

JURISPRUDENCE

Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2013

Archives publiques – Théorie générale de l'État – Coexistence d'ordres juridiques étatiques sur tout ou partie d'un même territoire – Jugement interne – Jugement externe – Épistémologie et théorie du droit

L'article L. 211-1 du Code du patrimoine dispose que «Les archives sont l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité».

L'article L. 211-4 a), du même code dispose notamment que les archives publiques sont «les documents qui procèdent de l'activité, dans le cadre de leur mission de service public, de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public ou des personnes de droit privé chargées d'une telle mission».

Destinés à la conduite des opérations militaires françaises dans le cadre de la Seconde Guerre mondiale, mais plus largement à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la «France libre», puis de la «France combattante», les télégrammes rédigés par le Général de Gaulle à Londres entre 1940 et 1942 constituent des actes de gouvernement, quand bien même existait par ailleurs l'État français de Vichy, dont il avait du reste, dès sa déclaration organique du 16 novembre 1940 commentant le Manifeste de Brazzaville, dénoncé, non pas tant la légitimité que «l'illégalité de l'organisme», ce qu'il réaffirma dans le message du 17 mai 1941.

Les télégrammes manuscrits du Général de Gaulle rédigés entre 1940 et 1942 l'ont été dans le cadre de la fonction de représentation de la nation française qu'il s'était assignée, le temps de la guerre et donc dans le cadre d'une mission de service public. Cette fonction a été légitimée dès l'origine par l'adhésion de la population vivant sur les territoires non occupés, puis celle des Français entrés en résistance en métropole, ainsi que par la reconnaissance des États alliés. Enfin, les ordonnances prises à la Libération ont consacré la validité juridique de ces actes, comme ayant été accomplis au nom de la France.

Les trois cent treize brouillons de télégrammes manuscrits du Général de Gaulle rédigés entre 1940 et 1942 et acquis par la Société Aristophil et le musée des lettres et manuscrits sont donc des archives publiques.

Il convient de faire droit en conséquence à la demande de revendication de ces documents par l'État français.

Siège : M. Bouvier, A. Bérard et P. Postel-Vinay

Min. publ. : S. Kachaner

Plaid. : M^{es} C.-A. Burel, M. Rasle

Extraits du jugement

[...]

Faits [...]

[...]

Il résulte d'un document dactylographié non daté attribué au fils de madame Desseignet, secrétaire de l'état-major du Général de Gaulle à Londres puis à Alger, que celle-ci aurait récupéré à la fin de la guerre trois cent treize brouillons de télégrammes manuscrits du Général de Gaulle rédigés entre 1940 et 1942, adressés à divers responsables civils et militaires de la France libre et à différents chefs d'État.

L'auteur du document susvisé assure que sa mère aurait par deux fois informé le Général de Gaulle qu'ils étaient en sa possession et que par deux fois il lui aurait dit de les garder.

Après le décès de madame Desseignet, ces documents ont été vendus par ses héritiers à la société Aristophil et au musée des lettres et manuscrits.

[...]

Ces documents ont été présentés de novembre 2011 à avril 2012 dans une exposition au musée des lettres et manuscrits intitulée « les messages secrets du Général de Gaulle – Londres 1940-1942 ».

Juste avant l'exposition, par lettre du 2 novembre 2011, le directeur chargé des Archives de France a écrit au Président du musée des lettres et manuscrits pour rappeler la qualité d'archives publiques de ces documents, ajoutant que la politique de son service « impose la revendication de ces documents ». Il proposait de s'entretenir avec lui de la situation, compte tenu de l'exposition programmée.

Par lettre du 2 janvier 2012, le conseil du musée et de la société Aristophil se sont opposés à toute restitution et ont sollicité le retrait de la demande en revendication.

Par assignation en date du 25 avril 2012, l'État français pris en la personne de monsieur le ministre de la culture et de la communication a assigné la société Aristophil et l'association du musée des lettres et manuscrits devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins de revendication de ces manuscrits.

[...]

Motifs

[...]

Sur le bien-fondé de l'action

[...]

Il est constant qu'après l'appel du 18 juin 1940, au-delà des ralliements individuels, puis de ceux de cadres militaires à la tête d'unités combattantes et de matériel, se sont ralliées à la France libre de nombreuses colonies françaises.

La France libre exerçait donc son autorité sur des hommes et un territoire qui, s'il n'était pas la France continentale, n'en était pas moins le sol français.

Il résulte également des pièces produites aux débats que la France libre s'est dotée d'une organisation structurée destinée à permettre son fonctionnement et à assurer sa représentation :

- création du Conseil de défense de l'Empire par une ordonnance du 27 octobre 1940 dite de Brazzaville,
- création le 24 novembre 1941 du Comité national français de Londres (CNF).

Le but de ces organisations ne saurait être réduit à l'optimisation de l'organisation de combats, étant établi, y compris au travers des télégrammes objets de la présente procédure, que le Général de Gaulle s'employait de façon plus large à assurer la représentation de la France sur le terrain de la politique internationale.

Ainsi que le reprend la chronologie du catalogue de l'exposition (p. 238), le 28 juin 1940, Winston Churchill, Premier ministre britannique, a reconnu le Général de Gaulle comme le « chef des Français qui continuent la guerre ». Surtout, le 7 août 1940, une convention sera signée entre le Général de Gaulle et le Royaume-Uni reconnaissant la France libre comme seule organisation qualifiée pour représenter la France en guerre et assurant le financement britannique, remboursable ultérieurement, de l'état-major administratif du Général de Gaulle.

Il est par ailleurs de notoriété publique que le Conseil de défense de l'Empire, que le catalogue de l'exposition qualifie « d'embryon de son gouvernement » (p. 238), fera quant à lui l'objet de la reconnaissance britannique le 24 décembre 1940.

Par ailleurs, le 26 septembre 1941, par une lettre de M. Maïsky, ambassadeur de l'URSS à Londres, adressée au Général de Gaulle, l'Union soviétique reconnaîtra le comité national français de Londres, dont le catalogue de l'exposition précise, à la date du 24 septembre 1941, qu'il a pour fonction de « gouverner la France libre », ajoutant à la date du 4 décembre 1941 la création officielle de la délégation de la France libre aux États-Unis.

C'est dans ce cadre institutionnel et en qualité de « Chef des Français libres » et/ou de « Président du Comité national », que le Général de Gaulle a signé des actes normatifs, procédé à des nominations et donné des instructions.

Destinés à la conduite des opérations militaires françaises dans le cadre de la guerre mondiale, mais plus largement à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la « France libre », puis de la « France combattante », ces actes constituent des actes de gouvernement, quand bien même existait par ailleurs l'État français de Vichy, dont le Général de Gaulle avait, dès sa déclaration organique du 16 novembre 1940 commentant le Manifeste de Brazzaville, dénoncé, non pas tant la légitimité que « l'illégalité de l'organisme de Vichy », ce qu'il réaffirmera dans le message du 17 mai 1941 (p. 62 du catalogue).

C'est ainsi que dans ce manifeste, le Général de Gaulle affirme sa volonté d'être une « autorité centrale provisoire » et d'exercer « cette mission dans le respect des institutions de la France », ajoutant : « Nous rendrons compte de tous nos actes aux représentants de la nation française dès que celle-ci aura la possibilité d'en désigner librement et normalement ».

Nombre d'ordonnances, décrets et communications diverses seront ainsi publiés.

Au *Bulletin officiel des forces françaises libres*, paru le 15 août 1940, succédera le *Journal officiel de la France libre* le 20 janvier 1941, puis le *Journal officiel de la France combattante* à partir du 28 juillet 1942. Enfin, avec l'arrivée à Alger du Général de Gaulle, le *Journal officiel de la République française* paraîtra à Alger du 10 juin 1943 au 31 août 1944, avant de reprendre sa publication à Paris (*Le Journal officiel* publié en Métropole paraissait quant à lui depuis le 4 janvier 1941 sous le titre de *Journal officiel de l'État français*).

Le rappel de la chronologie et de la dénomination des journaux officiels successifs s'imposait pour établir que le défendeur [la société Aristophil et le musée des lettres et manuscrits, *NdA*] fait une lecture erronée des articles 5 et 6 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. En effet, la date du 18 mars 1943 évoquée à l'article 6 ne peut concerner, par définition, le *Journal officiel de la France libre*, qui avait disparu à cette date.

Tout au contraire, l'article 6 de l'ordonnance du 9 août 1944, en citant tous ensemble les textes publiés « au *Journal officiel de la France libre*, au *Journal officiel de la France combattante*, au *Journal officiel du commandement en chef français civil et militaire* depuis le 18 mars 1943, enfin au *Journal officiel de la République française* entre le 10 juin 1943 et la date de la promulgation de la présente ordonnance » pour dire qu'ils « ne seront applicables sur le territoire

continental de la France qu'à partir de la date qui sera expressément fixée pour chacun d'eux», leur reconnaît une valeur juridique identique et les place donc tous au rang, que le défendeur ne conteste pas s'agissant de ceux publiés au *Journal officiel du commandement en chef français civil et militaire* et au *Journal officiel de la République française*, de documents d'État.

Au-delà des actes normatifs, le Général de Gaulle a gouverné en donnant des instructions aux personnes placées sous son autorité.

C'est précisément l'objet des télégrammes dont les brouillons manuscrits concernent la présente instance.

Si ceux de l'année 1940 se concentrent pour l'essentiel sur les instructions à donner aux généraux (de Larminat, Catroux, Legentilhomme...) pour le regroupement des forces combattantes et l'adhésion des populations civiles des colonies, ceux de 1941 (à Plevén notamment) concernent la recherche d'alliances avec la Syrie, le Liban et l'organisation de relations avec l'Amérique. L'occupation de Saint Pierre et Miquelon prendra une place importante dans la série des télégrammes de la fin de l'année 1941 et 1942, ainsi que l'agacement du Général de Gaulle face à l'attitude américaine et sa stratégie de communication sur le sujet en direction du peuple américain.

Ces instructions ne sont pas seulement celles d'un chef de guerre, mais bien celles du chef d'une nation en guerre, menant un combat pour sa libération, mais aussi pour le respect de la souveraineté de la France dans la perspective de l'après-guerre.

Les brouillons de télégrammes objets de la présente action montrent que leur auteur s'adresse aux chefs d'État en chef d'État.

Le 30 décembre 1941, il écrit à Churchill: «[...] Ce que vous avez dit hier sur la France au parlement du Canada a touché toute la nation française. Du fond de son malheur la vieille France espère en la vieille Angleterre».

Le 6 novembre 1942, il saluera le peuple et l'armée soviétique, formant à titre personnel des vœux pour «le Grand Chef de la Russie en guerre» et conclura: «L'amitié franco-soviétique sortira de l'épreuve scellée par la victoire commune».

La volonté du Général de Gaulle, dans son combat pour la libération du territoire occupé, était donc bien de représenter la France, non seulement sur un terrain militaire, mais aussi sur le plan politique et diplomatique.

Ainsi, dans un télégramme du 17 mai 1941, il écrit à René Plevén: «Le général de Gaulle et le Comité de Défense de l'Empire français dont l'autorité est librement reconnue par tous les territoires français déjà libres du contrôle de l'ennemi, qui sont les représentants des sentiments réels de leurs concitoyens et qui dans toute la mesure de leurs moyens assurent l'exécution des traités et engagements souscrits par la France antérieurement au 18 juin 1940 déclarent:

- a) que la France ne peut et ne doit pas être tenue pour responsable des actes commis soit disant en son nom par des gouvernants qui ont usurpé le pouvoir [...]

- b) que la nation française continue la guerre [...] et [*sic*] de ses territoires qui échappent au contrôle de l'ennemi et doit, par conséquent, être considérée comme belligérante par tous les États et comme alliée par ceux de ces États qui combattent les ennemis communs
- c) que la nation française ne reconnaît dans le présent et ne reconnaîtra dans l'avenir aucune atteinte à aucun de ses droits qui serait commise par n'importe quel État du monde [...].».

L'ensemble de ces éléments établissent que les télégrammes manuscrits du Général de Gaulle rédigés entre 1940 et 1942 l'ont été dans le cadre de la fonction de représentation de la nation française qu'il s'était assignée, le temps de la guerre et donc dans le cadre d'une mission de service public. Cette fonction a été légitimée dès l'origine par l'adhésion de la population vivant sur les territoires non occupés, puis celle des Français entrés en résistance en métropole, ainsi que par la reconnaissance des États alliés. Enfin, les ordonnances prises à la Libération ont consacré la validité juridique de ses actes, comme ayant été accomplis au nom de la France.

Les trois cent treize brouillons de télégrammes acquis par la société Aristophil et le Musée des lettres et manuscrits doivent, en conséquence, être qualifiés d'archives publiques.

[...]

Par ces motifs,
le tribunal,

[...]

Fait droit en conséquence à la demande de revendication de ces documents par l'État français représenté par le ministre de la culture et de la communication et ordonne leur restitution.

[...]

OBSERVATIONS

D'une question patrimoniale à une réflexion sur l'État: de l'utilité de la théorie du droit pour comprendre une décision judiciaire

I. Introduction

De 1940 à 1942, dans le cadre de l'organisation de la Résistance française à Londres face à l'occupant nazi, divers télégrammes ont été rédigés par le Général de Gaulle. Une partie de ces documents sont entrés en la possession de Madame Desseignet, secrétaire de l'état-major du Général. Alors qu'elle aurait

par deux fois prévenu ce dernier que de tels documents étaient en sa possession, celui-ci l'aurait à chaque fois autorisée à les conserver. À son décès, les documents ont été vendus par ses héritiers à la société Aristophil et au musée des lettres et manuscrits, établissement privé. Quelques jours avant l'inauguration de l'exposition dédiée à ces archives, le directeur chargé des Archives de France a, par communication écrite, rappelé au président du musée la qualité d'archives publiques de ces documents et, en conséquence, en a revendiqué la propriété. Face au refus de toute restitution, l'État français, pris en la personne du ministre de la culture et de la communication, assigne la société Aristophil ainsi que l'association du musée des lettres et manuscrits devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins de revendication de ces manuscrits.

Sur le fond, l'État français estime que ces documents sont des archives publiques au sens de l'article L. 211-4 a), du Code du patrimoine⁽¹⁾ et sont donc propriété de l'État. Ces documents émanent en effet du Général de Gaulle qui était, à l'époque, le «représentant du gouvernement français de fait». L'État considère qu'il n'y a «nulle contradiction à estimer qu'ont le caractère d'archives publiques, tant des documents émanant du Maréchal Pétain que du Général de Gaulle et donc que le gouvernement de Vichy, dont les actes ont engagé la responsabilité de l'État, a pu coexister avec un gouvernement français de fait s'opposant à ce régime». Il fonde son argumentation sur une jurisprudence antérieure du tribunal de grande instance de Nanterre, en vertu de laquelle l'État se trouve investi des droits sur une photographie prise par un membre du service photographique des forces navales de la France libre. Selon ce jugement, «la France libre correspond à l'État».

Les parties défenderesses estiment, quant à elles, que, si ces documents ont certes le caractère d'archives historiques, elles n'en sont pas nécessairement publiques pour autant. Selon elles, la France libre «ne constituait pas un État et ce ne fut jamais dans les intentions de son chef». Les actes posés par la France libre n'avaient pas pour dessein de «poser les bases d'un État» mais avaient pour objectif d'«organiser une force combattante française aux côtés des alliés». De plus, «assimiler l'organisation des Français libres à l'État revient à confondre les notions de légitimité et d'État et lorsque, dans le même temps, le ministère de la culture revendique aussi comme archives publiques des notes personnelles du Maréchal Pétain, cela revient à admettre que deux États ont coexisté dans notre pays entre 1940 et 1942, rien n'étant plus contraire à l'idée de souveraineté».

⁽¹⁾ Article L. 211-4 a), du Code du patrimoine : «Les archives publiques sont :

- a) les documents qui procèdent de l'activité, dans le cadre de leur mission de service public, de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public ou des personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Les actes et documents des assemblées parlementaires sont régis par l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ;
- b) (supprimé) ;
- c) les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels».

Le tribunal de grande instance de Paris était donc amené à se prononcer sur la qualité d'archive publique des télégrammes manuscrits rédigés par le Général de Gaulle entre 1940 et 1942. Au-delà d'une question patrimoniale, le statut de ces archives soulève la question fondamentale de la définition de l'État. En effet, accorder un caractère public aux archives de la France libre revient, *ipso facto*, à se prononcer sur le statut juridique de celle-ci en lui accordant la qualification d'« État ». Cette question relevant de la *théorie générale de l'État* se situe à la croisée des chemins entre le droit international public et la théorie du droit⁽²⁾. Nous mobiliserons dès lors les outils de ces deux disciplines afin de mesurer la portée de la décision prise par le tribunal.

Il est d'ores et déjà intéressant de souligner la complexité de la question, due à la coexistence de deux ordres potentiellement juridiques l'un et l'autre sur le même territoire : la France libre et le régime de Vichy. Afin de comprendre comment cette question peut être envisagée, nous articulerons notre commentaire de la manière suivante : dans un premier temps, nous aborderons la controverse telle qu'elle l'a été par le tribunal, c'est-à-dire du point de vue du droit positif (ou prétendument tel), en s'interrogeant si la France libre disposait des qualités nécessaires pour être considérée comme un État à part entière (II) ; dans un second temps, la réponse apportée par le tribunal à cette question ayant été positive, nous réfléchirons sur la possibilité d'une coexistence, sur un certain territoire, entre la France libre et celle de Vichy, c'est-à-dire entre deux ordres juridiques considérés comme étatiques, en mobilisant plus particulièrement les outils de la théorie du droit (III). De brèves conclusions synthétiseront les enseignements ainsi dégagés (IV).

II. En droit positif, la France libre correspond-elle à un État ?

La conception traditionnelle distingue généralement trois éléments constitutifs d'un État : un territoire, un peuple et un pouvoir⁽³⁾. Ces éléments sont notamment repris dans le premier article⁽⁴⁾ de la convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des États du 26 décembre 1933, qui fait désormais

⁽²⁾ Si certains théoriciens du droit ne restreignent pas le phénomène juridique au seul cadre étatique, les qualités essentielles de cette institution, par sa place prépondérante dans la production de normes contraignantes à l'époque contemporaine, n'en demeurent pas moins une question fondamentale.

⁽³⁾ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, coll. La pensée juridique, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1997, p. 260.

⁽⁴⁾ Article 1^{er} : « *The state as a person of international law should possess the following qualification :*

(a) *a permanent population ;*

(b) *a defined territory ;*

(c) *government ; and*

(d) *capacity to enter into relations with other States ».*

office de coutume universelle⁽⁵⁾. Cette convention décline la notion de «pouvoir» en deux critères: un «gouvernement» et «la capacité d'entrer en relation avec d'autres États». Elle précise également, en son article 3, que l'existence d'un État est indépendante de la reconnaissance d'autres États⁽⁶⁾. Sans énumérer expressément ces différents critères, le tribunal de grande instance de Paris se réfère cependant à chacun d'eux afin de démontrer le caractère étatique de la France libre.

A. UN TERRITOIRE ET UNE POPULATION

Un État est avant tout une *communauté humaine*, sur laquelle il exerce sa *puissance*. C'est par l'intermédiaire d'un *territoire* déterminé qu'il exerce ce pouvoir⁽⁷⁾, tant sur les nationaux que sur les étrangers⁽⁸⁾.

Selon le jugement annoté, la France libre exerçait effectivement son pouvoir sur un territoire et une population déterminés car elle avait vu se rallier à elle, dans la foulée de l'Appel du 18 juin, de nombreuses colonies françaises: «La France libre exerçait donc son autorité sur des hommes et un territoire qui, s'il n'était pas la France continentale, n'en était pas moins le sol français». Si le statut des Français métropolitains désirant se rallier à la France libre demeure délicat⁽⁹⁾ – à l'exception des quelques résistants ayant rejoint le Général à Londres –, l'autorité exercée sur la France coloniale paraît en revanche établie.

B. UN POUVOIR

L'élément constitutif essentiel d'un État est la *puissance* exercée sur ce territoire et cette population. Cette notion de *puissance*, souvent désignée par le terme *souveraineté*, est source d'une littérature pléthorique en raison des nombreuses controverses en la matière. Nous n'emprunterons pas les chemins tumultueux qui mènent à une définition indiscutable de la souveraineté car là n'est pas l'objet de notre propos; nous nous limiterons aux débats tenus à ce sujet dans l'enceinte du tribunal, qui se sont essentiellement concentrés sur la volonté de la France libre, exprimée en la personne du Général de Gaulle, d'agir en tant qu'État indépendant et sur la question de savoir si sa raison d'être

⁽⁵⁾ D. HARRIS, *Cases and materials on international law*, 4^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1991, p. 103.

⁽⁶⁾ Article 3: «*The political existence of the state is independent of recognition by the other states*».

⁽⁷⁾ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, pp. 2-3.

⁽⁸⁾ Quant aux nationaux établis ou séjournant à l'étranger, même si l'État maintient sur eux une certaine maîtrise, c'est uniquement lorsque ceux-ci sont rapatriés sur le territoire qu'une éventuelle sanction peut être exercée.

⁽⁹⁾ Il paraît en effet difficile d'admettre qu'entre 1940 et 1942, ces résistants «de l'intérieur» étaient effectivement soumis à l'autorité de la France libre et non à celle de Vichy.

se limitait à l'optimisation des stratégies militaires de la Résistance. En d'autres termes, l'organisation française exilée à Londres constituait-elle un gouvernement à part entière ou se réduisait-elle à une simple organisation militaire ?

Le tribunal a décidé de retenir les arguments de l'État français et de considérer, par voie de conséquence, que la France libre avait pour vocation de constituer un État et non de se limiter exclusivement à organiser et coordonner des opérations militaires. En effet, la France libre s'est « dotée d'une organisation structurée destinée à permettre son fonctionnement et à assurer sa représentation », notamment par la création du Conseil de défense de l'Empire le 27 octobre 1940 (ordonnance de Brazzaville) et par la création du Comité national français de Londres le 24 novembre 1941. Le but de ces organisations ne se limitait pas à la planification des combats mais avait également pour objectif de représenter la France sur le terrain de la politique internationale. Si les archives datant de l'an 1940 sont essentiellement adressées aux généraux dans une perspective de regroupements militaires, les télégrammes de 1941 ont une portée diplomatique et visent notamment la recherche d'alliances avec la Syrie et le Liban, ainsi que l'organisation des relations avec les États-Unis.

Par ailleurs, le Général de Gaulle a signé des actes normatifs, procédé à des nominations et donné des instructions, destinés tant à la conduite d'opérations militaires qu'à l'organisation et au fonctionnement des institutions de la France libre, qui deviendra ultérieurement la « France combattante ». Nombre de ces actes ont été publiés au *Bulletin officiel des forces françaises*, paru le 15 août 1940, auquel succédera le *Journal officiel de la France libre* le 20 janvier 1941, puis le *Journal officiel de la France combattante* à partir du 28 juillet 1942. Selon le tribunal, « ces actes constituent des actes de gouvernement, quand bien même existait par ailleurs l'État français de Vichy ».

C. UNE RECONNAISSANCE PAR D'AUTRES ÉTATS

Bien que la reconnaissance ne soit pas considérée en tant que telle comme un élément constitutif d'un État⁽¹⁰⁾, elle constitue néanmoins un indice pertinent de sa « capacité d'entrer en relation avec d'autres États ». Or, rappelle le tribunal, la France libre a été reconnue en tant qu'État par différentes puissances étatiques. Ainsi, elle fut considérée par Winston Churchill comme la « seule organisation qualifiée pour représenter la France en guerre ». Le 26 septembre 1941, M. Maïsky, ambassadeur de l'URSS à Londres, reconnaît par lettre écrite le Comité national français de Londres. Enfin, le 4 décembre 1941, une délégation de la France libre est créée aux États-Unis.

⁽¹⁰⁾ La dépendance de l'existence à la reconnaissance est une question métaphysique qui dépasse les sphères du droit international public, illustrée poétiquement par l'interrogation suivante : « *If a tree falls in the forest and no one hears it, does it make a sound?* », citation abusivement attribuée à George Berkeley, qui a néanmoins abordé la question dans son traité sur les *Principes de la connaissance humaine* (G. BERKELEY, *Principes de la connaissance humaine*, Paris, Armand Colin, 1920, pp. 43 et s.).

D. CONCLUSION : SOUS L'ANGLE DU DROIT POSITIF, LA FRANCE LIBRE EST UN ÉTAT

En conclusion, le tribunal de grande instance de Paris considère que la France libre satisfait à tous les éléments constitutifs d'un État : elle est dotée d'un gouvernement, reconnu comme tel par différents États, qui assoit son autorité sur un territoire et une population, en l'occurrence une partie – non précisée par le tribunal – des colonies françaises.

Si le tribunal reconnaît la France libre en tant qu'État, il ne nie cependant pas l'existence de l'État français de Vichy. Or, malgré ce constat de la présence concomitante de deux ordres juridiques étatiques, le tribunal n'aborde nullement la question de la coexistence de ces deux ordres, ni des rapports qu'entretiennent ceux-ci – ne serait-ce que sous la forme de la négation de l'existence de l'un par l'autre. Il nous paraît dès lors intéressant d'approfondir ce point de réflexion, tant il est vrai que, comme l'ont souligné les parties défenderesses, une contradiction au moins apparente semble résulter de la reconnaissance de deux États souverains (la France libre et Vichy) au même moment sur tout ou partie d'un même territoire, alors qu'il est généralement admis que la souveraineté consiste en la détention du – ou, à tout le moins, la prétention au – monopole de la violence physique sur un territoire déterminé. Or, la métropole et les colonies françaises étaient bel et bien censées constituer une unité et, par voie de conséquence, une et une seule souveraineté.

III. Quelle coexistence et quels rapports entre la France libre et le régime de Vichy?

Le théoricien du droit anglais Herbert L. A. Hart opère une distinction entre les approches *interne* et *externe* d'un même système juridique. Un *jugement interne* vise la *validité* d'une norme en se référant aux critères du système auquel cette norme appartient. Par exemple, une norme est valide au sein d'un ordre juridique si elle a été élaborée dans le respect de toutes les procédures législatives ou réglementaires de cet ordre. Pour reprendre les termes de Hart, une norme est valide si elle satisfait certains critères fournis par la *règle de reconnaissance* du système juridique dont elle ressortit. L'observateur interne accepte donc cette règle de reconnaissance ; il réfléchit sur le système à partir de et à l'intérieur de lui.

Le *jugement externe*, quant à lui, concerne l'*efficacité* d'un système juridique. Hart considère qu'un système juridique est la combinaison de règles *primaires* (consistant en des obligations)⁽¹¹⁾ et *secondaires* (consistant en des pou-

⁽¹¹⁾ Les règles primaires « prescrivent à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements, qu'ils le veuillent ou non » (H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 105).

voirs, des droits ou des libertés)⁽¹²⁾. Les règles secondaires sont de trois types : les *règles de reconnaissance* (*rules of recognition*) qui, comme nous l'avons vu, permettent de déterminer l'appartenance d'une règle primaire au système juridique, les *règles de changement* (*rules of change*) qui permettent de modifier ces règles et les *règles de décisions* (*rules of adjudication*) qui habilite certains individus à résoudre d'autorité la question de savoir si une règle primaire a été transgressée et, dans l'affirmative, quelles sanctions doivent être prononcées, par quelles autorités et suivant quelles procédures⁽¹³⁾. Pour qu'un système juridique soit *efficace*, les règles *primaires* doivent être généralement respectées par la population et les règles *secondaires* – la règle de reconnaissance en particulier – doivent être généralement admises par les autorités⁽¹⁴⁾. L'observateur externe n'est pas censé adhérer ou obéir au système qu'il étudie ; il peut ainsi en mettre en question les postulats éventuels (comme la règle de reconnaissance par exemple).

Afin d'aborder la question de la coexistence et des rapports de la France libre et de l'État français de Vichy, nous emprunterons à Hart les deux perspectives ainsi mises en lumière : l'une, *interne*, qui consiste à penser la problématique dans le cadre d'un ordre juridique particulier, en l'occurrence selon le point de vue de la République française actuelle, puisque la décision commentée a été rendue dans ce cadre (A) ; l'autre, *externe*, c'est-à-dire en dehors de tout système juridique particulier, dans une approche plus familière aux disciplines métajuridiques (B). Dans un dernier temps, plus *critique* (C), nous tenterons de démontrer la prééminence implicite de la perspective interne sur la perspective externe dans les conceptions de Hart, *a fortiori* dans la science et dans la théorie du droit de manière plus générale, et d'expliquer les raisons de cette prééminence.

A. UNE APPROCHE INTERNE DE LA QUESTION

Il arrive que les règles considérées comme *valides* par les autorités du système juridique ne soient plus généralement obéies par la population : ce sont des cas de *pathologies juridiques*⁽¹⁵⁾. Selon le diagnostic du tribunal de grande instance de Paris, la France a souffert de ce type de pathologie. La République française aurait, en effet, connu une période intermédiaire durant laquelle son gouvernement, en exil, exerçait ses fonctions en utilisant les critères de validité

⁽¹²⁾ Selon Hart, un système exclusivement composé de règles primaires se verrait confronté à trois difficultés d'envergure : le défaut d'incertitude (quelle règle est juridique et quelle règle ne l'est pas ?), le caractère statique des règles et l'inefficacité de la pression sociale due à l'absence d'agents spécialement habilités à constater les violations. L'instauration de règles secondaires permet de remédier à ces différents défauts et ainsi de franchir le pas « entre un monde pré-juridique et un monde juridique » (H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 119).

⁽¹³⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁽¹⁴⁾ Les autorités en tant que personnes privées doivent également respecter les règles primaires.

⁽¹⁵⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 147.

juridique de l'ancien système sans que ses décisions soient effectives sur le territoire de la France métropolitaine. Le Général de Gaulle affirme en effet, depuis Londres, sa volonté⁽¹⁶⁾ d'être une « autorité centrale provisoire et d'exercer cette mission dans le respect des institutions de la France », or aucun acte adopté par lui entre 1940 et 1942 n'avait effet sur le territoire de la France métropolitaine. Ce comportement qui consiste à persister à juger *valide* un système *inefficace* n'est néanmoins pas dénué de tout intérêt car il nourrit l'espoir de voir se rétablir l'ancien régime et de chasser l'actuel⁽¹⁷⁾. En l'occurrence, l'histoire leur a donné raison ; une fois le régime républicain rétabli sur l'ensemble du territoire français, les autorités en place ont pu, grâce au mécanisme juridique de la rétroactivité⁽¹⁸⁾, octroyer *a posteriori* une certaine *efficacité*, largement fictive il est vrai, sur le territoire de la France métropolitaine aux actes adoptés par le Général de Gaulle à Londres.

Malgré l'apparition de ce type de pathologie, Hart considère qu'un ordre juridique ne s'interrompt pas nécessairement pour autant. Il présuppose en effet que l'existence d'un ordre juridique est un constat « suffisamment englobant et général pour admettre des interruptions »⁽¹⁹⁾. La France d'avant-guerre, la France libre et la France d'après-guerre ne seraient donc pas trois États différents et successifs mais un seul et même ordre juridique. Cette prise de position ne peut se comprendre que si nous distinguons clairement le jugement interne de droit, émis en l'occurrence au sein d'un ordre juridique à propos de son existence passée, et le jugement externe de fait⁽²⁰⁾. S'il y a eu rupture dans les faits – différents types de gouvernements se sont succédés en France tout au long du XX^e siècle –, il n'est pas censé y en avoir eu du point de vue de l'ordre juridique du système rétabli – et à l'intérieur duquel devait statuer le tribunal de grande instance de Paris. Plus précisément, nonobstant les vicissitudes historiques et les changements de régimes constitutionnels, se serait maintenu, depuis la chute du Second Empire, un et un seul système juridique – disons, en résumé, celui de la « France républicaine ». À la Libération, les autorités françaises considèrent le régime de Vichy comme illégal et déclarent avec effet rétroactif que le droit républicain n'a jamais cessé d'être en vigueur sur le territoire français. En dépit des apparences, il n'y a, selon Hart⁽²¹⁾, pas de contradiction : il s'agit en effet d'un jugement purement interne au système juridique en question.

Lorsqu'un système juridique ayant temporairement perdu son efficacité finit par la recouvrer, se pose dès lors la question délicate de savoir ce qui était

⁽¹⁶⁾ Le Général, en formulant sa volonté, émet un *énoncé performatif* (J.L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Paris, Éditions du Seuil, 1970, p. 41.). En raison notamment de l'autorité qui lui est reconnue par différents chefs d'États et de gouvernement, les décisions prises par de Gaulle ont des effets indéniables sur la réalité.

⁽¹⁷⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 131.

⁽¹⁸⁾ Comme nous le développerons *infra*, B.

⁽¹⁹⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, pp. 148-149.

⁽²⁰⁾ *Id.*, p. 149.

⁽²¹⁾ *Id.*, p. 151.

du droit et ce qui ne l'était pas pendant la période d'interruption. Ce problème est en partie résolu par l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental, qui consacre expressément la continuité de la République française. L'article premier est en effet libellé comme suit : « La forme du Gouvernement de la France est et demeure la République. En droit celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Son deuxième article consacre la nullité⁽²²⁾ de « tous les actes constitutionnels législatifs ou réglementaires, ainsi que les arrêtés pris pour leur exécution, sous quelque dénomination que ce soit », promulgués par le régime de Vichy. La nullité doit néanmoins être expressément constatée. L'ordonnance elle-même se charge de constater la nullité de différentes catégories d'actes, tels que les actes constitutionnels ou les textes antisémites par exemple. Les autres continueront à recevoir provisoirement application aussi longtemps que leur nullité ne sera pas déclarée.

En suivant ce jugement de validité purement interne, il est logique que le tribunal considère les télégrammes rédigés à Londres par le Général comme des archives publiques au sens de l'article 211-4, a), du Code du patrimoine : en effet, l'ordre juridique républicain est censé ne jamais s'être interrompu et la République française actuelle est à son tour la continuatrice de la France libre qui, comme rappelé *supra*, rassemblait toutes les qualités d'un État. Dans une telle optique, il est plus surprenant, en revanche, que les notes du Maréchal Pétain soient elles aussi considérées comme des archives publiques. Malgré la répudiation des actes commis par le régime de Vichy, officiellement tenu pour « nul et non avenu », considérer ces archives comme publiques revient, d'une certaine manière, à reconnaître l'appartenance de ces événements à l'histoire de la « République » française et, implicitement, à lui reconnaître une part de responsabilité⁽²³⁾ dans ces événements. La contradiction, habilement relevée par la partie défenderesse, qui consiste à qualifier en même temps le mouvement de la France libre et le régime de Vichy d'« État » est subtilement écartée par le tribunal en ce qu'il opère une scission entre la France métropolitaine et les colonies : la France libre et la France de Vichy asseyaient leur autorité sur deux territoires et deux populations différents. Ces deux ordres juridiques ont donc pu coexister sans que cela ne contrevienne au principe de souveraineté. À la libération, la France aurait donc été « réunifiée » – sa partie « malade » (pour filer la métaphore de Hart) ayant été purgée de ses infections par le mécanisme juri-

⁽²²⁾ Le mécanisme de l'annulation, par son caractère rétroactif, vise à masquer les échecs du système. En effet, un acte annulé est censé ne jamais avoir existé, ce qui constitue évidemment une fiction : l'acte a effectivement eu un impact depuis son adoption jusqu'à son annulation (L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2012, p. 174).

⁽²³⁾ La responsabilité de la France dans la déportation des juifs a été reconnue officiellement pour la première fois le 16 juillet 1995, lors du discours du Président Jacques Chirac au Vélodrome d'hiver. Il y reconnaît en effet que « la folie criminelle de l'occupant a été secondée par des Français, par l'État français ». Il rompt ainsi avec la doctrine gaulliste qui consistait à nier toute responsabilité en rejetant l'idée que le régime de Vichy ait appartenu, de quelque manière que ce soit, à l'histoire de la France républicaine.

dique de l'annulation. Bref, sous l'angle interne, un agent du système juridique français actuel, tel un juge, peut considérer que le seul régime représentatif de la France républicaine à cette époque était le mouvement de la France libre, la situation en France métropolitaine relevant d'une maladie temporaire et désormais expurgée.

B. UNE APPROCHE EXTERNE DE LA QUESTION

Si, dans une perspective interne, la République française tient pour établi, depuis la Libération, qu'elle n'a pas subi d'interruption, d'un point de vue externe, la réalité historique est bien entendu tout autre. De 1939 à 1945, au minimum trois pouvoirs se sont succédés sur le territoire de la France métropolitaine : ceux de la Troisième République, du régime de Vichy et de la France libre, devenue « libératrice » à partir de 1944.

En effet, chacune de ces successions s'est déroulée en transgressant les *règles de changement* du régime antérieur : l'ordre juridique successeur surgit en violation des règles de l'ordre juridique auquel il succède ; ils entrent ainsi en collision⁽²⁴⁾. Il s'agit, en somme, de changements révolutionnaires des structures juridiques⁽²⁵⁾. Si les règles de changement du régime remplacé avaient été respectées, il eût été plus exact de parler de *réforme*⁽²⁶⁾. À titre d'illustration, le passage de la IV^e à la V^e République en 1958, malgré la modification de la base même de l'État qu'il a impliqué, peut être considéré comme une réforme car les procédures de modification des règles constitutionnelles ont été formellement respectées. Les normes au sommet de l'État sont certes différentes désormais mais elles ont été modifiées dans le cadre de la procédure prévue par l'ordre juridique et il paraît donc erroné alors de parler de *révolution*.

Quoi qu'il en soit, la volonté de continuité exprimée par les ordonnances d'août 1944 et réitérée dans le jugement annoté n'est pas anodine. Conférer à un régime politico-juridique l'apparence d'une durée qui n'est pas la sienne en réalité a pour objectif d'exagérer, dans les représentations collectives, la solidité et, par voie de conséquence, la légitimité d'un État⁽²⁷⁾. D'une part, l'illu-

⁽²⁴⁾ La rupture juridique entre la France d'avant-guerre et celle de Vichy n'est cependant pas aussi claire. En effet, le 9 juillet 1940, l'Assemblée nationale abroge la constitution de la III^e République à 624 voix contre 4 et donne pleins pouvoirs au Maréchal. Les procédures de révision en vigueur ont donc été respectées (R.O. PAXTON, *La France de Vichy*, Paris, Éditions du Seuil, 1997, pp. 73-74). Nous pourrions dès lors considérer qu'il s'agit plutôt d'une *réforme* et non d'une *révolution*. Il faut cependant garder à l'esprit la raison qui sous-tend cette révision en apparences volontaire : l'invasion allemande. La cause première de la modification est, en effet, l'irruption d'un ordre juridique extérieur – celui de l'Allemagne nazie – dans l'ordre juridique français. C'est donc un acte de violence militaire et non le vote démocratique de l'Assemblée nationale qui a provoqué le changement de régime en place.

⁽²⁵⁾ L. FRANÇOIS, « La révolution selon le droit », *Journ. proc.*, n° 442, 20 septembre 2002, p. 1.

⁽²⁶⁾ *Id.*, p. 8.

⁽²⁷⁾ L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, *op. cit.*, p. 228.

sion de la permanence amplifie la solidité d'un État de manière à décourager d'éventuelles insurrections. D'autre part, cette continuité fictive concourt à la légitimation de l'action coercitive de l'État. En effet, un État dont la tradition ancestrale est établie dans l'imaginaire collectif pourra plus aisément imposer le respect de ses actes coercitifs sans recourir à la violence qu'un jeune État, dont les bases fondatrices sont toujours à découvert, est souvent amené à exercer. Imputer à un régime politico-juridique une ancienneté plus grande que ce qu'une observation lucide de la réalité permet de découvrir et, ce faisant, couvrir ce régime d'une honorabilité liée à la longue durée dont il est ainsi revêtu dans le discours officiel permettent de renforcer l'efficacité du système en favorisant le respect volontaire des normes plutôt que la soumission forcée. Une norme juridique peut en effet être respectée de gré ou de force. L'emploi de la force nécessite cependant une quantité d'énergie supplémentaire. Afin d'éviter cette dépense, les États, comme d'autres ordres juridiques du reste, ont élaboré des mécanismes destinés, pour reprendre les termes de Lucien François, à *nimber*⁽²⁸⁾ leurs actions. Accentuer l'ancienneté d'un État, en l'occurrence postuler que la France républicaine a traversé et survécu⁽²⁹⁾ à la Seconde Guerre mondiale pour parvenir jusqu'à nous selon un processus de pure continuité, constitue donc aussi un phénomène de *nimbe*, c'est-à-dire un moyen de faciliter, à l'heure actuelle, le respect volontaire des normes dans un souci d'économie d'énergie.

Ce type de discours s'imisce également dans l'histoire des États telle qu'elle est narrée dans les discours officiels. Ainsi, la locution si souvent répétée de Jules César à l'égard des Belges (*Horum omnium fortissimi sunt Belgae*) renforce un sentiment de patriotisme à l'égard d'un peuple qui n'a rien à voir avec la population belge d'aujourd'hui⁽³⁰⁾. La province belge de l'Empire romain s'étendait à des contrées bien plus larges que les frontières de la Belgique actuelle, mais aussi et surtout, cette Belgique romaine ne correspond en rien à l'actuel Royaume de Belgique, tant du point de vue des institutions que des populations qui le composent. Ces récits relevant plus du mythe que de l'histoire – formant ainsi ce que l'on a appelé une *mythistoire*⁽³¹⁾ – contribuent également à renforcer la solidité et à accroître la légitimité de l'État.

La mystification ne se limite pas, en l'occurrence, à la continuité de la France républicaine, elle englobe également la prise de pouvoir de la France libre. La « Libération » prend désormais la majuscule, tout comme le terme « Résistance », voire l'appellation « le Général ». Ces artifices d'expression du

⁽²⁸⁾ En référence au cercle de lumière auréolant le Christ, les saints mais aussi les grands dignitaires politiques (notamment les empereurs byzantins) peints ou sculptés.

⁽²⁹⁾ Personnifier un État en lui octroyant des qualités et comportements humains et donc une personnalité propre, indépendante des membres qui la composent, constitue également un phénomène de *nimbe*.

⁽³⁰⁾ N. THIRION, *Théories du droit. Droit, pouvoir, savoir*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 161.

⁽³¹⁾ Pour reprendre le mot-valise inventé par Shlomo Sand (S. SAND, *L'invention du peuple juif*, Paris, Flammarion, 2008, rééd. coll. Champs, 2010, pp. 133 et s.).

discours officiel ont également pour but d'ancrer la légitimité du régime politico-juridique en vigueur. Ainsi, les épisodes héroïques qui ont mené à la libération sont exaltés tandis que les exactions les moins défendables sont tues⁽³²⁾. Les éléments noirs de l'histoire de la France libre restent dans l'ombre, tandis que les atrocités du régime de Vichy sont mises en exergue. Or, il faut rester conscient du fait que, si la prise de pouvoir sur le territoire de la France métropolitaine en 1944 avait échoué, les « libérateurs » auraient été qualifiés de vulgaires criminels. Les « héros » en seraient restés au stade, infiniment moins respectable, de « rebelles », avec les sanctions pénales qui en découlent, souvent d'autant plus sévères lorsque la stabilité du régime en vigueur a été menacée.

Les effets juridiques d'une insurrection sont donc déterminés, en dernière instance, par son succès ou par son échec : « Pour qu'on parle de révolution, le succès est nécessaire, fût-il bref »⁽³³⁾. À propos de cette violence fondatrice d'un État, le philosophe français Jacques Derrida parle d'un *droit à venir*⁽³⁴⁾, dont on ne peut savoir à l'avance s'il réussira. En cas d'échec, les insurgés seront sévèrement punis, en cas de fortune par contre, ils seront glorifiés par le nouvel ordre juridique issu de leur révolution. Les révolutionnaires eux-mêmes agissent au nom d'un droit *à venir*, voire au nom d'un droit *à rétablir*⁽³⁵⁾. En l'espèce, les « libérateurs » agissaient au nom de la légalité républicaine antérieure, tout comme le régime de Vichy parlait lui-même d'une « révolution nationale », dans l'idée d'un retour à un régime non « souillé » par 1789. En toute rigueur, la France de Vichy est une contre-révolution⁽³⁶⁾ par rapport à la Révolution française et la France libre est une contre-révolution par rapport à la « révolution nationale » de Vichy. Seule une posture externe permet de saisir cette relativité des situations et ainsi éviter de prendre pour argent comptant les illusions que tout système juridique secrète pour se faire respecter et obéir.

C. PRÉÉMINENCE DE LA PERSPECTIVE INTERNE DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

La combinaison des regards interne et externe offre donc une véritable pertinence pour comprendre la décision annotée au-delà d'une exégèse purement technique. D'une part, la réflexion en termes de jugement interne revêt un intérêt particulier en ce qu'elle permet de déceler la logique du tribunal et d'ainsi comprendre les raisons qui ont mené à l'adoption de la décision ; d'autre part, l'observation externe permet de se détacher d'un raisonnement exclusive-

⁽³²⁾ L. FRANÇOIS, *La révolution selon le droit*, op. cit., p. 13.

⁽³³⁾ *Id.* p. 9.

⁽³⁴⁾ Derrida avance que la violence fondatrice d'un État répond à la catégorie grammaticale du futur antérieur : les actes présents n'ont pas encore de fondement juridique mais seront justifiés, en cas de succès, par un droit futur (J. DERRIDA, *Force de loi : le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Éditions Galilée, 1994, p. 87 et s.).

⁽³⁵⁾ Si un droit *à rétablir* fait référence à un ordre juridique passé, seul un ordre juridique futur (en l'occurrence celui issu de la révolution) pourra légalement justifier leurs actes révolutionnaires.

⁽³⁶⁾ La contre-révolution n'étant rien d'autre, au fond, qu'une certaine forme de révolution.

ment technique afin d'offrir une vision plus exacte des mutations qui s'opèrent au sein des et entre les différents ordres juridiques. Néanmoins, la seconde grille de lecture, c'est-à-dire l'observation externe, est souvent négligée par les différents « observateurs » du droit : les cours et les tribunaux, la « doctrine » et les « théoriciens du droit »⁽³⁷⁾, lesquels limitent bien souvent leur raisonnement à un jugement exclusivement interne.

L'idée selon laquelle il faut se limiter à appréhender le droit de l'intérieur, sans le questionner de l'extérieur, paraît assez logique en ce qui concerne les cours et tribunaux. Institués par un ordre juridique dans l'objectif de mettre en œuvre les normes de ce dernier, d'en créer de nouvelles et de les faire respecter, les autorités juridictionnelles peuvent se borner à se référer aux critères de l'ordre juridique en question sans les mettre en cause : ils ne sont, après tout, que les joueurs d'un jeu dont ils doivent, par conséquent, respecter les règles.

Il est cependant plus surprenant de constater que ce que l'on a coutume d'appeler la « doctrine », c'est-à-dire la communauté des auteurs qui ambitionnent d'étudier les matériaux d'un ordre juridique déterminé d'un point de vue scientifique, demeure le plus souvent attachée à ce cadre de réflexion exclusivement interne. Certes, tout chercheur a une propension à limiter son champ d'étude et le juriste tend presque instinctivement à vouloir se distinguer d'autres spécialistes susceptibles d'étudier les mêmes objets que lui, quoique sous un angle et au moyen de méthodes différents (par exemple, le sociologue, l'historien ou le philosophe) ; toutefois, le droit peut-il être réellement étudié en dehors de son contexte concret d'énonciation ? Pourquoi le juriste « scientifique » ne pourrait-il pas également formuler des jugements externes sur les phénomènes juridiques ? D'une certaine manière, cette prise de position intellectuelle ne revient-elle pas à laisser prospérer les mystifications du droit et de l'État, au moyen desquelles ceux-ci se voilent et voilent leurs productions ? Or, la science n'a-t-elle pas pour objectif la connaissance – qui passe, entre autres, par le dévoilement de ce qui est voilé ? En l'espèce, l'absence d'une lecture externe combinée à une lecture interne ne viendrait-elle pas conforter intellectuellement la continuité de l'ordre juridique français et dès lors participer au phénomène de *nimbe* destiné à légitimer l'État, au lieu de se limiter à observer, d'une part, la décision d'une institution judiciaire d'un État qui se considère comme la continuité de la France libre et, d'autre part, à cerner la part de mystification, en tout cas de fiction, nécessaire à cette énonciation ?

A fortiori peut-on s'interroger sur la valeur explicative d'une théorie du droit qui se cantonnerait à une analyse purement interne du phénomène juridique, sans mettre en question les conditions de possibilité, par définition extrajuridiques, d'un tel phénomène. Or, une tendance assez majoritaire dans la théo-

⁽³⁷⁾ La théorie du droit se distingue de la doctrine en ce qu'elle n'étudie pas un ordre juridique particulier mais tente de s'en détacher afin de comprendre et de décrire le *phénomène juridique* de manière plus générale. La doctrine, elle, a vocation à étudier tout ou partie d'un ordre juridique concret.

rie du droit tend à délaissier la perspective externe au profit d'une perspective interne. Ainsi, même Hart, pourtant instigateur de cette distinction, n'explore pas pleinement la perspective externe. Selon lui, celle-ci offre à l'observateur qui, indépendamment de toute adhésion aux règles du système⁽³⁸⁾, étudie un phénomène juridique deux voies possibles: d'une part, il peut constater que les membres du groupe qu'il observe, en particulier les acteurs du système juridique, acceptent les règles et analyser alors la manière dont ceux-ci les considèrent d'un point de vue interne; d'autre part, il peut observer les comportements au sein de ce groupe d'un point de vue purement factuel, indépendamment de toute prise en considération de la perspective interne⁽³⁹⁾. Finalement, le premier aspect de la perspective externe – que privilégie Hart – constitue, en réalité, une analyse interne: elle consiste en effet en l'analyse du fonctionnement interne d'un système juridique, seule la place de l'observateur est extérieure⁽⁴⁰⁾. Le second aspect de la perspective externe, c'est-à-dire le jugement externe de fait, entre néanmoins en compte dans son élucidation du concept de droit à propos de la question concernant la *reconnaissance* de la *règle de reconnaissance*. Comme nous le verrons *infra*, Hart se distingue de Kelsen sur ce point en considérant que la *règle ultime de reconnaissance* résulte d'un pur fait, à savoir son application consensuelle par les agents du système juridique. En dépit de la perméabilité entre droit et fait établie dans sa définition du droit, Hart n'observe cependant que très rarement le droit en termes purement factuels et n'emploie dès lors que très peu ce deuxième aspect de la perspective externe. Il compare d'ailleurs cette observation «radicalement externe»⁽⁴¹⁾ à l'exercice d'un statisticien qui se contente d'enregistrer la régularité et l'irrégularité des comportements observables et qui passe dès lors «sous le silence toute une dimension sociale de la vie de ceux qu'il observe»⁽⁴²⁾. En sous-évaluant cette seconde perspective externe, Hart se prive d'une prise de distance radicale qui favorise une approche différente du phénomène juridique et permet non seulement d'observer une réalité factuelle qui peut s'avérer différente de la réalité juridique mais aussi de comprendre et d'analyser les raisons qui poussent le juridique à s'écarter du réel⁽⁴³⁾.

De manière plus catégorique encore, le juriste autrichien Hans Kelsen adopte une perspective exclusivement interne dans sa *Théorie pure du droit*⁽⁴⁴⁾.

(38) Ce qui le différencie des cours et des tribunaux par exemple et, plus largement, de l'ensemble des acteurs qui participent au fonctionnement d'un système juridique.

(39) H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 114.

(40) La position de l'observateur – en fonction de son adhésion ou non au système juridique en question – constitue, en définitive, la seule véritable distinction entre la perspective «purement» interne et le premier aspect de la perspective externe.

(41) Pour reprendre les termes employés par François Ost et Michel van de Kerchove (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 30-31).

(42) H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 115.

(43) Ainsi en va-t-il, par exemple, de la volonté des ordres juridiques de *nimber* leur action dans l'objectif de favoriser le respect volontaire des normes qu'ils émettent.

(44) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

En effet, Kelsen distingue le *Sein* (l'Être) du *Sollen* (Devoir-Être), au sein duquel s'opère également une distinction entre le droit (*Sollen* juridique) et la morale (*Sollen* moral) – chacune de ces catégories étant cloisonnée de manière étanche. En d'autres termes, le droit (*Sollen* juridique) est irréductible au fait (*Sein*) et à la morale (*Sollen* moral), d'où l'idée d'une théorie *pure* qui concentrerait exclusivement l'attention sur ce qui fait la spécificité irréductible du droit, étrangère à la fois aux faits et à la morale. Pour qu'une norme constitue du droit, elle doit être juridiquement *valide*. Or, une règle de droit est *valide* si l'autorité qui l'a émise est habilitée par une norme juridique supérieure⁽⁴⁵⁾. Le raisonnement est donc comparable à celui de Hart, selon qui une norme est juridique – c'est-à-dire *valide* – si elle respecte les critères fournis par la *règle de reconnaissance*. Pour qu'une norme soit juridique, elle doit donc être habilitée par une norme juridique supérieure. Se pose dès lors la question du sommet de la pyramide : quelle norme habilite la norme suprême d'un État ? Alors que Hart considère que la *reconnaissance* de la *règle de reconnaissance* – ce qu'il appelle la *règle de reconnaissance ultime* – est une question de fait⁽⁴⁶⁾, Kelsen *suppose* une norme fondamentale de reconnaissance *elle-même juridique* : la *Grundnorm*⁽⁴⁷⁾. De cette manière, le *Sollen* juridique, tout entier issu de la *Grundnorm*, demeure hermétique au *Sein*. Kelsen se distingue dès lors de Hart en considérant que la règle ultime peut elle-même être définie juridiquement – la *Grundnorm*, quoique non habilitée, étant « toujours-déjà » du droit – et ancre plus encore l'idée d'une théorie du droit capable d'enclorre le phénomène juridique dans un espace hermétiquement clos aux influences des faits et de la morale.

Cette volonté de cantonner la théorie du droit à une réflexion interne peut s'expliquer par deux raisons : d'une part, le désir du spécialiste de la chose juridique de s'accorder le « monopole de la compréhension complète du droit »⁽⁴⁸⁾ et ainsi de rester maître en son royaume ; d'autre part, une certaine croyance en l'irréductibilité du droit au fait et donc en une espèce de transcendance du phénomène juridique. Ainsi, même chez les plus fervents des *juspositivistes*⁽⁴⁹⁾, demeure un fond de *jusnaturalisme*. Si *Dieu est mort*⁽⁵⁰⁾, peut-être ne pouvons-nous pas en dire autant du *Droit*⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁵⁾ Kelsen impose également que le système juridique en question soit effectif, c'est-à-dire obéi de manière générale – l'effectivité étant certes une condition relevant du *Sein* mais cette condition même n'étant pas spécifique au phénomène juridique (une norme *morale* peut être obéie de manière générale par la population sans que cette effectivité ait pour effet de conférer à cette norme un caractère juridique). Seule l'habilitation, conditionnant la validité, est propre au phénomène juridique selon Kelsen.

⁽⁴⁶⁾ H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 138.

⁽⁴⁷⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 257.

⁽⁴⁸⁾ N. THIRION, *op. cit.*, p. 203.

⁽⁴⁹⁾ Que sont notamment Hart et Kelsen.

⁽⁵⁰⁾ F. NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, Gallimard, 1971, p. 21.

⁽⁵¹⁾ Parmi les différents auteurs cités, seul Lucien François, en considérant ce que nous appelons « droit » comme rien d'autre qu'un ensemble de *faits* d'une certaine sorte, échappe à toute tentative de transcendance dans l'étude du phénomène juridique (L. FRANÇOIS, *Le cap des tempêtes*, *op. cit.*).

IV. Conclusion

En conclusion, le tribunal de grande instance de Paris considère que la France libre détenait toutes les qualités essentielles d'un État: un territoire, une population et une puissance. Le raisonnement du tribunal se fonde sur une distinction entre la France métropolitaine, d'une part, et les colonies françaises, d'autre part. Dès lors, la question «qui, du Maréchal Pétain ou du Général de Gaulle, représentait valablement la France de 1940 à 1942?» trouve une réponse nuancée. Il coexistait en effet deux France à cette époque: la France de Vichy et la France libre, chacune exerçant sa puissance sur une population et un territoire différents. Il n'y a dès lors pas de contradiction au principe de souveraineté.

Les manuscrits du Général de Gaulle constituaient donc des documents émanant de la France libre. Quel est cependant leur statut par rapport à la France d'aujourd'hui? En d'autres termes, quel lien relie la France libre à la République française actuelle? En mobilisant les outils de la théorie du droit, dont l'intérêt pratique est souvent négligé, on a pu observer que l'analyse en termes de *jugement interne* proposée par Hart permet d'établir comment, du point de vue de l'ordre juridique français actuellement en vigueur, la continuité de la France républicaine a pu être affirmée, de manière telle que les archives de la France libre pussent être considérées comme «publiques» au sens du code du patrimoine de la République française.

Si les juridictions, en tant qu'acteurs du système juridique, peuvent s'arrêter à cette étape du raisonnement, nous pensons que le juriste qui se pose en observateur extérieur du phénomène juridique – qu'il s'agisse d'un auteur de doctrine ou de théorie du droit – devrait également adopter un regard *externe* sur la question. Ainsi, il mettrait au jour non seulement les rouages de la logique juridique, mais commencerait également à discerner la réalité factuelle cachée derrière les fictions du droit et serait ainsi en mesure de mieux expliciter les raisons sous-jacentes au recours à de telles fictions et les rouages que cachent ces artifices. Face aux fictions que secrète tout système juridique, le juriste est évidemment conscient de l'illusion qui se déroule devant ses yeux mais l'adoption d'une perspective *externe* lui permettrait également d'aller voir derrière le rideau afin de dévoiler les ficelles du tour et de mettre en lumière les techniques du prestidigitateur.

Antoine VANDENBULKE⁽⁵²⁾

⁽⁵²⁾ Assistant à l'Université de Liège.