ou non, il ne dépend pas de moi que je sois le père biologique de l'enfant. Le lien de droit, en revanche, dépend entièrement de la reconnaissance ou du déni juridiques : la première lui donnera l'être, tandis que le second le fera retomber dans le néant. Ces deux propositions ne sont pas nécessairement contradictoires : dès lors que la reconnaissance peut ne pas

17. En faveur de la thèse déclarative, on a aussi fait valoir que la reconnaissance de paternité rétroagissait à la date de la naissance de l'enfant, ce qui montrerait bien qu'elle se borne à n'être qu'un simple constat. L'argument est irrecevable, car on sait que certains actes, tels que l'annulation, anéantissent rétroactivement un acte juridique de façon purement fictive.

18. Jean COMBACAU, « Ouverture : de la régularité à la règle », *Droits*, n°3, *La coutume*, Paris, PUF, 1986, p. 4.

être accordée, il suffira de ne pas constater le fait pour lui ôter toute existence en droit. Ainsi, jusqu'en 1912, si le père biologique se refusait à reconnaître l'enfant naturel, aucun lien juridique de filiation ne pouvait être établi en ligne paternelle. Du point de vue du droit, le père et le fils restaient entièrement étrangers l'un à l'autre. Cette dualité de la reconnaissance est extrêmement importante pour mieux comprendre les relations entre le fait et le droit : car même lorsque je me borne à constater ce qui est, je n'en créerai pas moins ce qui doit être. Humble greffier, dans l'ordre des faits, je me ferai démiurge dans l'ordre du droit.

Dès lors, la reconnaissance n'est susceptible de constater un fait qu'à la condition d'avoir préalablement créé un lien de droit. Aussi c'est seulement dans la mesure où elle est constitutive que la reconnaissance peut devenir déclarative. Il n'y aurait pas d'action en contestation de paternité, par exemple, si l'acte de reconnaissance n'avait pas d'abord établi la filiation : on ne remet pas en cause biologiquement une paternité juridiquement inexistante. D'où une conclusion très importante pour la résolution de la controverse : *il dépend de la reconnaissance de faire exister les faits dans le monde du droit, de les faire advenir à l'existence collective*. Pour tout ce qui, dans la vie du droit, est soumis à reconnaissance, c'est seulement parce que, et dans la mesure où il est reconnu comme licite, et s'accompagne donc d'un lien de droit, que le fait aura une existence juridique. Comme si ce qui est ne pouvait exister, dans la sphère de la reconnaissance et du désaveu, que dans la mesure où il se conforme à ce qui doit être. Aussi la puissance du démiurge se dédouble : elle ne vaut pas seulement en tant que l'auteur de la reconnaissance fait exister un lien de droit ; elle vaut aussi parce que l'établissement de ce lien de droit fait advenir juridiquement la réalité. Jusqu'en 1912, il était dans la seule puissance du père non pas seulement de reconnaître une filiation juridique, mais de faire advenir à l'existence juridique sa paternité biologique, qui sans cela n'aurait jamais existé du point de vue du droit. Aussi, en se reconnaissant père de son enfant naturel, on pourrait dire qu'*il se faisait aussi le père de sa propre paternité*, puisqu'elle n'était juridiquement engendrée que par la reconnaissance. Même après sa naissance, il dépendait de sa seule décision que son fils existe, ou n'existe pas, du point de vue du droit : que son fils ait, ou n'ait pas, une existence sociale comme étant son fils. On est bien loin, désormais, de la thèse déclarative : loin de se borner à constater un fait, la puissance paternelle, tutélaire et exclusive, le crée purement et simplement dans l'univers du droit. Et si la reconnaissance est susceptible de créer le fait, elle peut aussi l'inventer, comme en témoigne la pratique des reconnaissances de complaisance : alors même qu'il sait pertinemment qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, l'auteur de la reconnaissance n'en établira pas moins un lien de paternité parfaitement valable, et reconnu comme tel par

la Cour de cassation¹⁹. Un peu de la même façon, en droit international, si l'existence d'une puissance effective de l'État est, normalement, la condition nécessaire et suffisante pour qu'il fasse l'objet d'une reconnaissance par les autres États, elle n'est pas toujours observée, loin de là : ainsi, l'Allemagne et l'Italie ont reconnu le gouvernement franquiste bien avant la fin de la guerre civile espagnole, alors même qu'il ne pouvait prétendre exercer de puissance effective sur tout son territoire.

Si la reconnaissance possède des propriétés aussi paradoxales, c'est parce qu'elle prend pour objet, d'un seul et même mouvement, à la fois le droit et le fait, puisqu'elle ne procédera au constat de ce qui est que dans la mesure où elle le regarde comme conforme à ce qui doit être. L'objet de la reconnaissance n'est donc ni le fait, ni le droit pris isolément, mais bien le lien même qui les unit : en constatant un fait, l'acte de reconnaissance le proclame en même temps comme légitime, si on entend par légitimité la conformité de ce qui est avec ce qui doit être. De sorte que le droit, en sens inverse, sera souvent conduit à nier purement et simplement l'existence de ce qui est, lorsqu'il considère qu'il ne doit pas être. Un bon exemple de déni de paternité, cette fois organisé par l'État, peut être trouvé dans le cas de l'inceste : si, par exemple, une relation incestueuse entre un père et sa fille a donné naissance à un enfant, la filiation ne pourra être établie qu'en ligne maternelle, et n'aura absolument aucune existence juridique en ligne paternelle. La filiation biologique, pourtant avérée, sera totalement niée par le droit, alors même qu'elle sera susceptible, dans le même temps, de donner lieu à réparation : le juge a ainsi reconnu que l'enfant subissait un préjudice du fait de l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle²⁰. Le droit, tout en considérant le père incestueux comme responsable, refusera dans le même temps de le considérer comme père. On pourrait justifier un tel déni, dans le cas de l'inceste, par les incohérences qui seraient entraînées par une double reconnaissance : si la paternité était reconnue, il faudrait considérer que l'enfant est à la fois le fils et le petit fils d'une seule et même personne. Mais cette incohérence elle-même n'existe que dans la mesure où on considère que la filiation doit être la même dans les deux

19. La Cour de cassation a ainsi décidé qu'une reconnaissance mensongère ne constituait pas un faux, et n'était donc pas susceptible de poursuites pénales à ce titre (Cass. Crim., 8 mars 1988, D. 89, 528, *JCP* 88, 2, 21 162).

20. T.G.I. de Lille, 6 mai 1996, Cass. Crim., 4 février 1998. Il faut noter que l'impossibilité d'établir la filiation ne joue que dans les cas d'inceste dit *absolu*, c'est-à-dire en ligne directe, ainsi qu'entre frères et sœurs (art. 334-10 CC). L'inceste n'a donc pas la même signification en droit de la filiation qu'en droit matrimonial, où il est entendu plus largement. De façon paradoxale, on sait que l'inceste n'a pas d'existence en droit pénal français, et ne peut être sanctionné que s'il s'accompagne d'une agression sexuelle classique, telle que le viol. Aussi l'inceste, même absolu, entre adultes consentants n'est pas susceptible d'être sanctionné pénalement.

lignes, paternelle et maternelle. Si on acceptait l'idée, par exemple, qu'une même personne peut être regardée comme fils du géniteur relativement à son père, et comme son petit fils relativement à sa mère, l'incohérence disparaîtrait. C'est donc bien en raison de ce qui doit être (une filiation identique dans les deux lignes) que le droit est conduit à nier ce qui est.

Ainsi, c'est parce que le droit se refuse souvent à séparer ce qui est de ce qui doit être que la reconnaissance et le déni juridiques semblent acquérir une puissance démiurgique, semblent conférer à leur auteur quelque chose comme un pouvoir de création ou d'anéantissement juridique du monde. De l'auteur de la reconnaissance, on pourrait dire, comme Dieu : *de nihilo facit aliquid*, qu'il crée l'être à partir du néant. Quant à l'auteur du déni, il semble détenir une puissance supérieure à celle même que la plupart des théologiens du Moyen Âge reconnaissent à Dieu, puisqu'il aurait non seulement le pouvoir d'anéantir ce qui est, mais aussi ce qui a été. La question était classique au Moyen Âge : Dieu peut-il faire que Rome n'ait jamais existé ? Peut-il faire que la pucelle déflorée par un viol retrouve sa virginité ? La quasi-totalité des théologiens, à quelques exceptions près, répondait par la négative : la puissance absolue de Dieu, illimitée pour l'avenir, ne peut rien pour le passé. C'est pourtant bel et bien cette puissance qui se trouve exercée par le moindre magistrat, lorsque, en annulant un acte, il le fait disparaître rétroactivement de l'ordre juridique. Et si le juge ne prétend pas rétablir la virginité de la pucelle, c'est parce qu'il n'en a cure, puisque, dans le même temps, il anéantira sans barguigner l'inceste entre le père et sa fille, en tant qu'un tel commerce charnel aura engendré un enfant. Mais, si la reconnaissance possède, bien au-delà d'une simple portée constitutive, une puissance démiurgique sur le fait et le droit, comment comprendre alors qu'elle n'ait, d'un autre point de vue, qu'une portée purement déclarative ? Là encore, c'est le lien qu'opère la reconnaissance entre ce qui est et ce qui doit être qui permet d'en comprendre l'ambiguïté : créatrice si on la regarde du point de vue de ce qui doit être, la reconnaissance est censée rester purement constatative si on la considère à partir de ce qui est. Mais que signifie « considérer la reconnaissance à partir de ce qui est ? » Cela peut vouloir dire deux choses différentes, selon la nature du fait dont prend acte la reconnaissance : tantôt, le droit prend en compte des faits dont la réalité n'est pas exclusivement sociale, au sens où elle subsiste indépendamment de la collectivité. C'est par exemple le cas pour la paternité biologique, qui demeure même si elle n'est pas reconnue juridiquement²¹.

21. La paternité biologique n'existerait évidemment pas sans une relation, puisqu'elle résulte d'un acte sexuel entre un homme et une femme, et qu'elle consiste elle-même dans un lien entre le père et l'enfant. Mais ce qui compte ici, c'est moins la relation en tant que telle que la relation proprement *collective* : même non reconnue par la collectivité, la paternité incestueuse n'en existe

Tantôt, au contraire, la reconnaissance aura pour objet des faits purement institutionnels, au sens où ils n'ont de réalité que relativement à la collectivité prise globalement : des phénomènes tels que la monnaie, l'État, la langue, n'existent que de cette manière. Un couple peut engendrer un enfant sans rien demander à personne ; il ne peut pas, à lui seul, faire exister une monnaie. On comprend aisément que, selon le cas, la reconnaissance n'aura pas les mêmes effets : là où les faits sont purement institutionnels, la reconnaissance suffira à faire exister pleinement le phénomène. Là où, en revanche, les faits ne sont pas exclusivement institutionnels, la reconnaissance n'aura de portée démiurgique que du point de vue du droit, sans que le fait « brut », par exemple la paternité biologique, perde pour autant toute existence indépendante.

Mais l'essentiel est ailleurs, pour ce qui regarde les limites au pouvoir démiurgique de la reconnaissance : lorsque je reconnais un fait, on l'a vu, j'en déclare l'existence en la proclamant collectivement comme légitime. Mais la reconnaissance n'aura de portée pleinement constitutive que si je suis *le seul* à pouvoir faire advenir collectivement la réalité en créant le lien de droit. Si la reconnaissance n'est pas un monopole, si par exemple il est possible à autrui de faire établir le fait par d'autres moyens, l'acte de reconnaissance perdra aussitôt sa puissance exclusive. Ainsi, à partir de 1912, la loi a accordé à l'enfant naturel le droit d'intenter une action en recherche de paternité, et d'imposer ainsi à son père biologique un lien de filiation qu'il s'était refusé à reconnaître²². C'est essentiellement cette limite à la reconnaissance qui nous retiendra ici, car c'est elle qui a des effets décisifs en droit : plus que l'existence d'une paternité purement biologique, ce qui compte surtout, pour la présente réflexion, c'est que le père ait perdu le pouvoir d'imposer seul, à la société tout entière, l'existence collective de son fils, qu'il ait perdu cette sorte de puissance de vie ou de mort qu'il avait jusqu'alors sur le lien juridique de filiation. Car il apparaît alors tout à fait vain de se demander, en général et par nature, si la reconnaissance aurait un pouvoir pleinement constitutif ou une portée seulement déclarative : certaines reconnaissances auront un caractère démiurgique, lorsqu'elles résulteront d'un monopole (on dira alors qu'elles ont un effet absolu), tandis que d'autres, au contraire, n'auront qu'une portée purement relative. Ainsi, il ne dépend pas du débiteur de supprimer le lien de droit en refusant de signer une reconnaissance de dette : l'obligation ne

pas moins au sens biologique. L'État, en revanche, n'a pas d'existence en dehors de la collectivité elle-même. Aussi, parmi les faits que la doctrine classique qualifiait de « naturels », il n'y a pas lieu, de ce point de vue, de distinguer entre des faits relationnels et d'autres qui ne le seraient pas, comme par exemple une avalanche.

22. Dans la pratique, tant que l'enfant est mineur, cela revient à donner la possibilité à la mère de faire établir la paternité sans l'aveu du géniteur.

pourrait être éteinte que par le consentement du créancier, de sorte que le lien de droit dépendra ici des deux parties contractantes, et non du seul auteur de la reconnaissance. Il dépend encore moins du seul sujet de droit de faire reconnaître l'existence d'une coutume : en théorie, il faudrait que son acte de reconnaissance se trouve corroboré par le consentement de tous les autres sujets de droit. Selon les cas, on le voit, le pouvoir constitutif de la reconnaissance pourra constituer un monopole, être partagé entre deux personnes, ou être confié à l'ensemble des sujets d'une même communauté politique.

Aussi, lorsqu'on affirme, dans ce contexte, que la reconnaissance se borne à constater un fait, la notion de « fait » n'a pas du tout la même signification que lorsqu'on parle, par exemple, du fait que constituent la paternité biologique, une avalanche ou la crue d'un fleuve. Ce qu'on entend alors par « fait » n'est pas autre chose que le lien de droit lui-même, en tant qu'il ne dépend pas de la seule volonté de l'auteur de la reconnaissance, mais subsiste indépendamment de lui. La dette, par exemple, deviendra un fait extérieur pour le débiteur, dès lors que le créancier peut lui imposer le respect de son obligation avec le concours de l'État²³. L'obligation coutumière s'imposera au sujet de droit, même s'il n'en détient pas moins une parcelle du pouvoir de la reconnaître ou de la désavouer. « C'est un fait que je suis obligé », dira le débiteur en regrettant de s'être à ce point endetté auprès de sa banque : c'est essentiellement en ce sens qu'on peut dire que la reconnaissance se borne à constater un fait, alors même que son objet consiste dans un lien de droit.

On commence ainsi à mieux comprendre l'ambiguïté fondatrice de la reconnaissance, entre volonté souveraine et simple aveu de quelque chose qui ne dépend pas de ma volonté. À une certaine échelle de la collectivité politique, le lien de droit dépendra tout entier de la reconnaissance, qui sera alors pleinement constitutive, tandis que, à une échelle plus proche de l'individu, il n'en dépendra que partiellement, voire pas du tout, de sorte que la reconnaissance deviendra alors seulement déclarative. La coutume en est un bon exemple : je suis lié par la coutume, qui s'imposera à moi, que je la reconnaisse ou non, et chacun des sujets de droit pris individuellement le sera de la même façon. Mais la communauté politique elle-même, en revanche, ne le sera que dans la mesure où elle acceptera de se reconnaître liée par sa propre règle. Aussi la reconnaissance de la coutume, purement déclarative au niveau individuel, deviendra entièrement constitutive à l'échelle de la collectivité : du point de vue collectif, reconnaître l'existence d'une coutume, c'est la faire. À ce niveau, le lien de droit coutumier n'existe que dans l'acte de reconnaissance, se confond avec lui, à la fois quant au contenu de la coutume et quant à sa valeur

23. Cela ne signifie pas pour autant que la reconnaissance de dette sera dénuée d'effets en droit : elle interrompt le délai de prescription.

contraignante. On le voit, ce qui relève du fait et de la contrainte, du point de vue de l'individu, peut devenir entièrement dépendant de la reconnaissance, du point de vue de la collectivité, ce qui s'avérera d'une importance décisive lorsqu'il s'agira d'analyser la signification de la souveraineté, ou, si l'on préfère, du pouvoir normatif de l'État sur ses sujets, en termes de reconnaissance. Pour le moment, on se bornera à trouver une illustration de ces effets d'échelle dans le phénomène de la reconnaissance en droit international. Comme l'a dit Kelsen lui-même, après avoir abandonné la thèse déclarative pour se rallier au point de vue constitutif : « l'existence légale d'un État, en droit international, est une existence relative, c'est-à-dire qu'un État n'existe en droit qu'en relation à d'autres sujets de droit international. Aussi il est possible – et c'est une hypothèse fréquente – qu'une communauté nouvellement établie soit reconnue par un État, et constitue dès lors un État dans sa relation avec cet État, mais ne soit pas reconnue par un autre État, et ne constitue pas un État dans sa relation avec l'autre État ; de sorte que le droit international s'applique à l'une, mais non à l'autre relation »²⁴. On est ici aux antipodes de la puissance démiurgique du père naturel : alors que sa seule volonté suffisait à imposer la filiation à l'ensemble des sujets de droit, la reconnaissance internationale, au contraire, n'a de valeur qu'entre les seuls États concernés.

À dire le vrai, ce caractère de la reconnaissance internationale ne va pas de soi, et c'est l'une des raisons pour lesquelles la thèse déclarative a souvent trouvé des défenseurs : dans la conception classique du droit international issue des traités de Westphalie, la reconnaissance est censée être accordée à toute puissance étatique effective, sans que les États portent de jugement de valeur sur sa légitimité. Il suffirait que l'État soit, en exerçant une puissance effective sur ses sujets, pour qu'il soit reconnu de façon quasi-automatique, ce qui s'accorde mal avec l'idée d'une reconnaissance entièrement constitutive, qu'il serait par exemple possible de différer pendant des décennies, comme ce fut le cas pour l'URSS, la Chine communiste ou Israël. Car ce que prescrit le droit international ne correspond guère à ce qu'est la reconnaissance qui, lorsqu'elle est pleine et entière, suppose non seulement, on l'a vu, de prendre acte de ce qui est, mais de proclamer dans le même temps sa pleine conformité

24. « The legal existence of a state under international law is a relative existence, that is to say, that a state legally exists only in relation to other subjects of international law. Consequently, it is possible – and frequently the case – that a newly established community is recognized by one state and hence a state in relation to this state, but not recognized by another state and hence no state in relation to that state ; so that international law applies to the one, but not to the other, relationship ». Hans KELSEN, *Principles of international law*, New York, Rinehart & company inc., 1952, p. 271. Sur la controverse entre effet déclaratif et effet constitutif en droit international, v. N. POLITIS, « la théorie de la reconnaissance », *Mélanges Pillet*, 1929, pp. 179-183 ; C. BONNEFOY, *L'acte international de reconnaissance*, th., Paris, 1964.

avec ce qui doit être. Aussi la pratique internationale a donné naissance à deux formes distinctes de reconnaissance : dans l'une, appelée *reconnaissance de fait*, l'existence de l'État est simplement constatée, conformément aux prescriptions de la doctrine classique, essentiellement pour éviter les multiples inconvénients qui découlent du déni international d'un État par un autre État. Dans l'autre, la *reconnaissance de droit*, l'État est considéré comme un sujet de droit international non seulement effectif, mais pleinement légitime. On trouve ainsi dans la pratique du droit international des gradations dans la reconnaissance, selon le degré de conformité qu'elle entend proclamer entre ce qui est et ce qui doit être. Mais il en va de même dans bien d'autres cas, et en particulier dans toutes les hypothèses de prescription acquisitive, lorsque le fait finit peu à peu par se changer en droit. La simple possession, par exemple, pourvu qu'elle soit paisible et notoire, finira, par la grâce du temps, par transformer l'usurpation initiale en titre régulier de propriété. Un peu comme l'État qui n'a fait l'objet que d'une reconnaissance de fait, le possesseur n'est pas reconnu comme légitime propriétaire, mais il n'est déjà plus regardé par le droit comme un simple délinquant. C'est que ces formes de prescription ne sont guère autre chose qu'une variété de reconnaissance coutumière, reformulée sous forme d'investiture par le Code civil, de sorte qu'on y assiste à la transmutation progressive du fait en droit. Ce que l'on appelle, en droit de la famille, la possession d'état aura un statut largement comparable : même non reconnu formellement, l'enfant, parce qu'un lien continu s'est tissé avec le ou les parents présumés qui ont pris soin de lui, parce qu'il a été tenu pour tel par l'entourage et par la société, finira par être considéré comme le véritable enfant, quand bien même la filiation serait biologiquement erronée. Une filiation sera ainsi créée par la seule force du lien social. Pour Demolombe, la possession d'état devait être regardée comme un aveu tacite de la part des parents, et équivalait donc à une filiation volontairement reconnue : à la puissance instantanée et foudroyante du demiurge, se substituerait donc le lent lien, silencieusement noué, de la coutume²⁵.

25. C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, vol. 3, § 477 sq. : « la possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants », dont la valeur est donc supérieure à celle d'un titre formel, simple « ouvrage d'un moment, d'un aveu instantané, qui peut être le fruit de la surprise ou des obsessions » (§ 480, p. 168).

La contrainte de légitimité : le droit réputé conforme à ce qu'il doit être

De telles conclusions pourront apparaître paradoxales si, comme le font la plupart des positivistes, on considère l'être et le devoir-être comme des ordres de réalité radicalement hétérogènes : pour Kelsen, par exemple, une norme ne peut être ni vraie ni fausse, dans la mesure où elle se borne à formuler un devoir-être qui, par lui-même, est d'une nature absolument différente de ce qui est. Mais cette séparation radicale ne serait valable que si le droit ne procédait jamais par voie d'assertions : lorsqu'une règle de droit ou un acte juridique ne se bornent pas à énoncer un commandement, mais procèdent à une affirmation quant à ce qui est, elles deviennent vérifiables exactement de la même manière que n'importe quelle autre assertion. La reconnaissance de paternité, par exemple, ne consiste pas seulement pour le père à affirmer qu'il souhaite qu'un enfant soit socialement considéré comme son fils, mais à affirmer qu'il est effectivement le père biologique de l'enfant. L'annulation d'un acte par le juge ne suppose pas seulement d'invalider l'acte pour l'avenir, mais d'affirmer qu'il n'a jamais eu aucune existence en droit, ce qui à l'évidence est faux. Dans son arrêt *Texas v. White* de 1867, la Cour suprême américaine a ainsi affirmé que le Texas n'avait jamais cessé de faire partie de la fédération, alors même qu'il avait été au nombre des États qui avaient fait sécession et mené la guerre contre les États-Unis. Dans tous ces exemples, le droit requalifie ce qui est ou a été au nom de ce qui aurait toujours dû être. C'est que l'opposition radicale entre le *Sein* et le *Sollen* conduit à méconnaître l'un des caractères essentiels du droit, qui explique une bonne partie des paradoxes de la reconnaissance et du déni juridiques : tout système de droit sera toujours réputé conforme à ce qu'il doit être, ou, pour le dire plus simplement, sera contraint de se considérer lui-même comme légitime, sans quoi il ne serait pas du droit. Dans une communauté politique fondée sur le droit divin, par exemple, il n'est pas concevable de reconnaître en droit que le pouvoir de la dynastie régnante serait fondé sur l'usurpation. De même, dans un système juridique qui se conformerait à la doctrine de Kelsen, la constitution ne pourrait pas reconnaître qu'un nombre non négligeable de normes juridiques ne se conforment pas à la norme supérieure. Puisqu'il est impossible que ce qui est ne soit pas conforme à ce qui doit être, sans quoi le droit ne serait plus du droit, le système juridique n'aura pas d'autre choix que de nier la réalité lorsqu'elle le surprend en flagrant délit d'illégitimité.

Mais, pour tenter d'éclaircir cette idée d'une contrainte de légitimité, il faut essayer de répondre à une dernière question préalable : qu'est-ce qu'un système de droit tel qu'il est, et un système de droit tel qu'il doit être ? La distinction n'a en réalité de signification que du point de vue de l'observateur qui porte un jugement sur le droit, qu'il s'agisse du magistrat

qui doit apprécier la validité de la norme, du professeur de droit qui rédige un article de doctrine, ou de l'organe d'État investi d'un pouvoir normatif, entre lesquels, sous ce rapport, il n'est pas nécessaire de faire de différence particulière. Comme dans la reconnaissance, le droit, en tant qu'il ne dépend pas de la volonté de l'observateur, constituera *pour lui* un simple fait extérieur, tandis que « le droit tel qu'il doit être » signifiera la manière dont l'observateur comprend les prescriptions du système juridique : par exemple, les tenants de la doctrine traditionnelle selon laquelle le pouvoir de révision est de nature pleinement constituante, et donc souverain, seront conduits à considérer que l'article 89 est partiellement dénué de valeur juridique, lorsqu'il prévoit que la nature républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. Une disposition expresse du texte constitutionnel sera ainsi écartée, au nom de ce que la constitution doit être²⁶. Il se peut, et il est même probable, que sur bien des points les appréciations des observateurs seront concordantes : en ce sens, la teneur de ce qu'est le droit, ou de ce qu'il doit être pour rester cohérent avec lui-même, pourra fréquemment acquérir une portée collective. Mais on ne s'aventurera pas pour autant ici à prétendre qu'un système de droit serait susceptible d'avoir, d'une quelconque manière, une réalité en soi, ou une existence objective, puisqu'aussi bien, comme fait purement institutionnel, le droit n'a pas d'existence en dehors des consciences des sujets qu'il régit. La conséquence de la contrainte de légitimité propre au droit, c'est que, tant que je reconnaitrai pleinement la validité du système juridique, je ne pourrai reconnaître de discordance entre ce qui est et ce qui doit être que pour les actes ou les normes qu'il est en ma puissance de modifier : ainsi, le législateur pourra fort bien dénoncer une loi comme contraire à la constitution ou plus simplement comme inopportune, en se proposant de la refaire. Pour ce qui est de la constitution, en revanche, il sera tenu, comme législateur, de la regarder comme pleinement légitime, même si, comme citoyen ou comme homme politique, il pourra évidemment exprimer une opinion plus critique. Pour tout ce qui, dans le système de droit, n'est pas dans la puissance de l'observateur, le conflit entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il doit être se résoudra de façon radicalement différente : pour disqualifier la norme (ou l'assertion théorique), je ne la changerai pas, ce qui n'est pas en ma puissance, mais j'affirmerai simplement qu'elle n'est pas du droit. Ainsi, pour le juge, la norme annulée n'a jamais existé. Pour Kelsen, elle n'est tout simplement pas une norme. De même, pour une large part de la doctrine, il résulte des principes du légicentrisme que la loi a nécessairement tout prévu, de sorte que

26. « Le droit tel qu'il doit être », en ce sens, ne coïncidera avec ce que l'observateur voudrait qu'il soit que dans la mesure où ce dernier prend ses désirs pour des réalités. Il est vrai que c'est très probablement le cas de tous les professeurs de droit, mais tout réside alors dans la *certaine mesure*...

les lacunes en droit n'existent pas. En somme, à chaque fois que le droit tel qu'il est ne dépend pas de moi, ma seule ressource en cas de discordance sera de faire en sorte qu'il ne soit pas ; de recourir, à mon tour, à l'expédient du déni juridique ou doctrinal.



Au terme de cette première exploration, le phénomène de la reconnaissance et son négatif, le désaveu, peuvent apparaître comme obéissant à une logique très différente de celle de la sphère normative : dans le monde du commandement et de la sanction, tout sépare le *sein* et le *sollen*, aussi opposés l'un à l'autre que le sont le législateur pénal et le délinquant. Ce n'est pas parce que le vol s'obstinera à exister dans l'ordre des faits qu'une telle persistance affectera en quoi que ce soit la valeur de la prescription pénale en termes de devoir-être. Le monde de la reconnaissance et du désaveu, quant à lui, n'est pas régi par l'opposition entre ce qui est et ce qui doit être, mais se fonde au contraire sur leur association, sur le lien même qui les unit. Si l'acte de reconnaissance proclame l'avènement du fait dans la sphère du droit, et lui permet ainsi d'accéder à une existence collective, c'est à la condition que ce qui est se conforme à ce qui doit être. Inversement, le désaveu ou le déni juridiques consisteront à répudier, parfois contre toute évidence, la réalité même de ce qui est, dès lors qu'elle est regardée comme incompatible avec ce qui doit être. On pourrait dire que le conflit entre le *sein* et le *sollen* est non seulement inévitable, mais absolument nécessaire dans la sphère normative : si les sujets de l'État respectaient scrupuleusement les prescriptions du législateur pénal, ce dernier cesserait aussitôt d'avoir la moindre utilité, et le Léviathan perdrait ainsi toute raison d'être. Le monde de la reconnaissance et du désaveu, au contraire, ne sont concevables que là où le *sein* et le *sollen* sont indissociables, lorsque le premier ne peut avoir d'existence collective que dans la mesure où il est réputé se conformer au second. Dès lors, cette sphère de la reconnaissance devient inséparable de la question de la légitimité, si on accepte de la comprendre, précisément, comme conformité de ce qui est avec ce qui doit être, comme un rapport diamétralement opposé à celui qui prévaut dans la sphère normative.

Mettre en évidence l'existence d'une telle sphère dans la vie juridique, pour tenter d'en mesurer la portée en termes de droit politique, c'est en quelque sorte accomplir un travail d'exhumation, afin de remettre au jour des phénomènes qui, de longue date, ne pouvaient le plus souvent qu'être entraperçus dans les interstices de la vie du droit, et c'est pour cette raison qu'il nous a fallu commencer par cette sorte de lente exploration préalable. C'est

que la question de la légitimité, telle qu'on a tenté de la définir ici, a de longue date été mise à l'écart par la démarche même du positivisme. Avec Bodin, la théorie de la souveraineté s'était précisément donné pour objet de faire cesser les contestations contre un pouvoir fragilisé par la guerre civile, de rompre avec toutes les querelles de légitimité pour définir la puissance souveraine comme une pure nécessité logique. Aussi la séparation du *sein* et du *sollen* chez Kelsen est-elle aussi indispensable que l'opposition entre le souverain et le sujet chez Bodin. Dans les deux cas, le point de départ même de la démarche suppose de laisser la question de la légitimité en dehors du droit. Mais il apparaît, au terme de cette première exploration, que les phénomènes de reconnaissance et de désaveu restent largement incompréhensibles tant que l'on se refuse à penser ensemble le *sein* et le *sollen*, à chaque fois que l'existence juridique même de ce qui est dépend de sa conformité à ce qui doit être.

Une fois le phénomène mis en évidence, il reste à tenter d'en mesurer la portée : la sphère de la reconnaissance, si on admet qu'elle fonctionne de manière différente du monde normatif, doit-elle être considérée comme relativement marginale, ou s'agit-il au contraire d'une notion qui pourrait revêtir une place majeure dans la compréhension de la vie des institutions politiques ? Dans l'immédiat, on se bornera à observer que, au-delà de ses manifestations ponctuelles dans des branches très diverses du droit, depuis la reconnaissance de paternité jusqu'à la reconnaissance internationale, le phénomène revêt une importance plus globale dans le cadre d'une théorie fondée sur l'idée du droit comme système de normes. L'annulation d'une norme par le juge, lorsqu'elle est déclarée contraire à la norme supérieure, est évidemment centrale dans un système juridique pensé comme hiérarchie des normes. Or on a tenté de montrer que cette opération d'annulation, difficilement compréhensible en termes de prescription et de sanction, ne pouvait au contraire être saisie que comme un acte de désaveu, de déni juridique, qui suppose d'opérer un lien indissociable entre ce qui est et ce qui doit être. Car si, au lieu de sanctionner, le juge dénie toute existence juridique à la norme qu'il annule, c'est, ultimement, pour une raison toute simple : il est bien possible de constater, sans aucune difficulté, la non conformité entre le fait et le droit lorsqu'il s'agit de condamner un délinquant. Mais dès lors qu'il s'agit d'examiner un acte qui, loin d'être émis par un simple sujet, résulte au contraire du pouvoir normatif même de l'État, il en va tout autrement. Une norme étatique pouvant difficilement être décrite comme un acte de délinquance normative, elle sera plus simplement réputée n'avoir jamais existé. Là où le juge n'a aucune difficulté à établir l'infraction commise par un criminel, il se trouve en quelque sorte contraint d'occulter celle de l'organe normatif de l'État, de se refuser à en constater l'existence. De là tout le paradoxe de l'annulation, inséparable de celui du déni : au moment même où le juge agira sur l'ordre juridique, il niera en quelque manière l'existence

même de sa décision puisque, au terme du jugement, l'acte annulé sera réputé n'avoir jamais existé. Là où la reconnaissance pouvait apparaître comme un pouvoir démiurgique, comme une sorte de création juridique du monde, le désaveu, à l'inverse, apparaît comme une puissance d'anéantissement si absolue qu'elle va jusqu'à se nier elle-même comme puissance, à s'anéantir elle-même dans l'acte de destruction qu'elle consomme. Aussi le monde de la reconnaissance et du désaveu, du lien entre *sein* et *sollen*, serait présent au cœur même de l'univers de la hiérarchie des normes.

Mais au-delà, il est possible que cette problématique de la reconnaissance soit également centrale pour ce qu'il est convenu d'appeler les normes d'habilitation, ces règles qui instituent la puissance des organes de l'État et organisent les institutions politiques. Depuis Kelsen, cette question des normes d'habilitation pose de redoutables problèmes, car, pas plus que l'acte d'annulation pris par le juge, elles ne peuvent être décrites sous la forme d'un commandement assorti d'une sanction, et il faut altérer de façon considérable le sens de la notion de prescription pour que ces règles, qui instituent plus qu'elles ne commandent, puissent continuer à être décrites comme des normes. On en reviendra ainsi au point de départ de notre investigation, et à l'idée énoncée par Hart : la question du titre à gouverner ne s'épuise pas dans celle du contenu du commandement. La notion de reconnaissance, telle qu'on s'est efforcé de mieux la saisir ici, pourra alors être appliquée à la question des institutions et du lien politique lui-même, pour tenter d'en saisir toute la portée en termes de droit politique. Tout comme l'acte de reconnaissance de paternité affirmait l'existence d'un lien de filiation légitime, la règle qui habilite le Parlement à voter les lois n'ordonne rien, mais affirme un titre à gouverner. Relevant de l'assertion, et non de la prescription, elle n'invite pas les sujets de l'État à l'obéissance, mais à une reconnaissance collective des organes du Parlement comme législateurs. Il devrait dès lors être possible de mettre en évidence l'idée selon laquelle la vie institutionnelle, à son tour, est essentiellement gouvernée par la dualité de la reconnaissance et du désaveu, c'est-à-dire par une assertion ou, au contraire, un déni de légitimité, que ce soit dans les relations entre les organes de l'État, entre les gouvernants et les gouvernés, ou dans les relations entre majorité et minorité.

Carlos-Miguel Pimentel

Ancien élève de l'École normale supérieure de la rue d'Ulm, Carlos-Miguel Pimentel est professeur de droit public à l'Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines.