



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Science Politique

École doctorale SHOS

présentée par

Sidney FLOSS

Préparée à l'unité de recherche EA 4640 : IDPSP
Institut du Droit Public et de la Science Politique
Faculté de droit et de science politique

**Les critiques de la
notion de souveraineté
en Droit et Sciences
Politiques :
l'évolution sémantique
des concepts source de
confusion**

**Thèse soutenue à l'Université de
Rennes1 le 30 janvier 2015**

devant le jury composé de :

Dario BATTISTELLA

Professeur de Science Politique, IEP de Bordeaux,
rapporteur

Johann MICHEL

Professeur de Science Politique, Université de
Poitiers, *rapporteur*

Bernard BRUNETEAU

Professeur de Science Politique, Université de
Rennes1, *examineur*

Stéphane PIERRÉ-CAPS

Professeur de Droit Public, Université de Lorraine,
examineur

Philippe RAYNAUD

Professeur de Science Politique, Université de
Paris II Panthéon-Assas, *examineur*

Jean BAUDOIN

Professeur émérite de Science Politique, Université
de Rennes1, *directeur de thèse*

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le professeur Jean Baudouin, qui a toujours fait montre d'un soutien indéfectible et n'a eu de cesse d'affirmer sa confiance en moi et en mon travail lors de mes périodes de doutes.

Je tiens également à remercier Clémence Faure, Mathieu Bettinger, Adrien Schu, Prune Decoux, Mathilde Lacouture, Mathilde Briard, Alexis Cartonnet, Thierry Dominici, et Lore Berthelot pour l'aide qu'ils m'ont apportée. Je remercie spécialement Sébastien Laurent.

Une attention toute particulière à Frédérique et Émilie,

Je remercie également toute l'équipe de l'IDPSP et du CMRP, notamment les Professeurs D. Bourmaud et P. Troude-Chastenot pour les conditions de travail qu'ils m'ont permis d'avoir. Je pense également à tous les doctorants du CMRP.

Une attention particulière pour Carole Bergerot et les bibliothécaires du CAHD et de la bibliothèque de droit public de l'Université de Bordeaux, qui m'ont grandement facilité l'accès aux ouvrages et documents dont j'avais besoin.

Mes parents, Ruda et Marie, mon frère Zacharie.

Mes amis

Sommaire

Sommaire.....	5
Introduction.....	9
0 Trois histoires de la souveraineté : penser l'autonomie de la République.....	33
0.1 L'histoire théorique de la souveraineté : penser l'autonomie de la République.....	35
0.1.3 Rectification du principe de souveraineté : la dénonciation du mythe de la Volonté Générale.....	66
0.1.4 L'achèvement par la reconnaissance explicite de la dimension morale de la République.....	74
0.2 L'histoire de la souveraineté : L'unité institutionnelle des États souverains.....	81
0.2.1 L'émergence des États souverains : la concentration du pouvoir au sein d'un seul corps institutionnel.	82
0.2.2 L'évolution de la souveraineté : différents modes de légitimation de la domination étatique	101
0.3 L'histoire de la souveraineté : les relations entre puissances.....	115
0.3.1 L'apparition contestée et circonstanciée du concept de souveraineté	117
0.3.2 Un concept inadapté pour ordonner et rendre compte de la scène internationale.....	133
1 L'élargissement des notions de pouvoir et de droit font apparaître comme limitée la volonté du souverain.....	141
1.1 La question de la souveraineté de l'État s'inscrit dans une conception particulière du pouvoir : un pouvoir de commandement	143
1.1.1 La polysémie des termes pouvoir et politique en science politique ..	144
1.1.2 La dilution du politique dans le social à travers les notions de pouvoirs et de normes : la négation de la spécificité de l'État.	158
1.1.3 La distinction nécessaire entre État et gouvernement : l'impossibilité de penser la souveraineté en termes de contrôle.	175
1.1.4 La volonté de l'État identifiée à l'ensemble du droit contraignant..	190

1.2	La souveraineté de l'État comme puissance normative autonome : une puissance de commandement qui reste absolue et illimitée...	215
1.2.1	La souveraineté absolue et illimitée dénoncée au nom de principes que le groupe devrait respecter	216
1.2.2	Le droit nécessairement absolu et illimité dans son application.....	253
1.3	La souveraineté assimilée au gouvernement : des critiques construites sur des rapports d'influence.....	293
1.3.1	Les États ne sont pas contraints par le système économique.....	294
1.3.2	Les États soumis à la volonté des acteurs non étatiques : un rapport problématique entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence...	318
1.3.3	La confusion entre État et gouvernement : fondement de critiques de l'État et de la souveraineté	342
2	L'inversion du rapport entre souveraineté et État fait apparaître la souveraineté comme limitée par le droit.	371
2.1	L'État comme personne morale : la critique de la souveraineté comme attribut juridique de l'État	373
2.1.1	La dissociation non finalisée entre souveraineté interne et souveraineté externe source de confusions multiples.....	374
2.1.2	La critique de la souveraineté à travers l'évolution de la constitution internationale.....	421
2.1.3	La critique de la souveraineté à travers la dénonciation de l'organisation de la scène interétatique.....	467
2.2	La souveraineté pensée à partir de l'État : une inversion source de confusion du fait de la recomposition institutionnelle des États ..	513
2.2.1	La souveraineté de l'État confrontée au monisme juridique : le droit international comme droit interne.....	514
2.2.2	Fédéralisme et États polycentriques.....	549
2.2.3	La privatisation de secteur d'activité : une recomposition du mode de gouvernement qui ne remet pas en cause la souveraineté de l'État .	599

Conclusion 645

Bibliographie 651

Tout ce que les Philosophes moraux ont écrit jusqu'à présent de la science de la vérité, n'a servi de rien.

HOBBS Th., « Épître dédicatoire », *Le Citoyen*, Paris, Flammarion, 1982 [1646], p. 84.

Nothing is today more greatly needed than clarity upon ancient notions. Sovereignty, liberty, authority, personality—these are the words of which we want alike the history and the definition; or rather, we want the history because its substance is in fact the definition

HAROLD J. LASKY, *The Foundations of Sovereignty and other Essay*, (1921), p. 314.

Enfin un mot qui a eu une fortune singulière et a provoqué et provoque encore d'innombrables et interminables controverses, c'est le mot souveraineté.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 544.

il n'y a guère dans la philosophie politique et le droit public, de notion plus obscure et plus contestée que celle de souveraineté. Son ambiguïté est telle que l'on a pu se demander s'il ne serait pas préférable de la bannir du langage scientifique. À vrai dire, cet ostracisme ne résoudrait rien car l'imprécision du terme, loin de signifier qu'il ne répond à rien, reflète en réalité la richesse des idées qu'il prétend exprimer. L'obscurité vient de ce que l'on veut désigner trop de chose par le même mot.

GEORGES BURDEAU, *Problèmes politiques fondamentaux de l'État*, Paris, les cours de droit, 1969, pp. 37-38.

Introduction

« *Le Léviathan de Hobbes (1652), [est] très probablement le plus grand ouvrage de philosophie politique en langue anglaise* »¹

« *La puissance absolue et perpétuelle d'une République* »² : c'est ainsi que Jean Bodin définit, en 1576, la souveraineté dans *Les six livres de la République*. Cette première définition eut un avenir remarquable. La souveraineté fut une des notions cardinales de la pensée politique de ces quatre derniers siècles. Elle permit la construction, la conceptualisation et la compréhension de l'État moderne. Ce mode d'organisation politique inventé en Europe occidentale connut un succès fulgurant, comme le montre sa généralisation : le monde actuel est un monde d'États construits à partir du concept de souveraineté. Elle fournit un cadre conceptuel cohérent permettant de penser le droit, l'État et la politique pendant plus de trois siècles : penser et travailler ces concepts, c'était penser et travailler la souveraineté. La souveraineté apparaissait comme un des paradigmes intangibles de la pensée politique et juridique. Ce n'est plus le cas.

Dans son acception première, la souveraineté renvoie à la puissance de l'État. Définie par Bodin, celle-ci fut dans une conception très similaire théorisée et fondée philosophiquement par Thomas Hobbes. La souveraineté est alors le principe d'organisation de la *République*, du *Common-Wealth*. La République selon Bodin est « *un droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine* »³. Il s'agit donc bien de fournir une explication et une théorisation des communautés humaines, organisées par le droit. La souveraineté crée alors un lien indissoluble entre le droit et la force : le droit est l'application par la force de la justice (« *Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all* »⁴). C'est cette application par la force du droit qui permet à la communauté humaine d'être régie par le droit et d'être une République. Application du droit,

¹ RAWLS J., *La justice comme équité*, Paris, La découverte, 2008 [2001], p. 17. Il semble reprendre à son compte une formule de Michael Oakeshott.

² BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 [1576], p. 111.

³ *Ibid.*, p. 57.

⁴ HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971 [1651], p. 173.

la souveraineté ne peut donc être qu'absolue (il est impossible de limiter le droit) et indivisible (il ne peut exister qu'une seule application du droit).

La théorie de la souveraineté se présente ainsi comme une théorie de Science Politique, qui vise à fournir une explication globale du phénomène politique et de l'organisation des communautés humaines politiquement organisées par le droit. Elle est donc une donnée fondamentale des pensées politiques et juridiques.

Dès sa formulation par Bodin, la souveraineté fut objet de débat doctrinaire, notamment sur ses aspects absolus et illimités ainsi que sur son titulaire, le souverain⁵. Elle ne fut toutefois jamais réellement récusée comme critère de l'État et de l'organisation politique. Elle semble ainsi avoir échappé à toute remise en cause sérieuse jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, où les critiques ont commencé à se faire plus pressantes. La situation apparaît aujourd'hui différente, et la souveraineté semble avoir épuisé sa capacité à donner du sens au phénomène politique. Ce qui avant apparaissait comme des critiques mineures et relativement isolées du concept fait l'objet de toutes les attentions. Les appels à une nécessaire reconceptualisation de la souveraineté ou même à son indispensable dépassement se font de plus en plus fréquents. La souveraineté est ainsi dénoncée comme une fiction, comme un concept contradictoire, dépassé.

Intérêt du sujet : les critiques de la souveraineté comme indice d'une révolution paradigmatique de la pensée de l'État

Si la souveraineté permet de rendre compte de manière satisfaisante de l'organisation politique des communautés humaines, et qu'elle a épuisé sa capacité à décrire le réel, cela signifie que la Science Politique subit une révolution paradigmatique.

Dans *La structure des révolutions scientifiques*⁶, Thomas S. Kuhn développe l'idée de paradigme. Un paradigme, selon Kuhn, consiste en un ensemble de concepts et de pratiques

⁵ L'évolution des conceptions doctrinaires liée à la souveraineté sera exposée plus en détail au chapitre préliminaire.

⁶ KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008 [1962]. La théorie de Th. Kuhn concerne les sciences expérimentales, et il peut donc être jugé inopportun de transposer son raisonnement au cadre spécifique des sciences sociales. Sa réflexion sur les paradigmes et leur évolution semble toutefois être parfaitement recevable pour tout système de pensée.

qui modèlent le travail scientifique⁷. Il distingue deux phases dans l'évolution des idées scientifiques. Une *science normale*, dont la production s'inscrit dans l'enrichissement et l'approfondissement des paradigmes dominants au sein de la discipline, notamment en analysant et testant les conséquences logiques de ses fondamentaux. Au fur et à mesure de l'approfondissement et de l'ajustement du paradigme, surgissent des anomalies, des faits qui ne peuvent rentrer dans le cadre du paradigme car ils en contredisent les points fondamentaux. Préalablement ignorées ou mises de côté, les anomalies peuvent déboucher sur une crise, qui voit la contestation du paradigme dominant et l'apparition de nouvelles théories et de nouveaux concepts : c'est la phase de *science extraordinaire*. Celle-ci verra l'instauration de nouveaux paradigmes et un retour à une science normale.

Ce cadre analytique semble parfaitement s'appliquer aux mutations que connaît le concept de souveraineté en Science Politique. Les théories de Bodin et de Hobbes ont contribué à l'instauration durable du paradigme de la souveraineté pour penser le phénomène politique. Ce paradigme permit la construction des États modernes. Les premières critiques du concept (l'équivalent des premières anomalies — par exemple la dénonciation du pouvoir absolu chez Locke⁸) ne remirent pas en cause sa pertinence. La principale évolution que subit le concept de souveraineté, avec la théorie de la volonté générale de Rousseau⁹ et le fait démocratique, ne changea ni son caractère absolu ni son caractère indivisible (mais instaura durablement l'idée de volonté générale, qui était préalablement absente). Néanmoins, la multiplication de ces critiques et leur prise en compte par un nombre croissant d'auteurs débouchent aujourd'hui sur une remise en cause du concept de souveraineté. La transformation des États modernes sous l'effet de la mondialisation et de l'évolution de leurs fonctions ne permettrait plus de penser ceux-ci sous le paradigme de la souveraineté, ni de rendre compte du politique et de penser de nouvelles formes d'organisation.

La création d'une société-monde, le développement du droit international et des droits de l'Homme, l'évolution de la scène interétatique et la multiplication des acteurs non étatiques au sein de l'espace mondial, la recomposition des systèmes institutionnels sur des ensembles régionaux mêlant plusieurs États ainsi que le développement de nouvelles formes

⁷ « en le choisissant [le terme paradigme], je veux suggérer que certains exemples reconnus de travail scientifique réel — exemples qui englobent des lois, des théories, des applications et des dispositifs expérimentaux — fournissent des modèles qui donnent naissance à des traditions particulières et cohérentes de recherche scientifique » (*Ibid.*, p. 30.).

⁸ LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, Paris, Garnier-Flammarion, 1984 [1690], 408p.

⁹ ROUSSEAU J.-J., « Du Contrat Social », [1762], pp., in. ROUSSEAU J.-J., *Œuvres Complètes*, vol. 3, Paris, Gallimard, 1964, 405p.

de gouvernance... tous ces facteurs pourraient amener à considérer que l'idée d'un pouvoir absolu, illimité et indivisible ne permet plus de rendre compte de la réalité du monde actuel.

Cette crise du paradigme de la souveraineté s'illustre facilement par quelques exemples, qu'il n'est pas besoin de multiplier ici puisque toute la thèse s'appuiera sur l'abondance de critiques dont la souveraineté est l'objet. Bertrand Badie évoque ainsi *Un monde sans souveraineté*¹⁰. Françoise Proust intitule son livre *Feu la souveraineté*¹¹. Olivier Beaud, tout en la liant à l'État, récuse sa pertinence dans le cadre de sa *Théorie de la Fédération*¹². Elle est quasiment absente de *L'État post-moderne* de Jacques Chevallier¹³, de même qu'elle est quasiment absente des manuels contemporains de sociologie politique¹⁴. Cette disparition progressive de la souveraineté des pensées de l'État et du politique illustre bien, peut-être plus encore que les critiques, la mise à mal du concept. Ces critiques de la souveraineté s'attachent alors principalement à montrer que les conceptions de Bodin et Hobbes ne permettent plus de comprendre les systèmes politiques actuels. Derrière les critiques de la souveraineté, c'est bien la compréhension du phénomène politique qui est en jeu.

La Science Politique qui, avec l'État, fut construite à partir du principe de souveraineté¹⁵, apparaît alors en crise : elle ne permettrait plus désormais ni de rendre compte des États modernes, ni de concevoir les formes d'organisation politique qui se construisent actuellement.

Il serait donc nécessaire de repenser ou d'abolir la souveraineté et de concevoir une théorie politique qui pourrait servir de nouveau paradigme à l'État ou à de nouvelles formes d'organisation politique. La multiplication des études critiques sur la souveraineté et les tentatives de proposer de nouvelles formes de conceptualisation du pouvoir correspondent alors à une phase de science extraordinaire : il s'agit de repenser le principe fondamental d'organisation des communautés humaines politiquement organisées.

¹⁰ BADIE B. *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, 306 p.

¹¹ PROUST F., *Feu la souveraineté*, Paris, Furor, 2014, 128 p.

¹² BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

¹³ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, Lextensoéditions, 2008 [2003], 266 p.

¹⁴ Elle semble ainsi absente du manuel de Ph. Braud (BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J., Lextensoéditions, 9^e éd., 2008, 785 p.).

¹⁵ La science politique s'est d'abord construite autour du concept d'État. La souveraineté était donc au cœur de ses préoccupations. De plus, comme il sera montré ensuite, la souveraineté fut l'élément fondamental de la pensée politique à partir du XVI^e siècle (Cf. *infra*).

Problématique du sujet : identifier les raisons de la crise du concept de souveraineté

La question de la souveraineté apparaît comme un sujet primordial de la Science Politique contemporaine. La crise actuelle se traduit notamment par la difficulté de penser les nouveaux modes d'organisation politique (l'Union européenne qualifiée d'*Objet politique non identifié*¹⁶) et la souveraineté des sociétés de plus en plus mondialisées. Il est donc nécessaire de repenser les outils conceptuels permettant de décrire et de comprendre l'organisation des communautés politiques actuelles.

C'est à cette tâche nécessaire qu'entend contribuer cette thèse. Elle ne saurait bien entendu avoir la prétention de fournir un nouveau paradigme de compréhension du phénomène politique. Il s'agira beaucoup plus modestement d'éclaircir les termes du débat afin de comprendre exactement ce qui pose problème dans le concept de souveraineté pour définir avec précision les raisons de la crise. Elle pourra éventuellement suggérer des pistes de recherche en vue de l'élaboration de nouveaux paradigmes.

Plusieurs solutions peuvent alors être envisagées pour expliquer les anomalies que nombre d'auteurs perçoivent dans la théorie de la souveraineté. Les deux premières apparaissent relativement classiques :

- la première considère que la souveraineté n'a jamais été un concept réellement opérant, mais que ce n'est que par l'étude et l'approfondissement du phénomène politique qu'il fut possible de s'en rendre compte. Tant l'interconnexion croissante des entités politiques que la multiplication des études sur les sociétés auraient ainsi mis à jour les inévitables écueils du concept. Dans cette approche figurent principalement les critiques qui dénoncent la souveraineté comme une fiction.
- la seconde considère que la souveraineté fut un concept opérant dans des contextes sociaux différents mais ne l'est plus. Ce serait l'évolution des sociétés qui aurait rendu le concept de souveraineté obsolète pour rendre compte des sociétés actuelles. Les sciences sociales ont en effet la

¹⁶ DELORS J., « Intervention de Jacques Delors », première conférence intergouvernementale, (Luxembourg, 9 septembre 1985) : <http://www.cvce.eu/content/publication/2001/10/19/423d6913-b4e2-4395-9157-fe70b3ca8521/publishable_fr.pdf>.

caractéristique d'étudier un objet qui ne reste pas nécessairement identique à lui-même. La souveraineté aurait alors correspondu à une forme particulière d'organisation politique et de rapports sociaux, qui ne correspond plus à la réalité actuelle. Dans cette approche figurent principalement les critiques qui dénoncent une perte du pouvoir de l'État.

Ces deux approches sont somme toute classiques. Toutes les deux dénoncent la souveraineté pour son incapacité à donner du sens et à rendre compte du mode actuel d'organisation des sociétés politiques. La plupart des auteurs étudiés au cours de cette thèse s'inscrivent dans l'une de ces deux démarches. Néanmoins, les pistes de recherche offertes par ces deux axes ne semblent pas avoir réussi à déboucher sur une reconceptualisation satisfaisante du concept de souveraineté.

Il est alors possible de considérer une troisième solution, qui s'oppose aux deux précédentes :

- La troisième considère que la souveraineté fut un concept opérant (négation de la première solution) et récuse l'idée d'une transformation radicale des sociétés humaines (négation de la seconde solution). La souveraineté de l'État serait alors toujours un outil efficace pour penser le phénomène politique. Les anomalies dénoncées par les contempteurs de la souveraineté ne proviendraient donc pas du concept en tant que tel, mais de la manière dont ils l'utilisent. Ce seraient les transformations qu'aurait subrepticement subi le concept de souveraineté qui le rendraient inopérant.

C'est cette troisième approche qui sera préférée ici. En effet, ce qui frappe tous ceux qui veulent étudier le concept de souveraineté est la grande polysémie du terme. Cette polysémie est actuellement telle qu'il n'est plus possible de parler de concept de souveraineté. Il existe de multiples concepts de souveraineté. Au cœur des réflexions philosophiques, politiques et juridiques pendant plusieurs siècles, elle ne pouvait rester indemne d'une telle activité intellectuelle. Chaque discipline s'autonomisant du fait de la nécessaire spécialisation universitaire, la souveraineté s'est retrouvée utilisée dans différentes disciplines intellectuelles. Or, ces disciplines ont chacune connu des évolutions propres. Insérée dans des

contextes intellectuels travaillés par leurs propres logiques, la souveraineté prit des sens différents, parce que les termes utilisés pour la décrire prirent des sens différents.

Thomas S. Kuhn explique en effet que les mêmes phénomènes peuvent être perçus différemment en fonction des paradigmes utilisés par les chercheurs¹⁷. Différents paradigmes impliquent en effet que les chercheurs évoluent dans des mondes différents où le sens et la priorité accordés aux phénomènes ne sont pas les mêmes. Or, le monde des juristes n'est pas le même que celui des sociologues, des spécialistes des relations internationales, ou des philosophes pensant le politique. De plus dans chaque spécialité, il existe différents courants qui ont également des regards différents sur le même objet (les spécialistes de l'Économie Politique Internationale¹⁸ — EPI — ne perçoivent pas le même monde que les réalistes ; de même que les sociologues marxistes ou critiques ne perçoivent pas les phénomènes sociaux de la même manière que ceux qui se réclament de l'individualisme méthodologique).

Deux notions au cœur du concept de souveraineté illustrent la manière dont la souveraineté peut être affectée par l'évolution sémantique des concepts insérés au sein d'un domaine spécifique de recherche : l'État et le pouvoir. En effet, la souveraineté étant définie comme le pouvoir de l'État, le sens donné à ces termes a un impact direct sur la définition de la souveraineté.

Il est ainsi possible de considérer quatre signifiés différents pour le signifiant État. En un premier sens, l'État peut désigner une collectivité humaine politiquement organisée (*un droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine*). En un second sens il peut désigner, au sein de cette communauté humaine politiquement organisée, l'ensemble des organes chargés de l'application de la volonté du souverain (l'État en tant qu'opposé à la société civile). En un troisième sens il peut désigner, au sein de ces organes chargés d'appliquer la volonté du souverain, les organes centraux (l'État en tant qu'opposé aux autres personnes dépositaires de la puissance publique — départements, régions...). Ces trois sens sont connus depuis longtemps et déjà répertoriés par Lalande dans son dictionnaire des termes philosophiques¹⁹. Mais il existe actuellement un quatrième sens, qui est celui de personne

¹⁷ KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, *Op. cit.*, pp. 170-172.

¹⁸ Afin de pouvoir distinguer certaines disciplines (le Droit public ou les Relations internationales) de leur objet (le droit public ou les relations internationales), une majuscule sera utilisée pour les disciplines.

¹⁹ LALANDE A., art. « État », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF Quadrige, 2006 [1926].

juridique sujet de droit international. Or, la souveraineté comme puissance absolue et perpétuelle d'une collectivité humaine politiquement organisée n'est pas identique à la souveraineté comme puissance absolue et perpétuelle des trois autres définitions de l'État.

De manière similaire, il est possible de distinguer plusieurs sens au mot pouvoir. Il est notamment possible de distinguer pouvoir de commandement et pouvoir de contrôle, de même qu'il existe différentes manières d'étudier les relations de pouvoir²⁰. Or, un pouvoir absolu de commandement est totalement différent d'un pouvoir absolu de contrôle.

Il existe donc différentes conceptions du pouvoir, qui peuvent, pour la plupart, être attribuées à chacun des différents sens de l'État. En considérant deux sens du mot pouvoir, la même formule pouvoir de l'État peut donc désigner (sous réserve d'autres définitions) huit signifiés distincts. La souveraineté peut alors désigner le pouvoir de contrôle de la communauté, le pouvoir de commandement de la communauté, le pouvoir de commandement ou de contrôle des institutions politiques, de leurs organes centraux ou encore de la personne morale sujet de droit international.

À cette polysémie du concept de souveraineté résultant de la polysémie des termes de la définition, viennent s'ajouter les nécessaires ajustements liés aux dynamiques propres à chaque discipline en fonction de leurs objets d'étude et des problématiques internes. Pensée comme le critère de l'État, la souveraineté va ainsi apparaître différemment en fonction de ce que veulent démontrer les théoriciens la mobilisant.

Le concept de souveraineté est ainsi utilisé pour désigner le pouvoir absolu de l'État. Ce pouvoir absolu est posé par Hobbes et Bodin comme le critère nécessaire de l'État. Il peut également désigner le caractère suprême de ce pouvoir. La souveraineté peut aussi désigner l'indépendance de l'État (qu'elle implique). De ce fait, elle peut désigner en Droit la reconnaissance de son indépendance, puis l'attribut juridique de l'État comme personne morale au sein de l'ordre juridique international, lui conférant son statut puis ses capacités. Elle peut également désigner en Science Politique, les pratiques de reconnaissance, puis les principes d'organisation de la scène interétatique ou l'organisation de la scène interétatique elle-même. De manière significative, S. D. Krasner identifie quatre acceptions non équivalentes du mot souveraineté (la souveraineté domestique, westphalienne, interdépendante et légale)²¹. La simple pluralité des définitions de la souveraineté prouve que

²⁰ Les différents sens et modes d'appréhension du concept de pouvoir seront l'objet d'un développement minutieux. Cf., *infra*.

²¹ Cf., *infra*.

celle-ci a évolué. L'insertion de la souveraineté dans différents champs de recherche se traduit ainsi par son identification à ce que les différents chercheurs étudient à travers l'indépendance et le pouvoir de l'État.

La souveraineté renvoie donc à des champs conceptuels différents, l'utilisant différemment et ayant des acceptions différentes des termes utilisés pour la décrire. Il est donc aujourd'hui totalement impossible de parler d'un concept de souveraineté. Près de quatre cent trente ans d'histoire des idées ont transformé ce concept en notion. Si la plupart des auteurs ont conscience d'une évolution de la notion de souveraineté, ils ne semblent pas percevoir les nombreuses ruptures de sens qui existent entre ces multiples définitions qui ne peuvent plus être considérées comme différentes facettes du même objet (comme l'illustrera très à propos la célèbre distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe, encore présentées comme les deux faces de la même souveraineté).

L'hypothèse qui sert de base à ce travail de thèse est que l'évolution des différentes disciplines ayant à utiliser le concept de souveraineté a donc profondément modifié le sens qui lui était accordé dans les théories de Hobbes et Bodin. S'il y a une reprise formelle de leur conception, elle est vidée de sa substance originelle. Cette évolution de la notion de souveraineté, du fait de son insertion dans des champs intellectuels et des paradigmes différents, rend alors difficile la confrontation des théories de Hobbes et Bodin aux réflexions actuelles de la pensée politique. Les différents auteurs auront une tendance forte à transposer les formulations de Hobbes et Bodin à leurs propres interrogations et perceptions du monde. Cette difficulté de faire dialoguer des concepts inscrits dans des paradigmes de recherche différents est d'ailleurs relevée par Th. S. Kuhn :

Pourtant, l'incommensurabilité des normes de solution n'est qu'un aspect de la difficulté ! Puisque les nouveaux paradigmes sont issus des anciens, ils s'incorporent ordinairement une grande partie du vocabulaire et de l'outillage, tant conceptuel que pratique, qui étaient ceux du paradigme traditionnel, mais il est rare qu'ils fassent de ces emprunts exactement le même usage. Dans le cadre du nouveau paradigme, les termes, les concepts et les expériences anciens se trouvent les uns par rapport aux autres dans un nouveau rapport. D'où ce qu'il nous faut appeler, faute d'un meilleur terme, des malentendus entre les écoles concurrentes.²²

²² KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008 [1962], p. 205.

La théorie de l'État se trouverait alors dans une situation similaire à celle décrite par Alasdair MacIntyre pour la morale moderne : « *les pratiques et discours moraux modernes ne peuvent être compris que comme des survivances fragmentaires d'une époque antérieure, et les problèmes qui en résultent pour les théoriciens modernes de la morale resteront insolubles tant que cela n'aura pas été bien compris* »²³.

Pour illustrer cette disparition d'un cadre conceptuel qui donne sens à un concept, A. MacIntyre relate l'histoire du mot tabou²⁴. Il rappelle la stupeur des explorateurs anglophones du XVIII^e siècle devant les comportements moraux des Polynésiens. Ils furent en effet étonnés tant par leur rapport à la sexualité, jugée débridée, que par les interdits pesant sur certains comportements jugés innocents, qualifiés de tabou. Or, ces interdits ne semblaient avoir d'autres justifications que leur qualification de tabou, ce qui fit dire aux anglophones qu'ils ne comprenaient pas réellement le sens du terme. En effet, les Polynésiens avaient perdu le cadre culturel et intellectuel qui donnait un sens à ces interdits. Ils continuaient de qualifier certains comportements de tabou, et ces comportements étaient objets d'un très fort interdit, sans avoir de justification à ces interdits. Ils appliquaient un système moral dans un cadre culturel et conceptuel qui le rendait incompréhensible.

Mutatis mutandis, la souveraineté peut apparaître comme un nouveau mot tabou. Le cadre conceptuel qui lui donnait sens a disparu. Le concept de souveraineté est aujourd'hui utilisé de manière déconnectée du contexte et de son sens d'origine. S'il apparaît toujours accessible à travers les écrits des auteurs qui ont théorisé la souveraineté, l'évolution sémantique des termes employés par les auteurs contemporains en modifie profondément le sens. Or, la souveraineté, ainsi que les formules la décrivant, continuent d'être utilisées et appliquées dans la description et la compréhension du phénomène politique et notamment de l'État. Néanmoins, elles sont prises de manière automatique, sans véritable interrogation sur leur sens réel. Les critiques de la souveraineté vont ainsi fréquemment dénoncer son caractère absolu ou illimité sans réellement s'interroger sur le sens qui était donné à ces mots lorsque le concept fut formulé.

La thèse qui est donc ici soutenue est que les critiques de la souveraineté ne concernent pas la théorie de la souveraineté telle qu'elle existait aux XVI^e et XVII^e siècles, mais sont la conséquence des évolutions subrepticement subies par le concept de

²³ MACINTYRE A., *Après la vertu*, Paris, PUF, 1997 [1981], p. 109.

²⁴ *Ibid.*, pp. 109-110.

souveraineté du fait de son insertion dans des paradigmes de recherche différents, qui en ont substantiellement modifié la portée. C'est *ce qu'il nous faut appeler, faute d'un meilleur terme, des malentendus*, qu'il s'agira de mettre en évidence.

Une grande partie des auteurs dénonçant le concept de souveraineté ne se rendraient ainsi pas compte de la déformation subie et du fait qu'ils n'utilisent pas le concept de la même manière que Hobbes et Bodin. Cela s'explique par ce que Th. S. Kuhn appelle le caractère invisible des révolutions scientifiques²⁵. Selon celui-ci, chaque révolution se traduit par une recomposition de l'Histoire de la discipline permettant l'intégration des inventions dans un récit relativement linéaire, qui permet une continuité historique en présentant la science comme cumulative. Les différentes découvertes et révolutions antérieures sont alors réinterprétées à l'aune du nouveau paradigme et présentées comme annonçant les découvertes ultérieures. Les théories de Hobbes et Bodin auraient donc subi des distorsions similaires à celles qu'il identifie en Physique et en Chimie²⁶.

Méthode de recherche et de travail

Cette thèse a donc pour objet de montrer que les critiques de la conception de la souveraineté de Bodin et Hobbes, qui font florès dans la littérature académique, manquent leur cible. La conception de la souveraineté qu'ils attribuent à ces auteurs est déformée par les évolutions paradigmatiques qui ont eu lieu ultérieurement. Il faudra donc s'attacher à montrer que la conception de la souveraineté utilisée par ces auteurs est bien différente de celle qui est théorisée par Hobbes et Bodin.

Un des postulats à l'origine de cette thèse est que le discours scientifique reste un discours et que les idées scientifiques sont des idées. Il est alors possible d'étudier l'actuel discours universitaire sur l'État comme la phase contemporaine de l'histoire des idées politiques. C'est donc dans les approches de l'histoire des idées politiques que seront puisées les méthodes d'analyse de pensées politiques.

²⁵ KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008 [1962], pp. 189-198.

²⁶ Il prend l'exemple de Newton parlant de Galilée ou de la présentation des apports de Dalton ou Boyle en Chimie. Leurs découvertes sont réinterprétées à la lumière du nouveau paradigme qu'ils ont contribué à mettre en place. KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008 [1962], pp. 189-198.

La méthode utilisée s'inspirera alors de deux grandes écoles : la *text school* à travers des auteurs comme Léo Strauss et l'approche contextualiste de l'école de Cambridge (Q. Skinner et J. Pocock). Il sera ainsi admis avec l'école de Cambridge que les auteurs sont nécessairement inscrits dans un contexte et que leurs écrits visent à répondre à une problématique qui leur est contemporaine. Il est évident, et cela sera rappelé à plusieurs reprises, que le contexte de guerre civile dans lequel s'inscrivent les théories de Hobbes et Bodin joue un rôle déterminant dans la construction de leur pensée. De même, la forte stabilité et légitimité dont bénéficient les États occidentaux influent nécessairement sur le décentrage des auteurs actuels vis-à-vis des questions de sécurité. Il sera également admis que l'auteur dispose d'une marge de création et est capable d'innovation : les constructions doctrinales et scientifiques sont des constructions autonomes. Enfin, la reconnaissance de l'intertextualité sera bien évidemment au cœur de cette approche puisqu'il s'agit justement de montrer le dialogue erroné entre les critiques actuelles de la souveraineté et les théories de Hobbes et Bodin. Cette acception pleine et entière des points fondamentaux de l'école de Cambridge n'interdit toutefois pas de considérer la dimension universelle du questionnement politique mis en avant par la *text school*.

Toute réflexion est inscrite dans un contexte politique qui détermine les interrogations émises par les différents auteurs et les réponses qu'ils apportent. Une telle approche risque cependant d'amener à considérer que l'ensemble des grands penseurs du passé n'ont qu'un simple intérêt historique et sont incapables d'apporter un éclairage sur les problématiques contemporaines. Il serait réducteur et dommageable de considérer l'Histoire des idées politiques comme un simple cabinet de curiosités. Il est ainsi possible d'estimer que les problématiques comme les réponses qu'elles ont suscitées sont transposables, sous réserve de certaines précautions. Cela est d'autant plus justifié que des auteurs (et notamment Hobbes) affirment le caractère universel de leur pensée. Il faut alors considérer toute théorie politique comme l'application à des cas concrets, dans un contexte donné, d'une matrice intellectuelle qui, elle, est universalisable. Les conceptions politiques des auteurs sont en effet nécessairement construites sur une métaphysique du Bien, de la Justice, du droit, de l'être humain (biologique et moral) et de la politique. C'est ce paradigme intellectuel qu'il est possible, par une étude minutieuse des textes, d'identifier et qui peut être considéré comme universel. Il est ainsi vrai de considérer que la *République* de Platon est une réponse à la crise athénienne, de même qu'il est vrai que Guizot tente de faire obstacle au retour de la Terreur. Néanmoins, leur réponse localisée est l'application de principes et de réflexions qui eux

peuvent avoir une portée universelle. Il est alors envisageable de comparer les différents paradigmes entre les différentes époques afin d'en saisir les similitudes et différences.

En ce sens, l'intention de l'auteur, la prise en compte du contexte social et historique de la formulation des idées n'ont d'intérêt que comme technique d'appoint pour comprendre la vision du monde qui préside à la logique interne du discours et à sa structuration. C'est parce que le discours se présente comme une réponse à une situation donnée identifiable qu'il est possible, en tenant compte de cette situation (et des autres facteurs jugés déterminants), de reconstruire la portée universelle d'une théorie, non pas tant par une reprise de la lettre des solutions proposées mais par la compréhension des raisons et motifs qui font que, dans tel contexte, c'est cette solution qui fut proposée. Certains aspects d'un texte peuvent alors être minorés en considérant qu'ils sont plus liés au contexte qu'à la logique interne de la doctrine, ce qui permet de résoudre des contradictions.

La comparaison de textes distants de près de quatre siècles nécessite en effet de passer par les paradigmes respectifs des différents auteurs. Eux-seuls permettent réellement de savoir s'il y a accord ou désaccord par-delà l'emploi de termes ambigus et de situations différentes, en permettant d'identifier les raisons présidant à ces prises de position contextualisées.

Les apports contextuels seront donc minimes. Ils ne serviront que de complément pour faciliter la compréhension des théories et l'explicitation de leur paradigme respectif afin de permettre leur comparaison. Si le contexte historique et social sera pris en compte afin d'aider à la compréhension des textes, il n'y aura pas d'étude sociologique des auteurs et de leurs contextes. Une telle approche permettrait éventuellement de comprendre pourquoi tel individu ou groupe d'individus est arrivé à tenir tel type de discours, de même qu'elle renseignerait sur les raisons expliquant l'évolution et la transformation des différents paradigmes et pourrait donner un éclairage intéressant sur l'évolution des différentes disciplines abordées. Néanmoins, elle ne renseignerait pas suffisamment sur le sens et la logique des discours eux-mêmes. Or, c'est le sens des discours qu'il est question d'étudier ici. Cette thèse se veut avant tout une thèse de théorie politique et d'histoire contemporaine des idées. C'est donc la logique interne du discours qui sera privilégiée dans une approche compréhensive. Par contre, il sera nécessaire d'insister sur le contexte intellectuel de l'époque contemporaine, afin de bien comprendre les paradigmes dans lesquels se situent les auteurs actuels.

Toutefois, cette thèse ne s'attachera pas à donner une présentation détaillée des différents paradigmes utilisés par les auteurs critiquant le concept de souveraineté. Il ne s'agira pas non plus de faire une présentation détaillée de la manière dont ont évolué les différents paradigmes du fait de la spécialisation universitaire. De rapides esquisses pourront être évoquées à titre d'hypothèse, pour comprendre comment tel ou tel aspect a pu évoluer, afin de supposer le lien effectué entre la théorie de la souveraineté et la représentation que peuvent en avoir différents auteurs contemporains. Néanmoins, il ne saurait être question ici de faire un véritable travail sur la généalogie des concepts utilisés. Une telle enquête, au vu de la diversité des champs mobilisés, serait titanesque. En effet, la multiplicité des champs scientifiques au sein desquels est insérée la souveraineté rend un tel travail trop important dans le cadre de cette thèse. Le but n'est pas d'identifier le moment des révolutions scientifiques, ou même leur cause, mais bien simplement de montrer qu'elles ont eu lieu. Il aurait certes été possible de s'attacher à un axe de critiques particulier (la question de l'interdépendance, du droit international, de la construction d'ensembles institutionnels régionaux...), et d'en montrer l'évolution et l'éloignement vis-à-vis de la théorie de la souveraineté. Cependant, une telle approche strictement généalogique apparaissait comme manquant l'essentiel, qui est la généralité du phénomène : dans de nombreuses disciplines, le dialogue avec Hobbes et Bodin est parasité par l'insertion inadéquate de leurs formules dans les cadres conceptuels contemporains.

Il s'agira donc plus modestement de pointer les différences entre la théorie de la souveraineté et la manière dont elle est comprise par les auteurs la critiquant. De la mise en avant de différences entre la conception de la souveraineté telle que définie par Bodin et Hobbes et la conception de la souveraineté sous-tendue par ceux qui la critiquent il sera possible d'inférer un changement de paradigme et d'isoler précisément les principaux points qui diffèrent.

Pour montrer ces divergences et montrer qu'elles traduisent plus une différence de paradigmes qu'une réelle remise en cause du concept de souveraineté, plusieurs techniques seront mobilisées. La principale consistera à montrer que la conception de la souveraineté sous-entendue par les critiques est différente de celle posée par Hobbes et Bodin (notamment parce qu'utilisant des conceptions différentes du pouvoir et de l'État). Il s'agira donc, en partant de la critique, de voir la conception de la souveraineté que cette critique implique. Par

exemple, se servir de la difficulté de contrôler la circulation de l'information pour critiquer la souveraineté traduit une vision de la souveraineté impliquant un contrôle parfait de l'information. Il faudra alors vérifier s'il est pertinent, dans le cadre de pensée de Hobbes ou de Bodin, de considérer que le pouvoir absolu du souverain implique ce contrôle absolu de l'information. Il apparaîtra alors que non, puisque cette critique est formulée en termes de contrôle et non en termes de commandement. Il sera alors possible d'en déduire une transformation du concept de pouvoir politique (qui aurait évolué d'un pouvoir de commandement à un pouvoir de contrôle). Néanmoins, cette approche seule est insuffisante, car elle pourrait laisser supposer que ces évolutions étaient nécessaires à la compréhension de certains phénomènes politiques. *In fine*, cela gommerait l'incommensurabilité des paradigmes et donc les révolutions scientifiques que cette thèse essaie de démontrer. Deux autres techniques seront alors mobilisées en appoint. La première montrera que ce qui aujourd'hui est considéré comme des anomalies au principe de souveraineté (et donc démontrant sa non-pertinence comme paradigme scientifique) ne consiste pas en des nouveautés. Il existe ainsi des phénomènes (la délégation de compétences régaliennes à des groupes privés, les relations d'influence, l'interdépendance, la difficulté de contrôler la circulation de l'information...) qui non seulement ne peuvent absolument pas être considérés comme récents, mais dont certains d'entre eux furent en plus explicitement abordés par les théoriciens de la souveraineté. Ils étaient donc connus, sans être considérés comme problématiques. Ainsi, ce serait bien un changement de paradigme qui ferait apparaître aujourd'hui comme problématique ce qui ne l'était pas alors. Il s'agira donc d'identifier ces changements. La seconde, plus délicate et donc utilisée en dernier recours, proposera des suggestions de ce que pourrait impliquer le principe de souveraineté, en tenant compte des évolutions conceptuelles, si le paradigme n'avait pas changé. Bien sûr, il ne s'agira pas dans le cadre de cette thèse de proposer une actualisation de la théorie de la souveraineté, mais simplement de suggérer des pistes sur ce qu'éventuellement elle aurait pu être sans révolution paradigmatique.

Définition de la souveraineté utilisée dans le cadre de cette thèse

Puisque l'objectif est de démontrer l'inadéquation entre les critiques de la conception de la souveraineté de Hobbes et Bodin et ladite conception, il est nécessaire d'avoir une compréhension claire et précise du concept de souveraineté chez ces deux auteurs.

Cette compréhension adéquate du concept de souveraineté implique donc de réinsérer les considérations de Hobbes et Bodin sur la souveraineté dans le cadre intellectuel de ces auteurs. Leurs assertions ne peuvent en effet se comprendre que comme insérées dans un système de pensée et de définitions : « *En ce qui concerne la philosophie il ne serait pas exagéré de dire que toute thèse isolée est fautive et que seule leur totalité structurée peut être vraie* »²⁷. La théorie de la souveraineté est ainsi insérée, notamment chez Hobbes, dans un système philosophique complet (métaphysique, physique et anthropologique) qui, indépendamment de sa pertinence, oriente et détermine le sens qu'il donne aux termes qu'il emploie. Ces formules n'ont en effet de sens que dans son système de pensée. L'affirmation du pouvoir absolu du souverain ne peut avoir de sens que par rapport à leur définition du pouvoir, du droit et de la liberté. Il est donc vain de chercher à montrer que le souverain n'est pas libre en utilisant une autre définition de la liberté ou de considérer que le souverain n'est pas la source du droit en utilisant des conceptions différentes du droit. Il est donc nécessaire de s'attarder sur la définition de la souveraineté de ces auteurs.

La première définition de la souveraineté fut élaborée par Jean Bodin. Celui-ci la définit comme « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* »²⁸. Cette puissance, pour Hobbes, est « *l'âme artificielle* »²⁹ du Léviathan, c'est-à-dire de l'État, ce qui lui donne corps, unifie les individus en une communauté politique. La souveraineté est donc la puissance de l'État, de la communauté politique. Elle consiste en « *une puissance et autorité de juger, ou commander* »³⁰. C'est donc une puissance de commandement et de jugement. Cette puissance, par son application (commandement et jugement), crée le droit et permet donc l'existence de la communauté politique (*le droit gouvernement des ménages*). Le droit est alors conçu comme un commandement, une injonction (« *La loi étant un commandement* »³¹) et est posé comme la volonté de la République. La souveraineté est donc une puissance normative. Enfin, cette puissance est déliée de toute obligation (mais non d'influence, comme le montre le chapitre du Léviathan consacré aux conseils³²), c'est-à-dire

²⁷ WEIL É., *Philosophie politique*, Paris, Vrin, 1996 [1956], p. 8.

²⁸ BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 [1576], p. 111.

²⁹ HOBBS Th., « introduction », *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971 [1651], p. 5.

³⁰ BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 [1576], p. 111

³¹ HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971 [1651], p. 289.

³² *Ibid.*, pp. 270-280.

qu'il n'existe pas d'instance juridique habilitée à casser de son propre chef les commandements du souverain. Elle est autonome.

La souveraineté, dans sa conception originaire, peut donc se définir en trois mots. Elle est une *puissance normative autonome*. Rien de plus, rien de moins. La souveraineté est donc une puissance, c'est-à-dire l'application d'une force ; normative parce que le droit est l'application de cette force ; autonome, parce qu'elle n'est soumise à aucune obligation. L'application de cette puissance normative autonome crée l'État. Il ne peut donc y avoir d'État sans souveraineté puisque c'est elle qui le constitue.

Sans trop anticiper sur les développements ultérieurs, cette définition stricte de la souveraineté permet ainsi de formuler quelques précisions sur ses conséquences théoriques. La principale est que la souveraineté ne peut se comprendre comme un pur concept juridique. Il s'agit bien d'expliquer le droit par une notion non juridique : la force. Une approche strictement juridique et surtout positiviste de la souveraineté est donc nécessairement vouée à l'échec. Néanmoins, il existe dans la conception de la souveraineté une forte propension positiviste : le droit n'est que la volonté de l'État. Toutefois, si cette dimension positiviste de la théorie de la souveraineté est facilement admise (notamment chez Hobbes), il faut rappeler que comme puissance, la souveraineté renvoie également à une conception réaliste du droit : c'est l'application du droit qui lui donne son existence³³.

C'est donc à cette définition de la souveraineté, puissance normative autonome, que seront confrontées les critiques de la souveraineté. La mise en avant des décalages et malentendus permettra ainsi d'identifier pour les différents auteurs utilisés le cadre conceptuel qu'ils utilisent et donc le paradigme de recherche au sein duquel ils se situent.

Présentation des matériaux utilisés dans le cadre de la thèse

Il serait vain de prétendre dans le cadre de cette étude avoir pu consulter l'intégralité des ouvrages traitant ou abordant la question de la souveraineté. Si cette thèse a nécessité un travail de recherche considérable, tous les matériaux consultés n'ont pas été restitués. Des choix ont dû être faits qu'il est maintenant nécessaire de justifier.

³³ Ces aspects seront développés en détail dans la suite de ce travail.

Tout d'abord, la souveraineté est un concept de Science Politique visant à rendre compte de l'existence des communautés humaines politiquement organisées et du droit. C'est donc principalement dans ces deux disciplines que seront puisés les auteurs dénonçant la souveraineté. Si des philosophes ou des économistes pourront être mobilisés, ce ne sera qu'en appoint et lorsqu'ils traiteront de la question du pouvoir de l'État. Les principales sous-disciplines mobilisées seront pour le Droit le Droit public et le Droit international. En Science Politique, ce sont principalement les travaux en Relations internationales et en Théorie politique qui seront utilisés³⁴. Les contraintes linguistiques feront que ne seront utilisés que des travaux disponibles en français et en anglais.

Le sujet traitant des critiques de la souveraineté, il a semblé pertinent, en dehors des théories de Hobbes et Bodin, de ne s'attacher qu'aux critiques de la souveraineté, et non à ses soutiens. Les reformulations ultérieures du concept seront également laissées de côté, excepté lorsqu'elles annoncent de manière claire la mise en place des conceptions actuelles servant de fondement aux critiques. La reprise nécessaire de certains auteurs ne se fera alors que lorsque leur reformulation accompagne le processus de reconceptualisation de la souveraineté dans son acception actuelle. C'est ainsi que des auteurs essentiels du point de vue de l'histoire du concept de la souveraineté, tel Carl Schmitt, ne seront pas abordés³⁵. La crise étant actuelle, les critiques récentes seront privilégiées, principalement quand elles feront un lien explicite entre la conception de la souveraineté qui est dénoncée et les conceptions de Hobbes et Bodin.

Toutefois, montrer l'existence de nouveaux paradigmes de recherche est une tâche ardue. Un paradigme se pense comme un consensus au sein d'un courant disciplinaire. Or, *prouver* qu'un point de vue ou une approche fait consensus au sein d'une communauté est délicat. Cela impliquerait une étude quantitative montrant que sur telle question la très grande majorité des écrits adoptent une conception similaire. En effet, la multiplication des exemples de critiques similaires est totalement inutile : elle ne montre que la similitude des points de vue utilisés. De plus, un consensus sur des paradigmes ne traduit pas nécessairement une

³⁴ Une place plus grande aurait pu être faite aux analyses des politiques publiques (notamment concernant les processus décisionnels et création des agendas). Toutefois, les critiques explicites de la souveraineté y sont beaucoup plus rares. Si effectivement la dilution et la complexification des procédures décisionnelles peuvent sembler avoir un lien avec certaines critiques de la souveraineté, il est apparu que les développements sur la volonté de l'État y répondaient par avance. Il a donc semblé inutile d'alourdir une démonstration qui se suffisait.

³⁵ Indépendamment de la qualité de son travail, l'exclusion de Carl Schmitt se justifie d'autant plus dans le cadre de cette thèse par l'ostracisme dont il a longtemps été sujet du fait de son passé national-socialiste. Ses conceptions et écrits restèrent donc longtemps isolés et eurent peu d'influence sur la dénonciation du concept de souveraineté.

identité de point de vue : il peut y avoir des divergences de conception (plus ou moins grandes) entre auteurs d'un même courant.

Une approche quantitative est malheureusement impossible dans le cadre restreint d'une thèse, surtout lorsque des champs disciplinaires différents sont étudiés. Il existe donc ici une dimension éminemment subjective : sont mobilisés des auteurs dont les écrits ont semblé représentatifs de paradigmes partagés. Afin de montrer ce consensus, plusieurs types de sources ont été mobilisés.

Si, c'est un des postulats de cette thèse, une théorie scientifique peut être analysée de la même manière qu'une idée, il est alors possible de transposer au monde universitaire et aux théories scientifiques le mode de fonctionnement des idéologies. Marcel Prélot rappelle ainsi que Jean Touchard élaborait une pyramide où il distinguait les doctrinaires, les intermédiaires et la base³⁶. En effet, celui-ci affirmait la nécessité de ne pas se contenter d'étudier les grands penseurs pour comprendre comment une idée est perçue à une époque donnée³⁷. Il convient donc de ne pas se limiter dans le cadre de cette thèse à l'étude des auteurs canoniques de la souveraineté ou de la pensée politique et du Droit.

Dans le cadre restreint mais non exclusif des critiques de la souveraineté en Droit et en science politique, on peut classer les sources utilisées en cinq catégories : les manuels et dictionnaires spécialisés ; les ouvrages et articles dont l'objet est de dénoncer le concept de souveraineté ; les ouvrages et articles dont l'objet implique une critique de la souveraineté ou une conception de la souveraineté similaire à celle critiquée ; des ouvrages théoriques de doctrines permettant d'apporter un éclairage théorique sur certains points ; des articles de presse non académiques. Parallèlement des manuels, ouvrages et articles d'Histoire seront utilisés lorsqu'il sera nécessaire de mobiliser des exemples historiques afin de montrer la similitude des situations ou le décalage de conceptions.

– Les manuels et dictionnaires spécialisés de Droit et de Science Politique

Les manuels (et dans une moindre mesure les dictionnaires) seront largement utilisés dans cette thèse. Cette importance des manuels dans la formation intellectuelle des chercheurs est d'ailleurs notée par Th. S. Kuhn : « *Pour le moment, considérons simplement comme un fait acquis que, à un degré inégalé dans les autres disciplines, les connaissances scientifiques du non spécialiste aussi bien que du spécialiste se fondent sur les manuels et quelques autres*

³⁶ PRELOT M., *Sociologie politique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 148.

³⁷ TOUCHARD J., *Histoire des idées politiques*, T.1, Paris, PUF, p. vi.

types de littérature qui en dérivent »³⁸. En effet, il est très difficile pour un chercheur de considérer l'acquis d'une discipline et les points de vue dominants, ce qui fait consensus. Donc, à moins de se lancer dans une étude statistique sur les publications, afin de voir sur tel sujet quelle est l'opinion majoritaire, l'étude des manuels est beaucoup plus accessible. Il ne faudrait cependant pas croire que la facilité justifie l'étude des manuels. Si ceux-ci présentent probablement l'inconvénient de ne pas être à la pointe de la recherche universitaire (même si, en théorie, le principe de l'université est justement de lier l'enseignement à la recherche), ils ont le mérite d'exprimer une sorte de consensus large d'acceptabilité. Il est ainsi possible de considérer que lorsqu'une même analyse se retrouve dans plusieurs manuels ou dictionnaires, il s'agit d'une approche consensuelle.

Surtout, il faut leur reconnaître une portée et une diffusion beaucoup plus large que les articles et ouvrages spécialisés. Ainsi, les étudiants travaillent et révisent souvent avec les manuels et c'est donc de là qu'ils tirent leurs informations et formeront leurs approches ultérieures. De plus, même dans la recherche, les non-spécialistes devant à un moment se familiariser avec les thématiques et approches d'une discipline qui n'est pas la leur iront principalement vers les manuels et dictionnaires spécialisés, plutôt que vers des articles dont ils ne seront jamais sûrs ni de la représentativité ni de l'originalité.

Les manuels et dictionnaires sont donc probablement le meilleur moyen d'obtenir non pas l'état de la recherche dans une discipline, mais la manière dont cette discipline influence les autres et se diffuse dans la société. Ils sont donc un outil précieux dans l'analyse des paradigmes des disciplines.

– Les ouvrages et articles dont l'objet est de dénoncer le concept de souveraineté.

Les ouvrages et articles dénonçant spécifiquement le concept de souveraineté constituent le cœur des sources utilisées. Ce sont ces sources qui seront le plus longuement étudiées. Elles permettront de bien voir ce qui est explicitement présenté comme des contre-exemples au principe de souveraineté. Puisque l'idée d'une approche quantitative fut rejetée, se concentrer longuement sur quelques ouvrages clés, afin de bien saisir la logique de l'argumentation, sembla préférable à une multiplication des sources. Il y a alors ici une part forte de subjectivité : ont été favorisés les développements et les analyses qui semblaient les plus pertinents et les plus intéressants. Toutefois, montrer la convergence de points de vue de

³⁸ KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008 [1962], p. 205.

plusieurs auteurs reste un souci constant, de même que choisir des idées qui apparaissent répandues.

- les ouvrages et articles dont l'objet implique une critique de la souveraineté ou une conception de la souveraineté similaire à celle critiquée

Certains ouvrages ou articles mobilisés ne traiteront pas spécifiquement du concept de souveraineté. C'est notamment le cas des ouvrages ou articles traitant du pouvoir de l'État, et particulièrement de son déclin. Il est pertinent de les utiliser étant donné que la souveraineté traite du pouvoir de l'État. De même, il sera nécessaire d'utiliser des sources traitant du pouvoir d'autres acteurs, lorsque leurs développements sembleront en cohérence avec les points soulevés.

- des ouvrages théoriques de doctrines permettant d'apporter un éclairage théorique contemporain sur certains aspects

Une réflexion sur la souveraineté et la crise dont cette notion est sujette ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur l'État et le droit. Il sera en effet indispensable de montrer que certains aspects des théories contemporaines correspondent à la souveraineté comme puissance normative autonome. Ces théories contemporaines serviront principalement pour éclaircir les points peu ou pas abordés par les théoriciens de la souveraineté (par exemple concernant la privatisation de l'État, le droit international ou encore le fédéralisme). Ces ouvrages permettront une tentative de traduction des conceptions de Bodin et de Hobbes en des termes contemporains. De nombreuses critiques s'appuyant en effet sur des conceptions ultérieures (l'État comme personne morale, l'idée de nation ou de volonté générale), il a semblé nécessaire d'appuyer la mise en avant du malentendu par des éléments théoriques actuels. La présentation de ces éléments permettra de faire ressortir la dimension paradigmatique des critiques.

- Des articles de journaux

Enfin, l'utilisation d'articles de journaux sera nécessaire, soit pour illustrer certains développements de cas concrets contemporains, soit pour montrer la prégnance de telle ou telle conception par sa diffusion hors du champ académique.

L'utilisation de ces différentes sources permettra ainsi de saisir, sinon l'intégralité, tout au moins la plupart des multiples critiques qui sont adressées à la souveraineté. Elle permettra également d'étudier les paradigmes de recherche communs aux critiques de la souveraineté pour les confronter à la conception classique de la souveraineté afin de voir si elles sont justifiées.

Organisation de l'argumentation

Ce travail de recherche a pour ambition de comprendre la crise que subit actuellement le concept de souveraineté. La thèse soutenue est que, alors même que ce sont les conceptions de Bodin et de Hobbes qui sont dénoncées, les critiques du concept de souveraineté attaquent une reconstruction de ce concept, du fait de l'évolution des différents paradigmes de recherche au sein des différentes disciplines. Ce sont donc les différences dans l'acceptation du concept de souveraineté qu'il s'agit de mettre en avant afin de montrer que les critiques de la souveraineté manquent leur objet. Deux principales notions sont ainsi au cœur des critiques du concept de souveraineté, celles de pouvoir et d'État. Il s'agira de montrer que c'est l'évolution de ces deux notions qui explique la plupart des critiques de la souveraineté.

À cette fin, il sera préalablement nécessaire de consacrer un chapitre préliminaire aux histoires de la notion de souveraineté. Une première partie montrera ensuite que de nombreuses critiques du concept de souveraineté s'expliquent par une transformation des notions de pouvoir et de norme. Une seconde partie s'attachera enfin à montrer que les autres critiques de la souveraineté s'expliquent par la transformation du concept d'État et l'inversion du rapport entre État et souveraineté.

Chapitre préliminaire : trois histoires de la souveraineté : penser l'autonomie de la République

Le but de ce chapitre est double. Il s'agit d'une part de présenter une histoire détaillée du concept de souveraineté. L'ampleur de la tâche nécessitait en effet plus que quelques pages au sein de l'introduction. Mais derrière cet inévitable rappel historique se cache un autre intérêt. L'étendue des domaines concernés par la souveraineté a moult fois été rappelée. Il a donc été préféré de ne pas présenter *une* histoire de la souveraineté mais *trois* histoires. Cette

présentation confirme la pluralité des sens et des approches conférées au concept de souveraineté en fonction des disciplines. Si les trois histoires traitent de l'autonomie de la République et partent de Bodin et Hobbes, elles l'abordent sous des angles complètement différents : l'histoire philosophique du concept de souveraineté n'est pas la même que l'histoire de la construction de l'État par la souveraineté, et ces deux histoires sont différentes de l'histoire des relations entre États se considérant comme souverains. Chacune de ces trois histoires sera reconstruite en suivant un auteur qui fait son histoire du concept, afin d'en préserver pour chacune la cohérence propre.

Première partie : l'élargissement des notions de pouvoir et de droit fait apparaître comme limitée la volonté du souverain

Le but de cette partie sera de montrer que de nombreuses critiques de la souveraineté adoptent une conception différente du pouvoir et du droit pour critiquer le concept de souveraineté. Ces critiques traduisent de plus une conception substantialisée de la volonté de l'État qui apparaît alors comme distincte du droit positif.

Un premier chapitre montrera que si la conception classique de la souveraineté et de l'État pense ceux-ci en terme de pouvoir d'injonction, une partie conséquente de la Science Politique mais aussi du Droit aborde le pouvoir en terme d'influence afin d'étudier les causes des comportements des acteurs. Cela s'explique par un décentrage des préoccupations politiques de l'explication du phénomène étatique à l'étude du gouvernement et des rapports entre groupes sociaux. Il s'agira alors de rappeler que la volonté de l'État est une fiction juridique qui n'a de sens que dans l'application du droit.

Un second chapitre sera consacré aux critiques qui affirment la nécessité d'une limitation de la souveraineté au nom de principes, qu'ils soient objectifs (droits naturels et universels) ou subjectifs (principes fondamentaux propres à chaque communauté). Il faudra rappeler que tout système de valeur est de fait appliqué par l'État et consiste donc en sa volonté. Il est alors vain de prétendre que la volonté de l'État est une limite à la volonté de l'État. Ces critiques s'inscrivent dans un cadre conceptuel qui détache la volonté de l'État du droit appliqué.

Un troisième chapitre sera enfin consacré aux critiques qui affirment la limitation de la volonté du souverain par la difficulté de produire des effets sociaux en dehors de toute influence ou contexte social. Il faudra alors rappeler la distinction effectuée entre souveraineté

et art du gouvernement au premier chapitre pour montrer que ces obstacles ne s'intègrent pas à la conception juridique de la volonté de l'État.

Seconde partie : l'inversion du rapport entre souveraineté et État fait apparaître la souveraineté comme limitée par le droit.

Le but de cette partie sera de montrer que la pensée de l'État, du fait notamment de son assimilation à une personne morale, s'est calcifiée sur un ensemble d'institutions prédéfinies posées comme détentrices de la souveraineté.

Un premier chapitre sera consacré aux critiques qui concernent l'organisation et les transformations de la scène interétatique. Il s'agira de montrer que pour nombre d'auteurs la souveraineté n'a de sens que dans un système d'États. Deux types de critiques de la souveraineté émergent alors : celles qui considèrent que la souveraineté est une fiction du fait des transformations de cette scène interétatique et celles qui considèrent que la souveraineté est un obstacle à la nécessaire recomposition de la scène interétatique. Il faudra alors montrer que non seulement la souveraineté ne dit rien sur les relations entre États souverains, mais surtout qu'il est étrange de reprocher à la souveraineté les désordres engendrés par l'absence de pouvoir commun à l'échelle mondiale alors que toute la théorie de la souveraineté repose sur l'idée que l'absence de pouvoir commun est un obstacle à la constitution d'une communauté régie par le droit.

Un second chapitre sera consacré à la multiplication des normes juridiques considérées comme non étatiques. Le droit international, le droit produit par des organes dits infra-étatiques, supra-étatiques ou extra-étatiques ainsi que les délégations de puissance publique à des organes de droit privé sont posés comme limitant la volonté de l'État et donc du souverain. Il faudra alors rappeler que c'est la souveraineté qui crée l'État et donc que lorsqu'un organe est habilité par un ordre juridique il fait partie de cet ordre juridique. Ce n'est ainsi qu'à travers les concepts d'État-Nation et d'État légal-rationnel que ces critiques ont un sens. Il apparaîtra que du point de vue de la souveraineté, la nationalité, le positionnement géographique ou le statut juridique (privé ou public) de la personne habilitée ne remet pas en cause l'unité de l'État et de la volonté du souverain.

0 Trois histoires de la souveraineté : penser l'autonomie de la République

Une des principales difficultés à travailler sur la notion de souveraineté consiste en sa grande polysémie. En effet, attachée dès Jean Bodin à la notion même d'État, la majeure partie de la pensée politique des quatre derniers siècles s'est construite autour de la souveraineté et a tenté de la re-conceptualiser. Ainsi, presque toutes les réflexions sur l'État jusqu'au milieu du XXe siècle l'utiliseront. De plus, presque toutes les divergences sur la politique et l'État se sont traduites par des modifications du concept de souveraineté. De ce fait, la souveraineté a concerné tous les champs disciplinaires ayant à travailler avec la notion d'État.

Retracer l'histoire de la notion de souveraineté, depuis sa création est une tâche délicate, non seulement parce qu'elle fut l'objet d'âpres discussions pendant plusieurs siècles mais aussi parce que ces discussions se sont déroulées dans plusieurs champs disciplinaires, ayant chacun une approche différente de la notion de souveraineté et donc de son histoire. C'est d'ailleurs ce pluralisme qui est, en partie, à l'origine du malentendu que cette thèse tente de mettre en évidence.

Afin d'appréhender au mieux la notion dans ses différentes acceptions, mais aussi pour en faire ressortir les différentes approches possibles, la solution de présenter des histoires séparées apparaît comme la plus pertinente puisque cela permet de maintenir pour chacune d'elle la cohérence interne. La souveraineté est abordée comme l'autonomie d'une collectivité humaine. L'histoire de la souveraineté peut donc se traduire sur au moins trois plans. D'abord l'histoire de la pensée de cette autonomie, les différentes manières dont elle a été comprise, ainsi que son interaction avec la définition du groupe. Ensuite, l'histoire de la construction de ces groupes et la manière dont ils se sont organisés historiquement en fonction de cette autonomie et la manière dont ils l'ont prise en compte. Enfin, l'histoire de la manière dont le fait pour ces groupes de se considérer comme souverains impacte leurs comportements vis-à-vis des autres, c'est-à-dire l'histoire des relations entre ces différents groupes en fonction des évolutions de la notion. Ces trois³⁹ histoires se situent ainsi dans des logiques propres, mais

³⁹ Un autre aspect de la souveraineté qu'il aurait pu être intéressant de traiter aurait été l'histoire de la souveraineté dans la doctrine juridique, histoire qui par son ampleur et son impact aurait largement mérité un développement à part entière. Néanmoins, ce travail pourrait être l'objet d'une thèse en soi. Dans le cadre d'une

traitent toujours du développement de la souveraineté dans le monde. Afin d'en respecter les différentes logiques, chacun de ces aspects sera abordé à partir d'un auteur, quitte à en développer certains aspects connexes à leurs approches qui aurait pu être négligés (ou qui serviront à des développements ultérieurs). Cette présentation permet ainsi de renforcer la logique du découpage puisqu'il correspond alors à des histoires déjà effectivement réalisées. Suivre la trame de ces histoires permet de voir la logique qui préside à leur élaboration. Elle permet bien de considérer que la souveraineté est pensée de cette manière.

Néanmoins, dans chacun de ces développements, la lecture des différents moments sera abordée à travers le prisme de l'autonomie de la République, permettant ainsi de manière plus explicite d'apporter une cohérence vis-à-vis de la manière dont sera abordée la souveraineté par la suite : il y aura donc une déformation légère sur le plan de la présentation de ce que dit l'auteur au prisme de ce que cela peut apporter à cette thèse. Il s'agit ainsi de montrer à la fois comment est perçue l'histoire de la souveraineté par ces différents auteurs tout en montrant comment la souveraineté comme puissance normative autonome était pensée dans ces différentes logiques.

Le premier point sera donc consacré à l'histoire de la souveraineté comme concept philosophique (0.1). Le second point verra la construction puis l'évolution des États souverains (0.2). Le troisième point sera consacré à l'histoire des relations entre entités se déclarant et se reconnaissant comme souveraines (0.3).

0.1 *L'histoire théorique de la souveraineté : penser l'autonomie de la République*

Dans son livre « le principe de souveraineté », G. Mairet décrit l'évolution historique du principe de souveraineté, présenté explicitement dès les premières lignes comme principe ordonnateur du monde : « *Le présent ouvrage présente la politique moderne à partir d'une description du principe qui la constitue à la fois comme politique et comme moderne. Ce principe est le principe de souveraineté. À partir de lui, en effet, la politique s'ordonne dès le XVI^e siècle sur un fondement profane dont l'État historique est l'organisation.* »⁴⁰ Ce que veut donc montrer Mairet, c'est la manière dont le monde moderne s'est construit de manière réflexive autour de la réflexion sur la souveraineté. Il ne cherche donc pas tant à réfléchir sur les conditions idéelles du phénomène politique ou à faire une présentation détaillée de la manière dont ont été perçues au cours de l'histoire les différentes doctrines de la souveraineté qu'à montrer comment ces réflexions, devenues outils théoriques, ont ordonné le monde :

L'histoire de la construction du concept de souveraineté [ce à quoi il s'attache] est celle de la conjonction de deux données, l'une philosophique, l'autre historique. (...). En ce sens, la souveraineté est cette rencontre quasi systématique d'une matière (l'historique) et d'une forme (le penser philosophique). (...) C'est pourquoi la construction philosophique du principe de souveraineté doit être comprise comme le moment théorique, voire spéculatif, de la construction historique d'un monde, le monde moderne. Considérée politiquement, l'histoire moderne se ramène à être le monde des souverainetés, le monde des États. Et l'ensemble des philosophies qui construisent ce monde en pensée, sinon comme monde d'idées, sont donc une partie de cette histoire, un élément de la pratique historique (l'élément théorique).⁴¹

Ce qui transpire de son exposé, c'est le lien fort entre la réflexion philosophique autour de la question de la souveraineté et la construction des États modernes (sans toutefois trop s'attacher à ce dernier versant). Or, G. Mairet va plus s'intéresser à la partie spéculative de cette histoire que réellement à l'interaction concrète avec la réalisation effective de ce principe dans la pratique historique. Sa démarche consiste donc à extraire, dans la pensée de certains auteurs, dont il juge l'apport significatif, les éléments qui, pour lui, participent à la création de la notion de souveraineté. La souveraineté étant alors entendue comme la notion permettant de rendre compte de la manière dont se construit et se pense le monde historique des Républiques.

⁴⁰ MAIRET G., *Le principe de souveraineté*, Paris, Gallimard, 1997, p.11.

⁴¹ Ibid. pp. 38 ; 39 ; 41.

Cette approche est certes vivement critiquable. Ainsi, Q. Skinner a montré que c'est une erreur que d'essayer d'écrire une histoire des idées voulant retranscrire la morphologie d'un concept donné à travers le temps⁴². En effet, les risques qu'il dénonce (réification de l'objet étudié, anachronisme, et surtout concentration sur des points particuliers de doctrine) peuvent être observés dans l'œuvre de Mairet. Inscire des auteurs dans un grand mouvement d'ensemble dont ils n'ont pas forcément conscience, est bien une fiction. C'est d'autant plus vrai si, comme Mairet, on identifie des étapes (Origine, Construction, Rectification, Fin) qui traduisent plus sa vision vis-à-vis du concept que la pensée des auteurs. Néanmoins, faire fictivement dialoguer entre eux des auteurs peut avoir un intérêt. L'histoire des idées politiques ne saurait se limiter à retranscrire l'intention ou la pensée d'un auteur. Il faut alors considérer deux éléments qui ont également leur intérêt : comment un auteur a été compris⁴³ mais surtout ce qu'il peut apporter vis-à-vis de la compréhension d'un concept⁴⁴. Cette approche semble ainsi validée par O. Beaud, qui met lui aussi en avant des éléments particuliers de la pensée de Bodin (au risque de trahir sa pensée personnelle) pour rendre compte du concept d'État⁴⁵.

Ainsi, G. Mairet développe sa conception de la souveraineté en montrant le cheminement. Il distingue dans cette histoire quatre moments, qui sont autant de chapitres : l'origine, la construction, la rectification et l'achèvement du principe de souveraineté.

⁴² SKINNER Q., « Meaning and Understanding in the History of Ideas », *History and Theory*, Vol. 8, n°1, 1969, pp. 3-53.

⁴³ Sous cet angle par exemple, il n'est pas absurde de considérer la théorie de Hobbes comme une défense inconditionnelle de la monarchie absolue, non pas tant parce que c'est ce qu'elle affirme que parce que c'est ainsi qu'elle a été perçue. La réception d'une œuvre a autant d'importance que sa signification supposée réelle et donc à ce titre les clichés historiques ont une grande importance.

⁴⁴ De ce point de vue, la question de savoir si cela correspond exactement à ce qu'il a voulu dire est somme toute accessoire.

⁴⁵ Beaud O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 30-31.

0.1.1 L'origine de la souveraineté : l'affirmation de l'autonomie de la République

L'origine du principe de souveraineté est probablement la partie la plus nécessaire à sa compréhension. Elle permet de voir en effet ce à quoi la souveraineté s'oppose et donc d'en préciser les contours aussi bien négativement que positivement.

Pour Mairet, la naissance du principe de souveraineté est à chercher chez deux auteurs : Machiavel et Bodin. Ce serait eux qui posent les premiers le principe constitutif de la modernité politique, à savoir le rejet de toute transcendance, l'historicisation et l'immanence de l'action (Machiavel) ainsi que de l'ordre politique (Bodin) :

C'est là ce qu'expriment à la fois Machiavel et Bodin et que signifie d'abord le principe de souveraineté : à savoir l'autonomie absolue de la politique. La souveraineté est en premier lieu le principe politique d'autonomie [...] La *res publica* possède en elle-même ses propres règles et structures, ses lois constitutives internes. Elle est l'effet des passions humaines et, par conséquent, l'État est le produit des rapports de force et n'est fondé que par la force.⁴⁶

Cette affirmation de l'autonomie se situe donc avant tout sur un plan épistémologique : fondamentalement elle est le rejet de toute transcendance.

0.1.1.1 Machiavel : la rupture épistémologique

C'est parce qu'il est le premier à penser la politique (même s'il ne traite que de l'action) comme détachée de toute considération transcendante que Mairet peut considérer Machiavel comme étant à l'origine du principe de souveraineté, alors qu'il n'en parle pas. Machiavel inaugure ainsi une rupture épistémologique : il s'agit de rompre avec « *l'idée, d'origine platonicienne, selon laquelle la politique aurait pour fin le bien dont la forme serait spéculativement établie par le spécialiste des idées pures : le philosophe* »⁴⁷. Puisque pour lui, « *la politique est de l'ordre de l'être, non du devoir être* »⁴⁸, les seuls éléments pertinents se jugent en fonction des résultats qui sont le fruit des rapports de force. C'est ce que rappellerait Machiavel en opposant les prophètes bien armés (qui réussissent) et les prophètes désarmés (qui échouent), c'est bien le *prima*, dans le monde réel, de la force sur le juste. Ce n'est plus l'ordre politique qui procède de la justice mais la justice qui procède de l'ordre politique, qui est fondé par la force : « *ce n'est pas parce qu'une théorie est juste qu'elle réussit, c'est au*

⁴⁶ Ibid., p. 19.

⁴⁷ Ibid., p. 23.

⁴⁸ MAIRET G., Op., Cit., p. 25.

contraire parce qu'elle réussit qu'elle est juste. [...] le juste, et généralement la morale procède de l'action, non l'inverse »⁴⁹. La pratique politique (et donc ensuite la théorie) ne doit plus être déterminée par des considérations idéelles mais bien en fonction des circonstances⁵⁰. Ce rejet de la transcendance dans le monde de la politique implique de la centrer non plus sur la justice mais sur le monde matériel, sur l'analyse de la nature humaine et des passions.

En effet, la politique doit se penser en fonction de la *nécessité*, qui renverrait pour Machiavel, selon Mairet, « à l'ensemble des matérialités constituant la matière historique à l'instant où l'action politique a lieu : ensemble disparate et fluctuant de circonstances, de forces, de rapports, d'idées aussi. La nécessité est donc le milieu au sein duquel les États se font et se défont. »⁵¹. Cette importance de la nécessité dans la théorie de Machiavel semble confirmée par P. Manent, qui rappelle que pour le Florentin, la perfection de la Rome antique provenait de sa capacité à s'adapter aux accidents :

Selon la tradition, la bonne cité est fondée par un homme supérieur qui inscrit d'un coup dans le régime la forme parfaite qu'il a en l'esprit. Or Rome, contrairement à Sparte fondée par Lycurgue, contrairement à la notion classique du « meilleur régime », est parvenue à sa « perfection » par un enchaînement d'« accidents » [liés au hasard]. [...] De l'ancienne à la nouvelle ontologie, le hasard et la nécessité, avec la liberté qu'ils permettent ou exigent, prennent la place de la nature et de la finalité⁵²

Cette liberté liée au hasard et à la nécessité expliquera alors un élément fort de la doctrine de Machiavel, qui à son importance pour une compréhension adéquate du principe de souveraineté et qu'il faut donc rappeler ici : la Raison d'État. Ph. Nemo, dans un chapitre consacré à Machiavel (ayant pour sous-titre *l'émergence de la « raison d'État »*), met ainsi en avant deux éléments de la pensée machiavélienne : la nécessité des boucs émissaires et la justification des crimes d'État⁵³, afin d'assurer la stabilité de l'État. Un élément en effet essentiel de la pensée de Machiavel consiste finalement à estimer que l'action politique répond à des logiques propres qui ne doivent pas être soumises à des principes moraux, mais seulement à une logique d'efficacité. Certes, l'origine machiavélienne de la Raison d'État, que l'on doit à Meinecke⁵⁴, est contestée⁵⁵, notamment parce que les premières théories de la raison d'État s'inscriraient dans le cadre d'une conciliation entre les nécessités de la conservation de l'État et les principes de la morale chrétienne (posés comme supérieurs à tout

⁴⁹ MAIRET G., Op., Cit., p. 26.

⁵⁰ Cf. KOYRE A., *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, p.11.

⁵¹ Ibid., pp. 24-25.

⁵² MANENT P., art. « Machiavel », in. RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, p. 371a.

⁵³ NEMO Ph., *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, 2002, pp.56-57.

⁵⁴ MEINECKE F., *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des Temps modernes*, Genève, Droz, 1973. (trad. M. Chevalier).

⁵⁵ Sur ce point, Cf., ZARCA Y-C., art. « raison d'État », in. RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 531-535.

autre), alors que chez Machiavel la conservation de l'État aurait une valeur supérieure à tout autre principe.

Néanmoins, le point important ici est bien que le Florentin inscrit la politique dans un champ autonome qui obéit à des logiques propres. En considérant la justice comme procédant de l'ordre politique et donc comme lui étant immanente, en rappelant que la politique est avant tout une pratique qui a plus à apprendre de l'histoire que de la philosophie, Machiavel rompt avec le Moyen Âge et ouvre la porte aux théories de la souveraineté : « *Ramener la pensée aux choses politiques mêmes, autrement dit à la structure du monde historique, telle est donc la découverte machiavélienne, une découverte qui devait consister à préparer le terrain sur laquelle la modernité allait bâtir l'État historique sur ses deux fondations humaines, la loi et la force.* »⁵⁶

0.1.1.2 Bodin et la théorisation de la république souveraine

La rupture créée par Machiavel serait théorisée pour la première fois par Jean Bodin. La souveraineté apparaîtrait alors comme le nouveau fondement, profane, de la République : « *En fait, le principe de souveraineté et la théorie de la république souveraine qui en procède éliminent toute fondation chrétienne de l'autorité. La souveraineté est cette élimination même* »⁵⁷. Ce que signifie ainsi la souveraineté, c'est avant tout l'autonomie du champ politique, le rejet de toute transcendance. Puisque l'ordre politique n'est plus fondé sur une transcendance, (divine ou naturelle), elle est donc « *d'origine humaine, et est fondée sur la force* »⁵⁸. Ne pouvant plus être fondée sur la Nature ou Dieu, la souveraineté est cette capacité des sociétés humaines à se donner des lois : celles-ci sont alors un produit de la volonté des Hommes puisqu'elles ne sauraient avoir d'autres sources :

Produit de la volonté, résultat de la force, l'État est pour ainsi dire cause de soi et c'est précisément cette autonomie de la politique humaine qu'exprime le principe de souveraineté : *auto-nomie* de l'action humaine se donnant à soi-même sa loi. La République possède en elle-même sa loi, la loi procède de l'agir humain et cette génération humaine de la loi dont l'auteur est "le souverain" –, est la génération de la République. La souveraineté est donc, à bien y voir, le principe du fondement profane de la puissance.⁵⁹

⁵⁶ MAIRET G., Op., Cit., p. 30.

⁵⁷ Ibid., p. 30.

⁵⁸ Ibid., p. 31.

⁵⁹ Ibid., p. 31.

Mairet défend donc bien une lecture totalement absolutiste de Bodin. Pour lui, le souverain serait le seul habilité à interpréter la loi divine, et ne pourrait donc être jugé par rapport à celle-ci : « *Le souverain, en bonne doctrine bodinienne de souveraineté, est le seul à juger et interpréter ès qualité ce qu'il faut entendre par « loi naturelle et divine ».* »⁶⁰ Cette lecture de Bodin est assez hétérodoxe. De nombreux auteurs considèrent en effet qu'il existe des limites à la souveraineté chez Bodin. Ph. Nemo explique ainsi que les lois de Dieu et de la nature sont « *une vraie limite à la souveraineté* »⁶¹. J-J Chevallier rappelle que le Prince « *est tenu d'assigner à la loi qu'il édicte un contenu conforme à la justice et à la raison, aux lois divines et naturelles, auxquelles il n'est pas en sa puissance de contrevenir, s'il ne veut se rendre coupable de « lèse-majesté divine ».* »⁶². Il est vrai que Bodin conseille la désobéissance (mais jamais la rébellion) et la démission⁶³. Néanmoins, dans un autre texte⁶⁴, Mairet développe l'idée que s'il est vrai que pour Bodin le souverain doit être vertueux et respecter le droit naturel, (d'où ses exhortations), ce n'est qu'une obligation morale, qui ne saurait impliquer aucune sanction juridique :

Ce n'est pas dire que la loi naturelle et divine est sans effet sur le prince – tout au contraire ; cent fois encore Bodin ramène le souverain à ses obligations de vertu. Mais nul autre que lui-même – et surtout pas l'évêque (de Reims ou de Rome) – n'est habilité, en principe ou en effet, ne fût-ce qu'à évaluer la vertu du souverain. Car il s'agit, en vérité, de ceci : *la loi naturelle et divine freine le souverain, non la souveraineté.*⁶⁵

Il continue en affirmant que :

c'est donc un contresens assez répandu que de dire que Bodin s'emploie à freiner la souveraineté par la loi naturelle et divine. Bien loin, tout au contraire, de construire le concept de souveraineté en la soumettant à la loi naturelle, la souveraineté, au contraire, est la théorie d'un fondement profane de la puissance de l'État : dans son essence, la souveraineté est infinie et ne connaît aucune limite. Seul le souverain, ou, pour mieux dire la souveraineté dans son exercice, est limité par la loi de nature.⁶⁶

La loi divine n'entrerait absolument pas dans la définition de la souveraineté, d'autant plus que nul n'est habilité à juger le souverain. Mairet insiste fortement sur ce point : la loi chez Bodin procède de la pure volonté humaine⁶⁷.

⁶⁰ Ibid., p. 32.

⁶¹ NEMO Ph., *Op. cit.*, p. 89.

⁶² CHEVALLIER J-J., *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot et Rivage, 2006, p., 277.

⁶³ Trouver ref. Cette question sera développée ultérieurement avec la question du droit de résistance Cf. *infra*.

⁶⁴ MAIRET G., « Les six Livres de la République et la fondation moderne de l'État profane » in. BODIN J..

⁶⁵ Ibid., p. 8.

⁶⁶ Ibid., p. 9.

⁶⁷ Cette lecture semble toutefois validée par O. Beaud, qui reconnaît chez Bodin une double tendance, entre un positivisme et une cosmologie néo-platonicienne de la loi. Il choisit néanmoins de mettre l'accent sur la dimension positiviste (in. *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 30-31). Il développe également l'idée qu'il existe un lien fondamental entre l'invention de la souveraineté et celle du positivisme. Le droit deviendrait un ensemble de décisions qui du coup peuvent être abrogées par des décisions humaines. Il viserait alors l'organisation future de la société. De plus, la souveraineté ferait ainsi disparaître l'interrogation métaphysique sur l'origine et le fondement du droit (Ibid., p. 61.).

Ainsi, parce que la loi est forcément le fruit d'une volonté humaine, et qu'elle n'a de réalité que soutenue par une puissance, la souveraineté désigne alors cette caractéristique des sociétés humaines : être structurée par une puissance normative. Bodin définit en effet la souveraineté comme « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* »⁶⁸, qui se résume à donner et casser la loi. Cette puissance s'exprime donc par la loi ou, plutôt, la loi est l'expression de cette puissance. C'est parce qu'il y a souveraineté qu'il y a *droit gouvernement des ménages*. La souveraineté est donc bien la condition nécessaire de l'État : « *la souveraineté n'est pas le principe de l'autorité dans l'État, mais le principe de l'État, dont tout pouvoir procède* »⁶⁹. La souveraineté n'est donc pas dans la république l'élément qui permet d'en assurer la cohésion, c'est la cohésion même de la république par le droit, ce qui permet justement de parler de république : « *réduire la souveraineté à la puissance de décision ultime et dernière, c'est manquer l'essentiel du principe de souveraineté en ne retenant que sa forme extérieure ; à vrai dire, c'est manquer la nature de l'État lui-même, car c'est manquer sa « définition »*. »⁷⁰. La souveraineté ne désigne donc pas la puissance ultime de la république mais la puissance de la république. S'il est possible de distinguer conceptuellement république et souveraineté, il est néanmoins impossible de les isoler l'une de l'autre. Toute souveraineté implique une République, toute République implique une souveraineté. Il y a donc une équivalence entre ces deux concepts, qui ne sont que deux regards sur le même objet : la république est un ensemble de ménage structuré, ordonné, par un droit contraignant ; la souveraineté est une puissance structurant, ordonnant, par le droit un ensemble de ménage. Le principe de souveraineté ne signifie donc rien de plus que la puissance attachée aux lois de la république est supérieure à toutes les autres, condition nécessaire au règne du droit et donc de la justice, qui sont des principes internes à la république.

La justice est en effet interne au principe de souveraineté, elle en est la conséquence. Par définition, une république est le lieu du juste puisque la loi est l'exercice de la souveraineté. L'exercice de la souveraineté ne peut donc créer d'injustice. Or cette loi, qui sert de fondement au juste, est de fondement humain ; elle est la volonté du souverain : « *faire de la volonté – volonté humaine – la puissance ordonnatrice de la république, tel est le*

⁶⁸ L.1 chap. 8.

⁶⁹ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 34.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 34.

projet général de Bodin »⁷¹. Parce que la loi, et donc le juste qui en découle, sont le fruit d'une volonté, il est déjà possible de constater que le juste est contingent aux différentes républiques : « *La souveraineté, qui vise le juste, ne le garantit pas. Il en est ainsi parce que le principe de souveraineté est politiquement le principe de la contingence du juste* »⁷². La souveraineté est en effet la condition nécessaire du juste, puisque c'est elle qui en permet la réalisation. Néanmoins, en affirmant que la justice n'est pas garantie par le principe de souveraineté, Mairet montre ici son désaccord avec le principe premier de la souveraineté, puisqu'il sous-entend une possible évaluation des lois mises en place, par un principe forcément externe à la souveraineté (donc non contingent). La souveraineté garantit le juste puisque le juste procède de la souveraineté.

L'origine de la souveraineté se caractérise donc selon Mairet par l'autonomisation du champ politique et l'évacuation de toutes normes transcendantes. La loi devient un acte de pure volonté humaine (arbitraire dira Hobbes) appuyée par la force dont dérivent les normes éthiques. Ce fait est pour Mairet la principale caractéristique de la souveraineté : il n'aborde absolument pas les questions d'unité de la souveraineté et de son impossible division (alors qu'une part importante de ses travaux se concentre justement sur cette recherche de l'unité dans la philosophie politique) ; ni celle des rapports avec les autres puissances (empire et papauté). Tout juste évoque-t-il l'idée que la puissance de l'État doit être supérieure aux autres : « *Machiavel explique que le pouvoir se conquiert dans le seul but d'instituer l'État par la loi ; quant à Bodin, il élabore la structure conceptuelle de l'État (ou « république ») à partir de l'idée de la souveraineté de la puissance profane sur toute autre puissance* »⁷³. C'est très probablement pour cette raison qu'il n'intègre pas dans son histoire des origines de la souveraineté les auteurs qui, avant Machiavel, ont promu la suprématie du pouvoir temporel au nom de l'unité et de la paix⁷⁴. C'est également pour cette raison qu'il n'abordera à aucun moment les théories de droit divin dans son histoire de la souveraineté.

⁷¹ Ibid., p. 31.

⁷² Ibid., p. 37.

⁷³ MAIRET G., *Op., Cit.*, p. 20. La formule semble maladroite : la souveraineté étant puissance, il est difficile de saisir concrètement ce qu'il entend par souveraineté de la puissance sur les autres puissances.

⁷⁴ Ainsi, Dante Alighieri mais surtout Marsile de Padoue. Ce dernier, par sa doctrine du consentement populaire, pourrait en effet passer pour le premier théoricien de l'État moderne. Néanmoins, sa doctrine de la loi comme devant être conforme à la Raison (presque assimilable à un droit naturel) interdit d'y trouver le positivisme juridique propre à la souveraineté (sur ce point cf. Coppens F. « Loi humaine ou loi divine ? La doctrine du consentement populaire chez Marsile de Padoue », *Revue philosophique de Louvain*, t. 103, n°4, nov. 2005, pp. 531-563).

Cette approche somme toute particulière se justifie puisque l'impératif d'unité du corps politique sous une autorité suprême est un thème récurrent tout au long du Moyen Âge, mais reste inscrit dans une logique de retranscription d'un ordre naturel (ou divin).

Cette idée de l'autonomie des corps politiques comme élément premier de la souveraineté est donc tout à fait recevable. La conséquence en est effectivement que le support du droit est la force, que la souveraineté est avant tout puissance : la souveraineté est cette capacité des républiques à maintenir leur ordre juridique particulier. A ce titre, elle ne saurait être divisée, ni admettre d'autres puissances en interne (qui de fait ne serait pas celle de la république mais bien d'un corps particulier). La souveraineté est puissance normative.

La justice ne fait donc que procéder de l'ordre établi, puisqu'elle ne saurait lui être antérieure. A ce titre, il semble même plus pertinent de considérer que le Bien et le Mal, le Juste et l'Injuste sont les dérivées de l'ordre juridique de chaque république. Gérard Mairet va donc ensuite montrer comment cette irruption de l'autonomie dans le champ de la pensée politique va évoluer, notamment sur la question de son attribution, de son support, afin de faire émerger la figure clef de la modernité politique : le peuple. En parallèle à ce récit, il faudra alors montrer la transformation radicale du principe d'autonomie.

0.1.2 La construction du principe de souveraineté

La construction du principe de souveraineté reviendra donc à développer cette idée d'autonomie de la république et d'en tirer les conséquences logiques et pratiques sur le plan matériel de la construction de ces républiques : « *il faut donc comprendre la construction du principe de souveraineté comme construction volontaire d'un monde où les hommes sont souverains. C'est, en tout cas, ce qu'ils imaginent : maître de leurs pensées et de leur histoire* »⁷⁵. Or, pour G. Mairet, cette irruption du principe de souveraineté dans le monde va se traduire concrètement par l'émergence de la figure du peuple qui sera considéré comme son support. Mairet constate à juste titre que le principe souveraineté entraîne effectivement la consécration du peuple comme principal acteur politique, et donc orientera la discussion sur la précision de cette idée de peuple souverain. Néanmoins, il néglige de préciser l'idéalisation qui accompagne ce processus de construction : de multitude organisée le peuple devient une entité morale. Il néglige également le fait que l'adjonction d'un support matériel à la souveraineté implique nécessairement des modifications quant à sa conception, notamment

⁷⁵ Ibid., p. 41.

vis-à-vis de son principe premier : l'autonomie. Le fait de parler de construction implique bien que pour lui, les premières définitions du principe de souveraineté ne sont pas satisfaisantes.

Gérard Mairet s'attache à montrer comment l'évolution de la manière de penser le peuple se traduit par une évolution de la manière de penser la place du peuple dans l'organisation politique, jusqu'à arriver au principe démocratique. Du peuple comme multitude organisée par une puissance souveraine, la réflexion politique aboutit au peuple souverain s'auto-organisant : l'acceptation du principe théorique de la maîtrise de leur destin par les Hommes, débouche sur la prise en charge collective de ce destin. Surtout, le processus de construction consiste en une conceptualisation du peuple (et de la Nation), et c'est ce concept, cette Idée, qui deviendra l'objet de la pensée politique.

Or, il faudra en parallèle montrer que la question de l'autonomie ne sort pas indemne de cette évolution. Ce point est capital, car les différentes visions de l'autonomie auront ensuite un impact sur la manière dont sera perçue (et critiquée) la notion de souveraineté.

0.1.2.1 Hobbes : La loi comme volonté arbitraire du souverain

La démarche de Hobbes aurait consisté selon G. Mairet à systématiser les pensées de Machiavel et de Bodin afin de fonder philosophiquement le principe de souveraineté, ce que ne font pas ces deux auteurs : « *jamais Bodin ne cherche à fonder philosophiquement le concept. Il le construit juridiquement, lui donne une certaine ampleur philosophique, mais il ne le fonde pas* »⁷⁶. Il faut toutefois préciser qu'une des interrogations fondamentales de Hobbes concerne le fondement de l'obéissance⁷⁷, question délaissée par Bodin : « *En somme, on ne peut dire qu'il [Bodin] propose de l'obligation politique un fondement satisfaisant. Et l'on est tenté de conclure que la souveraineté est, à ses yeux, comme Dieu, parce qu'elle est : il la voit inhérente à la nature des choses, tenant à l'ordre général du monde. (...) il n'éprouve pas le besoin d'en donner une véritable explication* »⁷⁸. C'est cette explication qu'entreprendra Hobbes.

Pour cela, Hobbes prendra acte de la rupture opérée par Machiavel et construira son raisonnement sur ce qui constitue réellement la république, c'est-à-dire sur une analyse de

⁷⁶ MAIRET G., *Op. cit.*, pp. 42-43.

⁷⁷ Alors que Machiavel, en écrivant *Le Prince*, s'adresse aux dirigeants, Hobbes écrit lui un *De Cive*, adressé au citoyen.

⁷⁸ CHEVALLIER J-J., *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot et Rivage, 2006, p. 274.

l'Homme, de ses passions⁷⁹ et de leur dynamique. De cette analyse, que l'on retrouve dans la métaphore de l'état de nature, Hobbes en déduira la nécessité impérative d'un ordre politique capable d'assurer la sécurité des individus par la paix civile⁸⁰. Toute sa théorie vise alors à montrer quelles sont les conditions nécessaires de cet ordre politique indispensable. Mairet considère que Hobbes pose trois axes qui vont profondément structurer la pensée de la souveraineté : le fondement humain de la loi ; le mythe de la souveraineté ; la construction du peuple comme personnage central de la réflexion politique. Néanmoins, si la démarche de Mairet est légitime, puisqu'il est indéniable que c'est bien Hobbes qui impose la structure et la forme de la pensée politique moderne⁸¹, il faudra y adjoindre une présentation plus détaillée de la conception hobbesienne de la souveraineté étant donné que c'est elle qui servira de principal support à cette thèse.

Hobbes reprend donc les fondements métaphysiques de Machiavel et Bodin : « *la loi positive en vigueur sera (l'expression est de Bodin, reprise par Hobbes) la volonté du souverain usant de sa puissance* »⁸². Or, c'est la loi qui permet la vie sociale et sociable. La loi est même, tout bien considéré, la définition même de la paix civile, du *Common-Wealth* : la loi est le rapport réglé entre individus. Là où les rapports entre individus sont réglés (ce qu'est la paix civile), il y a loi, et donc communauté politique :

La loi est la forme immanente à l'existence humaine civile, elle procède de la cité au moment où la cité est fondée comme telle ; elle est la condition de la civilité, ce par quoi la socialité passe parmi les hommes en les retirant de l'état de nature où ils sont originellement. La loi a une double fonction morale et pragmatique : elle est au service du juste et de la paix dans l'État. La loi résume et exprime donc l'essence de l'État : l'union des individus au sein d'un même corps et leur sujétion à une même norme.⁸³

L'essence de la loi chez Hobbes n'est pas de réaliser un ordre particulier qui correspondrait à un idéal de justice (car cela supposerait de disposer d'une définition *a priori* de la justice vis-à-vis de laquelle évaluer la loi). L'essence de la loi est de contraindre, c'est-à-dire de réaliser, justement, un ordre particulier en contraignant les individus. Cet ordre est juste par définition puisque la justice procède de cet ordre :

la loi réprime la faute, elle n'exprime pas le juste. Toutefois, si la loi n'exprime pas le juste parce qu'elle ne repose pas sur le juste, c'est néanmoins de la loi que le juste, et toute justice, procèdent. Le juste est, avec Hobbes, une procédure de souveraineté : est loi ce que veut le souverain, et ce que veut le souverain est juste.⁸⁴

⁷⁹ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 43.

⁸⁰ Le cheminement intellectuel de Hobbes se présente sous la forme d'un raisonnement par l'absurde : l'ordre politique est nécessaire puisque son absence est inacceptable : sans lui (dans l'état de nature) c'est la guerre de tous contre tous.

⁸¹ Voir MANENT P., *Histoire du libéralisme en dix leçons*.

⁸² MAIRET G., *Op. cit.*, p. 45.

⁸³ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 46.

Il est donc impossible de distinguer la loi et la volonté du souverain : ce n'est pas une correspondance mais une identité. Le souverain, en tant que souverain, ne s'exprime que dans et par la loi. C'est à partir de la loi, et donc de la volonté du souverain, qu'il est possible de déterminer le juste :

Hobbes veut donc – avec l'unique fin de préserver la paix civile – ramener la norme du juste (et son énoncé dans la loi) à une source et une seulement : le souverain. Le souverain (un individu ou un conseil) doit donc être le seul habilité à dire ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. [...]. C'est le souverain qui juge de la signification des mots ; c'est lui seul qui définit ce qu'on nomme « juste » et « injuste », « bien » et « mal », « tien » et « mien ». Ce ne sont certainement pas les théologiens qui doivent établir les définitions. Les définitions utiles à la paix civile doivent émaner, c'est l'évidence même, de la loi civile (et non pas des canons de la religion) et c'est encore une évidence que celle-ci émane du souverain⁸⁵

La définition du « tien » et du « mien » se fait par l'ensemble des règles sur la propriété et les transactions. La justice s'infère donc des lois, qui sont de création humaine. Toute autre entité qui se prévaudrait du droit d'énoncer ce qui est juste ou pas serait facteur de trouble civil.

Le second axe que Hobbes apporte à la philosophie politique moderne serait le mythe de la souveraineté, que traduirait la séquence état de nature, pacte, état de société. Ce mythe, qui « *est le mythe fondateur de l'avènement historique de la loi : dieu n'est plus fondement et ne garantit plus les contrats* »⁸⁶, permettrait de poser le souverain comme unique fondement à la loi et à l'ordre politique. Après la réduction de la justice au droit positif, le mythe de la souveraineté permet de poser la loi comme artifice humain. Il est regrettable ici que Mairet présente cette séquence comme historique. Si ce point de vue est aujourd'hui partagé, il n'en reste pas moins plus que contestable. Néanmoins, ce n'est pas le plus important. La fiction de l'état de nature permet de poser le souverain comme nécessaire : face à l'alternative de l'état de nature, les individus instituent le *Common-Wealth*, c'est-à-dire acceptent de se soumettre à une puissance normative contraignante : « *ce processus exprime le principe essentiel de la modernité politique : les hommes considérant leur condition naturelle décident par leur faculté propre de vouloir et de penser, de se doter d'une loi commune, artificielle, qu'un individu ou une assemblée aura pour tâche d'élaborer, de mettre en œuvre* »⁸⁷. De la nécessité d'un ordre contraignant déduite de l'état de nature, Hobbes pose la nécessité d'une puissance normative. Trois éléments fondamentaux concernant la souveraineté peuvent alors être déduits. Le premier est que si l'ordre politique (qui est artificiel) est nécessaire, sa forme est, rappelons-le, contingente. La loi est avant tout un acte de volonté, qui est arbitraire, elle

⁸⁵ Ibid., p. 48.

⁸⁶ Ibid., pp. 49-50.

⁸⁷ Ibid., p. 51.

pourrait être autre⁸⁸. Il est alors possible de rattacher Hobbes à la tradition qui considère le gouvernement comme un art⁸⁹. Néanmoins, et c'est la seconde conséquence du rejet de toute transcendance, l'ordre politique, malgré sa dimension arbitraire, reste absolument contraignant : « *En tant qu'elle existe, et quels que soient sa nature et son contenu, la loi est en principe, absolument contraignante* »⁹⁰. La loi est commandement, elle est contrainte dans son essence. Toute loi est pour Hobbes, fondamentalement, une interdiction. L'idée même d'une loi qui libérerait est un contresens⁹¹. Or, il est impossible pour Hobbes (et là-dessus il rejoint Bodin) d'arguer de sa conception personnelle de la justice pour entrer en résistance contre le souverain. C'est justement parce que toute conception de la justice est arbitraire (parce que dénuée de tout fondement), qu'elle n'a de sens que par rapport à un ordre juridique particulier et qu'elle est le fruit d'une volonté particulière, que toute rébellion au nom de la justice revient simplement à opposer une conception arbitraire et particulière (mais personnelle, qui n'est, finalement, qu'un sentiment de justice) à une autre conception arbitraire et particulière (mais élaborée par l'instance justement habilitée à le faire et qui est la conception réelle du groupe). Tout système humain ordonné possède sa conception interne de la justice, vis-à-vis de laquelle il est absurde de se réclamer de la justice, justement parce que le principe de souveraineté établit que c'est le souverain qui juge en dernier ressort de ce qui est juste, et que ce jugement ressort des lois positives). Tout *Common-Wealth* est légitime du simple fait de son existence, toute loi est juste parce qu'elle participe à la définition du juste.

Enfin, le troisième apport fondamental de Hobbes à la philosophie politique moderne serait selon Mairet d'inventer « *le peuple comme source originaire de l'État* »⁹². Mairet explique alors que le mythe de la souveraineté, dans son triptyque état de nature / pacte / état de société, serait le mythe de la constitution du peuple comme sujet fondamental de la loi

⁸⁸ La notion d'arbitraire chez Hobbes peut sembler complexe. L'erreur serait de la rattacher au libre arbitre, qui est totalement opposé à son matérialisme mécaniste. La notion d'arbitraire chez Hobbes renvoie en effet à une disjonction entre la finalité d'un objet (la loi a pour fonction de régler des rapports) et l'objet lui-même (toute loi règle, indépendamment du rapport créé). La notion d'arbitraire est donc à prendre dans le même sens que chez Saussure lorsqu'il parle du signe linguistique.

⁸⁹ La science politique a pour objet les causes de la génération des États et les conséquences de l'apparition de ceux-ci. Elle est purement déductive, à partir des prémisses évidentes que sont pour Hobbes la nature de l'Homme et de ses passions (qui peuvent aussi être atteints par la philosophie naturelle). Cela implique une limitation du champ de la science politique : « *pour atteindre la certitude qui l'apparente à la géométrie, la science politique doit limiter ses prétentions. Elle se contente de délimiter les règles indiscutables du juste et de l'injuste, sans prétendre énoncer le bon. Il lui faut régler la question de l'obéissance, non dicter aux Hommes ce qu'ils doivent faire en chaque circonstance* » (TERREL, J. *Hobbes, matérialisme et politique*, Paris, Vrin, 1994, p. 45). L'art de gouverner n'appartient pas à la science politique (il n'est pas démontrable), mais à la prudence, à l'expérience tirée de l'Histoire. C'est ce qui explique que Hobbes, bien que favorable à la monarchie, qu'il présente comme le meilleur Régime, affirme également que cela n'est pas démontrable (préface du *De Cive*).

⁹⁰ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 52.

⁹¹ Hobbes ref. Bodin va également dans ce sens : Cf., BEAUD O., *Op. cit.*

⁹² MAIRET G., *Op. cit.*, p. 53.

puisque ce serait le peuple qui instituerait le souverain⁹³. Si c'est bien « *par l'acte d'élection d'un souverain qu'un peuple se constitue en se dépouillant de la multitude. Les choses se passent dans la clairière des origines où chaque individu et tous prêtent mutuellement serment* »⁹⁴, il est malheureux que Mairet reste accroché à la métaphore du contrat originaire, qui aujourd'hui est plus source de confusion que de clarté⁹⁵. Le concept de contrat social permet en effet d'introduire l'idée de consentement des individus à la communauté politique et l'acceptation de tous à se soumettre à la même puissance normative. Chez Hobbes, cette acceptation de l'ordre politique revient à un processus d'autorisation : le souverain est un représentant autorisé par les individus du peuple. Ce processus d'autorisation est la justification d'un élément fondamental de la souveraineté : le consentement préalable des individus aux lois.

Le point fondamental de la pensée de Hobbes qu'il faut adjoindre ici est sa théorie de la représentation, qui constitue l'essence de la souveraineté et permettra donc de saisir les notions de peuple et de souverain vis-à-vis desquels seront comparées les évolutions et critiques de la notion de souveraineté. La représentation des individus par le souverain permet de transformer une multitude en peuple. Face à l'irréductible pluralité des opinions de la multitude, il s'agit, comme le signale Mairet dans sa traduction du *Léviathan* « *d'ordonner le multiple à l'un* ». C'est précisément en cela que constitue le Contrat Social chez Hobbes : il s'agit pour chaque individu de la multitude d'accepter d'être représenté par un acteur dont il sera l'auteur des actes (et donc d'autoriser le représentant à prendre des décisions en son nom). Ce représentant est le souverain. Cela signifie que le peuple est un artifice, c'est-à-dire une construction. Un peuple chez Hobbes ne peut pas vouloir naturellement. La volonté du peuple est un artifice : c'est la volonté du souverain qui lui est attribuée. Même dans le cadre d'une démocratie (où le souverain est l'assemblée de tous) la volonté du peuple reste une fiction puisqu'elle est construite par le principe majoritaire : les individus acceptent pour la leur la décision du groupe (élaborée selon certaines procédures arbitraires)⁹⁶. C'est cette dimension artificielle de la volonté d'un peuple qui interdit toute liberté des individus : la

⁹³ Ibid., p. 53-54.

⁹⁴ Ibid., p. 54

⁹⁵ La constitution du *Common-Wealth* dans l'État de nature est un mythe, une métaphore, au même titre que, chez Platon, l'allégorie de la caverne. Il faut malheureusement reconnaître qu'il s'agit d'une métaphore morte pour beaucoup d'auteurs.

⁹⁶ Mairet effectue donc un raccourci source de confusion : ce n'est pas le peuple qui institue le souverain, mais les individus de la multitude. Le peuple comme unité ne peut exister qu'à partir du moment où les individus acceptent préalablement de se soumettre à une volonté particulière, par exemple celle de la majorité.

volonté du souverain n'est pas celle des individus (sauf dans le cas improbable et ponctuel d'une unanimité) : l'ordre politique, selon le principe de souveraineté, implique d'accepter préalablement de se soumettre à des décisions qui ne sont pas les siennes. C'est pour cela que le régime n'a pour Hobbes aucune influence en soi sur la liberté : que la volonté du peuple soit celle d'un seul (monarchie), d'un petit groupe (aristocratie) ou de la majorité (démocratie), c'est toujours une volonté construite artificiellement, posée comme celle de tous, qui vient contraindre les individus. C'est en cela que le souverain chez Hobbes représente les individus : ils acceptent sa volonté comme si c'était la leur. C'est la conséquence du rejet de toute transcendance, puisqu'il n'existe plus rien pouvant transcender les opinions individuelles, et du volontarisme juridique. Les différences entre régimes ne sont alors plus que différents moyens de construire cette volonté du peuple, qui reste, quel que soit son mode de production, une volonté qui vient contraindre le pluralisme des volontés particulières⁹⁷.

La volonté du peuple est donc chez Hobbes une construction, un *artifice*. L'autre élément important renvoie à cette notion de volonté. Puisque la volonté du peuple est une construction et que le peuple est une personne morale (au sens juridique), le peuple ne saurait avoir de volonté en dehors de celle qu'il exprime. Toute loi est la volonté du souverain, mais également toute volonté du souverain est loi. Il est totalement impossible de dissocier la volonté du peuple (mais également d'un individu) de ses actes en tant que peuple : un peuple ne peut que vouloir ce qu'il fait puisque par définition il fait ce qu'il veut. Tout argument qui viendrait supposer une volonté distincte de l'action confond souhait (ou désir) et volonté.

Dès que la thèse de Hobbes est publiée, elle suscitera réaction et opposition, principalement sur la question de la liberté et de l'artificialisme de la volonté du peuple. Poser la condition politique comme sujétion apparaît inacceptable. Une grande partie de la philosophie politique moderne sera donc « anti-Hobbes », et la réflexion politique se concentrera sur les moyens de réintroduire la liberté dans l'ordre politique, en re-substantialisant, selon différentes modalités, la volonté du peuple.

⁹⁷ Sur ce point, Cf. *infra*.

0.1.2.2 Spinoza : la loi conforme à la raison

Le premier à s'y atteler serait Spinoza, pour qui le but de l'organisation en société est la liberté. Alors que chez Hobbes celle-ci est impossible, puisque les conditions du vivre ensemble imposent des règles, et donc des contraintes ; Spinoza va substantialiser l'idée de liberté en l'identifiant à la vie raisonnable : « *chez Spinoza, c'est la liberté des individus qui est visée et, à travers elle, la vie raisonnable. La vie libre est la vie selon la raison.* »⁹⁸. Alors que chez Hobbes l'utilité du souverain est dans son existence même (puisqu'il instaure un ordre politique par définition juste), ce qui le rend (quasiment) incontestable ; Spinoza estimerait que l'utilité du souverain est conditionnée à l'ordre instauré (qui doit permettre la liberté et donc être conforme à la raison). N'étant plus qu'un moyen vers un objectif autre qui lui est extérieur (en ce sens qu'il ne dépend pas de lui), il peut être renversé : « *Passé l'utilité, le souverain n'a plus aucune légitimité* »⁹⁹. L'auteur de l'Éthique réintroduit donc une fin morale aux sociétés politiques, même si effectivement celle-ci se justifierait par la nature de l'Homme et non plus par une volonté transcendante. La question n'est donc plus de savoir comment la vie en société est possible (ce que fait Hobbes en la posant comme suffisante), mais redevient bien de savoir quelle vie en société choisir. Ainsi, avec Spinoza, « *La question politique se trouve donc redéfinie et la raison du souverain, le motif de son institution sont du même coup radicalement réinventés* »¹⁰⁰. Néanmoins, poser la liberté comme fin de l'ordre politique impose de repenser la liberté par rapport à la loi, qui chez Hobbes est posée comme absolument contraignante, et surtout autre que la volonté de chacun des membres. Spinoza affirme que la vie libre est la vie selon la raison. S'il est juste raisonnable de vivre selon les règles de la république, alors Spinoza n'apporte rien vis-à-vis de Hobbes.

Si la loi est contrainte chez Hobbes, c'est parce qu'elle est arbitraire : rien ne fonde une décision en dehors des désirs de ceux qui l'ont prise. Cela est une conséquence directe de l'anthropologie de Hobbes : la volonté d'un individu n'est que le fruit de ses désirs. Les notions de Bien, de Juste... sont totalement subjectivisées et dépendent de la sensation que de telles idées provoquent en nous : la délibération est présentée comme la succession des passions et conceptions au sujet d'une même chose (en fonction du mécanisme propre au cerveau) et la volonté simplement le dernier désir/appétit dans la délibération (celui qui est donc le plus

⁹⁸ Ibid., p. 57.

⁹⁹ Ibid., p. 59.

¹⁰⁰ Ibid. p.57.

fort)¹⁰¹. La raison, elle, n'est que ratiocination, calcul, appliquée à des mots et des propositions logiques : « *la RAISON, en ce sens, n'est rien que le calcul (autrement dit l'addition et la soustraction) des conséquences des noms généraux acceptés pour consigner et signifier nos pensées* »¹⁰². La Raison, en tant que telle, n'existe pas. Elle est indissociable du raisonnement, de l'acte de raisonner : « *L'usage de la raison, qui est la raison elle-même, consiste ainsi à partir de définitions premières et à passer, de proche en proche, par le calcul, d'une conséquence à une autre* »¹⁰³. Il apparaît donc que le raisonnement est indissociable du langage, puisque c'est sur les mots que le calcul s'applique. Or, les définitions chez Hobbes, qui professe un nominalisme radical, sont arbitraires : la raison ne permet en aucun cas de poser une définition première. Les divergences éthiques renverraient donc, chez Hobbes, à des différences de goût (il faut ainsi imaginer que certaines personnes ont plus de goût pour la liberté, d'autres pour l'égalité, et donc que leur conception de ce qui est juste sera différente). La raison (et la science en général) fonctionne sur le mode de l'implication, mais ne permet en aucun cas de tirer des conclusions sur le monde réel (puisque le raisonnement est construit sur des universaux qui pour Hobbes n'existent pas) : « L'Homme est un animal » est une proposition qui reste vraie, indépendamment de l'existence de l'Homme ou des animaux¹⁰⁴. Or, pour Spinoza, la raison est plus qu'un simple calcul sur des propositions arbitraires. Elle renvoie à la substance divine et s'oppose alors aux passions : « *La raison unit parce qu'elle fait converger les esprits vers la substance unique. Les passions divisent parce qu'elles en font diverger* »¹⁰⁵. Il reprend donc la vieille distinction passion / raison que Hobbes avait rejetée. La raison chez Spinoza se rapproche de celle de Descartes, elle s'accorde avec le monde : « *les actions de l'esprit naissent des seules idées adéquates ; et les passions dépendent des seules idées inadéquates* »¹⁰⁶. La raison permet donc un accord entre les Hommes, car ils procèdent de la même nature, elle renvoie à l'universel tandis que les passions l'en écartent. Il y a donc chez Spinoza, grâce à la Raison, de bonnes et de mauvaises décisions : « *Il croit que tout peut être démontré, en matière humaine et morale comme en mathématiques, more geometrico* »¹⁰⁷. La démocratie chez Spinoza a donc pour principale fonction de permettre, par la délibération, de se rapprocher au maximum du règne de la

¹⁰¹ Léviathan, VI, p. 137.

¹⁰² Léviathan, V, p. 111.

¹⁰³ POLIN, R., *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, Vrin, 1977, p. 29.

¹⁰⁴ De Corpore, partie 1, chap. III, 10.

¹⁰⁵ NEMO Ph., *Histoire des idées politiques : aux temps modernes et contemporains*, Op. cit., p. 249, reprenant les propositions 34 et 35 de la quatrième partie de l'Éthique.

¹⁰⁶ SPINOZA, *L'Éthique*, partie III, prop. 3.

¹⁰⁷ NEMO Ph., *Histoire des idées politiques : aux temps modernes et contemporains*, Op. cit., p. 249.

raison, gage de liberté : « *comme les passions des Hommes divergent, leurs désirs personnels s'annulent et seuls subsistent les désirs communs qui s'accordent avec une conduite dirigée par la Raison. (T.P., VIII, §6). Plus nombreuse sera l'assemblée, plus proche de la Raison seront ses décisions* »¹⁰⁸. En effet, la démocratie « *est le régime ou les commandements absurdes sont les moins à craindre : et cela par sa fin même qui est de soustraire les hommes à la domination – absurde – de l'appétit et de les maintenir autant que possible dans les limites de la raison* »¹⁰⁹ : tout simplement parce qu'il « *est presque impossible que la majorité des hommes au sein d'un groupe un peu considérable, se mettent d'accord sur une absurdité* »¹¹⁰. Le principal souci de Spinoza est donc bien d'éviter les « absurdités », ce qui présuppose un critère objectif de jugement. Cette question est toutefois très délicate, puisqu'il existe de nombreux éléments chez Spinoza qui montrent un positivisme aussi radical que celui de Hobbes¹¹¹. En ce sens, la seule limite du pouvoir de l'État chez Spinoza serait ce qui pousse une part importante de la population à se révolter¹¹². Mais le terme de vie libre n'aurait alors aucun sens. Ce point est toutefois important et sera préservé : en rappelant que si la souveraineté fonde bien le droit et la légitimité, elle n'en reste pas moins une puissance et doit donc se concilier les puissances internes (qui ne sont soumises qu'en droit), Spinoza apporte une pierre importante à la réflexion sur la souveraineté. Néanmoins, en se cantonnant à une approche atomistique de la société civile et probablement dans un souci de promouvoir la démocratie, Spinoza considère qu'il est dangereux pour le pouvoir de s'aliéner une part importante de la population. Or, il est possible ici d'ajouter que, plus que le nombre, c'est la puissance mobilisable des individus contrariés dont il faut tenir compte (dont le nombre n'est qu'un élément).

Ainsi, Spinoza peut poser la vie libre comme fin de l'autorité politique parce que sa métaphysique lui permet de distinguer entre les volontés soumises à la raison et les volontés soumises aux passions. Une part importante de sa réflexion consistera alors à tenter de poser les conditions institutionnelles de ce règne de la raison, qui permettraient justement une prise en compte des intérêts de chacun. Face à Thomas Hobbes qui affirme le côté fondamentalement arbitraire et artificiel de toute loi, Spinoza est le premier à tenter de réaffirmer que le pouvoir ne devrait pas pouvoir faire absolument ce qu'il veut, dans le sens de

¹⁰⁸ LAZZERI Ch., art. « Spinoza » in RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996. pp. 637b-638a.

¹⁰⁹ CHEVALLIER J.-J., *Op. cit.*, p., 386.

¹¹⁰ SPINOZA B., « Traité des autorités théologique et politique », in. *OC.*, Paris, Gallimard, 1954, p. 831.

¹¹¹ SPINOZA B., « Traité de l'autorité politique », *Op. cit.*, Chap. II, §§ 16 à 19 ; 23

¹¹² *Ibid.*, chap. III, § 9.

satisfaire tous ses caprices. La loi doit être le reflet de la Raison et non des passions. C'est la première inflexion vis-à-vis d'une théorie de la souveraineté qui posait la loi comme artifice arbitraire.

0.1.2.3 Locke : la loi conforme au droit naturel

Poser comme Spinoza la vie libre comme vie raisonnable n'est cependant pas suffisant, et il faudra alors préciser ce que cela signifie concrètement. C'est ce à quoi s'attache Locke, qui va développer l'idée de liberté en la couplant à la propriété. La nature humaine selon Locke (qui ne peut être dans le monde moderne que le seul fondement de l'ordre politique) est une synthèse entre Hobbes (l'être comme puissance désirante) et Spinoza (l'être comme puissance raisonnable) : « *En effet, deux traits constitutifs sont à l'origine de la constitution de la société civile ; le premier est le désir de possession, désir qui ne connaît pas de limites. Quant au second, il réside dans la capacité des humains à suivre les maximes de la raison* »¹¹³. Le problème politique fondamental, pour Locke, est donc celui de la propriété privée. Or, en posant la propriété comme un droit fondamental, une extension, par le travail, de ce qui est propre à l'individu, la liberté devient le droit de jouir de manière raisonnable de sa propriété (au sens lockéen) et la fonction du souverain est donc de la défendre. Il lui apparaît donc normal que ce soient les propriétaires, réunis en assemblée, qui élaborent la loi : « *la loi, dont l'essence est de préserver l'ordre propriétaire, ne saurait être mieux faite que par les propriétaires eux-mêmes* »¹¹⁴. La théorie de Locke légitime alors le parlementarisme, comme base de préservation de l'ordre économique existant, c'est-à-dire du capitalisme naissant. Cette mise en avant du parlementarisme permet la distinction des pouvoirs et annonce leur future séparation : puisque la loi doit être créée par les propriétaires pour les propriétaires, il faut que l'autorité royale (pouvoirs exécutif et fédératif) s'y soumette. Ici, la critique de l'arbitraire de la loi est beaucoup plus forte que chez Spinoza : Locke pose un droit naturel substantialisé (le droit de propriété) que l'ordre juridique de la République se doit de respecter. Le droit de propriété n'est plus une convention, il est inscrit dans la nature même de l'Homme et la loi ne saurait alors aller contre sans injustice. La liberté devient la soumission à un corpus de principes naturels qui structurent ce que doit être l'ordre juridique. La mise en

¹¹³ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 61.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 68.

place d'un certain type d'organisation institutionnelle serait garante du respect de ces principes.

0.1.2.4 Montesquieu : la loi conforme à l'esprit des lois

Montesquieu s'attache également à réintroduire la liberté dans l'ordre politique, mais d'une manière différente. Pour G. Mairet, l'apport principal de Montesquieu est de penser les conditions de la liberté :

Montesquieu cependant se donne pour objet de penser les conditions politiques de la liberté. Il le fait en philosophe, non en militant. Il entreprend de penser le concept de la liberté, non en ses fondements métaphysiques, mais dans ses conditions politiques de possibilité. [...]. L'objet de la politique est la liberté, pense également Montesquieu [comme Spinoza]. [...]. *Penser la liberté*, tel est donc le projet de l'Esprit des lois.¹¹⁵

Or, Montesquieu considère que la liberté est dans la loi. : « *Au fond, l'Esprit des lois, c'est la liberté même, et rien que la liberté. Il n'est de liberté que selon la nécessité des lois, que protégée et préparée par les lois* »¹¹⁶. Puisque la loi est la liberté, protéger la liberté revient à protéger la loi. La non-liberté s'assimile alors au despotisme, c'est-à-dire à l'arbitraire, qui menace l'Esprits des lois : « *Par liberté, il faut entendre, dans l'Esprit des lois, les garanties constitutionnelles contre l'arbitraire d'un monarque absolu ou d'une assemblée absolue [...]. Comme on le voit, la liberté politique ne procède pas de la nature d'un régime, mais bien plutôt de la façon dont il est constitué, autrement dit de la forme de la loi* »¹¹⁷. C'est donc pour lutter contre l'arbitraire que Montesquieu propose de distribuer les pouvoirs entre différents organes, afin d'empêcher toute modification intempestive de l'ordre juridique existant, garant des libertés, et pouvoir discrétionnaire : « *ce que montre la "constitution d'Angleterre", comme dit Montesquieu, est que, dans la recherche de la liberté (non autrement définie ici que par la possibilité de faire ce que la loi autorise), c'est la réduction des trois pouvoirs à une seule puissance qui doit impérativement être écartée,* »¹¹⁸. La mise en avant d'une nécessaire distinction des pouvoirs et l'attribution de la puissance législative au parlement valorise et consacre son rôle dans la pensée politique : « *Le critère de la liberté, essentiellement incarné dans le parlement, fait donc son apparition constitutionnelle dans la pensée du principe de souveraineté dont il devient un régulateur essentiel* »¹¹⁹. Il ne faudrait

¹¹⁵ Ibid. p. 71.

¹¹⁶ Ibid. pp. 71-72.

¹¹⁷ Ibid. p. 75.

¹¹⁸ Ibid. p. 76.

¹¹⁹ Ibid. p. 79.

cependant pas croire que Montesquieu, en plaçant la liberté dans la loi, promeuve un positivisme juridique purement formel : « *Penseur de la liberté par la loi, Montesquieu prend garde cependant de ne pas réduire sa liberté à la constitution* »¹²⁰. La liberté n'est en effet concevable qu'en fonction d'un « esprit général » propre à chaque nation qui détermine substantiellement ce qu'est la liberté :

On ne saurait ici parler d'un simple relativisme constitutionnel. Il s'agit d'une pensée déterminée, c'est-à-dire concrète – de la liberté d'un peuple ou d'une nation. Cette liberté concrète d'un peuple est celle qui est conforme à son esprit général, autrement dit issue de son histoire, sa culture, ses mœurs, son expérience et ses lois : la liberté ne s'impose pas de l'extérieur [...] Ce livre XIX sur l' "esprit général" est donc le complément nécessaire et direct du livre XI sur la liberté politique ; ils sont ensemble la clé de tout l'ouvrage. Ensemble, ils contribuent à la pensée de la liberté politique selon ses conditions historiques de possibilité.¹²¹

Ainsi, ce que semble sous-entendre G. Mairet, c'est qu'avec Montesquieu, le peuple devient une réalité historique : d'une construction politique, il devient une construction sociale existant par lui-même et évoluant dans le temps, et qui acquiert une identité culturelle propre. Il semble alors que Montesquieu admet totalement l'idée que la justice procède de l'ordre juridique. Néanmoins, justement parce que la justice procède de cet ordre juridique, tout changement de loi traduit un changement dans la conception de la justice, qui est l'esprit de la loi, l'identité du peuple. Il est donc possible d'évaluer en interne (par rapport à cet « esprit ») si oui ou non telle action politique est juste ou non. D'où la nécessité d'un exercice modéré du pouvoir, qui s'inscrit dans une tradition et respecte les grands principes de la République. Ce qu'apporte Montesquieu est l'idée que la liberté dépend de la stabilité juridique : chaque république en fonction des lois qui lui sont propres, dispose d'une identité, d'une cohérence, qu'il ne faut modifier qu'avec précaution. Si les lois sont conformes à cet esprit, alors l'individu pourra se déclarer libre

0.1.2.5 Rousseau : la loi conforme à la Volonté Générale du Peuple

Rousseau s'opposera à ces conceptions, considérant qu'elles ne résolvent pas la question de la liberté (« *La grande question est donc celle, une fois encore, de la liberté* »¹²²). En effet Rousseau reprend la liberté comme le fait de ne pas être soumis à une volonté autre que la sienne. Pour résoudre cette question, Rousseau passe par l'idée d'intérêt commun : la

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ibid. pp. 80-81.

¹²² Ibid. p. 86.

vraie société civile est la chose publique (*Res Publica*), et cette chose publique, en accord avec Bodin, est le gouvernement par le droit de ce qui est commun. Or, à ce qui est commun correspond un intérêt commun « *c'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts [individuels] qui forme le lien social, et s'il n'y avoit pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne sauroit exister. Or, c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée* »¹²³. La Volonté Générale est la volonté de cet intérêt : « *En ce sens la notion de Volonté Générale est l'idée de la chose publique pensée selon la catégorie de l'universel* »¹²⁴. La Volonté Générale réalisant non seulement l'intérêt de chacun mais également de tous, elle ne peut qu'être la volonté (rationalisée) de chacun et donc, à suivre G. Mairet et J-J Rousseau, la question de la liberté de l'Homme en société se trouve alors résolue, puisqu'en obéissant à la Volonté Générale, l'individu n'obéit qu'à lui-même. Néanmoins, cette volonté qui subsume celles des individus est celle du peuple, posé comme être moral :

La Volonté Générale s'oppose à la volonté de tous comme le despotisme s'oppose à la liberté : c'est ce que n'ont vu ni Hobbes ni Locke. Elle n'est pas la volonté de tous, pour la bonne raison qu'elle est au contraire la volonté de l'un. Et cet un est le peuple. Le peuple est un moi moral et collectif dit Rousseau. C'est le corps moral – l'unité morale – qui veut et qui déclare ce qu'il veut.¹²⁵

Il ne s'agit plus ici d'une personne morale au strict sens juridique du terme mais bien au sens philosophique.

La souveraineté est alors l'exercice de cette Volonté Générale et le souverain celui qui la formule, c'est-à-dire le peuple : « *telle est donc la signification générale du Contrat dans la formation du principe de souveraineté : seul le peuple, en tant que moi moral collectif, peut penser l'être commun au sein d'une multitude et le bien qui s'y rapporte* »¹²⁶. C'est pour cela que Rousseau s'oppose catégoriquement aux conceptions antérieures de la souveraineté : seule la souveraineté du peuple permet d'exercer la Volonté Générale et donc d'instaurer une vraie société civile, une *Res Publica*. Parce que la volonté ne se représente pas, tout organe se disant représentatif (monarque ou assemblée) exerce donc une volonté autre qui n'est alors que l'expression d'intérêts particuliers¹²⁷ et qui par conséquent est négatrice de liberté. La rupture ici avec Hobbes est totale : ce qui est réintroduit par Rousseau, c'est la réalité du peuple disposant d'une volonté propre. Grâce au concept de Volonté Générale, Rousseau

¹²³ ROUSSEAU J.-J., « du Contrat Social », in. *OC*, vol. 3, Paris, Gallimard, 1964, II.1., p. 368.

¹²⁴ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 90.

¹²⁵ *Ibid.* p. 88.

¹²⁶ *Ibid.* p. 91-92.

¹²⁷ *Ibid.* p.89.

affirme l'idée que le peuple (la multitude) a une volonté propre qui est à la fois la sienne et celle de chacun.

Rousseau radicalise donc les thèses de Montesquieu : les peuples n'ont plus seulement un esprit, des principes internes de justice qu'il faut respecter, une identité culturelle, ils ont une volonté propre. La servitude redevient comme chez Hobbes la soumission à une volonté qui n'est pas la sienne ; mais alors que l'Anglais en déduisait que l'essence même du politique était la servitude, le Genevois pose une volonté qui, elle, serait libératrice. Néanmoins, cette volonté, si elle est celle du peuple, est objective : elle ne dépend pas d'un choix. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'opposition entre Volonté Générale et volonté de tous. Il est alors possible de constater que la démocratie chez Rousseau n'a qu'une valeur procédurale, fonctionnelle. La liberté réside dans la soumission à la Volonté Générale, pas dans la participation politique. La démocratie chez Rousseau n'est qu'un moyen de faire émerger la Volonté Générale (quand bien même se serait le seul, cela reste un moyen).

Ainsi, pour G. Mairet, le *Contrat Social* de Rousseau marque une étape fondamentale dans la construction du principe de souveraineté car il consacre le peuple (comme unité morale collective) comme référent politique de la modernité, qui devient le seul acteur légitime, ce qui pose le problème de la mise en œuvre pratique de sa souveraineté (« *après le Contrat Social la souveraineté se trouve radicalement ramenée non seulement à son origine ontologique pour ainsi dire, le peuple, mais encore à son fondement philosophique le plus problématique. [...] comment la souveraineté, enfin rendue à son pur principe, peut passer dans les choses* »¹²⁸). Avec Rousseau, le peuple devient acteur de sa propre histoire : il est une personne réelle ayant une volonté propre qui agit sur lui-même. L'incompatibilité avec Hobbes est ici flagrante : soit le peuple est une fiction et la politique est soumission, soit le peuple est une réalité et il est possible de penser les conditions de la liberté.

Or, le problème de fond posé par Rousseau est que la vraie société civile n'apparaît possible que dans des petites Républiques et semble donc impossible dans les grands États modernes. Cette difficulté sera aplanie par Sieyès, qui réactualisera le principe monarchique de nation (« *La légitimité monarchique est dans cette idée abstraite d'une "nation", existant in abstracto, véritable support substantiel du principe de souveraineté ("justice et raison") tel qu'il s'incarne in concreto dans le corps empirique du roi* »¹²⁹). Il n'y a pas de réelle

¹²⁸ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 92.

¹²⁹ Ibid. p. 98.

distinction entre le peuple de Rousseau et la nation de Sieyès : il s'agit d'une entité morale, et cette entité morale est la seule détentrice légitime de la souveraineté. Cette affirmation du principe de souveraineté nationale lui permettrait alors de distinguer pouvoir constituant et pouvoir constitué : « *Au sens propre du terme, la nation est donc constituante. Elle est l'origine de toute Constitution possible ; comme telle elle est la réalité substantielle existant par nature. D'où la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué qui donne force au caractère absolument irréductible de la volonté* »¹³⁰. La nation devient constituante et le pouvoir n'est alors légal que s'il est constitutionnel. Il semblerait donc, à lire G. Mairet, qu'en détachant la souveraineté du peuple (comme ensemble des individus) par le biais de la nation (qui devient le corps moral collectif), la question de la représentation ne se pose plus comme problématique. Cela fut possible grâce au caractère transcendant de la Volonté Générale, qui fut développé par Kant; mais également par le fait que la démocratie chez Rousseau n'a de valeur qu'en tant qu'elle permet de faire émerger la Volonté Générale. Or, en posant la Nation comme constituante, tout pouvoir constitué devient l'expression de cette Nation, ce qui permettra d'éluder la question du régime.

Néanmoins, s'il est incontestable que c'est pendant la Révolution française que le concept de Volonté Générale fut pour la première fois détachée de sa concrétisation proprement démocratique, il faut toutefois ajouter que c'est Kant qui théorise le mieux cette transition¹³¹. Kant réaffirme avec vigueur la dimension fictive du Contrat Social. Simone Goyard-Fabre montre bien que Kant pose le contrat social (de Rousseau) comme « *un principe a priori de la société civile. [...] Il s'impose à l'homme comme un devoir* »¹³². Le contrat social est alors un impératif catégorique du politique, « *réservé à l'usage exclusif de la souveraineté* »¹³³. Indépendamment de qui formule la loi, celle-ci devient légitime à partir du moment où elle est pensée comme devant correspondre à la Volonté Générale telle que la définit Rousseau¹³⁴. La loi est alors par principe « *la volonté unifiée du peuple* »¹³⁵. Ainsi, alors que chez Hobbes la loi était la volonté du peuple par le biais de la représentation des individus par le souverain, elle le devient chez Kant par sa forme, c'est-à-dire en tant que pensée selon le mode de l'universel, incluant l'universalité des citoyens. D'une loi oppressive

¹³⁰ Ibid. p. 100.

¹³¹ Il est regrettable que, dans un probable souci d'économie, G. Mairet réduit l'apport de Kant à son petit opuscule sur la paix perpétuelle (Cf. infra.).

¹³² GOYARD-FABRE S., *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'université d'Ottawa, 1983, p. 236.

¹³³ PHILONENKO A., *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1968, p. 52.

¹³⁴ KANT E., *Théorie et pratique*, Paris, Vrin, 1967, p. 39. (trad. GUILLERMIT).

¹³⁵ KANT E., *Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1971, § 46. (trad. PHILONENKO).

chez Hobbes, parce que s'appliquant à des individus ne l'ayant pas choisie, la fiction du peuple comme entité morale disposant d'une volonté propre permet de la poser comme libératrice.

0.1.2.6 Fichte : la théorisation de la nation

Fichte¹³⁶, à travers son discours à la nation allemande, s'attache à définir le peuple et le patriotisme : « *Au-delà de la germanité, il y a donc un projet de pensée consistant à fonder l'idée moderne de peuple et, avec le "peuple", le principe moderne de ce qu'on pourrait appeler un patriotisme national* »¹³⁷ ; « *La question centrale de Fichte est donc bien celle-ci : "qu'est-ce qu'un peuple ?", qui en amène une autre : "qu'est-ce que le patriotisme ?"* »¹³⁸. Face aux armées napoléoniennes, Fichte aurait pris conscience de la nécessité d'un patriotisme allemand pour résister. Le patriotisme lui semble en effet nécessaire car c'est le seul moyen d'assurer la liberté de la nation allemande, qui préexiste à sa formation puisque construite sur la langue. L'État-Nation permet à la Nation de devenir maîtresse de son Histoire par l'affirmation de son identité propre et la prise en charge autonome de son destin :

Fichte pense ici la Nation sur le modèle de l'Homme individuel qui, ayant perdu son indépendance – relevant par conséquent de la volonté d'un autre – n'a plus aucune prise sur le *temps*. Il n'a pas d'Histoire propre, son temps est celui d'un autre. Aussi l'appel à la fondation de la Nation allemande par la conscience de la germanité est un appel à la réappropriation de son Histoire par l'Allemagne, à la prise en charge du soi capable de dire *Je*. Qu'est-ce qu'un peuple ? demandait Rousseau. Un "moi moral collectif", répondait-il, ayant une volonté, existant comme personne, et qui dit *Je veux*. Donner au peuple allemand la dimension d'un moi collectif et le faire exister comme peuple, c'est-à-dire comme sujet commun de la liberté, telle est l'ambition du philosophe. Par nation Fichte entend donc l'élément de l'identité d'un peuple par laquelle il affirme sa liberté.¹³⁹

Or, pour Fichte, l'appartenance d'un individu à une Nation est fondamentale car c'est ce qui lui permet de dépasser sa propre finitude et d'accéder à l'infini :

Ainsi, par peuple on entend ce corps moral transcendant l'existence immédiate de la multitude car formant non un simple agrégat d'individus, mais une communauté possédant sa propre subjectivité collective : c'est un moi qui est un nous. Et pour l'individu libre, c'est ce *Nous* qui est la condition de son propre *Je*. Si le peuple est un corps éthique, la Nation est ce même corps envisagé comme but et comme objet de foi, elle est le mouvement par lequel l'individu dépasse sa propre finitude et prolonge ainsi sa vie propre à l'infini ; la Nation est la présence de l'infini au sein même de la finitude historique des hommes¹⁴⁰.

¹³⁶ Dans un souci de cohérence, il apparaît ici utile de se détacher de l'ordre chronologique suivi par G. Mairet afin de terminer la construction du concept de nation avant d'aborder la question de leurs rapports réciproques et du renouvellement de la pensée de la guerre et de la paix qu'elle engendre.

¹³⁷ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 111.

¹³⁸ Ibid. p. 113.

¹³⁹ Ibid. p.112-113.

¹⁴⁰ Ibid. p.115.

L'appartenance à une nation serait donc pour Fichte un élément premier de la dimension éthique de l'Homme, ce qui justifierait le patriotisme et la lutte pour l'indépendance, exigence morale permettant au groupe (et à travers lui aux individus qui le composent) d'être libre et maître de son Histoire. De plus, c'est bien l'attachement au groupe qui permet à l'individu de s'extraire de sa propre individualité et de se réaliser dans une entité qui le dépasse. Fichte consacrerait donc ainsi le mouvement initié par Montesquieu et Rousseau : la nation devient une entité historique et culturelle, disposant d'une volonté propre dans laquelle s'inscrivent les individus qui ainsi dépassent leur propre finitude. La Volonté Générale, la volonté du groupe, prime alors nécessairement sur celle de l'individu : « *Rejoignant Rousseau, il pose que la volonté générale doit pouvoir s'imposer à celle de l'individu* »¹⁴¹. Comme chez Rousseau, l'acceptation de la volonté générale est la condition de la liberté, mais parce que la liberté n'a de sens qu'au sein d'une collectivité dont on accepte les règles : « *L'État n'est pas une entité juridique : il est la forme organique de la communauté sociale en laquelle seulement l'individu peut acquérir sa vérité d'homme* »¹⁴².

Or, le point qui semble ici important est qu'avec l'idée de nation telle qu'elle est achevée par Fichte, les théories du contrat social deviennent obsolètes. Posées comme entités naturelles, il n'est plus nécessaire de rendre compte de leur construction. La nation est une entité pensante, et comme l'individu est un élément de cette entité, il lui est naturellement soumis.

0.1.2.7 La synthèse hégélienne¹⁴³

La théorie de Hegel s'inscrit en droite ligne des pensées de Rousseau, Kant et Fichte. Pour ces auteurs, le peuple, la patrie, l'État, est le moi commun du groupe, cette Idée qui permet à l'individu de dépasser son individualité pour accéder à l'universel : « *Avoir pensé l'État selon l'universalité de son principe, non comme institution mais comme idée, tel est bien le fond révolutionnaire du Contrat Social de Rousseau. Révolutionnaire, parce que la théorie de l'universel, substance même de la pensée de la loi comme volonté générale, forme le fondement métaphysique du principe de la souveraineté du peuple. La philosophie*

¹⁴¹ NEMO Ph., *Op. cit.*, p. 1233.

¹⁴² GOYARD-FABRE S., *Op. cit.*, p. 249.

¹⁴³ Mairet n'inclut pas Hegel dans le processus de construction du principe souveraineté, il ne le traite qu'avec Marx afin de mettre en relief la critique de celui-ci. Néanmoins, estimant que la philosophie de Hegel est l'aboutissement du principe de souveraineté nationale, il m'a semblé plus pertinent de le situer ici.

allemande, de Kant à Hegel en passant par Fichte, ne manquera pas de compréhension sur ce point »¹⁴⁴. Pour Hegel effectivement, l'État est la forme suprême d'organisation puisqu'il permet à l'individu d'accéder à l'universel : « *Hegel avait en effet tenté de donner une formulation générale à l'idée de Rousseau selon laquelle l'État est volonté générale – l'Idée – c'est-à-dire le point de vue de l'universel dans les choses civiles et politiques, un point de vue qui est, au fond, celui du dépassement (sans négation) de l'intérêt privé par l'intérêt général. Or, la volonté générale, pensée de l'État qui pense, s'énonce comme loi* »¹⁴⁵. Conceptuellement, l'État est donc l'émanation de la société qui prend en charge ses intérêts : « *L'État hégélien est donc un État moderne et rationnel car la loi n'y est pas le caprice de la volonté singulière d'un souverain despote, mais l'émanation de la société ; quant à son but, il est de prendre en charge la généralité des intérêts de celle-ci. Au fond, l'État hégélien est sans réelle originalité* »¹⁴⁶. Puisque la loi est dans son essence même la Volonté Générale, la participation de tous à sa formulation n'est donc pas nécessaire (« *La participation à l'État ne signifie donc pas pour Hegel suffrage universel* »¹⁴⁷), parce que, indépendamment de ce qui formule la loi, elle est Volonté Générale. La Volonté Générale devient donc l'élément principal, qui participe à la définition de l'État comme Idée.

Il y a toutefois une originalité chez Hegel, qui consiste en la suppression de la métaphore du contrat social, considérant qu'il est faux d'appliquer à la société les catégories du droit privé. L'acceptation de l'ordre étatique est l'acceptation d'une morale qui se veut universelle et est donc le seul moyen d'accéder à une moralité concrète¹⁴⁸, La République, en ce sens, est bien la condition d'une vie libre comme vie morale. À ce titre, la métaphore du contrat n'est plus nécessaire car il n'y a plus lieu de rendre compte de l'obéissance préalable.

La Révolution française est donc un élément marquant de l'Histoire : c'est l'irruption des nations sur le devant de la scène politique, la réalisation dans le monde du principe de souveraineté, réalisation qui se réalise par la guerre :

L'ère des nations commence donc ainsi, par l'invention du principe de la souveraineté nationale. La nation est unité. Elle est d'abord unité et par elle son identité se mesure. L'État est alors la souveraineté en actes de la nation [...]. L'Europe devient, dans ce contexte, le territoire des nations (États-nations), le lien de la territorialité de la souveraineté. [...]. A vrai dire, le processus d'individuation des territoires nationaux est déjà

¹⁴⁴ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁵ Ibid. p. 148-149.

¹⁴⁶ Ibid. p. 149. Cela est également vrai pour Kant et Fichte.

¹⁴⁷ Ibid. p. 151.

¹⁴⁸ Sur ce point, Cf. GOYARD-FABRE S., *Op., Cit.*, pp. 283-296.

à l'œuvre depuis la Renaissance mais c'est la guerre moderne entre les États-nations constitués ou en voie de l'être qui accomplit le processus.¹⁴⁹

La guerre est en effet pour G. Mairet, fondamentalement liée au principe de souveraineté nationale car liée au principe de son émergence. La guerre serait donc à la fois la cause de la formation des États-nations et la conséquence de leur émergence comme prise de conscience de leur individualité propre (« *l'individuation identitaire des États modernes ne saurait se faire qu'à la faveur de la guerre : la guerre est le moyen d'affirmer son identité* »¹⁵⁰ ; « *L'état de guerre est consubstantiel à l'État de souveraineté, il en est une conséquence* »¹⁵¹). Le développement du principe de souveraineté comme souveraineté nationale et sa généralisation en Europe va avoir un impact sur la manière de penser la guerre, et donc la paix :

La pensée de la paix entre les États souverains est donc à l'horizon de la deuxième étape de la modernité politique inaugurée par la Révolution française. Si les sujets de la guerre sont devenus les États, la subjectivité qui est à l'œuvre dans les conflits est celle des nations. La question de la paix se pose donc désormais, dans ce nouveau contexte. C'est le temps où, succédant aux songes de paix de l'époque des Lumières, la pensée de la paix entre les nations doit être renouvelée ou posée en termes nouveaux.¹⁵²

En effet, la guerre n'est plus le fait du prince mais de la nation ; de la régulation des pratiques des dirigeants il faut arriver à la cohabitation d'entités subjectives distinctes.

0.1.2.8 Kant et Clausewitz : penser les rapports entre nations subjectives

Le premier à s'y essayer sera Kant avec son *Projet de paix perpétuelle*. Il s'interrogeait sur la manière et les modalités dont la souveraineté, génératrice de guerre (puisque les nations sont pensées comme unité et individualité) peut amener la paix :

Si la question de la paix se pose, c'est parce que les souverainetés sont, les unes envers les autres, dans l'état de nature, de la même manière que les individus des États constitués l'étaient quand l'État n'existait pas. L'idée de la paix était d'ailleurs, dans ce contexte, l'idée de la politique elle-même. Le contenu de la politique est la paix civile, une paix civile qui ne s'atteint qu'à travers la guerre civile. La question de la paix, comme idée régulatrice, se ramène philosophiquement à cette interrogation : comment sortir de l'état de nature, sachant que cette question est celle qui maintenant se pose aux nations et non plus aux individus »¹⁵³.

La solution semble apparaître dans la question : il s'agirait pour Kant de créer un état de paix, c'est-à-dire de droit (pensé comme liberté). Il énonce alors trois principes pour lui nécessaires à la paix : 1) chaque État doit être une République (au sens d'un régime de séparation des

¹⁴⁹ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 103.

¹⁵⁰ Ibid., p. 103-104.

¹⁵¹ Ibid., p. 103.

¹⁵² Ibid., p. 104.

¹⁵³ Ibid., p. 105.

pouvoirs, car le despotisme serait source de guerre) ; 2) le droit public doit être fondé sur une fédération d'États libres basée sur le droit des gens ; et 3) le droit cosmopolitique doit se borner aux conditions d'une hospitalité universelle, dans le sens où l'étranger ne doit pas être traité en ennemi¹⁵⁴. Kant inaugure ainsi le cosmopolitisme, au moment où les peuples se pensent en nation, au sens strict du terme puisqu'il s'agit de créer une alliance fédérative universelle régie par le droit. Cette alliance ne serait pas une entorse à la souveraineté (car le droit est posé comme garant de la liberté et non comme limite) et ne doit donc pas être conçu comme un État mondial, c'est-à-dire instaurant une souveraineté supérieure¹⁵⁵, puisque la liberté de l'individu est pensée par l'appartenance à une nation souveraine. G. Mairet constate alors ici que le principe cosmopolitique « *présente de la sorte une caractéristique inédite dans la construction du principe de souveraineté lui-même : il porte en lui son achèvement, une alliance fédérative des peuples* »¹⁵⁶.

Le second à repenser en termes moderne la guerre et la paix est Clausewitz. Comme dit précédemment¹⁵⁷, la modernité politique est l'irruption des nations sur le devant de la scène internationale et cette irruption est synonyme de guerre. Jusque-là, depuis Hobbes, la politique est identifiée à la paix :

la politique était rapportée à un état de paix lui-même réfléchi comme état de souveraineté, état donc juridique. Dès lors, la guerre – entre États souverains – n'était pas pensée comme action politique consciente et volontaire d'une collectivité organisée. En d'autres termes, la guerre n'est jamais pensée avant Clausewitz comme constituant une part absolument non négligeable de la vie même de l'État.¹⁵⁸

Les guerres modernes ont ceci de radicalement différent qu'elles n'opposent plus des rois ou des seigneurs, mais des nations entières : « *Au-delà des États ce sont les nations qui sont en guerre, avec l'ensemble de leurs potentiels économiques et sociaux, avec leur rationalité collective et leur moralité propre* »¹⁵⁹. Or, pour Clausewitz, ces guerres sont avant tout politiques : elles surgissent d'une situation politique et résultent de motifs politiques¹⁶⁰. La guerre est donc un acte politique car résultante d'un projet politique :

la politique est pensée, elle est pensée d'un but, représentation des fins et, comme telle, elle existe comme volonté tendue à la réalisation de ces fins. En ce sens, la guerre n'est pas,

¹⁵⁴ Ibid., pp. 105 à 108.

¹⁵⁵ Ibid., p. 109.

¹⁵⁶ Ibid., p. 108.

¹⁵⁷ Cf. supra.

¹⁵⁸ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁹ Ibid., p. 120.

¹⁶⁰ Ibid., p. 121.

pour le dire ainsi, de la politique pure : elle ne fait qu'en accomplir les desseins quand le recours à la force est rendu nécessaire¹⁶¹.

La guerre, avec Clausewitz, devient un simple moyen de réalisation d'objectifs politiques. Cette inscription de la guerre dans le champ de la politique entraîne, selon G. Mairet, une reconceptualisation de la paix à deux niveaux. Tout d'abord la paix devient la soumission d'une volonté nationale à une autre (« *La paix suppose désormais l'anéantissement d'une volonté, en tout cas la soumission d'une volonté par une autre* »¹⁶². À ce titre, au second niveau, c'est le principe même de la paix comme concorde qui disparaît : « *Clausewitz, sans l'éliminer totalement, modifie considérablement l'idée de la paix, laquelle était, justement la paix comme Idée.* »¹⁶³ Or, le point important ici qu'il faut toutefois rappeler, est que la paix était justement entendue chez Hobbes comme la soumission des volontés individuelles à la volonté de l'État.

La construction du principe de souveraineté se termine donc pour Gérard Mairet par sa réalisation dans le principe d'État nation. Le fait qu'il ait écarté toutes les théories justifiant le pouvoir par le droit divin montre bien que pour lui la souveraineté renvoie exclusivement au principe d'autonomie de la République. Ce principe d'autonomie de la république associé à l'idée de puissance souveraine aboutirait à l'idée d'un peuple, d'une nation maîtresse de son Histoire, qui se réaliserait dans l'État-Nation. Hobbes systématisait la souveraineté en la posant comme la condition même de la paix civile, et donc de toute République. La souveraineté est alors la puissance normative de la République qui s'exprime à travers une volonté, celle du souverain, ce qui donne le droit. La soumission des individus à cette volonté (au droit), ou l'acceptation de cette volonté (ce qui est la même chose), est garantie par la force. Spinoza rappelle à juste titre que derrière les notions de légitimité et de droit dont se pare le souverain, il n'y a que la réalité d'un rapport de force dont il doit tenir compte, ce qui implique de faire des lois raisonnables (ou *a minima* acceptées, c'est-à-dire ne suscitant pas la révolte). Il insiste également sur la nécessité d'une souveraineté rationnelle dans ses actes, c'est-à-dire non soumise à la passion, ce qui constitue déjà une première inclinaison vis-à-vis de la souveraineté posée comme volonté pure. Cette inclinaison est renforcée par Locke qui réintroduit l'idée de droit naturel auquel doit se conformer le droit

¹⁶¹ Ibid., p. 122.

¹⁶² Ibid., p. 120-121.

¹⁶³ Ibid., p. 121.

positif, ce qui constitue de fait une restriction majeure au principe de souveraineté¹⁶⁴ entendu comme autonomie du politique. Montesquieu semble être le premier à introduire une dimension culturelle dans la réflexion sur la souveraineté, en établissant qu'au sein de chaque peuple, il existe un ensemble de règles et de principes, l'esprit des lois, qui constitue finalement le critère ultime de la justice : la justice procède toujours du droit positif mais acquiert une dimension propre, elle ne procède plus directement de la volonté du souverain. Rousseau introduit le concept de Volonté Générale, posant alors le peuple comme une entité disposant d'une volonté propre, indépendante de celles des individus. La révolution française, avec Sieyès, mais surtout avec Kant, va détacher la Volonté Générale de sa formulation strictement démocratique, ce qui permettra à Fichte et Hegel de synthétiser Montesquieu et Rousseau, en posant la nation comme une entité morale voulant et agissant par elle-même dans le cadre d'un État-Nation. À partir de là, Kant essayera de poser les conditions de la paix perpétuelle tandis que Clausewitz inscrira la guerre comme action politique normale.

Le concept de nation, qui traduit l'idée d'un moi moral collectif, disposant d'une culture et d'une identité propre, capable de volonté, serait donc finalement la concrétisation, la substantialisation de ce peuple que Hobbes posait comme artificiel. La représentation chez Hobbes traduisait l'idée que la multitude ne disposait pas d'une volonté propre. La volonté commune était une fiction juridique¹⁶⁵. L'évolution des doctrines de la souveraineté amène à une réification de ce peuple et surtout de sa volonté. Le peuple devient une entité culturelle organique ; la volonté du peuple devient un noumène, un impératif catégorique rationnel, qui trouve sa formulation dans la volonté générale de Rousseau. Chez Hobbes ou Bodin, la loi était la volonté, artificielle mais réelle, d'une personne morale juridiquement définie (une assemblée d'un, de plusieurs ou de tous). La loi redevient à partir de Rousseau la volonté *a priori* d'une entité immatérielle puis le principe même de la République en tant qu'Idée. Alors qu'à l'origine le principe de souveraineté fondait le droit et la justice sur la puissance, le droit se retrouve de nouveau moralement justifié, parce que moral. Il ne s'agit pas tant d'un changement profond sur la conception de la politique qu'un changement de perspective : d'une analyse sur ce qu'est matériellement une République (le gouvernement des ménages par le droit avec puissance souveraine), la réflexion se centre sur ce qu'est idéellement une République (la réalisation d'une morale collective par le droit). Or, s'interroger sur la République en tant qu'Idée implique nécessairement le désir de faire

¹⁶⁴ Il est d'ailleurs étonnant que G. Mairet n'ait pas relevé cette ambiguïté vis-à-vis du principe de souveraineté tel qu'il le présente.

¹⁶⁵ Au sens de R. von Jhering.

correspondre la République réelle avec la République idéale, ce qui entraîne une survalorisation de la dimension morale du politique.

C'est ici que s'achève selon Mairé, qui adopte la vision kantienne, la construction du principe de souveraineté : en s'affirmant par le cadre étatique comme nation disposant d'une volonté propre, les peuples deviennent le principal référent de la pensée politique. La souveraineté est le principe du peuple acteur de son histoire, sans autre justification que sa propre existence. Or, alors que la souveraineté s'était construite à l'origine contre toute volonté transcendante, elle se retrouve à la fin de ce processus devant correspondre à une volonté transcendante. Certes, dans une perspective kantienne, le principe d'autonomie se trouve sauvegardé : les principes transcendants restent immanents, la République est *autonome* puisqu'elle possède en elle-même sa propre volonté normative. Néanmoins, poser la Loi, donc le commandement du souverain, comme Volonté Générale et affirmer que l'obéissance à cette volonté est un impératif catégorique revient tout simplement à réaffirmer le caractère moral de l'obéissance. De plus, le caractère fictif de la Nation et de la Volonté Générale qui lui est attachée sera dénoncé, ce qui entraînera une rectification du principe de souveraineté.

0.1.3 Rectification du principe de souveraineté : la dénonciation du mythe de la Volonté Générale.

La rectification du principe de souveraineté procède selon Mairé de la nécessité, au lendemain de la révolution, de définir précisément le peuple¹⁶⁶. En effet, si s'impose l'idée que le peuple est souverain et que la Loi est la Volonté Générale entendue comme la volonté du groupe pensé comme entité organique, réalisant une morale, la question de la formulation de la volonté générale reste entière : « *L'énigme est celle de la volonté. Si le peuple est souverain et que sa volonté est loi, autrement dit instauratrice de l'état de justice, la question irrésolue est celle de savoir comment cette volonté s'exprime. Qui est le peuple pour énoncer légitimement la loi ? La question est : qui est fondé à parler au nom du peuple ?* »¹⁶⁷. Si cette question se pose, c'est bien parce qu'en posant le peuple non plus comme un organe juridiquement défini (assemblée de –presque– tous) mais comme une entité organique ayant une existence propre ou une réalité, cela revient de fait à restaurer une entité

¹⁶⁶ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 128.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 129.

transcendante dont la loi est l'expression de la volonté. Gérard Mairet, kantien dans son approche, semble ne pas voir que le principe de volonté générale, s'il participe effectivement de la définition de l'État comme idée, est en soi silencieux sur la question de la souveraineté. Il n'est finalement, par son exigence d'universalité, qu'une actualisation du règne de la raison cher à Spinoza. L'évolution du principe de souveraineté, si l'on suit G. Mairet, passe donc d'une démarche descriptive sur les conditions effectives de possibilité d'une communauté politique (Bodin, Hobbes) à une démarche prescriptive sur ce qu'est moralement une communauté politique (Rousseau et sq.).

La rectification du principe de souveraineté reviendrait alors à préciser la notion de peuple afin de poser les conditions réelles de sa souveraineté (dans le sens de réaliser sa définition morale) et donc de voir qui est apte à parler en son nom. Dire que la nation est souveraine (ou que le peuple est souverain) ne répond pas à la question de savoir qui est le souverain, c'est-à-dire quel organe juridique représente l'intégralité du groupe. Il s'agit donc, *in fine*, une fois redéfinie la République comme entité morale voulant par soi-même, de déterminer qui représente, non plus les individus comme chez Hobbes, mais la République elle-même.

Mairet évoque alors les différentes réponses apportées par Guizot, Tocqueville, Marx et Lénine, chacun de ces auteurs proposant une vision particulière de la manière dont doit se concrétiser la souveraineté du peuple, afin de permettre une actualisation effective de son principe pur.

0.1.3.1 Guizot : la dénonciation du principe de souveraineté et de la fiction du peuple.

Guizot serait un des premiers à critiquer, en deux temps, le principe du peuple souverain. D'abord, comme beaucoup de libéraux, il dénonce l'idée de souveraineté en elle-même, à cause de ses potentialités absolutistes : parce qu'elle est irrémédiablement liée à l'idée d'infailibilité, elle engendre nécessairement l'absolutisme (« *soit qu'en affirmant l'infailibilité on en déduise la souveraineté, soit que posant d'abord la souveraineté en principe, l'infailibilité en découle à son tour, on est poussé, par l'une ou l'autre voie, à reconnaître, à sanctionner un pouvoir absolu* »¹⁶⁸). Or, selon G. Mairet, Guizot considère cette idée d'un pouvoir absolu comme fausse. Pour le montrer, il cherche à retranscendantiser

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 131.

les idées de Justice et de Raison, qui ne sont plus fondées par le politique (ce qui est l'apport principal de la notion de souveraineté) mais devant fonder le politique : « *Son projet étant de fonder un principe représentatif sur la "justice" et la "raison", deux idées simples et confuses chez lui* »¹⁶⁹. Ensuite, il critique l'idée de peuple pensé comme être volontaire : ce ne serait pas le peuple réel, composé des gens qui travaillent, mais une fiction, un peuple imaginaire (« *Ce faisant on perçoit dans sa critique de Rousseau, critique de l'idée de peuple comme "idée", c'est-à-dire non le peuple au travail mais le peuple abstrait, le peuple comme volonté, on perçoit les germes de ce qui suscitera les tempêtes révolutionnaires de son siècle et du nôtre : la question cruciale de l'identification du peuple* »¹⁷⁰). Ainsi, ce que dénoncerait fondamentalement Guizot, avec sa double critique de la souveraineté populaire, c'est cette idée selon lui dangereuse que tout est possible (et juste) si le peuple le veut. Cette idée est d'autant plus dangereuse que ce peuple doué de volonté est une fiction et peut donc être facilement instrumentalisé. Ce serait donc bien le risque révolutionnaire qui est au fondement de sa critique, dans une optique conservatrice : « *Avec son double refus du peuple abstrait, philosophique, ce n'est pas tant le passé révolutionnaire que Guizot écarte que, par anticipation, l'avenir des révolutions populaires qui se nourriront, elles, du socialisme – c'est-à-dire de ce qui fait que le peuple est un peuple : les classes travailleuses* »¹⁷¹. Ce serait donc pour éviter l'arbitraire d'une souveraineté absolue qu'il défendra le suffrage censitaire : « *comme on le sait, Guizot militera en faveur d'une sorte de souveraineté de raison, très confuse en son concept mais censitaire en ses effets, exercée par ceux qui en sont capables parce qu'ils payent bien l'impôt* »¹⁷².

0.1.3.2 Tocqueville et la fondation démocratique

Selon G. Mairet, A. de Tocqueville a profondément renouvelé la réflexion sur le principe de souveraineté démocratique : « *L'ouvrage entier [de la Démocratie en Amérique] est en effet, sans n'être que cela, une longue méditation sur ce principe de la souveraineté du peuple dont Tocqueville a la certitude ou l'intuition que l'avenir sera largement dominé par lui* »¹⁷³. En comparant la France, où l'instauration de la démocratie a

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 132.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 133.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 134.

¹⁷² *Ibid.*, p. 135.

¹⁷³ *Ibid.*, p.136.

échoué et l'Amérique où elle s'est imposée, Tocqueville met en avant comme facteur explicatif les différences de structures sociales de pratiques et donc de mentalités. C'est parce que la démocratie s'est préalablement répandue dans l'éthos d'un peuple que la démocratie est possible : celle-ci ne s'impose pas : *« La signification ultime des analyses de Tocqueville se ramène donc, finalement, à cette unique observation : la démocratie suppose des mœurs déjà démocratiques, l'existence d'une sorte de sentiment démocratique immanent au corps social, toutes choses qu'aucun pouvoir dogmatique, venu d'en haut, ne saurait créer »*¹⁷⁴. La démocratie aurait pu réussir en Amérique parce qu'elle était déjà instaurée dans les mœurs, pratiquée au niveau communal. Elle aurait échoué en France parce que les mœurs et les rapports sociaux n'étaient pas démocratiques. Tocqueville nous apprendrait ainsi que la révolution politique passe préalablement par une révolution sociale : *« Toujours le lien est établi dans la Démocratie en Amérique et parcourt l'ouvrage entre la structure sociale, et sa dynamique égalitaire, et le pouvoir politique assimilé à la force. C'est pourquoi la démocratie américaine est présentée en exemple à la société européenne et surtout française : il s'agit moins, en Europe, de réformer les principes pour réformer la société, et au demeurant le principe de souveraineté, que de réformer la société pour réformer les principes et passer, alors, à la démocratie »*¹⁷⁵. Il y aurait donc avec Tocqueville, pour G. Mairet, un renversement de perspective : alors que la souveraineté renvoyait à une fondation de l'ordre social par le politique, la souveraineté démocratique présuppose une fondation par le social : *« Tocqueville révèle donc un processus de fondation de la souveraineté entièrement original par rapport à ce qu'on se représente qu'il est depuis son invention politique en Europe. La souveraineté, en effet c'est sa définition même, renvoie à la fondation d'un ordre politique par le Haut : le prince veut et ordonne. (...) A contrario, ce que révèle Tocqueville est que la fondation démocratique de la souveraineté met en échec la méthode traditionnelle de fondation ; si la fondation démocratique s'opère sur le schéma de la fondation monarchique, alors c'est la démocratie qui échoue – dans la Terreur. [...] La signification ultime des analyses de Tocqueville se ramène donc, finalement, à cette unique observation : la démocratie suppose des mœurs déjà démocratiques »*¹⁷⁶. C'est ce constat qui aurait amené Tocqueville vers des positions plutôt conservatrices, ou à tout le moins antirévolutionnaires, pour lui préférer une approche réformatrice :

Ce qu'observe Tocqueville en Amérique est donc ce renversement des perspectives, renversement en lequel consiste certainement, à ses yeux, la vraie révolution : alors qu'en

¹⁷⁴ Ibid., p.139.

¹⁷⁵ MAIRET G., *Op. cit.*, p.143-144.

¹⁷⁶ Ibid., p. 138-139.

*France c'est la révolution qui prétendait établir la démocratie, en Amérique c'est la démocratie qui opère la révolution. Au fond, il s'agit donc d'une révolution dans le principe de souveraineté lui-même, qui consiste paradoxalement à montrer que la fondation démocratique passe non pas par la révolution, justement, mais par la réforme.*¹⁷⁷

L'originalité de Tocqueville sur ce point semble toutefois exagérée par Mairet : Montesquieu déjà faisait le lien entre les principes sociaux et les régimes politiques, constatant (où plutôt pronostiquant à juste titre) que toutes les sociétés ne sont pas (encore ?) prêtes à être libres. De plus, en opposant les schémas de fondation démocratique et monarchique et en assimilant (par opposition) le schéma de fondation monarchique à une fondation par le haut, Mairet semble indiquer qu'il serait possible, dans une société aux principes démocratiques, d'imposer par le haut une monarchie, ce qui est plus que contestable. Il semblerait que ce que Mairet entend par *fondation monarchique* corresponde en fait au rationalisme constructiviste que dénonce Hayek¹⁷⁸

Le principal intérêt de Tocqueville sur ce point réside plutôt en une étude systématique d'un cas particulier des thèses de Montesquieu, sur la nécessaire concordance entre principes sociaux et régimes, et la primauté des premiers. Cependant, réduire Tocqueville à une analyse des rapports entre mœurs et institutions sociales est peut-être excessif. Le peuple chez Tocqueville, le souverain des démocraties, n'est pas un principe *a priori* mais le peuple réel : « *Le peuple, c'est d'abord, en effet, la multitude immédiate et donnée, le "nombre" »*¹⁷⁹. Or, dans un chapitre intitulé « *comment on peut dire rigoureusement qu'aux États-Unis c'est le peuple qui gouverne »*¹⁸⁰, Tocqueville défend le principe de représentation du peuple, du renouvellement des élus et du gouvernement de la majorité. Ainsi, les « *opinions, les préjugés, les intérêts, et même les passions du peuple ne peuvent trouver d'obstacles durables qui les empêchent de se produire dans la direction journalière de la société »*¹⁸¹. De plus, Tocqueville propose un mécanisme assez convaincant d'harmonisation des volontés individuelles par leur soumission à l'opinion majoritaire qui peut ainsi devenir hégémonique¹⁸². Il semble donc que Tocqueville ne reprenne pas le mythe de la Volonté Générale et revienne à l'idée de gouvernement de la majorité.

¹⁷⁷ Ibid., p. 142.

¹⁷⁸ HAYEK F-A. *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, pp. 70-75.

¹⁷⁹ Ibid., p. 144.

¹⁸⁰ Tocqueville A., « De la démocratie en Amérique 1 », in *OC*, Paris, Robert Laffont, 1986, p.177.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Ibid., p. 626.

0.1.3.3 Marx et la dénonciation de la fiction de la Nation

Marx dénonça également cette systématisation du principe de souveraineté en Volonté Générale et sa substantialisation dans la nation, qu'il considère comme une fiction : « *Affirmant en 1848 dans le manifeste du parti communiste que "les prolétaires n'ont pas de patrie" et que "le droit n'est que la volonté de la classe bourgeoise érigée en loi", Marx élimine le fondement universaliste sur lequel pensait pouvoir s'édifier la pensée politique de la seconde modernité, ou plutôt, il en redéfinit la signification* »¹⁸³. Pour lui en effet, l'appropriation de l'État par certaines classes montre bien le caractère fictif de cette prétention à l'universalité, mais aussi de ce peuple qui serait souverain (puisque pour lui « *être membre de l'État, c'est participer par le vote* »¹⁸⁴). Puisque ce peuple, ce *moi moral collectif* depuis Rousseau, qui se réalise dans la nation, est une fiction qui masque un antagonisme de classe, il entend lui remplacer un autre peuple, le prolétariat, qui s'incarnera dans le parti :

La critique de Marx opère de la sorte la rectification définitive (quoi que non finale) du principe de souveraineté : en déplaçant l'universel, Marx inventera un nouveau peuple, qui est une classe : le prolétariat ; et cette invention, point du tout sociale mais politique, consistera en 1848, à énoncer l'existence d'une histoire à faire [...]. L'acteur de ces grandes révolutions sera lui aussi un agent de l'universel – Marx ne renonce pas à la fiction qu'il dénonce. Ce n'est plus le peuple abstrait, mais une classe, la "classe universelle" des prolétaires. À sa façon, Marx rectifie donc le concept, ultime rectification qui fait passer la souveraineté de la fausse universalité du "peuple" à la réalité de la classe universelle – *le parti. Prince, peuple, parti*, la séquence de la souveraineté est parvenue à son terme. Le parti, penseur de l'universel, prophète rectifié, administrera jusqu'à la fin du XXe siècle l'héritage des fondateurs, Machiavel et Bodin.¹⁸⁵

Marx reste donc profondément ancré dans une démarche rousseauiste : il ne renonce pas à la fiction de la Volonté Générale, il ne fait que repenser ses conditions de possibilité. En effet, alors que Rousseau considérerait qu'il existe un point où les intérêts de tous convergent, Marx estime que la structure économique de la société et la division de classe qu'elle entraîne rend impossible ce point puisqu'il y a un antagonisme de classe. Ce n'est que lorsque cet antagonisme sera dépassé qu'il y aura un intérêt commun.

Cet optimisme se traduit principalement par sa croyance dans les vertus du vote : en posant la participation de tous au vote comme la condition du rapport réel entre l'État et la société civile, il nie la dimension artificielle de la volonté d'un groupement humain. Il s'agit donc simplement pour Marx de réaliser les conditions matérielles d'homogénéisation de la société afin de faire disparaître les antagonismes de classes qui empêchent d'avoir une

¹⁸³ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 146.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 152.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 155.

Volonté Générale unifiée (mais au sein d'une même classe, les intérêts – posés comme objectifs – étant les mêmes, la fiction deviendrait possible).

0.1.3.4 Lénine et la consécration du rôle du parti.

Le milieu du XIXe siècle verrait donc s'opposer deux versions du principe du peuple souverain comme entité politique : « *la révolution de 1848 clarifie la nouvelle alternative : ou bien Marx et sa "classe universelle" ou bien Tocqueville et son égalité démocratique* »¹⁸⁶. Lénine accentuerait la différenciation puisque son objectif serait la suppression non seulement de la démocratie entendue comme le simple exercice du Suffrage, perçu comme l'instrumentalisation de la domination de la minorité sur la majorité, mais à terme de la politique elle-même¹⁸⁷, la fusion de l'État et du parti unique devant amener, après la dictature du prolétariat à sa disparition :

Il y avait chez Marx l'idée selon laquelle le suffrage universel produirait, par l'effet de son seul exercice l'abolition de l'État politique et de la société civile. Le thème – *philosophique* en 1843 – de l'abolition révolutionnaire par le vote s'est mué chez Lénine en celui – *économique* en 1917 – de la suppression de l'État par la révolution. Le principe politique de l'expression de la souveraineté du peuple par le suffrage universel cédait la place au principe d'appropriation des moyens de production. La pensée politique de liberté s'effaçait de la sorte devant la pensée économique de la libération.¹⁸⁸

L'alternative philosophique se trouverait donc précisée : la souveraineté du peuple renvoie à la nation et à l'égalité tocquevillienne qui s'incarne alors dans l'État, soit à la classe universelle et s'incarne dans le Parti. « *En réalité, c'est-à-dire selon l'histoire, la critique de la souveraineté (que ni Marx ni Lénine n'énoncent explicitement en cette forme même), bien loin de consister en la suppression de l'État de domination, consiste plutôt à construire la domination de l'État selon une forme inédite : la fusion de l'État et du parti unique* »¹⁸⁹

Construit et « rectifié » en Europe, le principe de souveraineté va se mondialiser, notamment grâce au colonialisme des puissances occidentales, qui suscitera en réaction le nationalisme des peuples colonisés : « *Impérialisme, excroissance de la souveraineté des en - dehors de ses frontières et colonialisme, sont les deux ferments de la naissance des*

¹⁸⁶ Ibid. p. 155.

¹⁸⁷ Ibid. p. 157.

¹⁸⁸ Ibid. p.156.

¹⁸⁹ Ibid. p.157.

nationalismes *chez les peuples soumis* »¹⁹⁰. La guerre est donc une fois encore un moyen de construction d'une identité nationale, même si cette fois médiatisée par un parti.

L'apparition de la souveraineté prend donc la forme de la guerre armée de libération que la "nation" mène contre son ennemi générique: l'impérialisme. Or, l'acteur de la nation, son corps, est le "peuple", qui doit mener la lutte armée. [...]. Dans ce processus l'enjeu de la lutte armée dépasse le seul avènement de la souveraineté politique (un État libéré de l'État colonial) qui n'en est que la forme pour ainsi dire extérieure et visible. Dans et par la souveraineté, en effet, c'est l'identité historique, intellectuelle et morale du peuple qui est alors proclamée. Or, ces guerres de libération où un peuple devenu nation se rebelle, est très souvent organisée en Parti, garant des intérêts de la nation.¹⁹¹

Le Parti (qui incarne un groupe – classe ou nation) serait alors l'agent de l'universel et se pose comme l'acteur du peuple.

Le processus de rectification de la souveraineté selon G. Mairet se traduit bien par une réflexion sur la manière de réaliser la souveraineté du peuple en présentant différentes solutions à la question du représentant du peuple de la nation. Or, les solutions sont conceptuellement limitées à un, plusieurs ou tous : « Prince, peuple, parti, *la séquence de la souveraineté est parvenue à son terme* »¹⁹². Si elle est parvenue à son terme, c'est parce qu'il ne peut pas y avoir d'autre forme :

Le souverain, qui était l'un (roi des monarchies), après être passé à l'impossible tous, (peuple des démocraties), se trouvait un avenir dans *quelques-uns* (parti d'une authentique aristocratie). En ce sens, le cycle de souveraineté est bien achevé car, selon son essence même, il n'y a rien de *pensable* en dehors d'un seul, de tous et de plusieurs.¹⁹³

Par achèvement, Mairet n'entend donc pas la disparition de la souveraineté mais sa capacité à produire du neuf. Réduite à son principe pur, définie matériellement et idéellement, la souveraineté ne peut plus inspirer de nouveauté. Elle n'est donc plus un principe de transformation, de création, d'un monde.

Le cycle de souveraineté est somme toute assez proche, dans sa forme, de la typologie des régimes tel qu'énoncée par Th. Hobbes ou Bodin, qui considéraient que le souverain pouvait être un monarque (Prince) une assemblée de plusieurs (Parti) ou de tous (peuple). Si cette identité est acceptée, il apparaît que la souveraineté était déjà dès sa formulation achevée. La différence se joue sur l'évolution de la perspective utilisée pour parler de la République. Parce qu'idéellement elle est devenue la réalisation de la Volonté Générale, la question devient : qui est le plus apte à réaliser cette volonté. Or, à partir du moment où la

¹⁹⁰ Ibid., p. 159.

¹⁹¹ Ibid., p. 160.

¹⁹² Ibid., p. 155.

¹⁹³ Ibid., p. 165.

République n'est plus définie matériellement mais idéellement, la théorie entre dans une logique prescriptive de concordance entre une pratique et un idéal, un être et un devoir être¹⁹⁴. C'est parce que Mairet, qui est un philosophe, s'attache principalement à cet aspect idéal de la République qu'il considère que c'est Rousseau qui ramène la souveraineté à *son pur principe*. La Volonté Générale est ce que doit être moralement la loi pour correspondre à l'Idée de République. Néanmoins si le concept de République semble alors achevé, il ne le sera que par la reconnaissance explicite du fondement moral de l'État et de ses conséquences.

0.1.4 L'achèvement par la reconnaissance explicite de la dimension morale de la République

Poser la souveraineté comme le fondement profane de l'autonomie de la République pour terminer par sa dimension morale peut surprendre. Or, cette évolution lui semble nécessaire à cause des expériences totalitaires et de la Shoah, qui remettraient profondément en cause la réflexion politique sur l'Idée de République.

0.1.4.1 Arendt et la nécessaire prise en compte des phénomènes totalitaires

La question de l'État comme République avec puissance souveraine serait, selon H. Arendt, profondément remis en cause par l'expérience totalitaire, et notamment nazie. Pour elle, selon G. Mairet, le totalitarisme détruirait l'idée même de vie en communauté qui fonde la République : « *C'est la communauté humaine qui est ébranlée dans son principe propre, savoir, l'idée qu'il y a du semblable, du commun, entre un moi et un autre moi ; cette idée, qui fonde la possibilité de la Res publica, la communauté politique humaine en général, est détruite par le totalitarisme* »¹⁹⁵. En effet, alors que l'appartenance à la cité serait, chez les anciens comme chez les modernes, l'horizon de la vie humaine, le totalitarisme ne se contenterait pas de transformer le citoyen en sujet (ce qui s'apparenterait à un simple

¹⁹⁴ Il est possible de considérer que toute théorie visant à analyser les conditions matérielles d'existence d'une république est quelque part prescriptive. Il est toutefois difficile de considérer sur le même plan les arguments de Hobbes sur les mérites et inconvénients respectifs des différents régimes (la régence, la publicité de certains débats en démocratie...) et une réflexion philosophique sur la légitimité de tel régime par rapport à sa capacité à être l'expression de la Volonté Générale.

¹⁹⁵ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 167.

despotisme), mais consisterait surtout à l'isoler de ses congénères et de lui-même¹⁹⁶. À ce titre, les régimes totalitaires ne seraient pas des régimes comme les autres puisque destructeurs de l'idée même de politique, ce qui impose de repenser le concept :

Si la politique nazie constitue une *politique*, alors c'est que par le nazisme [...], la notion traditionnelle de la vie politique a fait son temps. Si l'État nazi est un *État*, c'est que l'État moderne, c'est-à-dire son principe, prend fin avec les camps d'extermination. Le *génocide*, comme substance d'un État rationnel historique [...], est l'évènement qui met un terme à l'existence morale de l'État entendu comme organisation d'une communauté humaine particulière. Il en est ainsi parce qu'une certaine idée de l'humanité est niée dans la violence absolue par l'État nazi. Si d'un autre point de vue la politique nazie n'est pas une *politique*, et si l'État nazi n'est pas un *État*, car il est la négation de son principe, savoir, l'organisation d'une communauté humaine par ou tout Homme est en lui-même l'humanité, la question se pose alors de savoir ce qui s'est passé.¹⁹⁷

Parce qu'il serait la négation de ce que Arendt considère comme le politique, mais qu'elle est indubitablement le fruit de notre histoire, l'expérience nazie impliquerait de reconsidérer les conditions du vivre ensemble : « *existe-t-il encore, après l'expérience vécue de sa destruction totalitaire, un sens commun, un sens que les Hommes ont en commun, capable de fonder la République parmi eux* »¹⁹⁸. Or, ce sens commun qui permettrait de repenser les conditions du vivre ensemble ne saurait être dans le principe de souveraineté puisque celui-ci aurait démontré ses limites en aboutissant à la destruction de l'idée même de politique¹⁹⁹, mais bien dans la recréation d'une morale²⁰⁰. Cela passerait, pour H. Arendt, par la mémoire (et l'acceptation de la responsabilité) et la promesse :

quelle forme et à quelles conditions une *res publica* européenne est possible ? Car ce n'est pas, assurément, dans la forme traditionnelle de la souveraineté (domination de la volonté). Pour Arendt, c'est dans la promesse, dans la forme du contrat, que la liberté d'une communauté humaine est possible, promesse qui permet de donner au principe de souveraineté une autre dimension [celle d'un dessein concerté].²⁰¹

L'expérience totalitaire montrerait que la rationalité de l'État peut potentiellement être immorale. Il semble donc que l'idée d'une morale nazie soit de fait écartée par Arendt et Mairat²⁰². Ce rejet implique donc bien que lorsque Mairat évoquait la République comme la réalisation d'une morale, il n'entendait pas n'importe quelle morale : la morale aurait donc sinon un contenu objectif, au moins des contraintes de forme indépendantes du vouloir (et surtout du pouvoir) humain. Cela constitue alors de fait une restriction majeure au principe de souveraineté puisqu'il existe des configurations matériellement possibles, potentiellement

¹⁹⁶ Ibid., p. 169.

¹⁹⁷ Ibid., pp. 170-171.

¹⁹⁸ Ibid., p. 168.

¹⁹⁹ Ibid., p. 175.

²⁰⁰ Ibid., p. 172.

²⁰¹ Ibid., p. 175.

²⁰² Cette question du statut du régime nazi et des problèmes qu'il pose à la théorie de la souveraineté sera développée dans la partie consacrée au rapport entre autonomie et droit.

désirables (elles l'ont été par au moins quelques-uns) mais néanmoins posées comme interdites. Le principe de contingence du juste est ici nié.

0.1.4.2 Weil : La République comme réalisation d'une morale.

Cette exigence de la morale comme fondement de l'État perçue par Arendt sera développée par E. Weil, après qui, selon Mairet, « *il n'y a plus de philosophie de l'État possible* »²⁰³. Celui-ci partirait de la définition kantienne de la morale (comme maxime universalisable) pour constater l'impossibilité pour l'individu d'être réellement moral, parce que individu, ce qui crée la politique : « *C'est en cette contradiction entre l'individualité du sujet et l'universalité de sa volonté [morale] que réside l'essence du problème politique* »²⁰⁴. Puisque l'individu est par lui-même incapable de réellement savoir si son action est morale, il doit s'inscrire dans une communauté de valeurs qui lui permet d'actualiser sa morale : « *la morale concrète procèdera de la situation de l'individu agissant au sein d'une communauté qu'il reconnaît comme la sienne propre* »²⁰⁵. La fonction de la politique devient alors la réalisation d'une morale concrète :

La question *politique* procède de cette contradiction morale de l'individu (ou de la morale comme contradiction de l'individuel). La politique ne saurait être pensée selon son concept (philosophique) qu'en établissant ce qui la lie à la morale ; ce qui revient à penser les conditions d'une politique raisonnable. En effet, le problème moral se pose à l'individu ou plutôt, au sujet de l'individu ; mais il relève alors de la politique car la solution au problème de l'individu raisonnable ne se trouve pas au niveau de cet individu. Si la solution se trouvait au niveau de l'individu, il n'y aurait pas de problème moral puisque, par hypothèse, l'individu agirait naturellement dans le respect de l'humanité, selon la loi morale universelle²⁰⁶

La fonction de l'État, de la communauté politique, est donc de réaliser une morale concrète particulière :

Ainsi pensée, la politique – action universelle – est suspendue à la morale dont elle constitue cependant la *forme* en laquelle celle-ci devient concrète – c'est-à-dire vivante et déterminée : objective – dans l'histoire ; en d'autres termes, le passage de l'idée d'humanité en tant que pure idée ou idéal représenté, à l'humanité réelle et historique (son avènement et son respect) s'opère dans et par l'État moderne. Ainsi, l'État moderne – lieu de la politique – est-il second par rapport à la morale puisqu'il en est la forme mais premier par rapport à elle puisqu'il en est la condition²⁰⁷

Il apparaîtra alors que c'est la réalisation par l'État de cette morale concrète qui permettra à l'individu raisonnable d'y être libre :

²⁰³ MAIRET G., *Op. cit.*, p. 180.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 176.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 177.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 177-178.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 178-179.

[l'État], en effet, se définit comme organisation de la politique, autrement dit comme gouvernement de "l'action universelle en vue de la liberté raisonnable". Ce que seule la modernité réalise et qui la définit comme telle, est de faire advenir cette liberté raisonnable comme mode d'existence de l'individu singulier. L'État est, considéré sous cet angle, l'instituteur de la moralité : "la tâche principale du gouvernement raisonnable est l'éducation des citoyens", car, grâce à lui, l'individu échappe au mal radical²⁰⁸.

G. Mairret considère alors qu'E. Weil, en considérant l'État comme réalisation d'une morale particulière, achève la philosophie de l'État²⁰⁹ en administrant la fin : l'État mondial, qui universalisera une morale à prétention universelle. En ce sens, l'idée d'État, dans son essence, ne peut plus évoluer et se trouve face à une double alternative : soit l'universalité de sa morale universelle au sein d'un État mondial, soit être en permanence confronté aux autres États, réalisation de morale différente²¹⁰.

La fin de la souveraineté selon Gérard Mairret consisterait donc bien en la reconnaissance de la République comme instrument de réalisation d'une morale particulière, de type kantien, à visée universelle. En affirmant que l'État est la *forme* de la morale, Mairret peut donc, avec É. Weil, considérer que la réalisation d'une morale est le but de la République. Or, poser la réalisation d'un ordre moral non plus comme la conséquence de la République mais bien comme sa fin, n'est pas forcément justifié. D'une part, parce qu'il n'y a pas consensus sur la validité de l'approche kantienne de la morale. D'autre part, parce que la dimension tautologique du raisonnement est trop flagrante : si la réalisation d'une morale comme fin est évidemment, du point de vue moral, justifiée, il faut considérer que, du point de vue sécuritaire, la fin de la République est la sécurité ou que, du point de vue économique, la fin de la République est la satisfaction des besoins. Il y a donc une inversion des fins et des moyens. Le fait de poser la réalisation d'une morale comme objectif ultime de la République consiste également en une restriction de l'autonomie humaine puisque les Hommes ne sont plus libres de choisir leurs fins et leurs priorités. En ce sens, l'histoire de la souveraineté s'achèverait effectivement par sa négation. Si Mairret n'évoque pas cette négation du principe de souveraineté par la mise en avant de sa dimension morale, c'est probablement parce que les constructions idéelles servant à la définition de la République et de la morale sont posées comme constitutives de ces éléments. En posant les principes non plus comme transcendants mais comme transcendants, Mairret, dans la lignée de Kant, pense pouvoir sauver

²⁰⁸ Ibid., p. 179-180.

²⁰⁹ Ibid., p. 180.

²¹⁰ Ibid., p. 180-181.

l'autonomie de la République. Le monde nouménal des Idées ne lui apparaît pas comme une nouvelle transcendance et donc ne constitue pas pour lui une remise en cause du principe de souveraineté²¹¹.

L'histoire, qui serait donc achevée, de la souveraineté consisterait en un cheminement intellectuel qui se serait déroulé en quatre moments.

Le premier aurait consisté en la prise de conscience (ou l'invention) de l'autonomie des corps politiques (Républiques) et le rejet de toutes normes transcendantes. La loi serait alors le fruit de la volonté humaine et n'aurait de validité, comme les normes de Juste et de Bien qui en dérivent, que par la puissance qui les soutient.

Le second moment aurait consisté en l'émergence et la définition du peuple, qui devient le référent de la pensée politique, à la fois comme acteur et comme objet. Cette évolution semble suivre deux tendances, qui sont liées. La première est une réaction à la dimension strictement positiviste de la souveraineté et cherchera à limiter l'arbitraire du souverain, que ce soit par la raison, le droit naturel, la tradition, l'organisation institutionnelle ou la volonté supposée objective du groupe. La seconde consiste à substantialiser la notion de peuple, qui devient nation, soit en communauté historique culturellement définie, soit en communauté morale disposant d'une volonté propre. La synthèse semblant pleinement opérée par Hegel, qui définit la République comme la réalisation d'une morale concrète.

Le troisième moment serait une réaction face à la fiction d'une volonté propre immanente au groupe. Cette réaction prend trois formes. La première est le rejet de la souveraineté à cause du risque que la fiction de peuple entraîne. La seconde cherche à expliquer le phénomène démocratique sans cette fiction d'une volonté immanente. La troisième forme dénonce les rapports de domination que masquerait cette fiction, et propose une redéfinition du peuple plus à même d'y correspondre. Il s'agit donc de repenser la volonté du groupe soit par la démocratie procédurale, soit par la mise en avant d'un groupe (le Parti) à même de déterminer ou prendre en charge les intérêts supposés objectifs de la communauté.

²¹¹ Les points de tensions entre morale et souveraineté seront détaillés dans la suite de ce travail.

Enfin, le quatrième moment aurait consisté en la réaffirmation de la dimension nécessairement morale des Républiques, devant réaliser une morale kantienne à prétention universelle.

L'histoire que construit Mairet permet de bien saisir l'évolution des modes de pensées et du retour à une approche idéale de la philosophie politique alors que, justement le principe de souveraineté traduisait une approche matérielle en termes de puissance et de rapport de force. Le fait de poser le processus d'idéalisation du peuple comme construction (et de poser la Volonté Générale comme pur principe ou de considérer que É. Weil achève la philosophie de l'État) montre clairement que Mairet s'inscrit dans cette approche et la valide. Il y a bien un retournement complet entre, d'une part Machiavel qui considérait que la politique doit se penser en dehors de toute référence morale, en qui Mairet reconnaissait une rupture épistémologique rompant avec « *l'idée, d'origine platonicienne, selon laquelle la politique aurait pour fin le bien dont la forme serait spéculativement établie par le spécialiste des idées pures : le philosophe* »²¹² et É. Weil, philosophe, qui pense que la fin de la République est, justement, la morale (chez qui il est difficile d'imaginer une acceptation pleine des impératifs de la raison d'État). Il ne s'agit pas tant ici d'invalider cette approche et de considérer qu'elle est fautive : toute République est bien, de fait, la réalisation d'une morale. Néanmoins, il n'y a aucune raison de valoriser cet aspect plutôt que qu'un autre, et encore moins de le poser comme principe ultime.

Cette histoire du concept de souveraineté permet alors de montrer qu'il est possible de ramener les différentes restrictions à l'arbitraire de la souveraineté sous deux catégories²¹³. La première catégorie de restrictions correspond à l'existence de principes objectifs, absolus, que la volonté du souverain se doit de respecter. Ces principes sont soit des principes de fond (par exemple le droit naturel) ; soit de forme (par exemple un certain type de rationalité). La seconde catégorie correspond à l'existence de principes relatifs à chaque République mais qui ont valeur d'absolu pour le souverain. Ces principes sont soit culturellement construits (Lois fondamentales), soit liés à une volonté dite objective du groupe (la Volonté Générale). Il est alors possible d'essayer de classer les auteurs en fonction de la manière dont ils interprètent l'autonomie de la République (cf. Tableau n°1). Néanmoins, les principes culturellement construits, étant le fruit de la coutume, restent compatibles avec l'idée de souveraineté.

²¹² Ibid., p. 23.

²¹³ Ces catégories et l'impact qu'elles peuvent avoir sur la théorie de la souveraineté seront repris au chapitre 3.

		Existence de principes objectifs auxquels le groupe doit se conformer		
		Non	Oui	
			Principes de fond	Principes de forme
Existence de principes propres au groupe ayant valeur de normes suprêmes	Non	Hobbes Tocqueville	Spinoza Locke Grotius	Kant
	Oui			
		Marx Lénine		Rousseau
	Principes culturels construits historiquement	Bodin Montesquieu Duguit	Weil Hegel Fichte Hayek	
	Intérêt objectif du groupe			

Tableau n°1 : l'autonomie politique chez différents théoriciens politiques.

Après avoir retracé l'histoire de la pensée de l'autonomie de la République et avoir montré qu'une acceptation rigoureuse de cette autonomie est extrêmement minoritaire, il faut maintenant comprendre comment se sont construites ces entités autonomes.

0.2 L'histoire de la souveraineté : L'unité institutionnelle des États souverains

Robert Jackson, dans son livre *Sovereignty*²¹⁴ s'attache lui aussi, pour comprendre le concept de souveraineté, à en retracer l'histoire. Néanmoins, cette histoire n'a rien à voir avec celle présentée par G. Mairet : alors que ce dernier montrait l'évolution de la souveraineté dans sa compréhension et sa formulation, R. Jackson aborde le concept non pas tant à partir de ses théoriciens (même s'il y fait forcément quelques références), mais à travers la mise en place des États souverains. S'éloignant de l'aspect philosophique ou théorique, il s'intéresse à la manière dont la souveraineté, comme concept, a façonné le monde historique des États. C'est donc à une histoire de la construction et du développement des États souverains que se livre R. Jackson.

Or, pour bien appréhender l'État souverain, il faut commencer son histoire avant l'apparition des États souverains et du concept de souveraineté, au Moyen Âge :

The modern world of sovereign states cannot be understood without also understanding the pre-existing world of medieval Europe in which politics and religion were integrated into one overarching theocratic order. Our modern thinking about government flows effortlessly in secular and scientific grooves. Medieval thinking flowed just as effortlessly in religious and theological grooves.²¹⁵

Il apparaît ainsi dès le départ que deux aspects différencient fortement le Moyen Âge de l'époque moderne : l'imbrication entre religion et politique d'une part, et des paradigmes de pensée également très différents d'autre part. Or il lui semble que la compréhension d'une période sans souveraineté est fondamentale pour mieux saisir non seulement le principe de souveraineté mais surtout les raisons de sa permanence et de sa durée :

If we can understand, even if only in brief outline, what that pre-modern world was like and what the political change from medieval to modern involved, we shall be in better position to assess the evolution of the idea of sovereignty because we shall then appreciate where, when, how it came into historical existence. Perhaps we shall even begin to see why we have sovereignty and why it has been with us, unfolding, but without interruption, changing shape but not its basic substance, for the past three or four hundred years.²¹⁶

Cette présentation semble d'autant plus nécessaire dans le cadre de ce travail que si certaines évolutions contemporaines peuvent être pensées comme une forme de résurgence de certains aspects propres à la pré-modernité, alors, leur inadéquation avec le principe de souveraineté,

²¹⁴ JACKSON R., *Sovereignty*, Cambridge, Polity Press, 2007.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 24.

constitutif de la modernité, expliquera une partie des critiques du concept²¹⁷. Robert Jackson considère que la souveraineté est un principe constant qui se manifeste à travers différentes formes tout au long de l'histoire. Le principe constant est l'idée d'une autorité supérieure à toutes les autres sur un territoire donné. Les formes consistent en différentes réponses sur le titulaire de cette autorité, la manière dont est justifiée son autorité.

L'histoire de R. Jackson peut alors être présentée en deux grands mouvements : l'émergence des États souverains puis l'évolution de la souveraineté.

0.2.1 L'émergence des États souverains : la concentration du pouvoir au sein d'un seul corps institutionnel.

La question de l'existence de la souveraineté, avant la constitution des grands États modernes européens, semble être sujette à débat. O. Beaud²¹⁸ explique ainsi qu'il y aurait deux thèses s'affrontant de manière radicale à propos de l'origine de l'État : soit en considérant que l'État existe de fait bien avant Bodin (thèse présentée comme majoritaire) ; soit en considérant que si le mot existe avant Bodin, l'État n'apparaîtrait qu'avec lui, (thèse présentée comme minoritaire). Il rappelle également que ce débat s'inscrit dans un débat plus large sur « *l'historicité de l'État* » : soit en considérant l'État comme une catégorie « *quasi intemporelle et universelle* » ; soit en considérant que l'État est « *la forme moderne du politique* ». Dans les deux débats, Olivier Beaud s'inscrit dans les secondes thèses et considère justement que la souveraineté est le critère permettant de distinguer « *l'ère anté-étatique de l'ère étatique* ». Il montre ainsi la spécificité de l'État souverain par rapport au Moyen Âge en développant dans sa première partie l'apport spécifique de Bodin à la théorie de l'État moderne²¹⁹. La démarche de R. Jackson s'inscrit également dans ce cadre, puisque lui aussi part d'une situation d'où l'État souverain n'existe pas pour en montrer le processus de formation²²⁰. Néanmoins, s'il semble effectivement acquis (même s'il s'agit selon O. Beaud de la thèse minoritaire) qu'il est impossible de parler d'État souverain en Europe au

²¹⁷ Cf. *Infra*.

²¹⁸ BEAUD O., *Op. cit.*, pp. 35-36.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Gérard Mairet s'inscrirait lui aussi dans ce cadre puisque la souveraineté renvoyant pour lui au fondement profane de la République, la souveraineté ne saurait exister sans sa formulation. Bertrand Badie, qui sera traité au point suivant, considère également que la souveraineté n'apparaît qu'avec sa formulation, puisque, pour lui, elle renvoie à la pratique d'acteurs se considérant comme souverains.

Moyen Âge, la question est peut-être plus délicate concernant d'autres entités (notamment la Chine médiévale ou les Cités grecques antiques)²²¹.

Trois éléments peuvent alors être synthétisés de l'analyse de R. Jackson sur la situation antérieure à l'apparition de la souveraineté au Moyen Âge : l'éclatement du pouvoir ; la distinction entre pouvoir politique et religieux ; le sentiment profond d'appartenir à un ensemble unitaire : la république chrétienne (*Respublica Christiana*). Les États souverains apparaîtront avec la disparition de ces trois éléments.

0.2.1.1 La République Chrétienne : un espace commun pour une identité commune

Un des aspects fondamentaux du Moyen Âge selon R. Jackson est l'importance, dans les conceptions et pratiques politiques, du sentiment d'appartenance à une communauté religieuse, la chrétienté, qui englobe et dépasse les autres références identitaires :

"The people" or "nation" scarcely existed as such. They were a population, often speaking distinctive vernacular languages or dialects, which separated them from each other and also from officials of church and state, who typically spoke Latin. The idea of belonging to a nation-state, the sense of having a national identity, had not been implanted in the mind of people. They thought of themselves in quite different ways. They were Christians. They had no other common name for themselves that extended beyond the local community.²²²

Le monde est alors logiquement divisé en fonction de l'appartenance religieuse : « *Medieval Christian thus drew a sharp line to separate their world of "true faith" from the non-Christian world of pagans and barbarian, the heretical world of false Christianity, and the anti-Christian world of Muslim* »²²³. Parce qu'il existe un Autre, le sentiment d'appartenance à une communauté particulière est donc renforcé.

Cette prégnance de la dimension religieuse de l'existence modèle radicalement les cadres d'interprétations et donc d'actions (« *Respublica Christiana was the way that religious and secular authorities justified their conduct. It was their mental map and their discourse of authority: the theological-political framework in terms of which they thought of themselves*

²²¹ Aussi intéressant que puisse sembler ce point, il ne saurait être traité dans le cadre de cette thèse. Tout juste est-il possible de signaler que F. H. Hinsley estime qu'il est possible de parler de souveraineté pour l'empire Romain.

²²² JACKSON R., *Op. cit.*, p. 30.

²²³ *Ibid.*, p. 34-35.

and spoke of their world »²²⁴), ce qui a un impact considérable sur l'action politique, comparable à celui que peuvent avoir aujourd'hui les droits de l'Homme²²⁵.

Puisque la principale référence identitaire est l'appartenance religieuse, le principal horizon de l'action politique est la défense de cette communauté chrétienne en ce qu'elle est, justement, chrétienne. L'objectif de l'action politique est donc la réalisation des valeurs et principes chrétiens, dont le premier est d'assurer le salut :

Medieval Europe was – at the most basic level of human ideas, thought and feeling – a community of Christian believers. It was the sacred duty of the pope and the emperor, of kings, barons, bishops, priests, and indeed of every Christian to uphold and defend that community. The only uniform institution that exist across Western Europe and by far the most important institution of Middle Ages was the cosmopolitan “Christian Commonwealth” or *respublica Christiana* built on that community, which was devoted to Christian redemption and salvation. That religious purpose stand above all other in the theology of the Middle Ages: above prosperity, above freedom, above order, above justice, even above peace – although that goal was next in importance.²²⁶

Il faut alors considérer que, selon R. Jackson, l'ensemble des personnes publiques (laïcs comme religieux) participent à un ordre politique répondant aux mêmes objectifs, dont la dimension religieuse est première (« *To sum up thus far : king and other kinds of territorial rulers in the Middle Ages were partners in a large theological-political order and they had a duty to defend the Christian faith and to safeguard the Christian peace in their spheres of jurisdiction in accordance with Christian teaching* »²²⁷), ce qui s'explique par le fait que tout pouvoir provient de Dieu et doit donc réaliser la volonté divine : « *The core idea [of the allegory of the two sword] was the notion that secular authorities no less than spirituals authorities were Christ subject and servant* »²²⁸. Dans ce cadre conceptuel, il est impossible de réellement dissocier objectifs politiques et objectifs religieux, puisque le cadre conceptuel est religieux.

La pensée de la guerre est donc construite en fonction de ces deux éléments : la guerre est subordonnée aux questions théologiques et se pense alors différemment en fonction des adversaires. Entre vrais chrétiens, elle est réglementée et doit servir des objectifs religieux :

War could only be waged among Christian rulers for a just or holly cause defined in Christian terms. Wars waged among Christian rulers for wholly secular reason were unlawful and blasphemous. War was always regrettable but it was justifiable if it was in the service of Christ.²²⁹

²²⁴ *Ibid.*, p. 34.

²²⁵ Cf. *infra*.

²²⁶ *Ibid.*, p. 33.

²²⁷ *Ibid.*, p. 37.

²²⁸ *Ibid.*, p. 34.

²²⁹ *Ibid.*, p. 35.

Parce que la chrétienté se considère comme un ensemble et que l'Église régleme les conditions et pratiques de la guerre entre chrétiens²³⁰, les guerres entre seigneurs ne peuvent être analysées comme des guerres internationales au sens moderne : « *Thus, in the final analysis, war among Christians, as we would understand it, was always internal war or civil war, never international war* »²³¹. Cela montre que la Chrétienté semble donc bien apparaître pour R. Jackson comme un ensemble politique à part entière (d'où le terme de République Chrétienne).

L'existence d'États différenciés au sein de la *Respublica Christiana* est donc délicate puisqu'elle est un référent identitaire commun, dont la dimension religieuse est l'élément prégnant. De plus, la confusion des pouvoirs entre institutions laïques et cléricales ainsi que l'éclatement et la spécificité des relations de pouvoir au sein des institutions laïques empêche de considérer l'existence d'États souverains, quelle que soit l'échelle envisagée.

0.2.1.2 Confusion des pouvoirs entre institutions laïques et cléricales

Le fait que l'autorité politique soit partagée entraîne nécessairement des conflits de compétences entre les autorités laïques et cléricales : « *The first and foremost rival [of king's authority] was the church, including not only the pope and his clerical administrator in Rome but also his representatives (cardinal, archbishops, bishops, etc.) who held senior office within ecclesium Anglicana, ecclesium Gallicum, etc.* »²³² Cette confusion est liée au fait que tout pouvoir, provenant de Dieu, a pour objectif d'assurer le Salut en défendant la foi et la paix, ce qui fait qu'il existe alors deux sources d'autorité légitime :

We should therefore be mindful that the historical passage from medieval to modern involved issues of religion as much as politics: in the medieval world of Latin Christendom church and state were entangled, almost inextricably. The "public" discourse of that earlier world was ecclesial as well as political. There was no discourse of politics entirely separated from that of religion. That is because religion sanctified all authority, temporal as well as spiritual. The king was in part of a religious authority. The Pope was in part a political authority.²³³

Il apparaît ici nécessaire de dépasser, sans trahir, les développements de R. Jackson. Il est impossible pour le Moyen Âge de réellement distinguer politique et religion. De ce fait, surtout pour le Moyen Âge, l'opposition entre État (*state*) et Église (*Church*) ainsi qu'entre

²³⁰ *Ibid.*, p. 35.

²³¹ *Ibid.*, p. 36.

²³² *Ibid.*, p. 29.

²³³ *Ibid.*, p. 25.

pouvoir temporel et spirituel, ne semble pas réellement pertinente. Non seulement le terme État est postérieur, et l'appliquer à l'institution qui est effectivement devenue l'État est source de confusion²³⁴, mais surtout la distinction entre autorités temporelles et spirituelles n'est pas fonctionnelle puisque, comme il le rappelle très bien, toutes peuvent se prévaloir de compétences dans les deux domaines. Il faut ainsi rappeler le rôle diplomatique du Pape dans la résolution des conflits militaires²³⁵ ou les devoirs religieux des rois²³⁶. À ce titre, il semble plus juste de considérer qu'il existe au Moyen Âge deux sortes d'institutions, une laïque et une cléricale, chacune revendiquant sa légitimité, de source divine, comme supérieure à celle de l'autre.

Les conflits résultant de cette ambiguïté dans l'attribution des fonctions politiques et leur polarisation entre deux pôles institutionnels se déroulent sur trois niveaux. Ainsi, de manière générale, se pose la question de l'allégeance des membres du clergé au sein des différents *regna* :

Christian rulers of regna were duty-bound to defend the faith against internal and external enemies and threats. (...) The question whether the *ecclesia* that were protected by regna were under their jurisdiction or were under that of the papacy, whether temporal rulers could appoint bishops and abbots, later developed into what is known as the Investiture Contest.²³⁷

Cette question n'est pas seulement purement symbolique, car le contrôle des charges implique le contrôle des bénéfices : « *The Church also included religious orders some of which were among the greatest landowners* »²³⁸. Ensuite, à un autre niveau, la présence au sein même de l'institution laïque de nombreux religieux crée une situation de double allégeance (« *some people had more than one master. Royal servants who were clergy had two masters: king and pope.* »²³⁹), ce qui peut les placer dans des situations délicates :

The administration of the *regna* was often in the hands of university-trained clerics who were the most highly educated section of the population. In England at the end of the Middle Ages "the majority of bishops" were government officials. But their dual status could be a source of difficulty and even discord. They could find themselves in a conflict with the pope if they served the king too faithfully, or with the king if they were too

²³⁴ De nombreux auteurs tombent dans ce travers. Ainsi, à titre d'exemple, O. Beaud, qui pourtant considère que l'État n'apparaît qu'avec la souveraineté à partir de Bodin, dans son point sur *la naissance de l'État comme processus de sécularisation*, évoque consécutivement *Le problème des rapports entre État et Église*, mais surtout *La souveraineté de Bodin et l'émancipation de l'État par rapport à l'Église* (BEAUD O., *Op. cit.*, pp. 62 et 65). Or, cela impliquerait une antériorité de l'État vis-à-vis de la théorie de Bodin puisque celle-ci, permettant à l'État de s'émanciper, présuppose son existence préalable. Pour résoudre cette contradiction, il faut considérer, soit qu'Olivier Beaud considère, contrairement à ses affirmations préalables, que l'État existe au Moyen Âge et qu'il est en conflit avec l'Église, soit qu'il qualifie abusivement l'institution laïque d'État.

²³⁵ JACKSON R., *Op. cit.*, p. 35.

²³⁶ *Ibid.*, p. 37.

²³⁷ *Ibid.*, p. 27.

²³⁸ *Ibid.*, p. 29.

²³⁹ *Ibid.*, p. 30.

devoted to the pope. They could perform a perilous act on high wire one end of which was held by the king and the other end by the pope.²⁴⁰

Enfin, et surtout, ces deux institutions se retrouvent en conflit au niveau juridictionnel :

Legal cases could be heard in different courts which exercised parallel and overlapping jurisdiction. That often invited or provoked legal disputation not only by people who brought cases to different courts but also by courts and jurists themselves. If litigants failed to obtain satisfaction in one court they could seek it in another or even be invited to do so. The most significant cause of such conflicts was the coexistence of two parallel bodies of law: canon law and civil law. [...]. But clear lines could not always be drawn between canon law and civil law, between ecclesial courts and royal courts. The subjects of both laws were the same group of people: everybody was at one and the same time a member of the church and a subject of the crown.²⁴¹

Cet aspect juridique du conflit entre institutions laïques et cléricales est fondamental pour la compréhension de l'inadéquation du concept de souveraineté au Moyen Âge chrétien, et mérite donc d'être un peu plus développé. Pour bien appréhender l'importance du droit canon et des tribunaux ecclésiastiques, ainsi que les nombreuses possibilités de conflits de compétence, il est possible de citer Ph. Nemo :

Une simple énumération des compétences des tribunaux ecclésiastiques montrera cette vocation universelle du droit canonique.

Les tribunaux ecclésiastiques sont compétents pour juger six catégories de *personnes* : 1) le clergé et les employés du clergé ; 2) les étudiants ; 3) les croisés ; 4) les *personae miserabiles*, c'est-à-dire les pauvres, les veuves et les orphelins ; 5) les juifs, dans les litiges les opposant aux chrétiens ; 6) les voyageurs, y compris marchands et marins, quand cela est nécessaire pour leur sécurité.

Les *matières* traitées sont les causes spirituelles ou celles qui sont liées à des problèmes spirituels, y compris quand ce sont des laïcs qui sont en cause. Ce qui constitue un champ considérable :

- 1) tout ce qui concerne l'administration des sacrements (donc aussi le mariage et, par lui, toutes les questions matrimoniales) ;
- 2) les testaments (en raison du caractère sacré des dernières volontés, conditionnant le salut de l'âme du défunt) ;
- 3) les bénéfices, c'est-à-dire l'administration des biens de l'Église et des dons, legs et fondations faits en faveur de l'Église ;
- 4) ce qui concerne les serments, à cause de la « foi jurée » (donc tous les aspects du droit civil de la propriété et des contrats où quelqu'un peut être accusé d'être « parjure ») ;
- 5) les péchés passibles d'une censure ecclésiastique (donc tout un domaine du droit pénal : hérésie, sacrilèges, sorcellerie, usure, diffamation, fornication, homosexualité, adultère, attentats à des lieux religieux, agression contre un membre du clergé...)²⁴².

Ce conflit de légitimité entre deux corps institutionnels revendiquant chacune la primauté de sa légitimité et de son droit est la principale caractéristique permettant de distinguer le Moyen

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 31-32.

²⁴² NEMO Ph., *Histoire des idées politiques dans l'antiquité et au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1998, p. 875.

Âge de l'époque moderne. L'existence sur le même territoire et pour les mêmes personnes de deux institutions disposant chacune d'un droit et de tribunaux propres est la négation même du principe de souveraineté.

La position d'Olivier Beaud sur cette question semble différente, puisqu'il estimerait que les conflits entre autorités laïques et cléricales débutent avec la souveraineté :

Pour comprendre l'importance de la rupture provoquée par cette notion de souveraineté, il faut commencer par rappeler que l'ordre juridique de la République chrétienne qui dominait le Moyen Âge européen, « était en soi-même, dans sa substance, formé sacramentellement et religieusement, un ordre sacré (*heilige*) qui englobait tous les domaines de la vie... » [*Bökenförde*]. Autrement dit, la distinction entre les deux pouvoirs (spirituel et temporel) ne posait pas tant de problème tant qu'existait cette unité politico-religieuse. Mais avec la souveraineté du Prince, le conflit entre le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel cesse d'être un problème de « répartition respective des fonctions à l'intérieur d'un seul et même édifice » [Courtine] et devient un conflit entre les deux puissances, c'est-à-dire un conflit de souveraineté.²⁴³

Or, dans l'optique de R. Jackson qui sera préférée ici, le conflit, qui est bien un conflit entre puissances pour l'obtention de la souveraineté, est antérieur à la naissance de l'État souverain (et c'est principalement ce conflit qui empêche de parler de souveraineté au Moyen Âge). Au contraire, la théorie de la souveraineté et la naissance de l'État moderne consacrerait la résolution du conflit par la victoire des institutions laïques sur les institutions cléricales.

0.2.1.3 Éclatement et spécificité du pouvoir au sein des institutions laïques.

La dernière caractéristique du Moyen Âge sur laquelle insiste R. Jackson renvoie à la spécificité du pouvoir laïc. En effet, il rappelle son éclatement géographique et le fait qu'il s'agit d'un lien de vassalité.

Au Moyen Âge, le lien politique est fondamentalement différent de ce qu'il deviendra au sein des États souverains. C'est un lien de vassalité, entre un patron et un client qui structure toute la société :

That arrangement is commonly referred to as feudalism which had a strong personal element known as vassalage: a contractual relation of a patron and client that involved a mutual commitment to protect and serve. Medieval European society consisted of countless ladders of patron-client ties. Virtually, everybody was a vassal of somebody else.²⁴⁴

Étant un lien de personne à personne, un seigneur peut avoir des fiefs répartis dans toute la chrétienté, avec différents statuts, et être ainsi, pour différents fiefs, vassal de différents

²⁴³ BEAUD O., *Op. cit.*, p. 63.

²⁴⁴ JACKSON R., *Op. cit.*, p. 30. Cette vision de la féodalité et du lien vassalique irriguant toute la société, que Jackson reprend à Ganshof, est très contestable (voir fausse) : le lien vassalique ne concerne que les détenteurs de fiefs, ce qui en exclut les paysans et les citadins (Cf. BARTHELEMY D., *L'ordre seigneurial*, Paris, Seuil, 1990, p. 7).

suzerains. Les rois de France, de Prusse et du Danemark par exemple, ont une multitude de titres (et donc de statuts) et sont vassaux de l'empereur germanique pour certaines de leurs possessions²⁴⁵. Cette multiplicité des statuts peut se retrouver à tous les niveaux et, les rapports de pouvoir étant principalement des rapports de personnes en fonction du statut, il n'existe (presque) pas de zone étendue de pouvoir homogène. Ainsi, les villes ont souvent un statut particulier et des droits propres²⁴⁶. De même, comme dit précédemment, certains clercs (réguliers ou séculiers) sont des seigneurs et disposent de prérogatives particulières.

Enfin, cette hétérogénéité du pouvoir laïc est renforcée par le fait que, si le lien vassalique laisse entrevoir une hiérarchie de droit entre les différents niveaux de la pyramide (ce qui l'homogénéiserait), les seigneurs sont de fait quasiment autonomes : « *And much of the time, local rulers enjoyed noteworthy insulation from the rule of kings: they were semi-autonomous but they were not fully independent either. Lordship involved a proprietary right to territory but did not entail supremacy and independence* »²⁴⁷. À cette autonomie juridique s'ajoute une indépendance de fait : le différentiel de pouvoir rend les rois souvent incapables d'imposer militairement leurs décisions²⁴⁸. Certains vassaux vont ainsi pouvoir s'émanciper de la tutelle royale (c'est le cas de la Catalogne, qui faisait partie du Royaume de France). Il y a une patrimonialisation des charges, qui fait que les titres (comte, duc...) deviennent possession propre de leurs titulaires.

Il est peut-être nécessaire ici d'ajouter deux éléments aux développements de R. Jackson. Premièrement, le Moyen Âge voit se produire un processus de décomposition et recomposition de l'autorité effective, des rois aux princes jusqu'aux châtelains (puis inversement)²⁴⁹. Deuxièmement, la conception du pouvoir politique est différente, et les rois (ou seigneurs) ne sont pas au Moyen Âge considérés comme législateurs : ils ont bien pour fonction de faire respecter le droit et d'appliquer la justice, mais ceux-ci leur préexistent et ne sont pas posés comme le fruit d'une volonté humaine²⁵⁰.

²⁴⁵ JACKSON R., *Op. cit.*, p. 28. On peut y ajouter l'exemple du roi d'Angleterre, vassal du roi de France pour ses possessions en France.

²⁴⁶ *Ibid.*, p.31.

²⁴⁷ *Ibid.*, pp. 28-29.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 29.

²⁴⁹ BARTHELEMY D., *L'ordre seigneurial*, Paris, Seuil, 1990.

²⁵⁰ Cf. HAYEK F-A. *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 210. Cette question de la naissance de la législation sera développée ultérieurement (Cf. *infra.*).

Il est donc impossible de parler de souveraineté au Moyen Âge. L'imbrication des différentes institutions et de leurs ordres juridiques concurrents, la particularité du lien vassalique et la difficulté matérielle pour un seigneur d'imposer ses décisions à ses vassaux, font de la *respublica Christiana* un espace pluriel et hétérogène, où il serait impossible de penser une autorité suprême détachée de toute obligation, notamment à cause de l'identité chrétienne des individus :

In the Middle Age, it would therefore be difficult to ask the question: Who is sovereign in this country? To have argued that there is an authorities that is superior to all other authorities in the realm, and is independent from all foreign authorities including *respublica Christiana*, would be to advocate a scandalous idea, because it would in contempt of one's most fundamental obligations, which were those of a Christian man or woman that were valid even if the man or the woman were a king or a queen.

La tension politico-juridique et le cadre conceptuel rendant impossible la souveraineté non seulement en tant qu'idée au Moyen Âge, mais aussi aujourd'hui comme concept opératoire permettant de rendre compte de la situation politique de l'époque, est bien liée à la cohabitation entre deux types d'institution juridique renvoyant à deux référents politiques différents : le *regnum* d'une part (qui renvoie à l'institution laïque) et la *Respublica Christiana* (qui renvoie à l'institution ecclésiastique). Les contemporains ont conscience des problèmes posés par les structures particulières de l'ordonnement politique (notamment les luttes qu'elles entraînent) et de la nécessité de repenser son organisation en homogénéisant les pouvoirs laïcs (monarchie universelle) et en rationalisant ses rapports avec l'institution ecclésiastique (césaro-papisme ou hiérocration). Cela se traduit par la suprématie de l'une ou l'autre des deux institutions et préfigure la constitution des États souverains :

These internecine struggles provoked a body of legal and political theory for or against one side or other, which began to change the way leading people thought about their world and eventually opened European minds to the idea of sovereign states. Dante Alighieri argued for a universal monarchy to suppress the persistent wars between regna and to pacify the world [...]. Another Italian, Marsiglio of Padua, also argued for a human-focused political authority but one in which the regnum was a separate and paramount arrangement of purely secular authority based on positive law.²⁵¹

À cause de l'incapacité à centraliser et concentrer le pouvoir sur un niveau européen (que ce soit sous l'autorité du Pape ou de l'empereur), la mise en place de la souveraineté se fera par l'éclatement de la *respublica Christiana* et la concentration des différentes institutions en un tout cohérent au sein des États : « *If we had to summarized [...] we could say that the political shift from medieval to modern involved the destruction of respublica Christiana and the transformation of the ecclesium into a national church and the*

²⁵¹ *Ibid.*, p. 36-37.

regnum into what Machiavelli referred to as the stato, the state and states system of emergent modern Europe ». ²⁵²

0.2.1.4 L'éclatement de la République Chrétienne en entités souveraines

C'est en effet l'éclatement de la République Chrétienne qui permettra la naissance des États souverains. Cet éclatement prendrait source dans l'affaiblissement de la papauté et dans un changement de conception de la politique qui prendrait forme dans la Réforme et Contre-Réforme, permettant la monopolisation de l'autorité au sein de l'institution laïque.

Une des causes de l'éclatement de la *Respublica Christiana* selon R. Jackson est l'affaiblissement de l'autorité pontificale. Cet affaiblissement du Pape au sein de son Église se fait au profit du mouvement conciliaire : « *The conciliar movement was provoked and emboldened in the late fourteenth and early fifteen centuries by the simultaneous appearance of two and the three different pops each claiming to be the Vicar of Christ* » ²⁵³. Le grand Schisme d'Occident aurait ainsi déstabilisé l'autorité des Papes au profit des évêques et cardinaux. Cet affaiblissement de la papauté aurait eu pour effet de renforcer l'identité nationale des Églises et, avec des accords conclus entre les Papes et différents Rois, dont le soutien leur est alors nécessaire, la mainmise des princes sur elles : « *In these concordats, secular rulers took upon themselves virtually an independent position vis-à-vis the pope* » ²⁵⁴. Or, Jackson note à juste titre que le fait même de passer des accords entre le Pape et monarques implique une valorisation de ces derniers puisque cela implique une relation entre égaux.

Parallèlement à cet affaiblissement de la papauté, R. Jackson constate une évolution dans la manière de voir et de pratiquer la politique. Celle-ci acquiert en effet peu à peu une autonomie et un domaine d'action propre, indépendant de considérations religieuses, comme l'illustrerait l'identification progressive de la politique à un art :

Politics was held to be a worldly activity free from divine sanction. Marsiglio compared politics to an art: the state was made by leaders who mastered the art of statecraft. [...]. Art is a free activity by definition: artist claim ownership of their work because they made it.

²⁵² *Ibid.*, p. 38.

²⁵³ *Ibid.*, p. 40.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 41.

Rulers claim full responsibility for the states they were instrumental in building, and for the laws and policies they enacted to govern them.²⁵⁵

L'idée qu'il existe ainsi une sphère politique purement humaine ira croissante, tant en audience qu'en radicalité, allant avec Machiavel jusqu'à dissocier morale et politique :

He [Machiavelli] argued, infamously at the time, that political life sometimes necessitated disobedience to the moral teachings of Christianity: personal conscience and political ethics are and must be separate. That come to be known as the political doctrine of *raison d'état*: namely that irreligious and immoral means might be necessary to achieve a desirable political goal in circumstances in which the range of choice was narrow but the value at stake was great.²⁵⁶

Il s'agit bien ici d'autonomiser la politique de tout système de valeur, en l'occurrence religieuse, même si la soumission des institutions cléricales aux pouvoirs laïcs ne prendra sa forme définitive qu'avec la réforme. En posant la politique comme un art dont sont responsables les dirigeants, on introduit peu à peu l'idée propre à la souveraineté de la politique (mais également du droit) comme fruit de la volonté humaine.

Mais ce sont surtout la Réforme et la Contre-réforme qui consacreront la dislocation de la *respublica Christiana* en soumettant, au sein de chaque royaume, les institutions ecclésiastiques au pouvoir laïc, permettant ainsi la naissance de l'État moderne : le dualisme institutionnel prend fin, au moins dans le sens où la source du pouvoir se trouve unifiée en la personne du monarque, qui devient le seul détenteur du pouvoir politique légitime en captant le pouvoir religieux :

The political theology of Martin Luther disengaged the authority of the state from the religious sanction of *respublica Christiana*. Luther attacked the pope's claim to hold the two swords: *sacerdotium* and *regnum*. [...] The true *regnum* was the state under the absolute authority of the prince; the true *sacerdotium* also belong to the prince who is responsible for defending the reformation in his kingdom against its enemies, internal or external. 'Luther destroyed "the metaphor of the two sword; henceforth there should be but one, wielded by a rightly advised and goodly prince" ' (Skinner 1978: 15). That was a revolutionary idea.²⁵⁷

Dans les faits, cela se traduit par des actes juridiques des institutions laïques réalisant l'unité de l'État :

in Denmark and Sweden, where kings instructed their parliaments to pass laws which give them full legal control of the church in their kingdom: they terminated the legal immunities of the clergy, they abolished the independent jurisdiction of the ecclesiastical courts, they took possession of clerical lands and other church property,²⁵⁸

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 42. Cette conception de la politique comme art était déjà présente chez les Grecs.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 42. Il sera montré que cette idée qui est à la base de la modernité est remise en cause par les droits de l'Homme (Cf. *infra*).

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 44.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 45.

L'exemple le plus remarquable, qui marque la première apparition d'un État souverain en Europe, est bien entendu la création de l'Église anglicane par Henry VIII, qui illustre bien cette fusion des deux institutions et créerait le premier État souverain : « *What previously had been a regnum Anglicana became a sovereign state with its own national church: the ecclesium Anglicana was now the Church of England. Those who had previously been Catholic clergy or parishioners were now members of Henry's church* »²⁵⁹. C'est donc cette appropriation des institutions ecclésiales par le pouvoir laïc au XVIe siècle qui est réellement à l'origine de la construction des États souverains.

La réforme consacre donc la victoire des institutions laïques et la réalisation de la souveraineté au niveau des royaumes :

The English Reformation proved itself to be not merely a conflict between the Church of Rome and the Church of England or even between Henry and the Pope. It was more fundamental: a conflict between one conception of public life organized on a cosmopolitan theological-political basis versus another constructed on the foundations of a separate kingdom, the intimation of a national state.²⁶⁰

La construction de l'État moderne se fait donc, non pas tant en soumettant l'Église ou en lui ôtant ses prérogatives qu'en réunissant les deux institutions sous la même autorité, mettant ainsi fin à la confusion des pouvoirs qui régnait jusqu'alors :

The idea of state sovereignty sorted out the uncertainty and indeed the confusion around the question of authority and law that existed in the late Middle Ages. Rulers escaped from the cosmopolitan authority of *Respublica Christiana* by successfully enforcing royal over both church and state. The state turned territory into state property. It converted population of that territory into subjects and later citizens. Internally, there was no room for semi-independent territory or people or institution. Externally, there was no longer an open door to the overarching authority of pope or emperor. *Rex est imperator in regno suo*. In many place, the Christian Churches came under direct state control.²⁶¹

Si ici R. Jackson rappelle que la construction de l'État s'est également construite par la disparition de la féodalité et de l'autonomie des grands seigneurs, ce point reste anecdotique dans son développement sur l'apparition de la souveraineté, qui s'attache plus à la question des rapports entre Église et royauté.

Il semble néanmoins nécessaire d'insister, plus que ne le fait R. Jackson, sur le fait que c'est bien la fusion des institutions laïques et religieuses (ainsi que, à terme, de leurs ordres juridiques) au sein d'un même ensemble homogène qui crée l'État. Certes, il y aura ensuite dans de nombreux pays une séparation entre l'État et l'Église, mais celle-ci ne sera alors plus une institution normative concurrente du pouvoir.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 46.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 47.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 47-48.

La Réforme, en consacrant la captation de l'intégralité des pouvoirs spirituels et temporels ainsi que la mainmise de la royauté sur les institutions religieuses, sonne le glas de la *Respublica Christiana* comme entité cosmopolite. Ces changements ne concerneraient cependant pas seulement les pays réformés, mais aussi, avec la Contre-réforme, les pays catholiques :

The main source of authority – religion – was now under the control of the ruler and is or her dynasty. In countries that remained Catholic the change was less dramatic and the Church had the same outward appearance as before. But over time it too became a shadow of its former self, its cosmopolitan character was diminished, and Catholic rulers, such as the kings of France and Spain, were scarcely any less independent and self regarding in practice than their counterparts in England or Sweden. [...]. What came to be known as the Catholic Counter-Reformation imitated the Protestant Reformation in these ways.²⁶²

Ces différentes évolutions qui mènent à l'éclatement de la *Respublica Christiana* (baisse de l'autorité pontificale, changement dans la manière de concevoir la politique, captation des institutions cléricales par les institutions laïques) marque l'émergence de l'État moderne souverain par l'homogénéisation institutionnelle et juridique, ainsi que par une évolution de la conception de l'action politique : « *The change from medieval to modern crucially involved the idea and the institution of the sovereign state* »²⁶³. Un point surprenant qu'il est possible de relever chez R. Jackson dans son histoire, alors même qu'elle se présente comme une histoire de la construction des États, est l'absence d'éléments matériels et institutionnels. Ainsi, il n'évoque quasiment pas l'apparition des armées permanentes, de l'impôt royal ou de la capacité législative, qui ont permis d'asseoir concrètement le pouvoir des institutions laïques. Il ne parle pas non plus de l'urbanisation, du développement du commerce et de la monétarisation de l'économie qui les ont rendues possibles. Tous les apports de Norbert Élias sur la construction des États par l'instauration du double monopole fiscale et militaire est ignoré.

Ces changements vont profondément remodeler le visage de l'Europe : d'une *Respublica Christiana* hétérogène et cosmopolite se met en place une Europe composée de Républiques indépendantes. R. Jackson pointe la difficulté d'identifier l'instant précis de la

²⁶² *Ibid.*, p.38-39.

²⁶³ *Ibid.*, p. 49.

transformation, qu'il propose néanmoins de situer, de manière traditionnelle, lors du traité de Westphalie :

Westphalia is best understood not as a literal moment of change but, rather, as the symbol of a fundamental political transformation of Europe, from a transnational political-theological world of Catholic Christian theocracy, to a modern secular world based on a system or society of sovereign states. That change is, above all, a change of ideas, of thought, of how leading Europeans conceived their world. The old idea of Christian theocracy was receding into history. A revolutionary new idea of an Europe of independent states was rising in its place.²⁶⁴

Ainsi, plus qu'une réelle date de changement, Westphalie constitue le symbole du monde moderne qui se met en place au XVII^e siècle. Le traité consacre ainsi l'indépendance de nombreux États et, s'il y est encore fait référence à la Chrétienté, c'est plus un automatisme de style qu'une réelle référence, comme l'illustre le fait que ce traité se fait sans l'aval du Pape.

Le traité de Westphalie consacre donc la fin de la *Respublica Christiana* et l'émergence des États souverains qui modifient radicalement le visage de l'Europe. R. Jackson résume les éléments fondateurs de l'État souverain qui se mettent alors en place et qui n'auraient pas substantiellement changé jusqu'à aujourd'hui :

- Europe was composed of sovereign states. Each one of those states was constitutionally prior to any treaties or international organizations they might arrange between themselves.
- European sovereigns were entitled to recognition by other European sovereigns, which involved membership in their exclusive club: the international society of Europe.
- All sovereign states were understood to have legal rights and legitimate interests.
- The legal rights were expressed in a positive law of nations – international law – that was based on the will and consent of sovereign states. It was a legal arrangement of state, constructed by them in the course of their mutual relations.
- The legitimate interests were acknowledged in the practices of diplomacy: diplomats were first and foremost state representatives and agents. But diplomats were also key operatives in upholding European international society, by acting and out of regard for generally accepted diplomatic practice. Diplomacy nevertheless existed primarily for the purpose of facilitating a smoothing of the relations of sovereign states.
- While sovereign states controlled their own means of power – military and economic – which varied enormously from one country to the next, they were expected to exercise that power responsibly, which meant that they were supposed to operate in accordance with international law and diplomatic practice.
- Those vitally important states, the great powers, were expected to employ their compelling military might, economic cost, and political prestige to uphold and not to disrupt the balance of power. They were the guarantors of the peace and harmony of Europe. If any great power acted in a manner that threatened or upset the balance of

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 51-52.

power, it could expect to be confronted by a military coalition of other great powers determined to cut it down to size.²⁶⁵

Cette liste est intéressante pour deux raisons. La première est qu'alors que la dimension « externe » de la souveraineté ne l'intéresse que très peu dans ses développements, cette liste y est presque entièrement consacrée. La seconde est que, s'il y a effectivement un éclatement de la *respublica Christiana*, et la disparition d'un sentiment d'appartenance commune, le schéma qui en ressort, si l'on suit R. Jackson, n'est pas totalement chaotique (même si par définition il reste anarchique), puisque tempéré par le principe d'équilibre des puissances. Certes, les États souverains se réservent le droit d'utiliser la force pour résoudre leurs conflits, et toute référence à la théologie politique de la Chrétienté disparaît avec le traité d'Utrecht²⁶⁶. Néanmoins, persiste l'idée d'un système politique européen, d'un intérêt commun qui réside dans la paix²⁶⁷ : « *the 'public good' of Europe was defined as the 'repose' of the states and states system: the 'repose of all Europe'. 'Repose' signified a condition of peace and harmony in the relation of the sovereign states of Europe: a secular political peace which displaces the Christian cosmopolitan peace* »²⁶⁸. En effet, la paix est alors posée comme perpétuelle et devient le rapport normal entre Républiques. De plus, se construit un droit public européen (embryon du futur droit public international), ce qui montre bien que l'espace européen qui se constitue alors, s'il n'est pas exempt de guerres, conserve une spécificité et une identité propre.

De ces deux éléments il est possible de tirer une conclusion partielle : l'ordre qui se met en place à partir de Westphalie et qui constituera la base des rapports internationaux jusqu'au XXI^e siècle est un ordre arrangé et non pas la conséquence directe du principe de souveraineté. L'émergence de cet ordre au moment où la souveraineté s'impose en Europe peut certes faire penser à un lien nécessaire, de même que, par contraposé, la modification de cet ordre fera penser à une transformation du principe de souveraineté.

Cet accent que R. Jackson met sur l'éclatement de la *Respublica Christiana* comme élément de constitution des États souverains est très intéressant. Il permet de montrer la non-pertinence de la distinction entre pouvoir spirituel et temporel au Moyen Âge et de voir que l'État s'est construit par la réunion de deux institutions normatives concurrentes. Le fait

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 54-55.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 53.

²⁶⁷ Il reprend ici un texte d'Émeric de Vattel cité par Hinsley.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 54.

de mettre en avant la réunion de deux institutions concurrentes comme principal facteur de la construction des États souverains permet donc de définir précisément une des conditions essentielles de la souveraineté, mise en avant dès sa formulation : son indivisibilité. L'indivisibilité de la souveraineté ne renvoie donc pas au partage des compétences dans le cadre de son exercice mais bien à cette situation caractéristique du Moyen Âge où coexistaient deux institutions revendiquant chacune la possession de l'autorité en propre.

Cette lecture qui met en avant, dans la constitution de l'État, la mise sous tutelle des Églises nationales, semble compatible avec la vision d'Olivier Beaud qui, lui aussi, estime que la spécificité de l'État réside également dans l'accaparement du droit positif par l'État : « *la souveraineté comme monopolisation du droit positif [...] fournit à l'État son caractère spécifique* »²⁶⁹. Cela présuppose bien la disparition de l'Église comme institution autonome productrice de normes. Il est vrai qu'il rejette explicitement cette approche puisque, pour lui, la souveraineté chez Bodin renvoie à une conception strictement volontariste et positiviste du droit, où la politique serait séparée de la religion. Il se refuse ainsi à considérer comme potentiels souverains les autorités disposant d'un pouvoir religieux : « *le souverain est un homme qui détient un pouvoir d'ordre essentiellement politique. Plus exactement, il gouverne l'État. [...] [le souverain], se rapportant nécessairement à l'État, est une autorité laïque qui a su concurrencer victorieusement le représentant de l'Église. Par là même, on écarte de la catégorie du Souverain non seulement toutes les autorités religieuses, mais aussi toutes les autorités (césaro-papiste ou autres) qui cumulent le pouvoir civil et le pouvoir religieux. De même, on écarte tous les chefs politiques qui gouvernent non pas des États, mais des entités politiques d'une autre nature (Cité, Empire, Fédération, tribus, etc.)* »²⁷⁰. Or, malgré ce rejet explicite d'une possible compatibilité entre pouvoir politique et religieux dans le cadre de la souveraineté, toute sa théorie montre le contraire.

La distinction entre pouvoir civil et religieux est certes un élément fondamental de la construction historique de l'État. Néanmoins, ce n'est pas parce que l'État souverain s'est construit contre la papauté que la religion se retrouve de fait étrangère à la politique. Olivier Beaud montre bien que la souveraineté implique l'indépendance de l'État vis-à-vis des normes religieuses, mais cela traduit surtout une indépendance vis-à-vis des instances religieuses : « *Cette indépendance de l'État vis-à-vis des normes religieuses, donc des instances religieuses (si l'on suit le sage conseil de Hobbes sur la liaison forcée entre les normes et les instances qui les posent), a connu sa première formulation juridique et*

²⁶⁹ BEAUD O., *Op. cit.*, p.48.

²⁷⁰ BEAUD O., « Le souverain » in. *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993, p. 34. Je souligne.

théorique dans la République de Bodin, où la souveraineté faisait office de principe séculier du pouvoir »²⁷¹. Le point principal est donc bien comme chez R. Jackson l'indépendance d'une institution vis-à-vis d'une autre institution. Or, le fait de qualifier de religieuses les normes créées par les instances religieuses pour les opposer à l'État, peut être source de confusion puisque cela peut sembler induire que l'État se construit en opposition à la religion, qui serait un ensemble déterminé, alors qu'il s'est construit en opposition aux institutions religieuses. Certes, la souveraineté est un principe en soi profane, autosuffisant, du pouvoir. Néanmoins, il ne semble pas que le simple fait d'être un principe profane interdise de poser des normes à caractère religieux. La séparation entre domaine religieux (ou spirituel) et domaine politique (ou temporel), et la question de la primauté de l'un sur l'autre, est délicate puisque la religion est souvent productrice d'une morale et donc prescriptive de valeurs et de comportements et a donc une portée éminemment politique. La différence semble alors plus se situer sur l'origine de la norme (l'institution laïque ou cléricale) plus que sur sa nature ou son champ d'application.

Cette distinction est d'autant plus délicate que Beaud semble s'accorder avec l'idée d'un accaparement par l'institution laïque de l'intégralité des compétences, ce qui semble inclure le champ religieux. Cela se traduit d'une part, par la reconnaissance de la souveraineté comme monopolisation du droit positif par l'État²⁷² et d'autre part par la reconnaissance de l'omni-compétence de l'État, qui donc peut intervenir dans tous les domaines²⁷³. De fait, Olivier Beaud insiste sur le fait que « *la systématisation formelle de la souveraineté comme puissance publique est l'indétermination matérielle du contenu de l'action étatique* », qui est lié à la disparition de toute finalité intrinsèque : « *la théorie générale de l'État faite par les juristes adopte dans sa majorité la thèse selon laquelle l'État moderne a pour caractéristique de ne plus être définie par un quelconque telos politique* »²⁷⁴. Ainsi, parce que l'État souverain est omni-compétent, maître de ses finalités et qu'il monopolise le droit positif, il est délicat de considérer ce qu'il lui interdirait de se poser comme religieux. Une telle restriction impliquerait de réduire son domaine de compétence ou de réintroduire un *telos* pourtant posé comme purement politique (ne serait-ce que négativement en interdisant un *telos* religieux). Cela impliquerait également de nier l'indétermination matérielle de la loi.

²⁷¹ BEAUD O., *La puissance de l'État*, *Op. cit.*, pp. 62-63.

²⁷² C'est le titre de la conclusion de sa première partie (Beaud O., *Op. cit.*, p. 197), ce qui montre bien que la production du droit positif était avant partagée.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 144-147.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 140.

De plus, il existe chez O. Beaud une reconnaissance explicite des compétences spirituelles de l'État : « Désormais, « l'action spirituelle de l'Église est soumise ratione ordinis politici à la compétence des autorités temporelles » [Böckenförde] »²⁷⁵. Le fait de pouvoir soumettre et donc contrôler l'action spirituelle de l'Église implique que l'État dispose de compétences dans ce domaine. Or, non seulement l'État contrôle l'action spirituelle de l'Église, mais surtout : « la souveraineté [...] donne à l'État le pouvoir de déterminer seul l'étendue de la compétence étatique et donc le soin de fixer unilatéralement la limite de ce qui relève du spirituel et du temporel »²⁷⁶. Le fait que l'État puisse fixer ce qui relève du temporel et ce qui relève du spirituel indique que cette distinction n'est pas une distinction de nature puisque, en fonction de la limite, ce qui relève du spirituel peut relever du temporel et inversement. Ainsi, non seulement l'État peut investir des domaines préalablement qualifiés de spirituels, mais surtout, la distinction est purement formelle puisque même lorsqu'il reconnaît une limite, cela ne lui interdit pas de contrôler (au moins indirectement) l'action de l'Église dans ce domaine.

À ce titre il est impossible d'opposer par nature ce qui relèverait du politique et ce qui relèverait du religieux, car des politiques religieuses sont tout à fait concevables. Le seul sens compréhensible de cette distinction est donc bien de qualifier de religieux (ou spirituel) ce qui a trait à l'Église, et de politique (ou temporel) ce qui a trait à l'État. L'État s'opposant à l'Église et non à la religion, rien n'interdit à l'État de se penser comme confessionnel et au souverain d'imposer une religion où une pratique religieuse.

Il est vrai qu'Olivier Beaud a raison de rappeler que la souveraineté s'est construite dans un contexte de guerres de religion, et que donc l'État a entamé un processus de déconfessionnalisation entraînant une politique de tolérance : « la souveraineté a été pensée comme un moyen de surmonter la division religieuse en permettant à l'État d'imposer à tous ses sujets la tolérance religieuse »²⁷⁷. De ce fait, il peut sembler que l'État se construit contre la religion, en la rejetant en dehors de la sphère publique. Néanmoins, la tolérance religieuse n'est qu'un élément conjoncturel, lié à la nécessité de trouver un compromis pour mettre fin à une guerre civile, face à l'incapacité de l'État de mobiliser des ressources suffisantes pour y mettre fin d'une autre façon, et non pas un élément constitutif de l'État souverain. Ainsi, l'Édit de Nantes, présenté par Olivier Beaud comme « une traduction juridique exemplaire »²⁷⁸ de

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 65.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 67.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 68.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 67.

la politique de tolérance religieuse, fut révoqué. Il semble pourtant difficile de considérer que l'Édit de Fontainebleau nuit à la souveraineté de l'État. La séparation de la politique et de la religion ne saurait ainsi être un élément constitutif de l'État, ce qu'il semble reconnaître lorsqu'il déclare : « *la notion d'État (de République), n'a plus besoin d'inclure une référence à la religion. Ainsi, un changement de religion n'affecte plus l'identité de l'État [...] un État reste juridiquement un État dès lors qu'il est souverain* »²⁷⁹. Or, en posant la souveraineté comme le monopole du droit positif et puissance publique indivisible, la mise en place et la promotion d'une religion sont tout à fait compatibles avec la souveraineté. La neutralité de l'État souverain en matière religieuse est une possibilité, mais parmi d'autres. C'est ce qu'avait compris Hobbes, qui défendait le droit du souverain d'imposer des modalités de culte et de contrôler les doctrines enseignées. Enfin, il semble arbitraire, mais c'est probablement lié à l'histoire européenne et au processus de sécularisation, d'isoler la religion des autres conceptions du Juste et du Bien. Les guerres de religions sont avant tout des guerres de conceptions éthiques ou morales, où s'affrontent deux conceptions du monde. Il n'apparaît donc pas pertinent de les distinguer des autres conflits idéologiques.

La lecture d'Olivier Beaud est alors tout à fait compatible avec l'idée développée à partir de R. Jackson considérant que la naissance de l'État s'effectue par la soumission de l'ensemble des institutions normatives à une même autorité de compétence générale. S'il existe encore des institutions éditrices de normes, celles-ci sont soumises à l'État souverain :

Cette thèse [de la monopolisation du droit positif par l'État] qu'on assimile souvent à celle du monisme juridique, signifie non pas que l'État est le seul créateur de droit par des lois et règlements, mais que, grâce à la souveraineté, il contrôle également sa création par d'autres acteurs juridiques.²⁸⁰

À partir du moment où se trouve sur un territoire une institution disposant de l'autorité sur l'ensemble des individus, R. Jackson semble considérer que l'on a affaire à un État souverain. La souveraineté renvoie alors à la légitimité de la domination de cette institution qui est l'État au sens propre, et prend donc différentes formes en fonction des époques.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 67.

²⁸⁰ BEAUD O., *Op. cit.*, p. 197.

0.2.2 L'évolution de la souveraineté : différents modes de légitimation de la domination étatique

La suite de l'ouvrage ne concerne donc plus l'évolution de la souveraineté, qui est posée comme constante, mais bien l'évolution des structures politiques réalisant le principe de souveraineté qui reste constant : « *Although simplified for purposes of exposition, these were foundation element of the idea of state sovereignty as it emerged out of the debris of the medieval Christian empire. They have not change significantly in the past three centuries. However during that period the locus, uses, justification and variety of sovereignty have changed, with new ones and old ones abandoned* »²⁸¹. Il présente donc différentes formes qu'a pu revêtir la souveraineté en fonction de sa justification. Ainsi, avant de consacrer un chapitre aux formes politiques dérivant de la souveraineté du peuple (où il distingue entre la *parliamentary sovereignty*, *democratic sovereignty*, *totalitarian sovereignty*) et la manière dont elles se construisent (*national self-determination* et *territorial sovereignty*), il s'attache à présenter les divers modes de légitimation du pouvoir non démocratique (*divin right*, *dynastic sovereignty*, *imperial sovereignty*).

0.2.2.1 Souveraineté de droit divin.

La mise en place des premiers États souverains, principalement des monarchies, se fait d'abord par l'affirmation du droit divin des rois en place : « *the new sovereign of Europe came up with the doctrine of divine right of king* »²⁸². Le principe de droit divin est fondamental pour l'autonomisation du pouvoir laïc vis-à-vis du pouvoir pontifical, les rois devenant les représentants directs de Dieu sur Terre²⁸³. Il n'y a donc toujours pas sécularisation du pouvoir puisque le principe de droit divin est, par nature, un principe religieux (excepté dans le sens où le pouvoir est concentré dans les institutions dites séculières, c'est-à-dire aux mains des monarques laïcs). C'est bien l'éclatement de la *Respublica Christiana* par la mise en place d'Églises nationales, sous l'égide des rois souverains, qui sont ainsi légitimées :

²⁸¹ JACKSON R., *Op. cit.*, pp. 55-56.

²⁸² *Ibid.*, p. 56.

²⁸³ *Ibid.*, p. 57.

Post-medieval kings were imitated medieval popes. Papal claims to divine rulership over Christendom contained all the essential element of the doctrine of divine right: the idea of a sovereign state in the shape of the papal monarchy; the idea that unity in the state is only secured by absolute supremacy of one authority; the argument that sovereignty is vested in a single person by god and must therefore be obey; and the assertion that disobedience of sovereign and resistance to his commands is a mortal sin. The crucial difference was that there were now many divine kingships in Europe and no longer only one, and all of them were God's lieutenants, presumably even when they waged war against each other²⁸⁴.

Il apparaît donc bien que la formation des États souverains ne correspond pas tant à une évolution dans la conception de la nature même du pouvoir, mais plus à un changement de lieu et de référent. R. Jackson rappelle ainsi que l'on a pu parler de théocratie pour les Tudor²⁸⁵.

La question de la monarchie de droit divin vis-à-vis de la théorie de la souveraineté peut sembler problématique. En effet, Mairet considère la souveraineté comme le rejet explicite de toute transcendance dans l'origine du pouvoir. Beaud également, puisqu'il semble rejeter la religion hors du champ politique (même si toute sa démonstration tend à prouver le contraire²⁸⁶). Ainsi, chez ces deux auteurs, la souveraineté n'aurait de sens que si elle sert explicitement de fondement théorique au pouvoir de la République. En ce sens, il ne peut donc y avoir d'État souverain avant l'invention du concept et son acceptation comme fondement de l'ordre juridique. Néanmoins, cela impliquerait qu'il est impossible de parler d'État souverain avant (pour la France) la Révolution. La doctrine de l'absolutisme de droit divin étant postérieure à Bodin²⁸⁷, il faudrait alors admettre que sa théorie n'a pas été suivie d'effet. La question est de savoir s'il est possible de concilier une conception « souverainiste » du pouvoir et de la puissance publique, tout en affirmant que la forme de l'État est conforme à une justification religieuse ou idéologique. Le fait est que tout pouvoir doit trouver une source de légitimité, et les théories de la souveraineté ont souvent cherché à justifier le pouvoir par un principe (raison, volonté générale, tradition...²⁸⁸). La dimension religieuse de la justification du pouvoir ne doit donc pas être considérée comme une entorse au principe de souveraineté.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 57-58.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 45.

²⁸⁶ Cf. *supra*.

²⁸⁷ Cf. Beaud O., *Op. cit.*, p. 135.

²⁸⁸ Cf. *supra*.

0.2.2.2 Souveraineté dynastique.

La souveraineté dynastique correspond pour R. Jackson à une sécularisation du pouvoir des monarques. Ce n'est plus tant le droit divin qui vient légitimer le pouvoir des monarques que la tradition et l'usage, qui consacrent ainsi le droit de régner d'une famille :

for a lengthy period, however, dynastic sovereignty prevailed in European polities. Once kings and their families and their descendants could establish their claims to supreme authorities as valid in itself, without any reference to God or anyone else, sovereignty began to disclose itself as a purely secular form of authority residing in a dynasty's exclusive, prescriptive right to rule. Here "secular" means free from religious validation or theological concern. (...). When monarchs claimed to rule legitimately and lawfully by heredity, by inheritance, by marriage contract, etc. without need of any other grounds for their authority, either religious or popular, it is an indication that as happened. Such claims are conventionally labelled as "prescriptive" (Whight 1977: 157). Prescription should be understood as a claimed or title or right to something based on long use or enjoyment of it. It also contained the further idea of *ex injuria jus oritur*.²⁸⁹

Construite sur le long terme, relevant de la légitimité traditionnelle (au sens wébérien), la souveraineté dynastique se situe donc automatiquement dans une logique conservatrice peu propice à l'innovation. Certaines familles obtinrent ainsi le droit de gouverner et de commander, parce que ce droit leur avait toujours été reconnu (ou du moins depuis un temps assez long). Ce droit semble apparaître comme une propriété et fait que la responsabilité de l'État leur incombe²⁹⁰. Le fait que le pouvoir, mais également (et même surtout) le droit au pouvoir, soit monopolisé par certaines familles à l'exclusion de toute autre permettrait ainsi de parler de caste²⁹¹. Cette dimension dynastique du pouvoir aurait été selon O. Beaud un élément déterminant dans la construction de l'État souverain. Il insiste en effet sur la manière dont l'aspect dynastique a favorisé en France l'institutionnalisation de la monarchie par la mise en place d'un droit public successoral qui aurait permis la distinction entre la personne particulière et l'entité impersonnelle qu'elle représente.²⁹²

²⁸⁹ JACKSON R., *Op. cit.*, p. 62.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 63.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 62.

²⁹² Sur ce point, Cf. BEAUD O., *Op. cit.*, pp. 182-183.

0.2.2.3 Souveraineté impériale (*Imperial sovereignty*)

Le système étatique et la dynamique d'équilibre des puissances qui se mettent en place au XVI^e siècle avec le traité de Westphalie exportent l'impérialisme européen hors de ses frontières²⁹³. R. Jackson met en effet l'accent sur la différence de statut (et de comportement) entre d'une part les pays européens qui se seraient considérés comme égaux et structurés par le principe d'équilibre des puissances, et d'autre part le reste du monde, ouvert à l'impérialisme européen, où se déploiera la souveraineté impériale.

Ce serait avec le développement de l'impérialisme que la dimension territoriale de la souveraineté se précise. Le processus de colonisation des Amériques puis du monde qui commence au XVI^e siècle entraîna une compétition entre les États européens. Or, la concurrence et les conflits qu'elle entraîne nécessairement les convainquirent de normaliser leurs rapports et les conditions d'acquisition de Terres nouvelles, au-delà de la simple conquête²⁹⁴. Cela posa la question de la légitimité de la possession d'un territoire :

When European states began to penetrate non-European continent and ocean in the early-modern era, usually in competition with each other, the question of title to territory arose: both in relation to each other and in relation to the non-European political systems that occupied those territories. Sovereignty was conveniently available as an institution for taking legal possession of foreign territory in an orderly fashion.²⁹⁵

La composante territoriale de la souveraineté se serait alors précisée vers cette époque. Reprenant les développements de B. Nicholas²⁹⁶, R. Jackson considère que le territoire deviendrait possession de l'État, et l'appropriation de nouveaux territoires se ferait alors sur la base des règles d'acquisition domestique dans le droit romain : « *In acquiring non-European territory the European states were indeed guided by Roman principles and practice: by occupation of terra nullius [...], by cession [...], by inheritance, and by war and conquest* »²⁹⁷. La normalisation des rapports de conquête (mais aussi de navigation sur mer) implique le développement du principe de reconnaissance, puisque la souveraineté devient un droit à gouverner un territoire, ce droit doit être reconnu par les autres afin de pouvoir échapper à une dynamique purement conflictuelle. Or, la reconnaissance mutuelle entre États souverains pouvant exercer une domination légitime sur un territoire ne concerne au début (et jusqu'au XIX^e siècle) que les États Européens, tandis que le reste du monde (ou presque) est considéré

²⁹³ *Ibid.*, p. 67.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 73.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 73.

²⁹⁶ NICHOLAS B., *An introduction to roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 98-157.

²⁹⁷ JACKSON R., op. cit., p. 72. Ces éléments seraient explicités dans les British Foreign Jurisdiction Actes de 1896 et 1913.

comme libre de toute domination légitime (et donc ouvert à l'appropriation par les États européens).

R. Jackson distingue l'impérialisme (qui crée la souveraineté impériale) de la conquête²⁹⁸. Alors que la conquête renverrait à l'intégration de nouveaux territoires (et donc de nouvelles populations), l'impérialisme serait l'acquisition de terres sans fusion avec le territoire principal. La conséquence est qu'il n'y a pas transposition de la citoyenneté aux populations indigènes (ou du moins dans des critères identiques). La souveraineté impériale serait donc l'exercice de la souveraineté sur un territoire autre :

When a government exercises supreme and exclusive authority over a foreign territory and its population, that government can be said to possess imperial sovereignty. A foreign territory is somebody else's homeland. Imperial sovereignty is thus an assertion of supremacy by a foreign power and a rejection of an independent right to rule of an indigenous government or people, thereby imposing a dependent status on the territory and its population.²⁹⁹

L'impérialisme serait donc la domination d'un État sur un territoire considéré comme lui appartenant mais extérieur à lui. Cette différence s'expliquerait pour R. Jackson par les différences raciales et culturelles, qui rendraient impossible l'assimilation pure des populations : « *They could not be integrated as equal member states owing their deep differences in civilisation, religion, culture, race, language, etc., All of which was seen as profoundly alien to European civilisation.* »³⁰⁰. A ces différences, il faudrait également ajouter un sentiment de supériorité qui s'inscrirait dans une longue tradition occidentale :

In the relation of European state to political authorities in the rest of the world Westphalia initially reiterated and reinforced a doctrine of the superiority of Christian and European civilisation, the moral inequality of peoples, the right of intervention, the right of conquest, and ultimately the right of colonization. The old medieval boundary between Christendom and the non-Christian world, which itself succeeded that between the Roman Empire and the barbarian world, was redefined yet again, now as a line between the civilized European cum Western world and the not yet fully or properly civilized rest of the world.³⁰¹

Ce sentiment de supériorité aurait ainsi permis de justifier la non-reconnaissance des pays non européens. La souveraineté impériale est donc principalement construite sur un principe inégalitaire, estimant les peuples non européens incapables de se gouverner eux-mêmes³⁰², mais également impropres à être directement assimilés.

Le principe de reconnaissance, découlant de la nécessité pour les États européens de normaliser leurs relations, ne concerne donc pas les non européens. La reconnaissance ne leur sera accordée que bien plus tard : « *they arrive to the later position* [à la généralisation du

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 67-68.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 77.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 68.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 67.

³⁰² *Ibid.*, p. 67-68.

principe de reconnaissance] *after a period of uncertainty when their power was insufficient to impose their political will on resisting indigenous government outside Europe.* »³⁰³. La généralisation du principe de reconnaissance serait donc au moins autant liée à un rééquilibrage des puissances non européennes vis-à-vis des puissances européennes qu'à une évolution de la perception du droit et de l'égalité entre les peuples. En inversant, il est alors possible de supposer que la non reconnaissance de la souveraineté des territoires non européens est autant liée au déséquilibre des puissances qu'à une incapacité supposée des cultures non européennes : étaient admises au concert des nations les puissances qui représentaient une menace pour les puissances européennes et avec qui les rapports requerraient une normalisation, parce que potentiellement dangereux³⁰⁴ ou suffisamment forts pour maintenir une indépendance de fait.

En dehors de ces trois formes (de droit divin, dynastique et impériale), la souveraineté s'entend comme souveraineté du peuple, qui lui semble également l'achèvement du principe : « *Sovereignty would seem to end its journey as popular sovereignty* »³⁰⁵. L'idée de souveraineté du peuple consisterait à estimer que l'autorité suprême réside dans la volonté ou le consentement du peuple d'un État indépendant³⁰⁶. Néanmoins, si cela a aujourd'hui la force d'une évidence, R. Jackson rappelle la difficulté de définir précisément cette notion, principalement parce que le peuple est une abstraction³⁰⁷. Ainsi, parce qu'il est une fiction et non une réalité concrète, la mise en place de sa souveraineté pose problème car il est une reconstruction politique et donc ne peut être le fondateur. Le peuple (et sa parole posée comme principe suprême de légitimation) est toujours construit, convoqué. Il ne peut parler par lui-même et pour lui-même³⁰⁸. Ainsi, la souveraineté du peuple prendra plusieurs formes, en fonction de la manière dont seront construits le peuple et sa volonté. Il semble donc que R. Jackson s'inscrive plus dans le cadre d'une conception hobbesienne de la souveraineté (c'est-à-dire construite artificiellement par la procédure), que dans une conception rousseauiste (qui implique l'existence préalable d'une volonté générale dont il faut rendre compte).

³⁰³ *Ibid.*, p. 73.

³⁰⁴ Si cette hypothèse est valide, elle ne rend pas directement compte de la prise en compte des micro-puissances européennes. Toutefois, cette prise en compte peut s'expliquer d'une part par le traité de Westphalie et d'autre part par la nécessité d'assurer une stabilité en Europe afin de maintenir l'équilibre des puissances (en empêchant les grandes puissances de s'accroître en absorbant les petites).

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 78.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 78.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 78.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 80-81.

0.2.2.4 Souveraineté parlementaire (*Parliamentary sovereignty*)

La souveraineté parlementaire est la première tentative de réalisation de la souveraineté du peuple. La littérature sur la souveraineté des rois avait mis en avant son caractère absolu et suprême, et les parlements hériteront de cette conception illimitée du pouvoir³⁰⁹, posé comme non constitutionnellement limité. Néanmoins, R. Jackson rappelle que le mode même de fonctionnement d'une institution parlementaire implique nécessairement des limites structurelles, tant concernant ce qui est fait que ce qui peut être fait³¹⁰. Cela présuppose un corpus de règles acceptées, plus ou moins explicites, qui constitue alors la constitution du régime (matérielle ou formelle). Il est donc possible ici d'avancer l'idée que la simple existence d'une souveraineté parlementaire implique nécessairement l'idée d'une constitution réelle.

R. Jackson insiste sur l'aspect double de l'institution parlementaire : celle-ci est d'une part, un corps législatif (ce qui lui assure la souveraineté car le pouvoir législatif est posé comme le premier des trois pouvoirs), d'autre part un corps représentatif dont la fonction est bien de « *made present* » le peuple, que ce soit en entier ou en partie (au niveau des circonscriptions)³¹¹. Cette fonction représentative du peuple dans son ensemble est présente dès l'origine, indépendamment de la dimension du corps électoral³¹². Ainsi, le parlement représente tout le peuple même si l'ensemble des individus ne participe pas à la désignation de ces membres (dans ce sens, il est possible de rappeler la distinction entre citoyens actifs et passifs en France, ou le droit de vote n'est qu'une fonction). L'élargissement progressif du corps électoral renforça l'identification de la représentation au vote, ainsi que l'idée d'un parlement ayant pour fonction de retranscrire la volonté du peuple (et non plus de l'exprimer), ce qui amènera à la souveraineté démocratique. Alors que R. Jackson introduit cette dimension représentative lors de la souveraineté parlementaire, il faut toutefois rappeler que cette dimension représentative du peuple est présente dès la théorie de Hobbes. Le souverain (quelle que soit sa forme) est en effet pour lui le représentant de l'ensemble des individus composant le corps politique. Historiquement, il est également possible de retrouver cette idée dans le discours de « la flagellation », où le monarque Louis XV s'identifie à la nation et se

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 84. Le parlement britannique dispose ainsi d'un pouvoir comparable à celui des monarques absolus. O. Beaud confirme la compatibilité de la souveraineté avec le parlementarisme dans le cas anglais (Cf. BEAUD O., *Op. cit.*, pp. 76-81).

³¹⁰ *Ibid.*, p. 85.

³¹¹ *Ibid.*, p. 83.

³¹² *Ibid.*, p. 87.

pose donc comme son représentant. La dimension de l'instance représentative (un seul, plusieurs ou presque tous) ne modifie en rien sa dimension représentative. Le propre de la dimension parlementaire

Un autre élément fondamental dans le principe de souveraineté parlementaire consiste dans le fait que le parlement est (étymologiquement) un lieu de parole. A ce titre, le parlement est un lieu de neutralisation des conflits inhérents qui se résolvent alors par le débat, la discussion et le vote plutôt que par la guerre ou la rébellion : « *We have parliaments because we are determined to resolve our disagreements by discussion, debate, and voting rather than by war or rebellion. That is the doctrine of parliamentary sovereignty* »³¹³. La pratique parlementaire crée donc un esprit de compromis et de modération qui modifie les rapports politiques.

Même si la souveraineté parlementaire se posait déjà comme l'expression de la souveraineté du peuple, la logique démocratique et l'élargissement progressif du droit de suffrage amène l'idée de démocratie en considérant le peuple comme l'élément (le corps) devant avoir le dernier mot³¹⁴. Néanmoins, le fait de considérer que le souverain est le peuple pose un problème conceptuel renvoyant à la définition de celui-ci. Robert Jackson rappelle en effet que la définition de peuple est double, renvoyant soit à l'ensemble de la population prise comme un tout, soit à la seule classe populaire³¹⁵. Le premier sens renverrait principalement aux démocraties libérales, le second aux démocraties populaires. Il ne considère que les premières sous le vocable *democratic sovereignty*, les autres étant étudiées sous la catégorie *totalitarian sovereignty*.

0.2.2.5 Souveraineté démocratique (*Democratic sovereignty*)

La démocratie libérale pour R. Jackson comporte deux éléments : considérer le peuple (défini comme le corps électoral : « *citizenry* ») d'une part comme l'autorité suprême (et donc devant au moins participer à la désignation des gouvernants) et la source de légitimité du pouvoir ; d'autre part comme disposant de droits civils et politiques fondamentaux. Il distingue alors la démocratie directe de la démocratie représentative. La question se pose en effet du degré de participation du peuple. Reprenant la typologie de Jack

³¹³ *Ibid.*, p. 88.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 88.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 88.

Lively concernant le degré d'implication du peuple³¹⁶, il met en avant les difficultés matérielles d'une participation réelle de l'ensemble du peuple à la totalité du processus décisionnel. Il rappelle alors que, même lorsque le peuple prend des décisions (par exemple lors des référendums) il ne se prononce que sur des questions préétablies où il ne peut répondre que par oui ou par non³¹⁷. Il ne décide pas tant des lois ou politiques mises en place que de ceux qui vont les décider et les appliquer³¹⁸. Néanmoins, R. Jackson s'inscrit ici clairement dans la tradition américaine qui se méfie du peuple et voit dans la représentation un mécanisme salubre de sélection aristocratique des gouvernants³¹⁹, puisqu'il considère comme admis que la participation du peuple aux décisions pourrait amener à un désastre. Il est donc bien l'instance qui a le dernier mot et dont les gouvernants tirent leur légitimité. En outre, indépendamment de son jugement sur la non pertinence de la participation directe du peuple dans le processus décisionnel, R. Jackson rappelle que le peuple ne saurait avoir d'existence propre sans être justement pré organisé, à la fois constitutionnellement (ne serait-ce que pour déterminer qui dispose de la citoyenneté – et à quelles conditions) mais aussi institutionnellement (système électoral...) et socialement (liberté de la presse et des partis politiques...) ³²⁰.

0.2.2.6 Souveraineté totalitaire (*totalitarian sovereignty*)

La mise en avant de la souveraineté du peuple n'est toutefois pas, pour R. Jackson, en soi garante de l'aspect libéral ou démocratique (au sens précité). En effet, s'inscrivant dans la lignée de J. Talmon (dont il reprend le terme)³²¹, il rappelle que de nombreux régimes se revendiquant de la souveraineté du peuple sont devenus des régimes autoritaires de fait. La première occurrence de cette *totalitarian sovereignty* serait sous la Révolution française (le régime de la Terreur) ; elle se retrouverait ensuite dans les démocraties populaires et les régimes fascistes³²².

³¹⁶ LIVELY J., *Democracy*, Oxford, Basil Blackwell, 1975, p. 30. L'auteur y distingue sept niveaux d'implication, allant de la participation directe de tous à l'administration publique (niveau 1) au fait que les décisions soient prises dans l'intérêt des gouvernés (niveau 7). *Ibid.*, p. 91.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 91. Même s'il existe une procédure d'initiative populaire, le peuple ne délibère pas sur la proposition et ne peut l'amender.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 92.

³¹⁹ Sur ce point, voir l'ouvrage de Manin B., *Le principe représentatif*.

³²⁰ JACKSON R., *op. cit.*, p. 92.

³²¹ TALMON J., *The Origins of Totalitarian Democracy*, New York, Norton, 1970, pp. 43 et sq.

³²² JACKSON R., *op. cit.*, p. 94.

La caractéristique de la *totalitarian sovereignty* serait de concevoir la souveraineté du peuple sur le modèle de la *dynastic sovereignty*, en se servant du principe rousseauiste de Volonté Générale. Cette fiction permettrait de penser les individus en communion politique, sur le modèle religieux (il cite ainsi Talmon qui déclare : « *The nation is not the aggregate of men, women and children but a confraternity of faith* »)³²³. L'exercice de la souveraineté du peuple (qui renvoie alors ici en France à la notion de souveraineté nationale) est alors pensé comme actualisant la volonté de l'ensemble de la communauté politique (et donc, dans une perspective rousseauiste, la volonté de chacun). À ce titre l'exercice de la volonté du souverain peut facilement servir à justifier l'imposition de régime de terreur, pouvant aller de la simple dictature aux régimes les plus totalitaires³²⁴. De ce fait, la qualification de *totalitarian* n'est pas forcément des plus adroites, puisque la *doxa* universitaire (au moins française) réserve à ce mot un usage habituellement extrêmement restreint (nazisme et stalinisme uniquement) et qu'il est habituel de ne pas considérer comme totalitaires les démocraties populaires.

Il est ainsi possible de considérer que la principale différence entre la *democratic sovereignty* et la *totalitarian sovereignty* réside dans la manière dont sont pensés le peuple et sa volonté. Soit que, dans une perspective plus hobbesienne, le peuple souverain renvoie au corps électoral (*citizenry*) qui est censé avoir le dernier mot, ce qui permet de limiter les attributions de ceux qui exercent le pouvoir en son nom, soit dans une perspective rousseauiste où le peuple est le moi moral collectif, la nation, au nom duquel agit un groupe de personnes, sans qu'il soit possible de limiter son pouvoir.

Après avoir présenté les modes historiques de légitimation du pouvoir, R. Jackson montre comment aujourd'hui la réalisation d'entités souveraines pose problème. Deux solutions semblent ainsi possibles. La première considère que la base principale de l'État est le groupe et cherche donc à faire coïncider les frontières avec ce groupe. La seconde considère que la base principale de l'État est le territoire, et cherche donc à organiser le groupe dans des frontières préétablies.

³²³ *Ibid.* p. 94.

³²⁴ JACKSON R., op. cit., p. 96.

0.2.2.7 Souveraineté nationale (*National self determination*)

En posant le principe d'un État-Nation unifié, la Révolution française créa un précédent qui a profondément marqué l'histoire politique des XIXe et XXe siècles³²⁵. Les revendications politiques et les constructions étatiques se feront alors sur la base de la nation. L'idée qui progressivement s'impose est d'une part que chaque Nation a le droit à un État indépendant (ce qu'illustre bien le discours du président W. Wilson), mais également qu'un État plurinational est voué à l'échec (voir par exemple les théories de Stuart Mill)³²⁶, ce qui explique les différentes politiques d'assimilation (R. Jackson s'appuie ici sur l'exemple du Canada au XIXe siècle).

Robert Jackson rappelle alors les différents problèmes liés à cette conception de l'État-Nation : d'une part la non-concordance entre les territoires étatiques et les nations ; d'autre part la question des minorités. En effet, l'imbrication des différentes nationalités rend problématique l'idée d'un simple redécoupage territorial (solution qui a échoué après la Première Guerre mondiale). De plus, la question de l'autodétermination est compliquée puisqu'elle ne règle pas la question des minorités. Il prend alors l'exemple de l'Irlande du Nord :

If Ulster remains under British sovereignty and the Catholic population remains where it is, there will be a Catholic minority. If it is unified with the Irish Republic and the Protestant remains where it is, there will be a larger Protestant minority in the Republic. The minority fact will not be erased merely by transferring sovereignty over Northern Ireland from Britain to Ireland.³²⁷

Il y a donc selon lui trois types de solution³²⁸. Le premier consiste à assimiler les différentes minorités au sein de la nation dominante, mais s'il y eut des résultats probants (il donne l'exemple des États-Unis d'Amérique), le succès n'est pas garanti. Le second type de solution historiquement expérimenté consiste à accompagner les redécoupages territoriaux de transfert de population. Néanmoins, cette pratique lui semble aujourd'hui difficilement applicable : « *Today that would be ethnic cleansing – a violation of international human right– which is no longer supposed to happen.* »³²⁹. Le troisième type de solution, moins radical, consiste à tenter de modifier le rapport étroit entre Nation et territoire tel qu'il est conçu dans le principe d'autodétermination. Il s'agirait donc, par certains mécanismes (fédéralisme, multilinguisme, multiculturalisme...) de permettre une cohabitation entre les

³²⁵ *Ibid.*, p. 97.

³²⁶ *Ibid.*, p. 98.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 100-101.

³²⁸ *Ibid.*, p. 101.

³²⁹ *Ibid.*, p. 102.

différentes nations sur un territoire. Il cite de nouveau le Canada, qui aurait abandonné les politiques d'assimilation pour se lancer dans une politique de reconnaissance du multiculturalisme (bilinguisme, valorisation des différents héritages culturels...). Cela montrerait le succès possible d'un État multinational, malgré le risque toujours présent de sécession³³⁰. Cette formule lui semble toutefois l'avenir de l'État.

0.2.2.8 Souveraineté territoriale (*Territorial sovereignty*)

Cette discordance entre les Nations et les territoires étatiques interroge sur ce qui constitue le support réel de la souveraineté : « *Do a people or a nation determine the territorial extent of their sovereign jurisdiction, or do bordered territorial jurisdiction define and delimit the sovereignty of people or nation?* »³³¹. Si le principe d'autodétermination évoqué précédemment suggérerait la première hypothèse, R. Jackson rappelle que la souveraineté est avant tout construite territorialement : « *the received practiced is to vest sovereignty in a bordered territory rather than a distinctive people or nation. Sovereignty is a territorial definition of political authority. Territoriality became the foundation principle of sovereign statehood in the early modern period, and it has remained so ever since* »³³². Ainsi, pour R. Jackson, la configuration internationale actuelle montrerait bien la primauté de la dimension territoriale dans les constructions étatiques. Il rappelle la remarque d'Ernest Geller, qui notait que, dans un peu moins de 200 pays, environ 8 000 langues sont parlées³³³. La plupart des pays contiendraient ainsi différents groupes, divisés ethniquement ou linguistiquement³³⁴. Il rappelle également que la communauté internationale a toujours été réticente à toute modification des frontières et considère avec suspicion les mouvements séparatistes et indépendantistes³³⁵. Cela se traduirait principalement au niveau du droit international, qui garantirait les frontières établies : tant la SDN (dans son article 10) que l'ONU (dans son article 2) consacrent le principe d'intégrité territoriale, qui est rappelé dans de nombreux traités (Helsinki –1975– ; Paris –1990– ; Dayton –1995– ...) et organisations (l'Union africaine par exemple). Non seulement les solutions alternatives seraient toujours

³³⁰ *Ibid.*, p. 103.

³³¹ *Ibid.*, p. 104.

³³² *Ibid.*, p. 104.

³³³ *Ibid.*, p. 106.

³³⁴ *Ibid.*, p. 106.

³³⁵ *Ibid.*, p. 107.

préférées (par exemple la zone d'exclusion aérienne pour protéger les kurdes en Irak après la Première Guerre du Golfe) mais surtout, lorsque la partition est inévitable, cela se ferait toujours sur la base des divisions administratives internes préexistantes, qui deviennent alors les frontières internationales (ce qui s'est passé en Yougoslavie)³³⁶. Ainsi, à lire R. Jackson, le principe d'autodétermination semble plus concerner les populations inscrites dans des territoires préétablis que des peuples prédéfinis cherchant à obtenir un territoire.

Alors que la dimension institutionnelle était au cœur de la construction du principe de souveraineté, son évolution concerne la manière dont sont construits et pensés les rapports de pouvoir au sein de chaque République. À chaque forme institutionnelle correspond donc une conception de la souveraineté, en fonction de qui est pensé comme le souverain légitime et de la manière dont se pense la communauté. La souveraineté est toujours une puissance normative autonome, mais sa forme et sa justification peuvent évoluer. Or cette évolution est profondément liée à la manière dont est perçue la communauté politique, et principalement le peuple. À ce titre, les développements de Mairat abordés dans le premier point sont éclairants, notamment pour les formes de souveraineté du peuple. L'opposition entre une vision procédurale de la démocratie et une vision qu'il qualifie de totalitaire peut ainsi être rapprochée de l'opposition entre une dimension artificielle du peuple (dans une perspective hobbesienne³³⁷), dont la volonté est construite par la procédure, et la dimension naturelle du peuple (dans une perspective plus rousseauiste), dont la volonté est posée comme immanente. Or, l'opposition entre les modes de construction étatique (*national self determination* et *Territorial sovereignty*) renvoie à ces deux conceptions. Les apories que pose le problème des minorités entre un groupe défini substantiellement et les valeurs des Droits de l'Homme imposent la vision procédurale de la démocratie. De plus, la prégnance de l'approche territoriale de la souveraineté montre la victoire de cette vision de la démocratie : le peuple se définit maintenant comme une construction juridique et l'organisation politique doit permettre le pluralisme.

Le fait de ne pas considérer la justification et l'idéologie comme un élément constitutif de la souveraineté est conforme à la tradition juridique, qui n'est pas censée considérer le type de pouvoir mis en place dans un État souverain. Or, cela justifie de considérer comme État

³³⁶ *Ibid.*, p. 110.

³³⁷ Même s'il faut toutefois préciser qu'il existe au sein des démocraties procédurales une forte tradition libérale qui accorde aux individus des droits posés comme naturels et imprescriptibles.

souverain les monarchies de droit divin et tout État souverain qui, de manière générale, s'autorise à intervenir sur le plan religieux. Le fait est que si, sur le plan théorique, la souveraineté, comme le constate G. Mairet ou O. Beaud, est le rejet de toute transcendance, tout système politique se pose comme l'incarnation de valeurs qui sont posées comme étant premières. Que ces valeurs soient dites transcendantes ou dites transcendantales n'a finalement que peu d'importance et concerne plus le philosophe que le politiste³³⁸ : dans tous les cas, ce sont des Hommes qui déterminent, interprètent et appliquent ces valeurs. La mise en avant aujourd'hui de Droits de l'Homme posés comme naturels et imprescriptibles ne saurait être considérée comme une entorse au principe de souveraineté.

L'autre élément intéressant avec la théorie de R. Jackson est qu'elle permet *a contrario* de définir des entités non souveraines. D'une part, ne peuvent être considérées comme souveraines les entités où coexistent plusieurs institutions, créatrices de normes, disposant de légitimités différentes, d'autre part, ne peuvent également être considérées comme souveraines les entités ne disposant pas d'institutions capables d'imposer des normes. C'est donc bien l'unité (et l'effectivité) de la puissance publique qui permet de parler d'État souverain.

³³⁸ Ce point sera développé ultérieurement.

0.3 L'histoire de la souveraineté : les relations entre puissances

Dans son ouvrage *un monde sans souveraineté*³³⁹, B. Badie critique virulemment le principe de souveraineté pour lui opposer celui de responsabilité. Adoptant l'approche d'un internationaliste, il se place implicitement dans le cadre présenté par Mairet puisque l'analyse qu'il propose n'est pas tant une analyse du concept en lui-même, que de ses effets structurants dans le monde (au niveau des relations internationales). En effet, pour lui, la souveraineté n'est ni, comme chez Mairet, le concept censé rendre compte de l'autonomie de la République ni, comme chez Jackson, l'unité institutionnelle. Pour lui la souveraineté est l'affirmation sur la scène internationale de l'autonomie : « *On pourra donc définir la première [l'idée de souveraineté] comme l'ensemble des pratiques rhétoriques par lesquelles un État revendique la détention de la puissance ultime dans le but précis d'être reconnu comme tel par l'autre avec lequel il est appelé à coexister* »³⁴⁰. L'histoire de la souveraineté n'est donc pas ici l'histoire de la manière dont se pense la communauté politique (Mairet), ni celle de la manière dont elle se construit (Jackson) ; mais l'histoire de la manière dont elle utilise ce concept dans ses relations aux autres, dans une optique de coexistence par la reconnaissance de son autonomie : « *la souveraineté était là pour rappeler que chaque État était en même temps détenteur d'un pouvoir illimité, indépendant des autres, faisant ses propres lois, créant son ordre propre sans avoir à en rendre compte à quiconque au dehors : la souveraineté conduisait inmanquablement à l'irresponsabilité vis-à-vis des autres.* »³⁴¹.

Il s'agit donc bien de penser la souveraineté comme principe et de voir ses effets sur la scène internationale, d'identifier les différents schèmes comportementaux qu'elle entraîne, c'est-à-dire d'analyser la manière dont elle ordonne les rapports entre puissances : « *Elle [la cohérence que procure la fiction souverainiste] se trouve d'abord dans la définition des rôles et des codes de conduite interétatiques, des moyens de construire l'altérité sur la scène internationale* »³⁴². La souveraineté apparaît alors comme un principe générateur de pratiques et d'identités. Elle fait donc principalement sens dans le rapport à l'autre. Il ne s'agit plus d'un concept permettant de penser l'autonomie de l'État ou ce qui lui sert de fondement mais bien d'un élément de définition qui leur permet de se penser les uns par rapport aux autres. La

³³⁹ BADIE B. *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 90.

³⁴¹ *Ibid.*, p.8.

³⁴² *Ibid.*, p. 89.

souveraineté devient l'élément structurant de la scène internationale, déterminant les identités, les rôles et les comportements des différents acteurs. C'est donc en fonction de la manière dont sont construits les rôles et codes de conduite interétatiques que Badie va analyser la pertinence du concept de souveraineté (sa *cohérence*). Bertrand Badie semble alors donner un deuxième sens à la souveraineté : elle est un concept permettant de rendre compte des pratiques internationales. La souveraineté a donc chez Badie une double acceptation : d'une part elle est une ressource rhétorique dont se servent les acteurs ; d'autre part elle est un concept permettant aux théoriciens des Relations internationales de rendre compte de ces pratiques. Or, l'ouvrage de Bertrand Badie tente clairement de montrer, sur un ton polémique, l'inanité (voir même la nuisance) du concept de souveraineté.

Pour cela, il adopte une démarche constructionniste : « *On comprendra dès lors que cette prétention [la détention de la puissance ultime] est d'abord une construction sociale, qu'elle peut s'actualiser dans différentes formules de souveraineté, qu'elle ne cesse de susciter des contradictions, des conflits, mais aussi des pratiques nouvelles* »³⁴³. La démarche constructionniste apparaît d'autant plus justifiée que la souveraineté est abordée en termes de rôle, d'identité et de comportements plutôt que comme un outil théorique permettant de rendre compte conceptuellement des Républiques. Or, Ian Hacking a très bien montré la dimension intrinsèquement critique de toute analyse en termes de construction sociale :

Toute analyse en termes de construction sociale est une critique du *statu quo*. Les constructionnistes sociaux traitant du phénomène X [ici la souveraineté] tendent à soutenir que :

(1) X n'a pas besoin d'exister, ou n'a pas besoin d'être comme il est en quoi que ce soit. X, ou X tel qu'il est aujourd'hui, n'est pas déterminé par la nature des choses ; il n'est pas inévitable.

Très souvent ils vont plus loin et avancent que :

(2) Tel qu'il est X est assez médiocre.

(3) Nous nous sentirions beaucoup mieux si l'on pouvait se débarrasser de X, ou tout le moins le transformer radicalement.³⁴⁴

Le simple fait d'affirmer la proposition 1) implique en effet la possibilité de changer de construction sociale, et donc participe nécessairement de l'idée qu'une meilleure construction sociale est possible.

Tout le livre de Bertrand correspond pleinement à cette description, il suffit de remplacer « X » par « la souveraineté » pour résumer sa thèse : la souveraineté, construction

³⁴³ *Ibid.*, p. 90.

³⁴⁴ HACKING I., *Entre science et réalité*, Paris, La Découverte, 2008, p. 21. Il ajoute également une précondition (0) « Dans l'état actuel des choses, X est tenu pour acquis ; X apparaît comme inévitable ». (*Ibid.*, p. 28).

sociale « assez médiocre » entraîne de nombreux effets indésirables qui font qu'il serait plus qu'opportun de s'en passer ou du moins de la transformer radicalement.³⁴⁵

Cherchant donc à démontrer la non-pertinence du principe de souveraineté B. Badie va construire son histoire de la souveraineté (à laquelle est consacrée sa première partie appelée de manière très signifiante « Histoire d'une fiction ») à charge. Il cherche ainsi d'abord à montrer que la souveraineté est une invention contestée qui a subi différentes formulations dans un monde régi par d'autres principes. Il cherche ensuite à montrer que lorsque c'est la souveraineté qui ordonne la scène internationale, elle suscite des contradictions, ce qui la rend inappropriée pour ordonner et rendre compte de la scène internationale.

0.3.1 L'apparition contestée et circonstanciée du concept de souveraineté

La souveraineté a été construite comme un concept censé rendre compte des communautés politiques. À ce titre, elle est posée comme un concept scientifique, dont il serait impossible de se passer pour avoir une vision cohérente de ces communautés. Bertrand Badie l'analyse lui comme outil de revendication d'autonomie et comme concept censé rendre compte des pratiques des acteurs étatiques. La question n'est donc pas comment sont constituées les Républiques, mais comment elles utilisent le concept de souveraineté pour affirmer leur autonomie.

Les développements de Badie sur l'apparition du concept de souveraineté s'attachent clairement à montrer la contingence du principe tel qu'il serait perçu aujourd'hui. Selon Ian Hacking³⁴⁶, la contingence est le premier point de blocage entre les scientifiques et les constructionnistes. Certes, son raisonnement s'applique aux Sciences de la nature, mais la démarche est tout à fait transposable. La contingence consiste à considérer qu'il serait possible de construire une conception du monde différente mais tout aussi cohérente (par exemple, Pickering soutiendrait que l'idée des quarks serait liée à un tournant de la physique dans les années 1970, mais que ce tournant n'avait rien de nécessaire et qu'une physique alternative,

³⁴⁵ Ces effets indésirables, qui font que, pour Badie, l'on se passerait bien de la souveraineté telle qu'elle est aujourd'hui, seront traités principalement dans la partie traitant des Relations internationales.

³⁴⁶ HACKING I., *Op. cit.*, pp. 98-114. Les autres points de blocages concernent le nominalisme et les explications de la stabilité des théories scientifiques.

sans les quarks, aurait pu se développer). Elle est donc un élément fondamental de la perception constructionniste : c'est parce que les conceptions du monde sont contingentes que les construits sociaux ne sont pas inévitables et déterminés par la nature des choses.

Appliquée à la souveraineté, cela signifie qu'il serait possible de rendre compte des Républiques et de leurs rapports mutuels sans le concept de souveraineté ou avec une autre acceptation du terme. Les acteurs pourraient se penser différemment et donc adopter des comportements différents³⁴⁷. La partie historique de Bertrand Badie cherche ainsi à montrer la contingence du principe de souveraineté. Pour cela, il montre d'une part que d'autres acceptations de la souveraineté ont été formulées et pourraient donc servir de manière plus appropriée. D'autre part, il montre également que la souveraineté n'a pas été le seul mode de relations entre Républiques sur la scène internationale, qui peut donc être organisée selon d'autres principes.

0.3.1.1 L'invention du concept par les philosophes : diversité et désaccord.

Bertrand Badie commence l'histoire critique de la souveraineté par sa définition par les philosophes, mettant en avant les différentes conceptions de ceux-ci. Il montrera ainsi qu'il n'y a pas de vision homogène de la souveraineté. Or, les différentes visions qu'il propose induiraient, en fonction de la conception choisie, des différences dans la manière dont se concevraient les acteurs étatiques et donc indirectement dans la manière dont seraient structurées les Relations internationales. Badie mobilise alors cinq auteurs, chacun permettant de saisir une dimension de la souveraineté et des conséquences qu'elle pourrait avoir dans la structuration des Relations Internationales.

D'un point de vue philosophique, B. Badie place l'invention du concept de souveraineté chez J. Bodin, qui la poserait comme « puissance ultime et perpétuelle »³⁴⁸. La souveraineté chez Bodin deviendrait ainsi la substance de la République, sa définition même. Or, pour Badie, la souveraineté ainsi définie, de par son caractère suprême, perpétuel et

³⁴⁷ Bertrand Badie s'inscrit donc dans le courant constructiviste des Relations internationales.

³⁴⁸ BADIE B. *Op. cit.*, p. 21.

illimité, n'aurait de sens que si elle repose sur « *une transcendance affirmée* »³⁴⁹. Considérer que Bodin transpose au Prince, par le biais de la souveraineté, les attributs d'une divinité est surprenant. Cela traduit une profonde méconnaissance du principe qui, justement, se pose comme un fondement profane et interne à la République. Ce n'est pas à cause d'une transcendance que la souveraineté est posée comme puissance ultime. C'est la conséquence posée comme nécessaire de l'unité de la puissance publique³⁵⁰.

Cette dimension ultime et illimitée de la souveraineté lui fait alors déjà pressentir un caractère fictionnel de la souveraineté :

Si la souveraineté n'est pas un attribut mais la substance même de la République, elle risque d'être promise à la fiction : la République n'a de réalité que si elle est capable d'assumer ce pouvoir ultime. Bodin avait placé la barre très haut : la qualité de république revient à la cité qui démontre qu'elle ne dépend d'aucune autre puissance : l'internationaliste contemporain peut rester perplexe...³⁵¹

Deux éléments peuvent être tirés de cette citation. Le premier est que Bertrand Badie a très bien perçu que le statut de République chez Bodin (de même que chez Hobbes) est conditionné à un critère d'effectivité. Ne sont pas des Républiques les entités ne disposant pas d'une puissance ultime. En effet, un État souverain dont la puissance publique en interne ne s'imposerait pas, parce qu'elle rencontrerait une résistance quelle ne pourrait vaincre, ne serait pas une République au sens de Bodin, ce ne serait pas un État. Or, Badie semble refuser cette possible conditionnalité du statut de République. Il la refuse d'autant plus, et c'est le second élément, qu'il semble considérer comme improbable une réelle indépendance des Républiques.

Sans anticiper sur les points suivants³⁵², il faut ici préciser le malentendu dont semble être victime B. Badie. Le raisonnement de Bodin considère qu'une République est un droit gouvernement des ménages et de ce qu'il leur est commun avec puissance souveraine. La République est donc sur ce point, celui du droit, une entité close. La dépendance est ici avant tout une dépendance juridique, et ne saurait donc être confondue avec une dépendance économique ou militaire. Un État souverain est un État dont les décisions ne peuvent être cassées qu'avec son accord, c'est-à-dire seulement s'il change d'avis. Or, selon Badie, ce serait parce qu'elle se présente comme l'actualisation d'une transcendance (en l'occurrence chez Bodin la volonté divine), soumise par principe à aucune obligation de quelque sorte, que la souveraineté n'admettrait aucun contrôle, que toute idée de juridiction internationale serait

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 22.

³⁵⁰ Cf. *infra*.

³⁵¹ BADIE B. *Op. cit.*, p. 22.

³⁵² La question des rapports entre puissances sur la scène internationale sera abordée au chap. 1 (Cf. *infra*).

rejetée : « la souveraineté n'est cohérente que si elle est sacralisée et, comme telle, elle ne saurait se plier à aucune juridiction n'y aucun contrôle »³⁵³. Ici encore, Badie manque la dimension profondément juridique du raisonnement de Bodin. Si l'idée d'un contrôle du souverain est impossible, c'est toujours la conséquence de l'unicité et l'indivisibilité de la puissance publique, et non pas à cause d'une quelconque sacralisation. L'entité qui pourrait invalider les décisions du souverain serait de ce fait le souverain, puisqu'elle disposerait de l'utilisation de la puissance publique en dernier recours. Or, pour Badie, ce refus de Bodin de toute instance supérieure au souverain n'est pas lié à une exigence théorique fondée sur l'autonomie de la puissance publique mais à la volonté de préserver la République (française) de toute ingérence :

Du point de vue international, l'œuvre de Jean Bodin avait pourtant tout de suite fixé l'essentiel : la République souveraine n'étant contrainte par aucune obligation de quelque nature que ce fut, l'idée d'une juridiction internationale paraissait insoutenable. On retrouve l'obsession de notre auteur qui souffrait du spectacle d'un roi de France affaibli, livré au jeu des puissances voisines : ni l'Angleterre ni l'Espagne n'avaient à se mêler de la guerre civile en France³⁵⁴

L'œuvre de Bodin n'est donc pas réellement prise au sérieux. Bertrand Badie semble ainsi s'inscrire dans une optique de dévoilement (au sens de K. Mannheim) : l'œuvre est abordée à travers sa fonction extra-théorique postulée (le refus de l'ingérence des autres puissances) et non pas réfutée (malgré une petite page de commentaires incisifs).

Face à cette affirmation de l'autonomie des corps politiques, dont B. Badie n'hésite pas à dénoncer les possibles *relents totalitaires*³⁵⁵, l'auteur met en avant Grotius, qui aurait essayé, justement, de résoudre les contradictions possibles entre l'affirmation forte d'une souveraineté hostile à toute norme supérieure, et le droit. Le concept de souveraineté pris radicalement serait ainsi facteur de désordre international :

Témoin de la guerre de Trente Ans, Grotius avait le pressentiment de ce à quoi mènerait un système westphalien composé d'États absolument souverains que le pape et la religion ne peuvent plus réconcilier. Un peu de souveraineté permet de construire les États contre la guerre civile ; trop de souveraineté les conduit à s'entre-déchirer³⁵⁶

En effet, l'approche hobbesienne (qui serait celle présidant l'instauration du système westphalien), que Badie développe peu, considère que la politique « n'existe et ne fait sens qu'à travers l'État qui en dérive »³⁵⁷. Ce point est tout à fait exact puisque pour Hobbes, le propre d'une communauté politique est justement de subsumer les différentes volontés et

³⁵³ BADIE B. *Op. cit.*, p. 22.

³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 22-23.

³⁵⁵ BADIE B. *Op. cit.*, p. 23.

³⁵⁶ *Ibid.*, p.24.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 25.

conceptions individuelles, par le biais de la représentation, sous celle du souverain, ce qui serait le seul moyen de dépasser l'irréductible divergence d'opinions source de conflit. Il ne saurait donc y avoir d'espace politique non étatique, puisque par définition tout rapport humain non soumis à une autorité souveraine est susceptible de dégénérer en conflit violent et qu'un espace politique est un espace de souveraineté. Du coup, « *l'idée d'un acteur international non étatique est dès lors absurde, tout comme celle d'une juridiction internationale arbitrant entre les États et atténuants les souverainetés* »³⁵⁸. Parce qu'il n'existe pas de point d'accord en dehors de la volonté du souverain, et que le respect des lois n'est envisageable qu'avec l'appui de la force³⁵⁹, la scène internationale est comparable à l'État de nature³⁶⁰ :

L'international incarne dès lors la puissance face à l'interne qui exprime le droit et la volonté populaire alors que la société internationale entrevue par Grotius est inévitablement suspecte d'anarchie, de complot, pour n'être que l'accomplissement de rapports de force. Bien des réserves contemporaines à l'encontre de la mondialisation et des flux transnationaux, ou visant toute diplomatie qui ne serait pas strictement nationale, ou consentirait des abandons de souveraineté, trouvent ici leur origine.³⁶¹

La souveraineté, parce qu'elle est l'affirmation de l'autonomie (et donc de la liberté d'un peuple) et la source du droit, serait donc fondamentalement incompatible avec toute forme de regard externe sur les affaires internes d'un État, assimilé à de l'ingérence et négateur de la liberté du groupe³⁶². Mais surtout, ce que ne semble pas prendre en compte B. Badie, c'est que pour ces deux auteurs, le droit ne fait sens que dans et par la souveraineté. C'est parce qu'il y a puissance souveraine que le droit gouvernement de plusieurs ménages est possible.

Il s'agirait donc pour Grotius, selon Badie, de tempérer le choc des souverainetés, en les soumettant à un ordre juridique, tout en respectant leur liberté. Le problème (en dehors d'un ordre juridique respectueux des libertés) qui se pose immédiatement, concerne d'une part l'origine de ce droit et d'autre part celle de son aspect contraignant. Bertrand Badie nous rappelle que pour Grotius « *le droit naturel et le droit divin (que notre bourgeois protestant se doit de distinguer) sont supérieurs aux actes de l'État* »³⁶³. De plus, le droit des gens, tout en étant défini contractuellement par les États, crée « *des obligations et reste [...] contrôlé par*

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 25. Ce n'est pas tant que l'idée d'un acteur international non étatique soit absurde, mais les rapports sur la scène internationale étant avant tout des rapports de puissance, ceux-ci, ne disposant pas du pouvoir de contrainte, ont de fait une puissance moindre (mais pas nulle). Par contre, effectivement, l'idée d'un acteur non étatique disposant d'un pouvoir de contrainte (ce que sous-entend l'idée d'une juridiction internationale) est une contradiction dans les termes (Cf. *infra*).

³⁵⁹ Voir *Léviathan*, chap. XIII.

³⁶⁰ BADIE B., *Op. cit.*, p. 25.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 25-26.

³⁶² *Ibid.*, p. 25.

³⁶³ BADIE B. *Op. cit.*, p. 23.

les normes qui lui sont supérieures. L'État n'est décidément plus seul sur la scène internationale : sa souveraineté est quelque peu mise sous surveillance tant par les principes que par les lointains ancêtres des réseaux transnationaux »³⁶⁴. Grotius restaurerait donc face à la souveraineté l'idée d'un droit naturel, contraignant³⁶⁵ mais non négateur de liberté. Or, B. Badie ne peut que parler par métonymie, puisqu'il est difficile de concevoir comment des principes pourraient surveiller quoi que ce soit (quant à ces lointains ancêtres des réseaux transnationaux, leur référent reste ambigu). Il faut donc ici supposer que B. Badie fait référence à une instance chargée de surveiller l'action des États en fonction de ces principes de droit naturel (car une norme juridique n'a de réalité que par rapport à une instance qui l'édicte, l'interprète, et surtout l'applique³⁶⁶).

En effet, il faut rappeler que Grotius proposait trois modes de résolution de conflit : la conférence, l'arbitrage et le sort. Or, Jean Graven rappelle que, développant surtout l'arbitrage, ce que propose Grotius consiste bien en un conseil ou une Cour permanente internationale :

elle [cette suggestion] est intéressante en ce qu'elle préconise une convention internationale pour la solution des litiges, la constitution de Conférence des États, l'institution de sanctions afin de les rendre plus efficaces, et en ce que cela suggère, moins un « arbitrage » proprement dit que « plutôt une juridiction à l'aide d'un Conseil ou si l'on veut une cour permanente, qui constituerait pour chaque conflit éventuel un tribunal composé des délégués étrangers au conflit, et qui serait chargée de surveiller l'exécution des sentences »³⁶⁷

Le problème se situe bien évidemment sur la question de l'application des sentences. Sans anticiper sur les développements ultérieurs, il est possible d'évoquer deux solutions originales : soit laisser l'application des décisions aux États (avec le risque que l'application et donc le droit soient soumis à la discrétion des États puissants qui auraient les moyens de l'appliquer) ; soit faire en sorte que ce conseil dispose de sa propre force (ce qui en fait de facto un État souverain).

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 24.

³⁶⁵ « L'objet du *De jure pacis et belli*, [...] est d'étudier les droits de la nature et des gens et de montrer en quoi ces droits s'imposent aux autorités politiques comme une norme transcendante. » in. NEMO Ph., *Op. cit.*, p.235. ; « il [Grotius] ne proposait rien de moins qu'une neuve élucidation, un rajeunissement, une modernisation de la vénérable notion du Droit naturel. » in. CHEVALLIER J-J., *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot & Rivage, Ed. 2006, pp.297-298.

³⁶⁶ Cf. *supra*. Le passage précité d'O. Beaud où il rappelle « le sage conseil de Hobbes sur la liaison forcée entre les normes et les instances qui les posent ».

³⁶⁷ GRAVEN J., *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit*, Paris, Ed. A. Pédone, 1970, p. 69. Le passage entre guillemets est tiré de LANGE L. C., *Histoire de l'internationalisme*, Kristiania, H. Aschehoug, 1919, p. 322. ; Ouvrage dont s'inspire très largement, sans le nommer, J. GRAVEN pour son développement sur Grotius.

Le but fondamental, pour la tradition inaugurée par Grotius, serait donc de restaurer, par-delà l'anarchie que crée la confrontation de volonté souveraine, un ordre juridique qui imposerait un ordre moral auquel devraient se conformer les États :

aussi leur oppose-t-il une morale humaniste qui n'est plus la projection de la seule volonté souveraine des États. On entrevoit les questions d'aujourd'hui : le marché international mais aussi les guerres injustes, la sanction de ceux qui en sont coupables, la protection des biens communs... Grotius, ce sage et savant homme, savait déjà condamner Karadzic.³⁶⁸

Or, la grande hypothèse de la souveraineté est que justement, ce droit gouvernement des ménages, cette morale concrète réalisée, n'est possible que dans et par la souveraineté³⁶⁹, c'est-à-dire appuyé par une puissance qui peut rendre cette morale humaniste possible.

Il y aurait donc pour Badie deux grandes conceptions de la société internationale : celle issue de la conception Hobbesienne de la souveraineté et celle proposée par Grotius. Si sur le plan de la pratique historique, c'est le modèle hobbesien qui semble avoir triomphé³⁷⁰, et s'est imposé dans les représentations des acteurs, modelant ainsi leur comportement, de nombreux philosophes auraient néanmoins tenté de réimposer le droit naturel au sein de la réflexion politique, et permettent d'avoir une approche moins radicale de la souveraineté, notamment John Locke et Emmanuel Kant.

Tout en reconnaissant que Locke s'est peu soucié de la dimension internationale dans ses traités (mais il faut rappeler que Bodin et Hobbes également), B. Badie considère qu'il apporte un élément important concernant la pensée de la souveraineté. En effet, en affirmant que la souveraineté de l'État correspond à une « *mission de confiance attribuée par le peuple dans le respect du droit naturel* »³⁷¹, Locke se situerait dans une vision fonctionnelle de l'État et de la souveraineté. Il serait donc possible d'évaluer si oui ou non la diplomatie (mais plus généralement la politique des États) répond à ces fonctions. De plus, en pensant les fonctions de l'État sur le mode de l'universel, il serait alors possible de s'interroger sur la pertinence d'une conception hobbesienne de la souveraineté, puisque celle-ci apparaîtrait difficilement compatible avec les missions de la souveraineté :

la diplomatie des États répond-elle aux exigences présentes de l'humanité, aux besoins de la paix, de la sécurité, du bien-être matériel et moral ? Sait-elle gérer les biens communs de l'humanité ? La souveraineté n'est-elle pas porteuse d'entraves ? Appréhendée dans ses

³⁶⁸ BADIE B., *Op. cit.*, p. 24.

³⁶⁹ Cf. *supra*.

³⁷⁰ BADIE B. *Op. cit.*, p. 26.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 27.

fonctions, l'idée de souveraineté n'a plus du tout la signification que lui conférerait l'analyse de sa genèse.³⁷²

Ce que sous-entend ainsi B. Badie, par cette succession de questions, c'est que l'universalisation, à l'échelle de l'humanité, des fonctions de la souveraineté, montrerait les limites d'une application stricte du principe de souveraineté à des échelles plus restreintes. Certes, il a été déjà dit que le principe de souveraineté renvoie à l'indétermination matérielle des lois et à l'absence de fonctions téléologiques de l'État³⁷³. En cela, l'idée de fonctions essentielles renvoie plus à un projet politique historiquement situé qu'à ses propriétés intrinsèques. Il est néanmoins possible de s'accorder sur la paix civile, non pas tant parce qu'elle serait le but de l'État que sa définition. Or, la dynamique que créent les rapports entre États se revendiquant souverains se rapproche de l'état de nature hobbesien, et serait donc à terme incompatible avec la définition même de la souveraineté, qui est de régler les rapports par le droit, permettant le *Common-Wealth*. Il y aurait donc, selon Badie, une contradiction fondamentale dans le principe de souveraineté, entre sa dimension pacificatrice en interne et belligère sur le plan international.

Il apparaît donc clairement que B. Badie situe sa réflexion au plan international. La question fondamentale pour lui est bien de celle de la cohérence d'un monde divisé en États souverains, et du respect ou non de leur souveraineté, quand bien même cette question est étrangère aux principaux théoriciens de la souveraineté. Néanmoins, cette transposition de la problématique de la souveraineté sur le plan international lui semble légitime puisqu'il récuse une séparation stricte entre souveraineté interne et externe³⁷⁴, les deux s'influençant réciproquement. Or, la souveraineté, tout en étant pour lui une fiction, entraînerait ainsi « *les confrontations les plus dures* »³⁷⁵, dans sa version la plus hobbesienne. Il rappelle alors justement que celle-ci n'est pas la seule conception de la souveraineté, et qu'une refondation de l'ordre international contemporain n'impliquerait donc pas nécessairement un abandon de la notion, mais pourrait se satisfaire d'un simple changement de définition, ce qui permettrait de remodeler les pratiques des acteurs et donc de transformer la dynamique internationale. Il semblerait ainsi difficile de se passer de l'idée de souveraineté puisque celle-ci est la transposition théorique de la liberté politique de l'Homme, tout en étant conscient des problèmes posés par sa sacralisation (il faut ici rappeler à quel point la problématique que

³⁷² *Ibid.*, p. 27.

³⁷³ Cf. *supra*. (O. Beaud).

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 27.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 27.

semble développer Badie est similaire à celle posée en interne par les théoriciens de la souveraineté).

Ce serait Kant qui aurait, selon Bertrand Badie, le mieux saisi cette difficulté de concilier d'une part l'aspect transcendant de la souveraineté, nécessaire pour assurer sa fonctionnalité (car l'imposition d'un ordre est plus aisée lorsqu'il est pensé comme intrinsèquement juste), et d'autre part l'aspect fictif de cette transcendance, puisque librement créé. Fiction nécessaire, la souveraineté s'avèrerait alors être un concept délicat à manier :

celle-ci [la souveraineté] est à la fois une construction sociale et un impératif avec lequel il est très difficile de ruser. Ainsi, l'action internationale doit-elle à tout prix non seulement maintenir le discours de souveraineté mais aussi démontrer qu'aucune de ses initiatives ne remet en cause un tel impératif. Bricolage durable mais combien fictif qui révèle un monde écartelé entre deux absolus : faire de la souveraineté une transcendance dont il faut cacher les entailles qu'on lui inflige ; ou réinventer un droit naturel qui lui serait supérieur et qui ne saurait être, par définition, soumis à aucune juridiction³⁷⁶

S'il ne l'évoque pas, il peut être utile en effet de rappeler que Kant propose une alliance fédérative qui ne serait pas un État souverain justement afin de préserver la liberté pensée comme l'appartenance à une Nation souveraine.

Cette aporie et les contradictions qu'entraînerait le respect des différentes souverainetés à l'échelle internationale rendraient problématiques le maintien de la souveraineté (dans sa version hobbesienne) comme principe ordonnateur de la scène internationale (et participent donc bien à montrer la seconde proposition avancée par Hacking). Néanmoins, comme il y eut dès le départ des tentatives pour résoudre cette contradiction en atténuant ou modifiant le principe de souveraineté, Bertrand Badie semble considérer qu'il serait possible d'utiliser une de ces versions alternatives pour résoudre ces contradictions. L'idée implicite développée par Badie serait que la scène internationale aurait tout aussi bien pu se construire à partir de la conception de Grotius de la souveraineté. La souveraineté, dans sa perspective hobbesienne, est donc bien un concept contingent, qui plus est, porteur de contradiction.

Afin de renforcer cette contingence du principe de souveraineté, Badie s'attache alors à montrer que la souveraineté n'a pas toujours été, loin de là, le principe structurant des relations internationales. Il va ainsi multiplier les exemples de situations historiques se déroulant hors du cadre de cohabitation des souverainetés, afin de montrer la contingence du

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 28.

cadre actuel et donc son possible dépassement (ce qui lui semble d'autant plus possible qu'il a essayé de montrer qu'il existait des visions moins radicales du concept).

0.3.1.2 La souveraineté comme modèle non universel des relations entre puissances

Les développements historiques que mobilise B. Badie ont pour principale fonction de montrer que les Relations internationales n'ont pas toujours été ordonnées par le principe de souveraineté (ce qui participe à la démonstration de la première proposition des constructivistes : la souveraineté –dans sa forme actuelle– n'est pas déterminée par la nature des choses, elle n'est pas inévitable) : « *la souveraineté des États marque des épisodes de la vie internationale, parmi d'autre.* »³⁷⁷. Le fait qu'il ait existé d'autres configurations permettrait ainsi de supposer qu'il est possible soit de revenir à une configuration antérieure, soit d'élaborer de nouvelles configurations, ce qui montrerait bien la contingence du concept.

Bertrand Badie s'attache donc à montrer en quoi le concept de souveraineté est inadapté pour rendre compte des logiques de pouvoirs au Moyen Âge, puisque les acteurs ne se définissent pas comme souverain. Or, adoptant ici une perspective plus large que celle développée par Robert Jackson, il ne se limite pas seulement au Moyen Âge européen mais mobilise également des exemples tirés des mondes asiatique et musulman³⁷⁸. Cela lui permet, par la multiplication des exemples, de minimiser temporellement et spatialement le champ d'application de la souveraineté³⁷⁹. Ainsi, dans de nombreux cas, tant en interne qu'en externe, le principe de souveraineté ne permet pas d'avoir une compréhension adéquate des situations géopolitiques existantes au Moyen Âge. En effet, l'existence d'empires à vocation universelle ferait que le jeu de puissance se déroulerait dans un cadre où l'idée d'une autorité suprême sur un territoire donné est absente, ce qui augmenterait la marge de manœuvre des *entrepreneurs politiques*, en multipliant les statuts possibles. De plus, il aurait existé un ensemble de normes et de principes contraignants (notamment sur le plan religieux), qui, en échappant au contrôle des États, nierait le principe de puissance ultime (et donc d'autonomie).

³⁷⁷ *Ibid.*, p.7.

³⁷⁸ S'il existe quelques références à l'Empire romain, le point regrettable, ici encore, est l'absence des Cités grecques.

³⁷⁹ Le fait de sortir du cadre européen dans une histoire de la souveraineté n'a en effet de sens que pour insister sur la relativité du concept.

Les premiers exemples que va ainsi mobiliser B. Badie concernent les empires. Les empires malmèneraient le principe de souveraineté à deux niveaux : interne et externe.

Tout d'abord au plan externe, il note que les empires se sont très rarement inscrits dans une logique de reconnaissance des autres entités politiques comme indépendantes et égales : « *la logique impériale répugne à accepter la souveraineté de l'autre et donc à s'inscrire dans un répertoire souverainiste* »³⁸⁰. Il serait vain de revenir ici sur les différents exemples mobilisés, qu'ils appartiennent à l'histoire romaine, chrétienne, arabe ou chinoise. L'essentiel est que Badie insiste sur la prétention universaliste des empires, qui n'hésitent pas, de ce fait, à s'ingérer dans les affaires internes des puissances voisines et à les considérer comme vassales (avec plus ou moins de succès). Ce point est capital dans le raisonnement de Bertrand Badie, puisqu'il montre bien que pour lui, la question de la souveraineté se situe avant tout sur le plan de la reconnaissance mutuelle : « *Ils [les différents exemples historiques mobilisés] évoquent pourtant un aspect essentiel du principe de souveraineté dans l'histoire même des relations internationales : la souveraineté n'existe que dans la reconnaissance par l'autre et dans la réciprocité.* »³⁸¹. La souveraineté n'est donc pas la seule affirmation de son autonomie, elle impliquerait également reconnaissance de l'autre.

Non construites sur le principe de reconnaissance mutuelle, les relations internationales seraient alors le simple jeu des puissances : « *les relations bilatérales étaient, en fait, davantage dominées par la puissance que par le principe de souveraineté* »³⁸². Cette opposition entre puissance et souveraineté sur le plan international peut surprendre : après tout Rousseau définissait précisément la souveraineté, sur le plan international, comme puissance (« *Cette personne publique [...] prenait autrefois le nom de Cité, et prend maintenant celui de République ou de corps politique, lequel est appelé [...] Puissance en le comparant à ses semblables* »³⁸³). Pour la comprendre, il faut rappeler que B. Badie s'intéresse non pas au principe de souveraineté comme élément de définition d'une communauté politique mais bien comme mode d'organisation des rapports entre entités politiques (d'où le fait que pour lui la souveraineté ne fasse sens que comme principe de reconnaissance). Il y a donc bien un glissement sémantique : de la souveraineté définie et analysée, dans la partie sur sa construction par les philosophes, comme l'affirmation d'un

³⁸⁰ BADIE B., *Op. cit.*, p. 29.

³⁸¹ *Ibid.*, pp. 34-35.

³⁸² *Ibid.*, p. 34.

³⁸³ ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat Social*, Livre. 1 Chap. 6, in. *OC*, t.3, Paris, Gallimard, 1964, pp. 361-362.

pouvoir suprême et le refus d'une autorité supérieure ; il en arrive à la souveraineté définie comme la reconnaissance réciproque de cette autonomie. Il y a donc une identité effectuée par Bertrand Badie entre le concept de souveraineté et le système Westphalien, rationalisé, de reconnaissance mutuelle. Ainsi, ce sont les entorses au principe de non-ingérence qui vont lui servir à dénoncer non pas le principe de non-ingérence, mais bien le principe de souveraineté posé comme équivalent.

Ensuite, au plan interne, la configuration matérielle des rapports de puissance interdirait de parler de souveraineté. Cette immixtion constante (et souvent, elle, réciproque) des uns dans les affaires des autres crée toute une gamme d'interactions et de rapports réciproques, liés aux dynamiques de puissance, allant de la reconnaissance effective de l'autre (« *La puissance d'un voisin plus ou moins proche obligeait certes à plus de mesures : l'empereur sassanide eut seul le privilège de se faire qualifier de basileus et de « frère » par son « homologue » de Constantinople* »³⁸⁴) à la sujétion formelle (la sujétion réelle n'étant pas abordée) : « *Le statut de Venise fut lui-même longtemps incertain, même au-delà du XI^e siècle, la cité des Doges détenant une souveraineté atténuée qui laissait encore place aux signes de la suzeraineté byzantine* »³⁸⁵. Badie multiplie ainsi les exemples de statuts ambigus, dont le degré d'autonomie est très souvent fonction du rapport de puissance et des intérêts des différentes entités. Il essaie ainsi de montrer la difficulté de penser en termes de souveraineté les rapports de l'Empire romain avec les *gentes* ou même avec les gouverneurs, certes nommés, mais titulaires sur leur province de l'*impérium*, leur conférant le pouvoir militaire et de justice³⁸⁶. Enfin, la double vassalité poserait également problème (il donne ainsi l'exemple des Pagratides et des princes du Taron³⁸⁷). Les rapports de sujétion seraient ainsi mouvants et incertains, les ensembles difficilement compatibles avec l'idée d'une entité souveraine, puisqu'on se retrouverait avec différents niveaux de puissance interconnectée mais sans hiérarchie réelle et effective, et sans non plus affirmation forte d'autonomie : « *La conquête n'est plus la capture d'une souveraineté mais tout simplement celle d'un pouvoir dont on choisit de localiser et de définir les origines symboliques. L'autre est tantôt dedans, tantôt dehors, tantôt étranger, tantôt de la maison* »³⁸⁸ ; « *les mots n'ont pas le même sens, l'idée de souveraineté n'évoque rien de précis surtout rien de définitif, laissant aux entrepreneurs*

³⁸⁴ BADIE B., *Op. cit.*, p. 29.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 30.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 28-29.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 30.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 34.

politiques une liberté d'action qui pourrait aujourd'hui nous déconcerter »³⁸⁹. Les longs développements de Bertrand Badie semblent surtout montrer qu'effectivement, la réalité du pouvoir importait plus que ses aspects symboliques, qui eux étaient négociables en fonction du rapport de puissance et pouvaient être le fruit de marchandage. L'existence de différentes entités revendiquant la légitimité de la domination permet ainsi aux acteurs locaux d'obtenir plus facilement une reconnaissance (et donc un soutien sinon matériel au moins symbolique) pour une situation de fait en négociant une sujétion plus ou moins formelle.

Ce qu'il est possible de déduire des raisonnements de Bertrand Badie, c'est bien que la souveraineté réelle, entendue comme autonomie effective, dépend concrètement du rapport de force (dont l'aspect formel et symbolique joue probablement un peu mais à la marge³⁹⁰). Or, l'organisation matérielle des moyens de puissance (c'est-à-dire principalement alors l'organisation militaire) jusqu'à la constitution des États modernes et des armées nationales, par son aspect décentralisé, rendait difficile le contrôle effectif des entités théoriquement soumises, ce qui augmentait de fait leur marge de manœuvre. Ainsi, la dimension patrimoniale des charges publiques, surtout dans le domaine militaire (où les armées particulières –seigneurs, villes...– sont légions), rend effectivement fictive l'idée d'un pouvoir suprême, puisque l'éventuelle application des décisions dépend *in fine* du différentiel de puissance et des intérêts de chacun. Ainsi, les exemples de Badie sur l'aide des barons anglais apportée au roi de France dans son conflit contre Jean sans Terre ou leur refus d'aider Henri III, expliquent bien une dynamique où chaque détenteur de puissance joue un jeu en fonction de ses propres intérêts³⁹¹. Plus la puissance d'une entité théoriquement soumise est forte, plus sa marge de manœuvre est grande. La souveraineté n'a donc de sens et de réalité que s'il existe un fort déséquilibre de puissance entre l'institution revendiquant la souveraineté et les différentes entités internes (afin de réduire à néant leur marge de manœuvre). Or, en multipliant les exemples où ce différentiel est faible, B. Badie s'interroge sur la pertinence d'un concept posant une puissance absolue alors que celle-ci dans les faits

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 31.

³⁹⁰ La dimension symbolique n'est cependant pas totalement négligeable. La reconnaissance par l'autre d'une situation de fait obéissait à un ensemble de procédures et de codes difficilement négociables, qui imposait de régulariser une situation. Par-delà les simples conquêtes l'acquisition d'un titre devait souvent passer par une légitimation de l'exercice du pouvoir. Il est ainsi fréquent de voir les conquérants conforter leur légitimité par une union matrimoniale imposée (Alexandre le Grand en Perse, par exemple).

³⁹¹ BADIE B., *Op. cit.*, p. 44. Il est également possible de considérer que les difficultés de l'Empire romain (et même de la République) sont liées aux liens personnels entre généraux et soldats.

n'est que relative : « *Que vaut la souveraineté d'un État qui ne serait pas sûr de ses moyens et de sa capacité à les mobiliser ?* »³⁹². La constitution interne de l'État jouerait donc sur sa capacité à affirmer sa souveraineté sur le plan international : celle-ci étant fonction du rapport de puissance, elle dépend alors également de la capacité à mobiliser les ressources internes. De manière assez étonnante, il mobilise ici les exemples de l'Angleterre (où les crédits pour la guerre étaient soumis au contrôle du parlement) mais aussi des USA, où le président doit « *compter avec le Congrès pour disposer des moyens de sa politique étrangère* »³⁹³. Or, mettre en avant la répartition des compétences comme entrave à la souveraineté n'a aucun sens si l'on se rappelle que la souveraineté renvoie à l'unité de la puissance publique et à l'effectivité des actes de l'État. La complexité de la procédure de formalisation de ces actes n'ayant en soi aucun impact sur la question de la souveraineté.

Il faut donc ici préciser, à l'encontre de Bertrand Badie, que cette dimension est justement au cœur des réflexions sur la souveraineté. Si celle-ci est puissance, absolue et illimitée en interne, c'est bien parce que l'existence de puissances internes pouvant remettre en cause la puissance souveraine la rend fictive, ce qui mène à l'éclatement de la République (ou *a minima* à sa paralysie). Sans anticiper sur les développements ultérieurs³⁹⁴, il faut s'interroger effectivement sur le statut de République des entités ne disposant pas de cette unité de la puissance publique mais également de celles dont la puissance publique n'est pas suffisante pour imposer ses décisions. Ce reproche que Badie adresse à Bodin³⁹⁵, c'est-à-dire de n'accorder le statut de République *qu'à la cité capable d'assumer ce pouvoir ultime*, et de mobiliser ensuite des éléments montrant qu'il existe de nombreux cas où cette puissance est contrecarrée, manque totalement son objet puisque, justement, ce qu'affirme Bodin, c'est bien que ces entités ne sont pas des Républiques.

Mais surtout, Badie rappelle que la dynamique de puissance que l'on observe au Moyen Âge s'inscrit néanmoins dans les prémisses d'une logique de responsabilité de l'État vis-à-vis de principes moraux : « *le monde qui se construit n'est pas encore, tant s'en faut, celui de la responsabilité ; pourtant apparaît déjà l'idée d'une obligation morale.* »³⁹⁶. En effet, les pratiques militaires, au moins en Occident, se trouvent peu à peu soumises à toute une réglementation liée à la théologie chrétienne. Le développement de l'idée de guerres

³⁹² *Ibid.*, p. 46.

³⁹³ *Idem.* Ces exemples traduisant de plus une assimilation abusive de la souveraineté aux organes exécutifs.

³⁹⁴ Cf. *Infra.*

³⁹⁵ Cf. *Supra.*

³⁹⁶ BADIE B., *Op. cit.*, p.47.

justes et injustes, dès saint Augustin, aurait ainsi selon lui instauré l'idée de règles transcendant la volonté des princes, et donc limitant de fait leur souveraineté. Ce corpus de règles, instauré et contrôlé par l'Église, « préfigurait les normes d'un droit de l'humanité »³⁹⁷. Les États se seraient ainsi vu contraints de justifier leurs guerres, qui n'auraient ainsi pas été la décision d'une puissance « ultime et absolue », puisque soumise à justification. Bertrand Badie n'est toutefois pas dupe de la différence entre théorie et réalité. Tout en reconnaissant certaines réalisations indéniables de l'Église (trêve de Dieu, paix de Dieu...), il rappelle que la règlementation éthique des combats n'a pas résisté à l'affirmation des souverainetés, et que les conflits restaient nombreux. Finalement, « cet idéal d'ordre ne put jamais s'accorder avec le principe de responsabilité et ne fit en réalité qu'activer les calculs de puissances »³⁹⁸.

Ce rappel de l'invention de la souveraineté selon B. Badie permet ainsi de montrer que sa réflexion s'inscrit clairement dans le domaine des relations internationales. La construction des États y est à peine évoquée, tout juste rappelle-t-il que « l'abandon des modèles féodaux, impériaux ou théocratiques remet tout en question [vis-à-vis de l'éclatement du pouvoir] : la problématique stato-nationale qui leur fait suite produit bien une nouvelle configuration du pouvoir dont tous les éléments (internes et externes) sont effectivement solidaires »³⁹⁹. C'est cette solidarité, et l'intégration des différents ensembles en une unité, qui marquerait véritablement la naissance de l'État moderne. Bertrand Badie pose alors deux qualités de l'État, pris comme puissance : soit la responsabilité entendue comme insertion dans une communauté de valeur et acceptant de se soumettre aux jugements d'un tiers ; soit la souveraineté comme affirmation de son autonomie et reconnaissance de celle des autres. Il admet néanmoins l'aspect assez formel de cette distinction :

de la souveraineté à la responsabilité, les acteurs sont les mêmes, les espaces et les méthodes d'action sont identiques, les objectifs ne peuvent pas être disjoints, la puissance sous-jacente est faite du même bois. En bref, l'État naissant, consolidé ou sur le déclin, ne change pas de nature selon qu'il se dit souverain ou responsable. Seule peut-être évolue, avec le temps, la cohérence de l'une ou l'autre de ces qualités⁴⁰⁰

Cela montre bien que derrière une réalité qui serait la même (puisque, en dehors des acteurs, des espaces et des méthodes d'action, il est difficile de considérer ce qui change), c'est bien à la manière dont se pense le pouvoir que fait référence Bertrand Badie. L'idée serait

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 48.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 50.

³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 51.

néanmoins qu'une approche en termes de responsabilité serait plus pertinente pour analyser les rapports entre puissances, au moins au Moyen Âge.

La souveraineté ne renvoie donc pas à la constitution de la République, à l'unité de la puissance publique normative, mais bien à la manière dont se conçoivent et se comportent des entités politiques les unes envers les autres et surtout à la manière dont le concept de souveraineté permet de rendre compte de ces interactions.

Les développements de Bertrand Badie s'inscrivent dans une dynamique de puissance et de rapports de force, qui omettent totalement la dimension juridique du principe de souveraineté pourtant essentielle. Analysant le jeu des acteurs politiques, il en tire la conclusion qu'il est impossible de parler de souveraineté. Néanmoins, en mobilisant toute une batterie de contre-exemples développant des situations se déroulant hors du cadre de la souveraineté, il permet au lecteur de mieux en saisir a contrario les contours.

Premièrement, alors même que Badie le perçoit comme un élément à charge, il apparaît bien que le principe de souveraineté est avant tout puissance : un État souverain n'a de réalité que s'il dispose effectivement en interne du monopole de la violence légitime, c'est-à-dire qu'il existe en son sein une puissance ultime, la puissance publique, qui maintient la cohésion entre ses différentes entités en les soumettant à un droit contraignant.

Deuxièmement, la souveraineté, en créant un ordre juridique homogène (par la puissance), est contraire à la soumission juridique des entités internes à des entités externes. La différence se situe donc sur la capacité (et le droit) des sous-entités à entrer en rapport autonome avec l'extérieur et donc de se désolidariser, ce qui remettrait effectivement en cause l'unité de la puissance publique.

Troisièmement, la souveraineté définit un ordre juridique autonome, ne reconnaissant pas d'autres obligations que sa volonté propre, et donc contraire à toute idée d'instance extérieure habilitée à juger ses décisions vis-à-vis d'une norme posée comme supérieure.

Il apparaît clairement que ces trois éléments sont liés : le premier est la condition du second et justifie le troisième. Il faut rappeler que pour Badie, le point essentiel et fondamental de la souveraineté se situe dans le principe de reconnaissance mutuelle. En effet, ce serait lui qui permettrait de réellement garantir le deuxième et troisième point. De plus, ce serait lui qui permettrait de considérer que la scène internationale est bien ordonnée par le principe de souveraineté.

Bertrand Badie montre donc qu'au Moyen Âge, les acteurs ne se définissaient pas comme souverains et que la souveraineté ne permet pas de rendre compte des dynamiques entre puissance. La souveraineté, en ce sens, est bien une invention. Ainsi, la contingence du principe de souveraineté apparaît renforcée puisque non seulement il existait une époque où les identités et les pratiques étaient construites sur un autre modèle, mais qu'en plus différentes versions de la souveraineté ont été proposées. Le fait que les identités et pratiques se soient construites sur le modèle hobbesien de la souveraineté semble bien contingent. Il est toutefois dommage que Badie n'explique pas pourquoi cette version s'est imposée plutôt qu'une autre, se contentant de renvoyer le problème sans le traiter (« *Il restera, plus tard, à expliquer pourquoi Hobbes a triomphé de Grotius* »⁴⁰¹). Or, il serait intéressant de savoir pourquoi un concept tant décrié s'est toutefois imposé, alors même que Badie le présente comme empli de contradictions, même lorsque les acteurs se pensent comme souverains.

0.3.2 Un concept inadapté pour ordonner et rendre compte de la scène internationale.

La suite du raisonnement de Bertrand Badie consiste à montrer qu'une fois le principe de souveraineté admis et reconnu par les différents acteurs, c'est-à-dire une fois qu'il ordonne réellement la scène internationale, il ne débouche pas sur une pratique homogène et est donc inapte pour rendre compte des pratiques. En effet, il montre très bien que la souveraineté n'ayant pas toujours eu le même sens, la reconnaissance n'a pas toujours eu les mêmes fondements. Ainsi, les pratiques guidant l'action internationale des États souverains n'auraient pas toujours été guidées par les mêmes principes.

De cette diversité des usages et donc des pratiques, il en conclut un défaut conceptuel, lié à son caractère fictionnel (il parle ainsi *d'usage ambiguë* (titre du chapitre 2), qui en font un *concept incertain* (titre du chapitre 3). Le concept de souveraineté se serait ainsi, selon Badie, décliné dans cinq conceptions différentes, qui auraient donc généré des pratiques différentes. Il considère alors que le monde aurait été successivement ordonné autour du concept de souveraineté dynastique, puis nationale, suivie de la souveraineté entendue comme

⁴⁰¹ BADIE B. *Op. cit.*, p. 26.

indépendance, puis comme puissance, avant de terminer par la souveraineté de type wilsonien (il faut toutefois préciser qu'il s'agit plus d'idéaltypes se superposant les uns aux autres plus que se remplaçant totalement).

0.3.2.1 La souveraineté dynastique

La première forme de souveraineté qui aurait structuré l'ordre international serait la souveraineté dynastique. Issue de l'affirmation des monarques tant dans l'ordre interne qu'international, le pouvoir légitime est celui du monarque légitime, détenteur de la souveraineté. Cette forme de souveraineté, liée originellement à une logique patrimoniale puis de personnalisation du pouvoir, modèlerait encore aujourd'hui les comportements et expliquerait pour Badie la place primordiale toujours accordée au chef d'État : « *le concert des nations valorise le rôle du prince dans l'action internationale et offre, aujourd'hui autant qu'hier, une prime considérable aux chefs d'État en place, souvent protégés et favorisés dans les situations d'instabilité intérieure ou de concurrence pour le pouvoir* »⁴⁰². Ainsi les chefs d'État peuvent se réclamer de la légitimité de leur position pour, au nom de la souveraineté, récuser toute ingérence.

Or Bertrand Badie rappelle que très tôt, les différentes puissances se sont mêlées aux questions de succession lorsqu'il pouvait y avoir contestation : « *Cette légitimité acquise de fait et admise parmi les mœurs internationales érigeait l'ingérence dans les affaires dynastiques en instrument ordinaire d'action diplomatique et en moyen courant d'accroître unilatéralement la puissance des États concernés* »⁴⁰³. La souveraineté dynastique comme mode d'organisation des relations internationales ne protège donc pas totalement les États d'une ingérence extérieure puisqu'elle la permettrait lorsque les autorités légitimes sont menacées ou afin de les restaurer. Ainsi, derrière les principes, les États disposeraient toujours d'un moyen ou d'un prétexte pour accroître leur puissance en s'ingérant. La souveraineté dynastique permettrait ainsi à la fois à un État souverain de revendiquer la non-ingérence au respect de sa légitimité, mais également à un autre État souverain de s'ingérer au nom du maintien de cette légitimité.

De plus, cette forme de souveraineté aurait engendré selon Badie une forme d'identification entre le chef de l'État et l'État lui-même :

⁴⁰² *Ibid.*, pp. 92-93.

⁴⁰³ *Ibid.*, p.56.

la souveraineté de l'État se dissipe quelque peu devant celle du prince, élu ou non, sous l'effet conjugué de la routine des contacts diplomatiques et de la dramatisation de l'évènement, trahissant somme toute une faible institutionnalisation de la vie internationale et des logiques de collusions qui font bon marché du rôle de l'État, de sa capacité à incarner à titre exclusif la légitimité et la souveraineté⁴⁰⁴

Bien sûr, le fait qu'il y ait identification présuppose une distinction première et claire entre l'État et ses dirigeants, qui est évidente sur le plan conceptuel. Néanmoins, il est difficile de considérer comment l'État pourrait incarner à titre exclusif (sans le recours à des personnes physiques qui expriment sa volonté – c'est-à-dire les gouvernants) la légitimité et la souveraineté, puisque par définition l'État n'existe qu'à travers les individus qui composent ses instances représentatives.

0.3.2.2 La souveraineté nationale.

La seconde forme qui aurait structuré les Relations internationales serait la souveraineté nationale. À partir de la révolution française, avec les théories de Rousseau et de Sieyès, la Volonté Générale, « *la volonté du peuple institué en communauté* »⁴⁰⁵ serait au fondement de la souveraineté. Préalablement attribuée au monarque, la souveraineté est alors pensée comme indissociablement liée au peuple. Le peuple peut alors utiliser cette souveraineté pour interdire aux autres d'intervenir, mais cela permet du coup d'envisager l'ingérence comme guerre de libération. La scène internationale ne serait alors plus composée de princes mais de nations se reconnaissant mutuellement et qu'il faut à l'occasion libérer de la tyrannie. À ce titre, la souveraineté nationale, sur le plan de l'ingérence, est l'inverse de la souveraineté dynastique. La souveraineté dynastique permet en effet de restaurer (ou maintenir) les dirigeants en place au nom de la légitimité de l'État tandis que la souveraineté nationale permet de les renverser au nom de la légitimité du peuple.

L'ingérence se fonderait encore sur la légitimité du pouvoir, même s'il ne s'agit plus ici forcément de restaurer les autorités et le système préalablement en place mais bien de les faire correspondre à l'idéal politique des puissances intervenantes.

0.3.2.3 La souveraineté indépendance.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 93.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 93.

La souveraineté indépendance (que Badie appelle principe de la nation indépendante) consiste à construire « *la nation de l'autre en un absolu qui m'est extérieur* »⁴⁰⁶. Il s'agirait ici d'instaurer la non ingérence en principe absolu, considérant que ce qui se passe chez l'autre, quoi que ce soit (guerre, massacre, révolution...), est du ressort de la nation concernée et ne justifie en rien une intervention. Les conséquences en sont une diplomatie de retrait et d'isolement que Badie pense déceler dans la diplomatie anglaise du début de l'époque contemporaine. Cette conception serait à l'origine des doctrines de non-intervention. Cela pourrait sembler pour Badie une vision cohérente de la souveraineté, puisqu'il s'agit d'une stricte application du principe de reconnaissance qu'il pose comme étant l'application du principe de souveraineté. Néanmoins, il dénonce toutefois quelques problèmes. D'une part, il considère que cet isolationnisme n'est jamais total, qu'il y a toujours des exceptions. D'autre part, et de manière beaucoup plus complexe, il reproche justement à cette forme de souveraineté, de manière étonnante, de ne pas s'ingérer, ce qui serait contraire à un ensemble de principes humanistes : « *En concevant les autres nations comme enfermées dans une altérité absolue, il [ce modèle] se soustrait aux règles de l'interdépendance, de la solidarité, voire de l'échange* »⁴⁰⁷. Il est dommage que Bertrand Badie ne précise pas davantage ce que seraient ces règles, qui apparaissent ici comme une constante préalable (puisque l'État s'y soustrait). De plus, il n'y a aucune raison évidente de considérer que le fait de refuser de s'ingérer est contraire aux règles de l'échange ou de l'interdépendance. Cela montre qu'il s'inscrit pleinement dans la vision de Grotius : il existerait des principes généraux de droit auxquels l'État est obligé de se soumettre. Il est toutefois surprenant de critiquer la cohérence du principe de souveraineté parce qu'il ne respecte pas un principe que justement il nie. Surtout, alors que les critiques des autres types de souveraineté sont construites sur la possibilité toujours ouverte d'une possible ingérence, il semble contradictoire de lui reprocher ici la non-ingérence. Il apparaît bien que Badie ne se livre pas à une comparaison objective entre les mérites respectifs de la souveraineté et de la responsabilité puisque *in fine* les principes justifiant la responsabilité servent à critiquer la souveraineté : « *cette conception de la souveraineté révèle sa principale insuffisance sur le plan normatif : nul principe nulle juridiction, nulle autorité morale ne contrôle ni n'inspire les choix opérés* »⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 94.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 96. Normatif semble ici équivalent de moral.

Enfin, il reproche à cette pratique de se rapprocher d'une diplomatie en termes de puissance : « *En excluant l'idée de nation de toute réflexion critique et en tenant empiriquement toute collectivité souveraine pour une nation potentielle, il se rapproche, sans pouvoir l'avouer, d'une vision du monde déjà forgée en termes de puissance* »⁴⁰⁹. La critique est ici évidemment de mauvaise foi : il est délicat de dénoncer une pratique par rapport à une typologie censée rendre compte de cette pratique (surtout que la souveraineté étant fondamentalement puissance, il n'est pas étonnant que dans un monde constitué d'entités souveraines se développe une dynamique de puissance).

0.3.2.4 La souveraineté-puissance.

La quatrième conception de la souveraineté de la typologie de Badie est la souveraineté-puissance, posée comme le prolongement de la précédente, qui renverrait à l'école réaliste des Relations internationales. La souveraineté et l'Autre ne sont pris en compte qu'en termes de puissance : « *La reconnaissance ici ne s'adresse plus à une personne [cas de la souveraineté dynastique] ni à une nation [cas des souverainetés nationales et indépendance] mais à une capacité ; elle ne découle pas du respect d'un principe mais de la prise en compte réaliste de la force de l'autre* »⁴¹⁰. La reconnaissance de l'autre comme souverain devient alors un simple calcul conditionné par le rapport de force (et l'intérêt). Cette reconnaissance mutuelle aurait pour fonction de s'assurer l'immunité dans les affaires internes. Il y aurait alors une séparation stricte entre les affaires internes, relevant de la seule souveraineté et donc exemptes de critiques (ce que dénonce Badie – cf. la deuxième critique du troisième type de souveraineté). Mais surtout, la souveraineté comme puissance créerait de fait une inégalité entre souverainetés (ce que Badie pose comme une contradiction), puisque seules les puissances équivalentes seraient reconnues. L'intervention chez les puissances inférieures est alors légitimée (exemple de la guerre froide et des théories de la souveraineté limitée). De ce fait, la souveraineté ne serait plus un absolu, puisque certains États ne seraient plus considérés comme souverains.

0.3.2.5 La souveraineté wilsonienne.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 95.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 96.

Le cinquième et dernier élément de la typologie de Badie découle de la critique qu'aurait adressée W. Wilson à travers ses 14 points, et notamment du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En attachant la souveraineté aux peuples et en affirmant leur droit à disposer d'eux-mêmes, non seulement la souveraineté wilsonienne considèrerait de fait que les peuples sont égaux et autonomes, mais surtout les réifie :

l'idée du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes fonde désormais une géopolitique exigeante ; elle accrédite la thèse que la souveraineté ne se hiérarchise pas, ne se module pas, ne se partage pas : pour arriver à cette fin, le souverain doit recevoir un support ou plutôt doit se réifier dans une collectivité donnée qui s'impose tant à l'observateur qu'à l'acteur. Le peuple joue ce rôle⁴¹¹.

La différence avec la souveraineté de type deux est que cette dernière est construite sur l'idée d'émancipation démocratique (contre un tyran) alors que celle-ci est construite sur l'idée d'émancipation collective d'une communauté donnée vis-à-vis de tout extérieur (et s'oppose donc à la souveraineté impériale de Jackson). La souveraineté wilsonienne « *redevient une aspiration, un ordre à construire idéalement ; elle n'est plus un état de fait garanti par un rapport de force, mais une valeur qui doit inspirer une géopolitique* »⁴¹². Cette dernière forme de souveraineté engendrerait également des contradictions. Tout d'abord, elle serait « *solidaire d'un libéralisme qui annonce déjà la mondialisation et qui érode singulièrement la souveraineté des États : le droit des peuples est défini en termes exclusivement politiques, comme pour s'accommoder d'une banalisation progressive du thème de l'interdépendance économique* »⁴¹³. Ensuite, et cela semble le principal problème, affirmer le droit absolu des peuples à l'autodétermination et l'autonomie pose la délicate question de la définition de ce peuple et des minorités. Le risque étant un morcellement toujours plus grand des États et le repli sur une définition ethnique du peuple, ce qui serait facteur de troubles sur la scène mondiale.

Cette typologie renvoie donc aux différents modes de reconnaissance sur le plan international, c'est-à-dire à la manière dont les États l'utiliseraient pour justifier et construire leurs pratiques sur le plan international. À travers l'histoire de la souveraineté, c'est bien plus à une histoire des interactions entre les éléments du système international que se livre Badie, et la manière dont le concept de souveraineté les influence, qu'à une histoire du concept lui-même. Bertrand Badie semble mettre en avant deux types de critiques contre le principe de

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 97. Je suppose que Badie veut signifier que c'est la souveraineté qui doit recevoir un support.

⁴¹² *Ibid.*, p. 97.

⁴¹³ *Ibid.*, pp. 97-98. Cet aspect des rapports entre mondialisation et souveraineté sera traité en détail ultérieurement.

souveraineté. Le premier type renvoie au fait que la souveraineté, comme principe ordonnateur du monde, s'avère finalement incapable de proposer un cadre réel imposant le respect de son principe qui serait la non-ingérence (type 1, 2 et 4). Le second type de critique renvoie au fait que la souveraineté véhiculerait des principes que Badie condamne (isolement pour le type 3 ; le libéralisme pour le type 5). Il lui semble alors que la souveraineté n'est pas un mode satisfaisant d'organisation des relations internationales. Cette dimension critique de la scène internationale sera reprise dans la seconde partie.

L'histoire du concept de souveraineté se traduit donc bien chez Badie par une histoire des relations internationales. La question de l'autonomie devient alors la question d'une autonomie reconnue et donc des pratiques fondant la reconnaissance de l'autonomie puis des pratiques que cette autonomie engendre. Cette tendance à assimiler la souveraineté au principe d'organisation de la scène internationale sera également développée dans la seconde partie.

Ces trois histoires de la souveraineté permettent ainsi d'illustrer comment le même concept s'autonomise en fonction de la discipline au sein de laquelle il est inséré. Les trois auteurs rattachent la souveraineté à Bodin et Hobbes (même si Bodin est tout juste évoqué par R. Jackson). Les trois auteurs s'accordent également pour considérer que, *mutatis mutandis*, Hobbes et Bodin ont une conception similaire de la souveraineté. Par contre, une fois cela posé, leurs histoires divergent complètement. Histoire philosophique de la pensée de l'autonomie du groupe ; histoire de légitimation d'une institution détentrice du pouvoir ; histoire du principe organisant les rapports interétatiques : cette simple énumération suffit à prouver non seulement que la souveraineté est bien une notion mais de plus qu'elle recouvre des réalités complètement différentes. Il est donc normal qu'après quatre cents ans d'évolution doctrinaire dans des champs disciplinaires distincts, la souveraineté ne permette plus de rendre compte du phénomène politique avec autant de clarté qu'avant.

Maintenant que l'histoire du concept de souveraineté est achevée, ce qui a permis d'en préciser les contours et de montrer la pluralité des acceptions, il sera possible de considérer le cœur de la thèse : montrer que les critiques de la souveraineté malgré un

dialogue affiché avec les théories de Hobbes et Bodin, ne dénoncent pas tant leur conception qu'une reconstruction de celle-ci du fait de l'évolution paradigmatique des différentes disciplines.

Il faudra donc montrer dans la première partie que l'élargissement des notions de pouvoir et de droit fait apparaître comme limitée la volonté du souverain, avant de montrer dans une seconde partie que l'inversion du rapport entre souveraineté et État fait apparaître la souveraineté comme limitée par le droit.

1 L'élargissement des notions de pouvoir et de droit font apparaître comme limitée la volonté du souverain

La principale caractéristique de la souveraineté chez Hobbes et Bodin est son caractère absolu et illimité. C'est principalement cette dimension absolue et illimitée du pouvoir de l'État qui est remise en cause par les critiques actuelles du principe souveraineté. Le but de cette partie est de montrer que de nombreuses critiques de la souveraineté ont une conception différente de la volonté de l'État que celle de Bodin et Hobbes mais qu'en plus ils ont une conception différente de ce qu'est un pouvoir absolu et illimité. Il est donc nécessaire de comparer les différents sens du mot pouvoir et de bien préciser ce qui est entendu par volonté de l'État et pouvoir de l'État chez Hobbes et Bodin afin de montrer les divergences avec les acceptions utilisées. De plus, il apparaîtra tout au long du chapitre une tendance présente chez de nombreux auteurs à hypostasier une volonté à l'État indépendante du droit positif.

Un premier chapitre montrera que le pouvoir de l'État tel qu'il est pensé par Hobbes et Bodin renvoie en effet à une conception particulière du pouvoir : il est un pouvoir de commandement et se résume donc strictement au droit positif contraignant (1.1). Or, il apparaîtra que la science politique actuelle s'intéresse plus aux groupes sociaux, aux logiques de domination et aux logiques de gouvernement. Elle aura donc tendance à aborder le pouvoir comme cause de comportement, en délaissant ses modalités d'exercice. Cela aura trois types de conséquence. En premier lieu, cela crée une tendance à considérer tout comportement comme causé par une relation de pouvoir. En second lieu, elle occulte la spécificité de l'État comme instance du pouvoir et le pose en concurrence avec d'autres sources d'autorité. Enfin, en s'intéressant à l'art du gouvernement, elle pense l'État en termes d'efficacité et non plus d'effectivité. Il faudra alors rappeler que dans la conception classique, la volonté du souverain est une métaphore signifiant l'intégralité du droit positif, telle que déterminé par son application.

Un second chapitre montrera ensuite les nombreuses tentatives pour limiter la volonté de l'État par le droit, ce qui implique de dissocier la volonté de l'État du droit positif existant. De nombreux auteurs vont ainsi tenter de montrer que le droit existe indépendamment de la volonté de l'État et qu'il peut donc le limiter. Il sera montré que ces tentatives échouent car indépendamment de son origine, le droit reste la volonté de l'État du fait de son application (1.2).

Un troisième chapitre expliquera enfin comment le fait de penser le pouvoir comme cause de comportement traduit une assimilation de l'État au gouvernement (1.3). La volonté de l'État est alors assimilée au désir de produire certains effets sociaux et l'échec de politiques publiques (ou même leur non mise en œuvre) est pensé comme une limite à la souveraineté.

1.1 La question de la souveraineté de l'État s'inscrit dans une conception particulière du pouvoir : un pouvoir de commandement

Si la souveraineté est une puissance normative, alors elle traduit le fait de l'existence d'un système de normes qui s'applique. Des individus étant soumis à ces normes, la question de la souveraineté et de l'État se trouve alors liée à celle du pouvoir. L'État dispose du pouvoir d'édicter des normes contraignantes.

La question du pouvoir de l'État est donc profondément liée à celle de la souveraineté. En effet, la manière dont est défini le pouvoir a un impact très important sur la théorie de la souveraineté. En fonction de la définition du pouvoir, le pouvoir de l'État ne sera pas pensé de la même manière et corrélativement la question de la souveraineté sera traitée différemment. Or, il se trouve que pouvoir et politique (et donc le pouvoir politique) sont des concepts polysémiques en science politique, ce qui rend plus complexe les analyses sur l'État et la souveraineté. Tous les débats autour de l'État et de la souveraineté présupposent donc une attention particulière aux sens donnés au pouvoir politique afin de vérifier si les critiques et objections soulevées sont bien pertinentes, c'est-à-dire sont fondées sur le même concept de pouvoir. En effet, des conceptions divergentes du pouvoir et de la politique peuvent amener à des analyses et des conclusions différentes. Cela implique de comparer le sens du mot pouvoir employé dans le cadre des théories de la souveraineté et de l'État avec le sens du mot pouvoir employé dans les théories critiquant ces notions afin de voir si elles recourent les mêmes objets. Il s'agira donc de montrer la polysémie des concepts de pouvoir et de politique afin de voir que le pouvoir politique est traditionnellement attaché au pouvoir d'injonction (1.1.1). Il apparaîtra ensuite que la prise en compte d'une conception étendue du pouvoir et de la politique amène à une négation de la spécificité de l'État (1.1.2) qui entraîne une confusion entre ce qui relève de la logique de la souveraineté et ce qui relève de la logique du gouvernement (1.1.3). Il faudra alors rappeler que l'État, comme le peuple, est un artifice et qu'à ce titre, il ne peut avoir de volonté propre. Celle-ci ne peut être créée que par la réalisation d'une procédure, ce qui explique qu'elle se confond avec le droit positif contraignant (1.1.4).

1.1.1 La polysémie des termes pouvoir et politique en science politique

Nombre de débats sur la souveraineté traduisent ainsi une interrogation autour du pouvoir de l'État. Avant d'aborder précisément la manière dont le pouvoir de l'État serait aujourd'hui mis à mal par la nouvelle configuration du monde, il est nécessaire de préciser ce qui est entendu par pouvoir⁴¹⁴. Il faudra ainsi reprendre la typologie de Philippe Braud, qui rappelle qu'il existe trois manières d'aborder le pouvoir (1.1.1.1). Il faudra porter une attention particulière à l'une d'entre elles, abordant le pouvoir à travers sa modalité d'exercice, qui distingue entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence (1.1.1.2). En effet, il apparaîtra que pour de nombreux auteurs parmi lesquels les premiers théoriciens de la souveraineté, l'injonction est ce qui caractérise le pouvoir politique (1.1.1.3).

1.1.1.1 Trois manières d'aborder la question du pouvoir

Dans sa célèbre contribution « Du pouvoir en général au pouvoir politique »⁴¹⁵, Philippe Braud décortique la notion de pouvoir. Il rappelle que le pouvoir n'a de sens que dans une relation : « *il est relation entre des acteurs ou des systèmes d'attitudes, d'opinion ou de comportement* »⁴¹⁶. Il y a ici déjà une première ambiguïté qui concerne les éléments de la relation de pouvoir : ils ne renvoient plus nécessairement directement à des individus ou des groupes d'individus.

Il distingue alors les conceptions qui définissent le pouvoir par la nature de l'interaction ; par les résultats de l'interaction ou par les modalités de l'interaction. Lorsqu'il reprend la question du pouvoir dans son manuel *Sociologie Politique*, il distingue le pouvoir comme restriction à la liberté d'autrui ; comme cause d'un comportement ou comme la manifestation d'un échange inégal⁴¹⁷. Or, il apparaîtra que si le pouvoir se pose préalablement

⁴¹⁴ Une grande partie de la présentation des différentes conceptions du pouvoir en Science Politique sera tiré de cet article. En effet, l'intérêt dans le cadre de cette thèse n'est pas tant de savoir que tel auteur a théorisé telle conception du pouvoir que de déterminer les différentes conceptions existantes dans la discipline qui ont eu un impact. Leur présence dans un article de synthèse est donc le gage le plus sûr de leur succès (indépendamment de leur pertinence).

⁴¹⁵ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, pp. 335-393.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 335. Cette dimension interactive et relationnelle du pouvoir est également celle de Michel Foucault.

⁴¹⁷ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J lextensoéditions, 9^e éd., 2008, pp. 93-104.

comme une interaction entre un acteur *A* et un acteur *B*⁴¹⁸, la plupart des théories mobilisées par Ph. Braud semble se détacher de *A* pour ne finalement se consacrer qu'aux seules motivations de *B*. Il apparaîtra alors que la relation de pouvoir entre *A* et *B* est souvent plus postulée que réellement observée. Tout comportement peut alors être imputé à un acteur quelconque ainsi réputé avoir du pouvoir.

Le pouvoir défini par la nature de l'interaction revient alors principalement à l'imposition par *A* de sa volonté à *B*. De ce fait, celui-ci verrait sa liberté restreinte. Cette approche du pouvoir ne peut donc concerner que des acteurs à qui il est possible d'imputer une volonté : il est difficile de l'appliquer à des systèmes d'attitude, d'opinion ou de comportement. Deux éléments viennent alors rendre cette approche plus complexe. La première concerne la manière dont *A* va imposer sa volonté à *B* ; la seconde la volonté de *B*.

En effet, des auteurs vont mettre en avant la capacité de certains acteurs à modifier l'environnement social et institutionnel :

Le pouvoir (de *A* sur *B*) s'exerce également lorsque *A* consacre ses forces à créer ou renforcer les valeurs sociales et politiques ainsi que les pratiques institutionnelles qui restreignent le domaine du processus politique aux seules questions qui sont relativement peu nuisibles à *A*. Dans la mesure où *A* y parvient, *B* est empêché pratiquement de porter sur le devant de la scène politique toutes les questions qui, résolues, pourraient l'être au détriment de *A*.⁴¹⁹

Ainsi, dans le cadre de la relation de pouvoir entre *A* et *B*, certains auteurs mettent en avant la capacité de contrôle non pas directement des individus *B* mais du cadre institutionnel et culturel au sein duquel ils évoluent. De ce fait, les conflits de volonté sont plus ou moins explicites. Cette mise en avant de conflits de volontés implicites est d'autant plus problématique si l'on considère que cet impact sur les valeurs sociales peut impliquer, dans une lecture constructiviste, la formation de la volonté de *B*.

Cela implique alors un déplacement de la notion de pouvoir, qui évolue d'une confrontation de volonté à une confrontation d'intérêt (afin de pouvoir englober des conflits inconscients). Reprenant les analyses de Bachrach et Baratz puis de Lukes, Ph. Braud propose cette typologie qui met en avant trois types de conflits d'intérêt :

- le conflit concrétisé : *B* formule des intérêts différents de ceux de *A*, mais sa volonté initiale est modifiée ou tenue en échec par celle de *A*.
- le conflit potentiel : *B* ne peut formuler explicitement ses intérêts propres soit du fait du pouvoir de *A*, soit du fait du fait d'agencements institutionnels ou socio-culturels qui le lui interdisent.

⁴¹⁸ Dans ce chapitre, lorsqu'il faudra évoquer de manière abstraite des relations de pouvoir entre deux acteurs désignés par *A* et *B* (*a* désignant alors la volonté de *A* et *b* la volonté de *B*), *A* sera toujours celui qui exerce le pouvoir sur *B*.

⁴¹⁹ BACHRARCH P., BARATZ M. S., cit. in. BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Dtraité de Science politique*, T.1, p. 341.

– le conflit latent : *B aurait* des intérêts différents de ceux de *A* s’il pouvait prendre conscience du fait qu’il y a antagonisme objectif d’intérêt entre lui et *A*. Problème des intérêts « imaginaires » et « collectifs ». ⁴²⁰

Néanmoins, le conflit latent est problématique. Philippe Braud explique les difficultés théoriques que pose la notion d’intérêt *objectif* à la base du conflit latent. Celle-ci, s’insérant dans la lignée intellectuelle de Rousseau et de Marx ⁴²¹, traduit en effet une objectivation des conceptions métaphysiques de la personne l’évoquant :

[l’intérêt objectif] se fonde sur une conception préétablie – et extérieure aux intéressés – de ce que doivent être leurs intérêts et renvoie nécessairement à une Éthique, à la fois nécessaire et nécessairement relative. À la limite, elle tend à opposer, dans une perspective... idéaliste, des essences (intérêts en soi des classes) aux intérêts concrets tels qu’ils résultent des processus dynamiques d’adaptation/résistance des sujets aux contraintes de leur environnement. ⁴²²

Ainsi, ce n’est plus tant la volonté d’un sujet concret, socialement et psychologiquement construit qui est considérée, que celle d’un sujet désincarné et idéalisé, libre de ses déterminismes (qui deviennent ainsi des obstacles à sa liberté), dont l’intérêt est construit par l’observateur. Celui-ci aura alors à rendre compte (et notamment par des relations de pouvoir) de la non connaissance par *B* de cet antagonisme d’intérêts supposé. Cette mise en avant d’un intérêt objectif non respecté traduisant une domination, est ainsi une des modalités utilisées pour expliquer la domination des États ⁴²³. Or, il apparaît clairement que le *B* qui sert de base au conflit latent (celui qui *aurait* un intérêt différent) est totalement fictif et n’existe que pour l’observateur.

De plus, la mise en avant dans le conflit potentiel des agencements institutionnels ou socioculturels, s’ils briment effectivement la volonté de *B*, ne saurait être envisagée comme s’inscrivant automatiquement dans le cadre d’une relation de pouvoir entre *A* et *B* : même si ces agencements favorisent *A*, celui-ci ne les maîtrise pas nécessairement.

De ce fait, se rapprocher d’une conception hobbesienne du choix en termes non plus d’intérêt, mais de désir, semble plus pertinent, puisque cela évite toute tentative d’objectivation de l’objet de ce désir. C’est ce que semble d’ailleurs reconnaître Ph. Braud lorsqu’il déclare « *En réalité, le concept d’« utilité » ou celui de « plaisir » ou encore celui de « satisfaction » conservent une grande valeur dans la mesure où ils ne sont pas prédéterminés*

⁴²⁰ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 340.

⁴²¹ Cf. *supra*.

⁴²² BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 341.

⁴²³ Cf. *infra*.

par l'analyse »⁴²⁴. Le terme de désir semble toutefois préférable car il est indépendant de toute justification. L'utilité semble en effet trop proche de l'intérêt et peut facilement être objectivée, tandis que le plaisir ou la satisfaction renvoient à des états physiques qui, s'ils sont souvent cause du désir, ne sauraient s'y réduire. La volonté se trouve alors être l'action (ou le comportement) des individus afin de réaliser leurs désirs (quels qu'ils soient, avantageux ou non). Ces débats sont loin d'être anecdotiques. En effet, la relation de pouvoir ne peut se vérifier qu'*a posteriori*, c'est-à-dire une fois l'action effectuée. Il s'agit alors de savoir quel critère prendre en compte pour vérifier que *B* avait une volonté différente avant l'intervention de *A*, d'autant que pour certains auteurs, l'intervention de *A* dans le cadre de relations de pouvoir n'est pas nécessaire.

Cette question est d'autant plus importante pour les États, que leurs caractères fictifs et artificiels rendent inappropriées les notions de désir, plaisir ou satisfaction, tandis que les notions d'utilité ou d'intérêt, si elles ont pu être mobilisées dans l'étude des relations entre État, sont sujettes à caution.

Le pouvoir défini par les résultats de l'interaction s'intéresse alors aux causes du comportement de *B*. Ph. Braud part ici des conceptions de Dahl. Celui-ci définirait le pouvoir avant tout comme « *une tentative réussie de A pour obtenir de B qu'il fasse quelque chose qu'il n'aurait pas fait autrement* »⁴²⁵. Cette définition présuppose effectivement l'intervention de *A*. Or, Dahl, considérant ce qu'il appelle le pouvoir négatif, en arriverait à ne pas se préoccuper de la volonté de *A*. Ce ne serait que « *le comportement réel et concret de B qui donnerait la mesure du pouvoir de A sur lui* »⁴²⁶. Mais il apparaît que le pouvoir n'est absolument plus considéré comme une interaction. En effet, ce n'est plus la capacité de *A* à obtenir de *B* qui est prise en compte, mais l'importance que *B* attribue à *A* dans sa prise de décision : si *B* tient compte de *A* dans son action, alors *A* a modifié le comportement de *B*, ce qui traduirait une relation de pouvoir. Philippe Braud a donc raison de considérer que les auteurs qui s'inscrivent dans cette démarche s'attachent à la cause du comportement. Le problème qui est ici soulevé est la difficulté de saisir les causes précises d'un comportement,

⁴²⁴ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 339.

⁴²⁵ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 341. Dahl considère en effet le pouvoir comme « *La capacité de A à obtenir de B qu'il fasse quelque chose qu'il n'aurait autrement pas fait* » (DAHL R. « The Concept of Power », *Behavioral science* 2, July 1957, p. 202)

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 342.

surtout en considérant l'impact de l'environnement social et culturel (car de nombreuses causes peuvent, avec des degrés de probabilité variables, expliquer un comportement donné). De ce fait, il peut y avoir un risque certain d'expliquer un comportement donné par des causes validées par le sociologue plus que par les acteurs eux-mêmes : dès qu'un comportement est analysé comme non conforme à ce qu'il devrait être, il est tentant de l'expliquer par des relations de pouvoir. Cette approche, qui néglige l'action de *A*, est très problématique puisque la cause du comportement ne devient plus que supposée. Ici encore, il faudra alors supposer un comportement idéal fictif dont la déviation sera expliquée par une relation de pouvoir. De plus, cette approche pose problème dans le cadre d'une interaction explicite : si *A* agit (avec succès) pour modifier le comportement de *B*, il faut logiquement en déduire que *B* est la cause de son comportement. En ce sens, *B* a du pouvoir sur *A*. Les théories de l'échange, en mettant en avant le caractère volontaire de la soumission de *B* rendent cependant problématique la détermination de la source du pouvoir : si *A* a besoin de *B*, et que *B* a besoin de *A*, il est alors délicat de considérer que le pouvoir ne s'exerce que de *A* sur *B*. Dans ce cas, toute interaction réelle devient non plus le fait d'une relation de pouvoir, mais de multiples relations de pouvoir.

Le pouvoir défini par les modalités de l'interaction consiste à se pencher sur les effets d'une distribution inégale des ressources : il s'agit alors d'étudier le pouvoir comme « *une pression, intentionnelle ou non, repérable sur un acteur engagé dans une relation sociale* »⁴²⁷. De ce fait « *toute interaction est constitutive d'une relation de pouvoir* »⁴²⁸. Il s'agit donc ici de catégoriser les différents types de pression dont *B* est sujet. Or, la mise en avant du caractère potentiellement non intentionnel du pouvoir de *A* sur *B* implique de distinguer entre exercer du pouvoir (qui suppose l'intentionnalité de *A*) et avoir du pouvoir (où l'intentionnalité n'est pas requise). Avoir du pouvoir traduit alors le fait que *B* (posé comme dépendant de *A*) adopte un comportement en fonction de sa dépendance alors même que *A* n'agit pas. De même, tout système social devient de fait un système de pouvoir, ce qui limite la portée du concept. Néanmoins, en se focalisant sur les modalités d'exercice du pouvoir (qui seront développées au point suivant), cette approche est celle qui a le plus de chance de rester dans le cadre d'une relation effective de pouvoir (par rapport à celle uniquement postulée) puisqu'il faut en rendre compte.

⁴²⁷ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 346.

⁴²⁸ *Ibid.*

Un des problèmes qui émerge de ce très rapide survol des modes d'approche du pouvoir est la détermination du critère permettant de concevoir l'effectivité de la relation de pouvoir, notamment dans la prise en compte des effets involontaires d'une action (ce que S. Strange appelle « aboutissant »). Les effets involontaires d'une action sont problématiques puisque par définition non maîtrisés par A. Deux aspects posent ici problème : le premier concerne la longueur de la chaîne de conséquences d'une action à prendre en compte dans un système interactif s'étalant dans la durée ; le second est le critère à prendre en compte : les effets involontaires interdisent en effet de considérer la simple réalisation de la volonté dans la détermination d'une relation de pouvoir.

C'est à cause de ces difficultés que peuvent être mises en avant les notions d'intérêt ou de préférence. Puisqu'il est quasiment impossible dans un système d'interactions multiples s'étalant dans la durée de déterminer la cause d'une interaction, que toute action dépendant du système est de fait conditionnée par d'autres acteurs, alors vont être considérés comme disposant de pouvoir ceux dont l'intérêt ou les préférences sembleront être mieux réalisés. Si, dans un système d'interaction, les préférences de A semblent l'emporter, alors il serait possible d'en déduire que A a du pouvoir et qu'il a influencé le système pour que ses préférences l'emportent. Le problème est que le pouvoir se trouve alors identifié à une position au sein de la structure sociale, ou même au succès de ses désirs ou de ses préférences, indépendamment de toute interaction. Ainsi, si un acteur A exerce avec succès une autorité sur des acteurs B, mais que les conséquences de ses actions (pourtant effectuées) ne lui permettent pas d'obtenir ce qu'il désirait (ou inversement, que ses préférences s'imposent quand bien même ses actions en ce sens ont échoué), alors il serait réputé ne pas avoir de pouvoir (ou, inversement, en avoir). Ce problème renvoie à la distinction entre effectivité et efficacité⁴²⁹.

Ces trois approches du pouvoir relevées par Ph. Braud présentent chacune un intérêt. Si le pouvoir reste affirmé comme une interaction, il y a cependant une tendance certaine chez nombre de théoriciens à se focaliser sur B au détriment de A. Les concepts de pouvoir latent, d'intérêt objectif, de pouvoir négatif, s'ils gardent une forte valeur explicative pour la compréhension des dynamiques et rapports sociaux, présentent tous le risque de faire induire une relation de pouvoir supposée pour expliquer un comportement posé ou même une situation comme la conséquence d'une relation de pouvoir.

⁴²⁹ Cf., *infra*.

Le pouvoir doit donc être pensé comme une interaction entre individus visant pour des acteurs (A) à modifier la volonté d'autres acteurs (B) de sorte que *b* soit conforme à ce que A veut qu'elle soit, indépendamment de la pertinence ou non de sa volonté.

Dans le cadre d'une étude sur la souveraineté et l'État, il est toutefois plus pertinent de se concentrer sur le pouvoir défini à travers ses modalités d'exercice. En effet, cette approche, en distinguant les modalités d'exercice du pouvoir est la plus à même de saisir la spécificité de la souveraineté qui est un pouvoir de commandement. Il s'agit donc de mettre en avant la distinction entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence (1.1.1.2) afin de montrer que le pouvoir politique et la souveraineté se situent traditionnellement dans une logique de pouvoir d'injonction (1.1.1.3).

1.1.1.2 Deux modalités de pouvoir : pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence

Parmi les modalités du pouvoir, Ph. Braud met en avant la distinction entre pouvoir d'influence et pouvoir d'injonction. Dans cette optique, il rappelle à juste titre que le critère discriminant est bien le critère de la sanction négative. Il propose alors ce tableau⁴³⁰ :

Type de pouvoir	Modalités	Nature des sanctions	Garantie d'effectivité
Injonction	<i>Norme juridique</i>	Sanctions négatives (Univers de la punition)	Coercition matérielle
	Prescription morale	Infliction d'un dommage altérant la situation initiale du Sujet sur le plan matériel ou symbolique	Coercition psychique (réelle ou subjectivement perçue)
	Injonction de fait		
Influence	Persuasion	Sanctions positives (Univers de la récompense)	Pas de coercition
	Manipulation	– plus-value d'information (réelle ou imaginaire)	
	Autorité	– rémunération matérielle – rémunération symbolique	

Le pouvoir d'injonction consiste en une demande assortie d'une menace en cas de non-exécution : « *il y a injonction lorsque l'inexécution du comportement prescrit ou la non-conformité à l'attitude requise entraîne un dommage, malgré la résistance éventuelle de*

⁴³⁰ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 356.

l'intéressé »⁴³¹. De ce fait, il apparaît bien que l'injonction soit fortement dépendante de la capacité de *A* à infliger un dommage à *B*.

Il précise alors que la sanction doit être crédible et que l'injonction est indépendante du consentement de la cible. Mais surtout, il précise que la coercition n'est pas réductible à la seule contrainte physique (de même que tout usage de la force matérielle ne peut être lié à une injonction). Il donne ainsi l'exemple de la suppression non résistible de ressources vitales, mais également le cas de chantage ou de dommages sociaux ou moraux. Enfin, il ajoute que l'injonction peut exister à l'état latent⁴³².

Le pouvoir d'influence serait lui dépendant du consentement formel de la cible⁴³³. Il distingue ainsi la Persuasion, la Manipulation et l'Autorité.

La Persuasion est une démarche positive et non clandestine de *A* vers *B* afin de le convaincre de modifier ses désirs (Ph. Braud parle d'« intérêt »). Il y a deux types de persuasion. Le premier consiste pour *A* à convaincre *B* qu'il préfère *a* à *b* (de manière honnête ou malhonnête). Le second consiste à modifier le raisonnement de *B* en introduisant un élément nouveau : une promesse de récompense (qui fait que *a* devient préférable à *b*).

La Manipulation, quant à elle, se caractérise principalement par une action de *A* inconnue de *B*, sur l'environnement de *B*, afin que *B* modifie son choix : le nouvel environnement de *B* fait que *a* devient préférable.

L'Autorité, décrit une situation où *B* obéit à *A* parce qu'il lui reconnaît une aptitude au commandement, soit par charisme, soit par compétence, soit par légitimité (légale, rationnelle ou traditionnelle).

Il est toutefois possible de relever quelques difficultés dans cette typologie et la manière dont elle est présentée par Braud. En effet, il n'arrive pas totalement à maintenir une ferme distinction entre injonction et influence dans le cadre de la persuasion, principalement à cause du rapport entre sanction négative et positive. La question n'est pas anecdotique

⁴³¹ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 349.

⁴³² BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, pp. 354-355.

⁴³³ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 350.

puisque Ph. Braud assimile l'injonction au pouvoir politique et qu'elle correspond effectivement au pouvoir pensé en termes de souveraineté.

Lorsqu'il évoque la distinction entre sanctions positives et sanctions négatives, il considère (reprenant Parson) que les premières consistent en des bénéfices dont l'absence de soumission entraîne la privation, tandis que les secondes consistent à infliger des dommages en cas d'absence de soumission. Il estime alors qu'il faut distinguer au sein de ces dernières entre les punitions à proprement parler et la « *la perte d'un avantage régulièrement acquis (licenciement entraînant la perte d'un salaire)* »⁴³⁴. Or, assimiler un renvoi à une punition n'est pas nécessairement des plus pertinent. En effet, la mise en place d'une relation de pouvoir de type salarial (rémunération contre action) s'inscrit pleinement dans le cadre d'une relation d'influence. De ce fait, il est difficilement compréhensible de saisir en quoi la fin de cette relation d'influence (c'est-à-dire la fin de la récompense) devient de ce fait une injonction. La personne est licenciée soit parce qu'elle n'a pas obéi de manière satisfaisante (et dans ce cas elle est à l'origine de la fin de la relation de pouvoir), soit parce qu'elle ne peut plus offrir de service justifiant son salaire (*A* peut réaliser ses objectifs sans *B*). Dans les deux cas, il ne s'agit pas d'un dommage, à moins effectivement de considérer que la relation d'influence et la rémunération font partie de la situation initiale du sujet, c'est-à-dire en occultant le fait qu'il est déjà dans une relation de pouvoir⁴³⁵. Cela amène alors à nier la distinction entre sanction positive et sanction négative puisque la non-attribution d'une sanction positive devient une sanction négative. La seule possibilité où la perte d'un avantage régulièrement acquis pourrait constituer une sanction serait le cas où la demande est strictement étrangère aux conditions d'acquisition de cet avantage (*A* menace *B* de lui faire perdre son emploi auprès de *C*).

Cette ambiguïté chez Philippe Braud s'explique par un positionnement particulier vis-à-vis des situations de détresse. En effet, lorsqu'il traite des figures du pouvoir d'influence, il inclut bien la promesse de récompense dans les formes de persuasion (qui consiste en un déplacement des intérêts réels par la mise en place d'une alternative comportant une

⁴³⁴ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, pp. 349.

⁴³⁵ Il n'est bien entendu pas question de nier que l'individu peut percevoir cette fin de relation comme une punition (ou une menace) mais il ne s'agit que de la fin d'un rapport d'influence. La dépendance que peut entraîner un avantage, et le manque que suscitera sa perte, ne peuvent cependant justifier, d'un point de vue sociologique, de les confondre avec un rapport coercitif. Le fait qu'*A* puisse profiter de la dépendance de *B* à la sanction positive, et donc augmenter le coût de celle-ci (par de nouvelles demandes), ne modifie pas non plus le caractère persuasif de la relation.

récompense). Or, il considère que lorsque *B* a un besoin crucial de la récompense de *A*, alors cela s'apparenterait à une forme d'injonction : « *Dans ce cas limite où la « récompense » est vitalement nécessaire, l'exploitation qui résulte de l'abus d'une détresse apparaît comme une forme particulière de pouvoir d'injonction puisqu'elle fait surgir la réalité d'une coercition matérielle ou psychique* »⁴³⁶. Il y a donc ici une subjectivation du rapport de pouvoir dont la nature ne dépendrait plus de sa forme ou de ses modalités propres mais bien de la manière dont elle est subjectivement vécue par *B*. Le problème est qu'il introduit une rupture quantitative dans une typologie qui se veut qualitative. Puisque l'influence nécessite l'accord formel de *B* et qu'elle se mesure par rapport à une modification de la volonté initiale de *B*, la récompense doit être suffisamment désirable pour *B* pour justifier une modification de sa position initiale. Or, rien ne justifie que les raisons qui font que *B* désire ce que *A* peut lui offrir peuvent modifier le rapport entre sanction positive et sanction négative. Ne pas (ou ne plus) donner de récompense ne saurait être analysé comme la mise en place d'une sanction négative. Le fait que *B* désire par-dessus tout ce que *A* peut lui offrir (parce que sa vie, son honneur, son salut ou autre chose qu'il considère comme très important en dépendent) ne modifie pas la nature du rapport, qui est d'offrir une récompense en cas d'obéissance. Inversement, la menace d'une sanction mineure (amende très faible pour quelqu'un de très riche) reste une injonction à partir du moment où *B* ne peut s'y opposer. Il n'y a aucun problème à considérer que le pouvoir d'influence soit parfois plus décisif, en fonction des alternatives proposées, que le pouvoir d'injonction, ce qu'il reconnaît lui-même : « *Une information indiscutable, une promesse de récompense particulièrement séduisante constituent des conditionnements tout aussi efficaces que la menace de contrainte physique, laquelle est d'ailleurs parfois résistible* »⁴³⁷. Le degré de désirabilité de la récompense (ou le degré d'aversion de la punition) n'ont pas à entrer en ligne de compte dans une typologie construite sur une différence de modalité.

Cette difficulté à dissocier clairement pouvoir d'injonction et pouvoir de persuasion (dans le cadre de sanction positive) est donc liée au fait que les deux se situent dans le cadre d'un échange. Or, il explique bien que pour des auteurs comme Hobbes (ou, plus récemment, comme les théories de l'échange avec Peter Blau), le choix est toujours volontaire, et la mise

⁴³⁶ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 353.

⁴³⁷ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 338.

en place d'une punition ne modifie pas fondamentalement la question de la liberté : « *En réalité, ces « paradoxes » de Hobbes ou de Blau [qui acceptent la liberté du consentement sous la menace] mettent à nu la fragilité du concept même de liberté entendue comme possibilité non conditionnée de choisir au sein d'une alternative déterminée* »⁴³⁸. De ce fait, la mise en place d'une menace ne modifie pas le caractère volontaire de l'action alors effectuée par *B*. La distinction se justifie pour Ph. Braud par l'importance de la coercition :

L'importance de l'opposition sanction positive / sanction négative tient à son lien étroit avec le problème de la coercition. En effet, la mise en œuvre effective d'une sanction positive n'exige pas la contrainte puisqu'il s'agit essentiellement d'une promesse d'avantages (lesquels ne se matérialiseront pas s'il n'y a pas la contrepartie désirée). En revanche, aucune punition n'est susceptible de se concrétiser si elle n'est garantie en dernier recours par l'usage plausible de la contrainte. C'est sur ce critère que l'on peut opposer le pouvoir d'injonction (pouvoir stricto sensu) fondé sur la coercition, et le pouvoir d'influence qui l'exclut.⁴³⁹

Néanmoins, la mise en place d'une sanction positive implique également la capacité d'offrir la contrepartie désirée par *B*. Dans les deux cas, *A* doit donc disposer des moyens d'assurer la sanction.

Il serait alors tout à fait possible de distinguer d'une part les relations de pouvoir qui s'inscrivent effectivement dans le cadre d'un échange (modification de la volonté contre sanction positive ou négative) et celles qui sont unilatérales (autorité, manipulation, persuasion au premier sens). La distinction semble plus tenir à la nécessité d'isoler l'injonction et l'usage de la coercition, afin d'en faire le critère du pouvoir politique.

Il y a toutefois une distinction probablement plus pertinente entre sanction positive et sanction négative dans le cadre d'une relation d'échange. En effet, dans le cadre de la sanction positive, c'est l'effectivité de la relation de pouvoir avec *B* qui entraîne un coût pour *A*, tandis que dans le cadre d'une sanction négative, c'est la non-effectivité de la relation de pouvoir sur *B* qui entraîne un coût pour *A*. Inversement, contrairement à la sanction positive, l'obéissance de *B* dans le cadre d'une injonction ne modifie pas sa condition initiale. En ce sens, l'obéissance de *B* dans le cadre d'une injonction se situe dans le cadre d'une relation de pouvoir où l'obéissance est considérée comme acquise, puisque c'est la désobéissance qui entraîne une sanction et donc un coût pour *A* (usage de la coercition) et *B* (punition). De plus, à partir du moment où *A* dispose des outils de coercition, il peut augmenter les injonctions à coût presque constant.

⁴³⁸ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 338.

⁴³⁹ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 349.

Parmi les différentes modalités d'exercice du pouvoir, il est donc traditionnel de distinguer l'influence de l'injonction. Cette dernière, se caractérisant par la menace d'une sanction négative, est la caractéristique du pouvoir de l'État et de la souveraineté (1.1.1.3).

1.1.1.3 Le pouvoir politique : un pouvoir d'injonction légitime, caractéristique de la souveraineté

Philippe Braud introduit alors une distinction entre le pouvoir en général, phénomène social et le pouvoir politique, qui constitue un type particulier de pouvoir. Or Ph. Braud est très clair, le pouvoir politique est avant tout un pouvoir d'injonction :

Ainsi formulera-t-on l'hypothèse que le pouvoir politique, né au cœur du mode de production de la coercition, se caractérise par son aptitude à extraire du mode de production des biens symboliques une légitimité minimale, et du mode de production économique les Hommes et les technologies sans lesquels il ne saurait ni se reproduire, ni s'imposer à l'ensemble sociétal. C'est à travers la notion d'« injonction socialement légitime » que se manifeste cette triple relation à la coercition, au symbolique et à l'économique⁴⁴⁰.

De ce fait, il apparaît que le pouvoir politique, en tant que pouvoir, est bien un phénomène social, mais un phénomène social particulier. Parmi les différentes formes de pouvoir qui irriguent les rapports sociaux, la politique se réduit à l'un d'entre eux, l'injonction légitime : « *Seule la coercition « correspond » à l'exercice du pouvoir dans le sous-système politique* »⁴⁴¹. En ce sens, il s'agit bien d'un message explicite de *A* (le souverain ou une autorité parlant en son nom) vers une cible *B*, assortie d'une sanction si *B* n'obéit pas. Ce message est le droit :

La règle de droit peut être définie comme la prescription d'un comportement (action ou abstention) dont l'inexécution entraîne normalement une sanction. Pour être effective, la norme doit être garantie par l'usage de la force. (...), il y a bien utilisation de la coercition pour obliger, en dernière instance, les éventuels récalcitrants à se plier à la loi. La règle de droit est donc obligatoire en ce sens qu'elle implique toujours l'usage éventuel de la force pour garantir son effectivité en cas de refus d'obéissance. C'est ce qui la distingue de la simple injonction morale ou éthique. Une norme inappliquée ou inapplicable cesse d'être, à proprement parler, une règle juridique.⁴⁴²

⁴⁴⁰ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 372.

⁴⁴¹ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 376.

⁴⁴² BRAUD Ph., *Science Politique, L'État*, T.2, Paris, Point Seuil, 1997, pp. 26-27.

Ce lien entre droit et coercition est (partiellement) confirmé par J. P. Henri : « *De ce fait, le droit positif est aussi bien une technique de communication en ce qu'il permet la formulation des normes de comportement décidées par l'État qu'une technique coercitive en ce qu'il rend, par le système de contrainte sur lequel il repose, ces normes obligatoires* »⁴⁴³. Toutefois il apparaîtra ultérieurement que Henry accentue la dimension normative du droit au détriment de son aspect contraignant.

Dans cette optique qui considère le pouvoir politique comme un pouvoir d'injonction appuyé par la coercition, la politique devient la gestion de tout ou partie de l'appareil normatif autonome (non pas tant en vue d'une gestion collective, mais qui de fait gère le groupe) et, de manière plus générale, toute action qui vise à influencer ou prendre part à cet appareil : « *La lutte pour le contrôle des processus décisionnels fondés sur la coercition légitime est le principe organisateur de toute vie politique* »⁴⁴⁴. Il confirme cela dans son manuel de sociologie politique : « *À côté de ces deux types d'exigence, que Lévi-Strauss appelait "l'échange des biens" et "l'échange des signes", il en existe un troisième non moins décisif pour l'existence collective : c'est la maîtrise du problème de la contrainte. [...]. La question politique centrale est donc la régulation de la coercition* »⁴⁴⁵.

Il apparaît donc que Philippe Braud s'inscrit pleinement dans la conception wébérienne de la politique et de l'État :

Nous dirons d'un groupement de domination qu'il est un groupement *politique* (*politischer Verband*) lorsque et tant que son existence et la validité de ses règlements sont garanties de façon continue à l'intérieur d'un territoire *géographique* déterminable par l'application et la menace d'une contrainte *physique* de la part de la direction administrative. Nous entendons par *État* une « *entreprise* politique de caractère *institutionnel* » (*politischer Anstaltsbetrieb*) lorsque et tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte *physique légitime*. – Nous dirons qu'une activité sociale, et tout particulièrement une activité de groupement, est « *orientée politiquement* » (*politisch orientiert*) lorsque et tant qu'elle a pour objet d'influencer la direction d'un groupement politique, en particulier l'appropriation, l'expropriation, la redistribution ou l'affectation des pouvoirs directoriaux⁴⁴⁶

Weber ajoute également qu'il est impossible de définir l'État (mais comme tout groupement politique) par rapport aux fins poursuivies, mais seulement par rapport aux moyens mis en œuvre, et que ce moyen spécifique qui lui est propre et qui le définit est la

⁴⁴³ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 636.

⁴⁴⁴ BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in. LECA J., GRAWITZ M., (dir.), *Traité de Science politique*, T.1, p. 389.

⁴⁴⁵ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J lextensoéditions, 9^e éd., 2008, p. 16.

⁴⁴⁶ WEBER M., *Économie et société*, T.1, Paris, Plon, 1995 [1956], pp. 96-97.

violence⁴⁴⁷. En ce sens, la caractéristique de l'État est bien l'injonction c'est-à-dire la capacité d'édicter des normes contraignantes dont l'effectivité est garantie par l'usage de la force.

Il faut alors considérer qu'est politique toute question prise en charge par l'appareil normatif et qui devient donc l'objet de normes contraignantes (ou, *lato sensu*, toute question dont une part sensible de la population exige qu'elle soit l'objet de norme contraignante).

Cette conception du pouvoir politique comme pouvoir d'injonction légitime est totalement compatible avec les théories de la souveraineté de Bodin et Hobbes, pour qui la loi est la volonté du souverain usant de sa puissance⁴⁴⁸. En effet, lorsqu'il décrit la souveraineté, Bodin la présente bien comme un pouvoir de commandement (il reprend d'ailleurs la définition des Hébreux pour qui il s'agirait de « *la plus grande puissance de commander* » ; de même, la principale marque de souveraineté est bien « *la puissance de donner la loi à tous en général et à chacun en particulier* »⁴⁴⁹). Ainsi, lorsque Bodin considère que le pouvoir du souverain est absolu et illimité, il signifie que le pouvoir d'injonction du souverain est absolu et illimité. De même, lorsque Hobbes traite de la loi civile, il en parle en termes de commandement⁴⁵⁰, qui vient limiter la liberté des sujets. La loi est la volonté du Commonwealth, et cette volonté est injonction. Dans cette optique, la question du pouvoir de l'État et du souverain est simple : il s'agit de vérifier si oui ou non le souverain garde le monopole de la coercition légitime et s'il arrive à imposer sa volonté.

La principale caractéristique de l'État et de la souveraineté, ce qui dans cette optique permet de distinguer le pouvoir politique des autres formes de pouvoir est alors le possible usage de la contrainte. La revendication du monopole de la violence légitime se traduit donc par le monopole des injonctions : l'État, disposant de la plus grande puissance, interdit à tout autre acteur (sauf autorisation expresse) l'usage de l'injonction dans les rapports sociaux.

La réflexion sur le pouvoir amène donc à penser celui-ci comme une interaction sociale entre individus où *A* modifie la volonté de *B* de telle sorte que *b* corresponde à ce que *A* voulait qu'elle soit. Parmi les différents types de relation de pouvoir,

⁴⁴⁷ WEBER M., *Économie et société*, T.1, Paris, Plon, 1995 [1956], p. 98. Cet aspect, qui rejoint le caractère matériellement indéterminé de la Loi, est fondamental. Il apparaîtra pourtant ultérieurement que de nombreuses critiques concernant le recul de l'État sont basées sur des fonctions particulières de l'État (Cf. *infra*).

⁴⁴⁸ Cf., *supra*.

⁴⁴⁹ BODIN J., *Les Six Livres de la République*, 1 VIII, et *Ibid.*, chap. X.

⁴⁵⁰ Hobbes Th., *Léviathan*, chap. XXVI.

le pouvoir politique se caractérise par l'usage de l'injonction légitime. Or, le fait de développer une approche du pouvoir comme cause de comportement amène à relativiser la distinction entre les différentes formes d'exercice du pouvoir. De ce fait, tout usage du pouvoir devient politique ce qui entraîne une négation de la spécificité de l'État (1.1.2).

1.1.2 La dilution du politique dans le social à travers les notions de pouvoirs et de normes : la négation de la spécificité de l'État.

Philippe Braud distingue donc le pouvoir politique des autres types de pouvoir par l'usage de la contrainte. Le pouvoir politique serait alors un pouvoir d'injonction. Néanmoins, si l'approche de Philippe Braud s'insère parfaitement dans un champ conséquent de la science politique qui permet de rendre compte des théories de la souveraineté, elle ne fait pas l'unanimité. Or, la modification de la conception du pouvoir politique et donc de la politique a des conséquences importantes sur l'analyse de la pertinence du concept de souveraineté et d'État. Ainsi, il s'agira de montrer que certains auteurs, développant une approche du pouvoir comme cause de comportement, nient la spécificité du pouvoir politique et en arrivent alors à identifier relation politique et relation sociale (1.1.2.1). Cette négation de la spécificité du pouvoir politique se traduit par une transformation des Relations internationales en sociologie mondiale où la spécificité de l'État comme institution est relativisée, voire niée (1.1.2.2).

1.1.2.1 La réduction du politique au social.

La définition du politique comme pouvoir d'injonction, qui est à la base de la théorie de la souveraineté, n'est cependant pas unanimement acceptée. Ainsi, la politique peut être réduite au pouvoir en général, sans discrimination. De ce fait, une conception large du pouvoir, notamment abordée en termes de cause de comportement, se traduit par une réduction du politique au social. Cela peut s'observer dans les termes employés pour décrire le politique. Cette assimilation du pouvoir politique au pouvoir social peut alors impliquer une absence de distinction entre normes juridiques et normes sociales : puisque le pouvoir est pensé à travers les comportements qu'il induit, les normes sociales, qui sont des comportements collectifs, deviennent de ce fait l'objet du politique et sont le fruit du

pouvoir politique (pensé comme la cause des comportements). Il est ainsi possible d'observer une dilution du politique tant à travers une conception non différenciée du pouvoir (1.1.2.1.1) qu'à travers une conception non différenciée de la norme. (1.1.2.1.2)

1.1.2.1.1 La dilution du politique à travers une conception non différenciée du pouvoir

Robert Dahl considère ainsi que « *Un système politique est n'importe quel ensemble constant de rapports humains qui impliquent, dans une mesure significative, des relations de pouvoir, de gouvernement ou d'autorité* »⁴⁵¹. Il faut donc considérer qu'une école, une famille ou une entreprise sont des systèmes politiques. Si tout système devient politique à partir du moment où il est structuré par des rapports de pouvoir, alors il est clair que le politique renvoie aux rapports de pouvoir (la régularité introduite par l'idée de constance renvoie à la notion de système). Cette identité peut devenir problématique en fonction de la manière dont est défini le pouvoir. Une conception extensive du pouvoir implique nécessairement une conception extensive de la politique, qui peut alors recouvrir l'intégralité des rapports sociaux.

C'est le cas chez Susan Strange. Elle reprend ainsi la définition de politique posée par Bertrand de Jouvenel et considère qu'« *il y a politique à chaque fois qu'un projet requiert le soutien d'autres volontés* »⁴⁵². De ce fait, toute action sociale devient politique (elle cite ainsi comme exemple la mise en place de kermesses, de systèmes de covoiturage ou de garde d'enfants). Le fait de considérer qu'est politique toute mise en place d'un processus de convergence de volontés revient ainsi à considérer que toute relation de pouvoir est une relation politique, puisque le pouvoir est justement défini comme le fait pour *A* de modeler le comportement de *B*. En effet, ce sont bien les relations de pouvoir qui permettent la convergence de volontés nécessaire à la mise en place d'action collective. Le pouvoir apparaît donc bien comme l'essence du politique pour S. Strange. Elle se distingue alors de Weber, pour qui c'est l'exercice de la violence qui caractérise le politique.

⁴⁵¹ DAHL R., *L'analyse politique contemporaine*, Paris, Robert Laffont, 1970, p. 28.

⁴⁵² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 75.

Dans le cadre de ses études sur les relations internationales, Susan Strange reprend la question de savoir comment évaluer le pouvoir d'un État sur la scène internationale et montre la difficulté, par ailleurs reconnue, d'obtenir des critères efficaces. De même, si de nombreux auteurs reconnaissent la nécessité de prendre en compte la puissance économique (comme Keohane ou Gilpin), ils resteraient prisonniers d'une conception de la puissance fondée sur les ressources purement intérieures d'un État⁴⁵³. Elle propose alors de centrer sa théorie du pouvoir non plus sur les ressources, (« le pouvoir tiré de ») mais sur la capacité à réellement modifier les comportements des autres acteurs (« le pouvoir exercé sur »)⁴⁵⁴. Elle s'inscrit donc bien dans le cadre du pouvoir entendu comme interaction entre différents acteurs, qui rejette l'approche du pouvoir en termes de capital.

Elle donne alors deux exemples, le *Battle Act* et la loi sur la pollution pétrolière après l'accident de l'Exxon Valdez. Dans ces deux cas une décision unilatérale des États-Unis a obligé d'autres pays ou entreprises à s'adapter à ces nouveaux textes. Ainsi, pour pouvoir continuer à exporter du pétrole aux États-Unis, les compagnies maritimes ont dû équiper leurs tankers de doubles coques. La législation américaine se serait alors imposée à d'autres États souverains, qui auraient vu certains de leurs chantiers navals produire des navires à double coque, sans intervention de leur part. Dans le même ordre d'idée, il est possible de considérer l'impact des normes européennes sur la production américaine.

Susan Strange s'inscrit donc dans le cadre du pouvoir défini en termes de comportement. Elle considère bien comme relation de pouvoir de *A* sur *B* les adaptations de *B* au comportement de *A*, indépendamment de la volonté de *A*. Si *B* modèle son comportement sur *A*, alors c'est qu'*A* a du pouvoir sur *B*. Cela s'observe notamment lorsqu'on considère la définition qu'elle donne du pouvoir : « *Le pouvoir est simplement la capacité d'une personne ou d'un groupe de personnes à agir sur les événements de telle sorte que leurs préférences l'emportent sur celles des autres* »⁴⁵⁵. Or, si selon cette acception le pouvoir est encore relié à l'action, et de ce fait à l'intention, elle s'en éloigne puisqu'elle considère que le point déterminant n'est pas la volonté explicite de l'acteur mais bien ses préférences. Cela lui permet ainsi d'inclure le pouvoir latent des acteurs, qui s'exercerait sur la structure, quand elle développe l'idée de pouvoir structurel, assez proche de celle de Clegg :

Le pouvoir structurel serait alors le pouvoir de façonner et de déterminer les problèmes, l'organisation de l'économie globale qui devient le cadre, la structure dans laquelle doivent opérer les acteurs des États dominés. Les choix de ces acteurs (institutions

⁴⁵³ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 57-58.

⁴⁵⁴ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 61.

⁴⁵⁵ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 49.

politiques, entreprises, scientifiques et autres professionnels) sont déterminés par celui qui commande la structure

Cela est d'autant plus vrai qu'elle considère qu'il faut également intégrer dans les relations de pouvoir entre *A* et *B*, les effets involontaires (les aboutissants), c'est-à-dire lorsque l'action de *B* en fonction de *A* n'est pas escomptée par *A*. Elle reprend alors la définition de K. Waltz de la puissance : « *un agent est puissant dans la mesure où il [sic] influe sur les autres plus qu'ils n'influent sur lui (Waltz, 1979, p. 192)* »⁴⁵⁶.

Susan Strange adopte une conception du pouvoir défini par les résultats de l'interaction et donc comme cause d'un comportement. Dans son acception du pouvoir, l'action des personnes sur les événements n'est donc pas nécessairement consciente. Il suffit que leurs préférences s'imposent. De ce fait, parce que les préférences des États-Unis d'Amérique s'imposent plus souvent que celles du Vanuatu, il est possible d'en déduire que les États-Unis ont plus de pouvoir.

Elle reconnaît donc que tout ce qui produit une interaction avec des gens exerce un pouvoir structurel. Cela pose la question des *forces naturelles*⁴⁵⁷. Toutefois, l'auteur les exclut pour se limiter aux Sciences Sociales. Le fait de considérer comme potentiellement acceptable l'idée d'un pouvoir des forces naturelles (elle parle alors de *l'autorité de la nature*) montre bien que la question de la volonté (ou même des préférences) de *A* est secondaire et que le pouvoir se mesure bien uniquement par rapport aux options de *B*. La question du pouvoir est alors moins l'étude d'une interaction entre deux acteurs, que l'analyse comportementale d'un acteur considéré dominé dont on suppose et recherche les relations de pouvoirs expliquant son comportement. Toute adaptation comportementale de *B* aux actions ou même à l'existence d'un acteur *A* traduit alors une relation de pouvoir de *A* sur *B*. En effet, il faut admettre que toute action au sein d'un ensemble en interaction affecte nécessairement les possibilités des autres acteurs puisque toute action modifie l'environnement social dans lequel ils évoluent.

Le problème est que Susan Strange semble nommer structure l'environnement social dans lequel se meuvent les individus. Or, les théories de l'État, et *a fortiori* celles de la souveraineté, n'ont à aucun moment considéré que l'État (ou le souverain) était seul à agir sur la structure de la société. La publication d'un livre, l'apparition d'une mode, d'un nouvel objet, modifient le comportement des acteurs et n'est pas nécessairement le fait de l'État. La place accordée dans l'analyse à ce dernier dépend donc fortement de ce qui est étudié.

⁴⁵⁶ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 62.

⁴⁵⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 162.

Il faut alors reconnaître que la conception du politique chez Strange est assez proche de la conception du social chez Weber. Celui-ci considère en effet comme activité sociale toute activité qui s'oriente d'après le comportement d'autrui (sachant que l'imitation n'est pas une activité sociale, tandis que la mode l'est). Il considère également comme relation sociale « *le comportement de plusieurs individus en tant que, par son contenu significatif [Sinngeshalt], celui des uns se règle sur celui des autres [aufeinander gegenseitig eingestellt] et s'oriente en conséquence.* »⁴⁵⁸. La relation sociale chez Weber traduit donc bien l'adaptation d'un comportement d'un (ou plusieurs) acteur *B* sur un (ou plusieurs) autre acteur *A*.

Or, considérer comme politique l'intégralité des interactions sociales⁴⁵⁹ revient à priver le terme de politique de tout son sens, à en faire un synonyme de social ou de collectif. De même, tout rapport économique, qui suppose par définition l'accord des volontés des participants, devient également un rapport politique.

En effet, si tout est politique, alors rien ne l'est, puisque « *la valeur d'un mot ne sera jamais déterminée que par le concours des termes coexistants qui le limitent* »⁴⁶⁰. Ainsi, il n'existe plus de différence entre sociologie et science politique. Dans cette optique, il est en effet absurde de considérer l'État comme le seul (ou même le principal) acteur politique puisque cela reviendrait à dire qu'il serait le seul (ou même le principal) acteur social. Cela signifierait que l'État serait partie prenante de toute interaction sociale. Il faut toutefois rappeler que toute interaction sociale est de fait structurée par l'État puisque celui-ci délimite le cadre et les conditions de validité de cette interaction sociale. Par exemple, en France, un homme ne peut légalement battre sa femme (et inversement) pour lui imposer son point de vue (même si certains le font). Les relations entre époux sont donc encadrées par l'État, même s'il n'y participe pas activement.

Considérer comme politique tout rapport de pouvoir revient à dévaloriser la spécificité du politique qui est le rapport à la coercition légitime, au sens où le souverain, et à travers lui l'État, dispose d'un pouvoir de commandement (et donc d'injonction) absolu et illimité. Le fait que le pouvoir de l'État soit appuyé par d'autres formes de pouvoir (notamment d'autorité

⁴⁵⁸ WEBER M., *Économie et société*, T.1, Paris, Plon, 1995 [1956], p. 58.

⁴⁵⁹ Puisque toute interaction sociale suppose l'accord des différents participants (indépendamment de la manière dont est obtenu cet accord) c'est-à-dire procède d'un courant de volonté en vue de la réalisation d'une action, ce qui est le critère de la politique chez S. Strange

⁴⁶⁰ SAUSSURE de F. *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, p. 160.

et de légitimité) ne modifie pas le fait que ce qui le caractérise comme entreprise reste la coercition.

Une conception extensive de la politique liée à la non-différentiation des modalités d'exercice du pouvoir se retrouve également dans une conception non différenciée de la norme.

1.1.2.1.2 La dilution du politique à travers le concept non différencié de norme

Cette dilution du politique dans le social s'observe également en droit à travers la mise en avant non différenciée du concept de norme. Cela est particulièrement visible chez Jean Pierre Henry, qui relativise également la différence entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence. Cette approche renvoie également, sans le dire, à une conception du pouvoir politique pensée en termes de pouvoir comme cause du comportement.

Le concept de norme repris par J. P. Henry est assez significatif. En reprenant la distinction entre *Sein* et *Sollen*, et en estimant que la norme a pour fonction de transformer la norme réelle (comportement majoritaire effectif) pour la rapprocher de la norme idéale⁴⁶¹ (comportement majoritaire souhaité), il s'inscrit automatiquement dans une optique considérant le droit comme un outil de transformation sociale. C'est ce décalage entre norme statuée et norme réelle qui expliquerait la nécessité de l'usage de la puissance publique et constituerait alors une de ses principales fonctions :

sa « puissance publique » [à l'État] réside en principe dans sa capacité à fixer dans des normes le contenu idéal des comportements des individus résidant sur son territoire et à rendre ces comportements obligatoires afin qu'ils prennent peu à peu la place des comportements réels ou spontanés.⁴⁶²

⁴⁶¹ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 635.

⁴⁶² HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, pp. 635-636.

Il rappelle ensuite, prenant l'exemple de la France, comment l'État a imposé différentes normes comportementales jusqu'à la constitution d'un ensemble culturellement assez homogène. De ce fait, il y aurait une image de l'État normalisateur, maître des comportements humains.

Or, J. P. Henry rappelle qu'une part très importante de la normalisation des comportements est aujourd'hui liée au caractère industriel de la production. En effet, une production de masse implique une massification des comportements des individus qui se retrouvent à consommer le même type de biens (matériel et immatériel), à utiliser les mêmes objets, et donc à adopter le même type de comportement. Il s'agit bien d'une normalisation. Les industriels essaient de transformer le comportement du consommateur (norme réelle) afin de le faire correspondre à leur désir (norme idéale). Il y aurait ainsi une uniformisation des individus par le biais de la consommation de masse :

Doit s'en suivre alors nécessairement une normalisation de plus en plus poussée, quantitativement et qualitativement, des comportements des individus, que cette normalisation affecte particulièrement les comportements de consommation ou qu'elle affecte tous les comportements qui concourent de près ou de loin au processus de production lui-même.⁴⁶³

Le processus de production industrielle est donc devenu le principal producteur de normes au sein des sociétés de masses. Or, pour Henry, cette fonction devrait être celle de l'État : « *L'espace économique, le marché, a très largement supplanté l'espace politique et c'est bien évidemment le premier qui dicte sa loi sans partage* »⁴⁶⁴. L'usage du terme supplanté montre bien que J. P. Henry considère que préalablement c'est principalement le politique qui normalisait la société (et donc l'État puisque sa puissance publique réside dans sa capacité à normaliser les comportements). De même, mettre sur un pied d'égalité les normes sociales et juridiques révèle une indifférence aux modalités d'exercice du pouvoir.

L'accent que met J. P. Henry sur la norme comme norme comportementale traduit bien une approche du pouvoir en termes de cause de comportements. Contrairement à Susan Strange, il ne considère pas que le politique est tout exercice de pouvoir (sinon l'espace politique ne saurait être *supplanté*). La différenciation ne se fait pas sur le type de pouvoir exercé, mais sur l'autorité qui l'exerce. Toutefois, il ne pense le pouvoir qu'en termes de cause de comportements. La question du pouvoir au sein de la société revient alors à rechercher qui

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 641.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 642.

influence le plus les comportements au sein de la société, c'est-à-dire qui crée le plus de normes comportementales.

Ainsi, parce que l'État et la politique sont assimilés au processus de normalisation de la société, et parce que ce processus est principalement effectué par les acteurs économiques et le « marché » (mais il faudrait également ajouter, même si c'est dans une moindre mesure, les différents acteurs sociaux), J. P. Henry en déduit une suprématie des seconds sur les premiers :

L'observation du processus de normalisation industrielle montre que le marché développe en réalité un système de contrainte qui atteint même aujourd'hui une force largement supérieure à ce qu'aurait pu engendrer un projet humain rationnellement établi et qui présente des caractéristiques strictement opposées à celle de la normalisation par le droit.⁴⁶⁵

Or, la mise en avant du processus de normalisation pour penser le pouvoir traduit nécessairement la préférence d'une approche en termes de pouvoir centrée sur les comportements causés. La question est alors bien de déduire un pouvoir d'une norme comportementale : c'est parce que de nombreux individus adoptent un comportement similaire qu'il est possible d'en déduire l'existence d'un pouvoir normalisateur.

De ce fait, parce que J. P. Henry ne distingue pas normes sociales et économiques et normes juridiques⁴⁶⁶ autrement que par l'autorité qui la crée, il n'y a pas de réelle différence entre le pouvoir normatif du *marché* et le pouvoir normatif du politique : il s'agit de deux pouvoirs créant des comportements de masse. Pourtant, il précise bien que ce pouvoir normatif du marché qui remplace le politique se manifeste par un remplacement (via la publicité) de la dissuasion par la séduction⁴⁶⁷. Il y a donc bien la conscience que, au moins à l'origine, le pouvoir politique était un pouvoir d'injonction. Néanmoins, il ne s'agit là que de différentes modalités visant à accomplir la même fonction : la normalisation de la société. Il y a donc ici une rupture radicale avec la conception wébérienne du politique qui la définissait non par ses objectifs mais justement par ses modalités d'exercice (le pouvoir d'injonction).

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 648. On remarquera une certaine similitude avec la théorie de F. A. Hayek concernant la capacité des ordres spontanés à générer des ordres beaucoup plus complexes que les ordres construits.

⁴⁶⁶ Cette distinction, pourtant chère à Kelsen ou Duguit, sera développée ultérieurement (Cf., *infra*.).

⁴⁶⁷ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 640.

Cette indifférence aux types de pouvoirs est liée au fait que J. P. Henry adopte une vision rousseauiste, où la loi, assortie de contraintes, libère⁴⁶⁸ tandis que le marché, sans contrainte, asservit⁴⁶⁹.

Ainsi, envisager le pouvoir à travers le processus de normalisation sociale entraîne une relativisation de la distinction entre pouvoir d'influence et pouvoir d'injonction, qui ne sont plus que deux modalités pour obtenir le même résultat. Il y a donc une négation de la spécificité du pouvoir politique.

Cette conception élargie de la politique basée sur une non différenciation entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence a un impact considérable sur la manière dont vont être perçues les théories de la souveraineté et la place de l'État dans la société internationale⁴⁷⁰. L'idée d'un pouvoir illimité et absolu ne signifie pas la même chose si on définit le pouvoir comme pouvoir d'injonction ou comme pouvoir d'influence. De même, les questions autour du pouvoir de l'État ne seront pas traitées de la même manière et n'aborderont pas les mêmes thèmes. La mise en avant du pouvoir comme cause de comportement dans la réflexion politique va alors se traduire, sur le plan international, par une sociologie mondiale entraînant une négation de la spécificité de l'État.

1.1.2.2 Une sociologie de la société internationale entraînant une négation de la spécificité de l'État

Concevoir le pouvoir en termes de cause de comportement, indépendamment de ses modalités d'exercice, et réduire le politique aux relations de pouvoir amène nécessairement à poser comme relation politique toute relation sociale. En ce sens, tout rapport social devient politique. Les Relations internationales vont donc de plus en plus s'orienter vers une sociologie mondiale (1.1.2.2.1), c'est-à-dire s'occuper de tous les phénomènes ayant un impact dépassant le cadre d'un seul État. Ce changement de perspective

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 653.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 652.

⁴⁷⁰ Également en interne, mais il faut reconnaître que la plupart des théories constatant un recul du pouvoir de l'État s'inscrivent dans le champ international.

implique alors une désacralisation de l'État qui ne devient plus qu'un acteur social parmi d'autres (1.1.2.2.2).

1.1.2.2.1 Une sociologie de la société internationale pensée en termes de relation de pouvoir

La dilution du politique dans le social chez Susan Strange en particulier, et chez les théoriciens de l'Économie Politique Internationale (EPI) en général, est particulièrement patente lorsqu'elle explique les divergences entre l'EPI et les Relations internationales. Elles concernent le sujet d'étude des Relations internationales. Les spécialistes des Relations internationales considéreraient que l'État est le principal acteur parce qu'ils accepteraient la prémisse « *selon laquelle la guerre, la paix et la résolution des conflits interétatiques est l'enjeu essentiel de la politique mondiale, et la raison principale d'étudier les Relations internationales* »⁴⁷¹. *A contrario*, l'économie politique internationale s'intéresserait à l'ensemble des questions économiques et sociales, et pas seulement aux structures de sécurité :

La sécurité n'est pas le seul enjeu de l'économie mondiale et de la société mondiale. Savoir qui devient riche et qui reste pauvre, qui a accès aux médecins, aux médicaments et aux hôpitaux et qui en est privé, savoir si les forêts tropicales ou les tigres sont protégés, et si la couche d'ozone est progressivement détruite par les gaz CFC, sont aussi d'importantes *problématiques*.⁴⁷²

De plus, elle relève que les questions de sécurité ne se réduisent pas aux relations interétatiques : « *les violences aux personnes ou les dommages à la propriété peuvent être causés par d'autres voies que les guerres entre États* »⁴⁷³.

Ce qui apparaît à la lecture des travaux de Susan Strange, c'est qu'en parlant de *politique mondiale* et de *société mondiale*, elle se place dans un cadre unitaire où l'intégralité des questions politiques et sociales doit être pensée comme un tout. Il s'agit bien d'une sociologie mondiale, qui essaie d'intégrer l'ensemble des relations de pouvoir et des problématiques sociales à l'échelle mondiale. L'objet est donc devenu l'étude de phénomènes globaux, de définir et traiter des enjeux mondiaux et de les considérer comme politiques.

Néanmoins, l'opposition qu'elle soulève entre spécialistes des Relations internationales et spécialistes de l'économie politique internationale ne semble pas en être

⁴⁷¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 130.

⁴⁷² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 130.

⁴⁷³ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 130.

réellement une puisqu'on se retrouvait alors avec deux champs distincts d'analyse. D'un côté, les Relations internationales qui étudient les relations entre États souverains, leurs dynamiques de puissance et la manière dont ils créent le cadre structurel et règlementaire dans lequel agissent les autres acteurs mondiaux. De l'autre côté, l'Économie Politique Internationale qui s'intéresse à l'ensemble des phénomènes sociaux (la disparition des tiges n'étant pas vraiment une question économique – à moins de considérer la disparition d'un marché) et qui prend donc la forme d'une sociologie mondiale. Cela s'explique aisément en se rappelant que S. Strange considère comme politique toute interaction sociale. La différence qu'elle souligne recoupe la question du pouvoir qui est étudié. Les Relations internationales s'intéressent alors principalement aux différentes relations entre puissances injonctives et l'EPI se consacre à l'analyse des relations entre tous types d'autorité à l'échelle mondiale.

Considérer comme relevant de la *politique mondiale* tous les phénomènes mondiaux conçus comme enjeux, amène alors à prendre en compte les différents acteurs qui participent à ces phénomènes. L'évolution de la discipline des Relations internationales a intégré ces aspects. Selon D. Battistella, elle concerne désormais « *l'ensemble des relations qui se déroulent au-delà de l'espace contrôlé par les États pris individuellement, quel que soit l'acteur – étatique ou non – concerné par ces relations, et quelle que soit la nature – politique ou non – de ces relations* »⁴⁷⁴. Dans une conception similaire, Marie-Claude Smouts, en introduction d'un ouvrage collectif, affirme que « *Pour les auteurs de ce livre, l'objet des Relations internationales est le fonctionnement de la planète ou, pour être plus précis, la structuration de l'espace mondial par des réseaux d'interactions sociales.* »⁴⁷⁵

L'évolution n'est donc pas simplement liée à l'apparition de nouveaux acteurs sur l'espace mondial. Elle s'inscrit également dans un déplacement de perspective qui cherche à expliquer les phénomènes mondiaux⁴⁷⁶. Jens Bartelson explique ainsi qu'il y a nécessité pour les théories des relations internationales de « *comprendre les complexités d'une société*

⁴⁷⁴ BATTISTELLA D., *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Science Po, 2009, 3^e Ed, p. 25.

⁴⁷⁵ SMOUTS M.-C. « Introduction. La mutation d'une discipline », in. SMOUTS M.-C., *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, pp. 13-14.

⁴⁷⁶ Une part importante des critiques de l'organisation de la scène internationale traduisait une dénonciation de l'état du monde (cf. *supra*). Une part donc conséquente des études de Relations internationales s'attache donc à l'analyse de ces problèmes.

mondiale émergente »⁴⁷⁷. Il est donc normal que les théoriciens s'attachant à cette perspective, privilégient le pouvoir entendu comme cause de comportements, puisqu'ils essayent justement de trouver les causes de comportements collectifs à l'échelle mondiale. De ce fait, tous les acteurs disposant d'assez d'influence pour avoir un impact à l'échelle mondiale deviennent objet potentiel d'étude :

Ainsi en va-t-il d'ailleurs de n'importe quelle association, organisation ou institution autre qu'un État, dont les décisions affectent indirectement les choix d'autres acteurs de manières comparables aux effets des actions des agences étatiques. Le pouvoir structurel est exercé tant par les États que par les autorités non étatiques. Dans les deux cas, on peut parler d'autorité exercée sur les relations sociales ou économiques chaque fois que sont modifiées les options dont disposent les autres. Que ces options soient étendues ou restreintes, de manière à ce plus ou moins de choix soient disponibles, alors il est probable qu'une autorité s'est exercée structurellement pour produire ce changement.⁴⁷⁸

L'emploi du terme probable indique bien le caractère hypothétique de l'exercice d'une autorité. La relation de pouvoir est posée *a priori* comme explication du comportement des acteurs (puisque celui-ci est cause de comportement).

Susan Strange estime alors que le monde a subi des changements structurels tels qu'il est impossible de considérer que les États sont toujours les acteurs fondamentaux des Relations internationales :

Selon les cas, ils [les tenants de l'économie politique internationale] considèrent que les banques, les compagnies pétrolières, les barons colombiens de la drogue ou les grandes entreprises transnationales jouent peut-être un rôle tout aussi important que les États pour déterminer qui obtient quoi – question qui fut toujours au centre de l'étude de la politique.⁴⁷⁹

Si son affirmation est exacte⁴⁸⁰, elle doit être replacée dans une réflexion générale sur le politique. Les États n'ont jamais été les acteurs exclusifs pour déterminer qui obtient quoi en interne (à l'exception notable des régimes communistes). Il n'y a donc aucune raison de considérer qu'ils puissent l'être à l'échelle mondiale. Estimer que la politique a pour objet principal cette détermination du qui obtient quoi (indépendamment du qui et du quoi) traduit bien la dilution du politique dans le social, de la Science Politique dans la Sociologie.

⁴⁷⁷ BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, p. 242. Ce concept de société mondiale est évoqué plusieurs fois dans cet article et il parle même de sociologie mondiale.

⁴⁷⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 162.

⁴⁷⁹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 128.

⁴⁸⁰ La question de qui obtient quoi n'as pas toujours été au centre de l'étude de la politique. La pensée politique s'est ainsi beaucoup plus concentrée sur la question du commandement (et donc du pouvoir injonctif) que sur la question de la répartition des biens.

Ainsi, si la question est de comprendre comment se constituent et évoluent matériellement les sociétés humaines, alors se concentrer uniquement sur l'État et les institutions coercitives n'a effectivement pas de sens. Susan Strange adopte, tant dans ses questionnements que dans sa démarche, une approche de sociologue ou d'économiste, approche en soi très intéressante et qui permet de comprendre au sein de la société mondiale les différents réseaux de pouvoirs et d'appréhender la manière dont celle-ci se constitue. Toutefois, le fait est que l'État n'a jamais été le seul acteur politique au sens où l'entend Mme Strange, même avant la mondialisation. En ce sens, elle a tout à fait raison de considérer, si on se rappelle sa définition extensive de la politique, que « *la politique est plus vaste que l'action des politiciens, et que le pouvoir [de tout type] peut être exercé – et l'est quotidiennement – par des autorités non étatiques aussi bien que par des gouvernements* »⁴⁸¹. Le développement et l'extension d'une société de masse impliquent en effet la participation de multiples acteurs sociaux et donc, dans son optique, politiques. Ainsi, en considérant comme source d'autorité toute entité pouvant modifier par son action l'environnement social, elle a raison d'affirmer qu'il existe « *une diversité considérable de formes et de sources d'autorité non étatiques* »⁴⁸². De ce fait, elle va considérer les autres sources d'autorités en fonction de leur mode de coexistence avec l'État, du soutien et de la collaboration mutuelle au conflit (tout en admettant la subjectivité d'un tel critère puisque ce sont les États qui déterminent cette échelle de valeur). Le terme d'autorité est ici très révélateur et traduit bien l'équivalence faite entre l'État et les autres acteurs sociaux par rapport au pouvoir en général. L'autorité renvoie à la domination chez Weber⁴⁸³ et Ph. Braud l'avait classée comme pouvoir d'influence. Or, si effectivement l'obéissance à l'État, comme hiérarchie de commandement, est aussi lié à la domination, ce n'est pas le seul à en bénéficier. L'emploi de ce terme implique donc bien que pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence sont considérés indifféremment.

La conception extrêmement extensive de la politique chez Susan Strange l'amène donc nécessairement à englober au sein des Relations internationales l'intégralité des phénomènes importants à l'échelle mondiale. De ce fait, parce qu'une part importante des Relations internationales s'apparente de plus en plus à une sociologie mondiale, la place de l'État y est amoindrie : « *Le fondement des théories des relations internationales que Susan Strange s'employa à mettre en doute, c'est l'hypothèse selon laquelle l'État serait la seule*

⁴⁸¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 19.

⁴⁸² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 162.

⁴⁸³ WEBER M., *Économie et société*, T.1, Paris, Plon, 1995 [1956], p. 285.

entité devant être prise en compte dans les affaires du monde »⁴⁸⁴. Cela se traduit alors non pas tant par une meilleure compréhension des phénomènes auparavant étudiés, que par un élargissement du champ d'étude des Relations internationales.

L'extension de la politique à toute interaction sociale à travers le concept de pouvoir comme cause de comportement implique donc une modification des objets étudiés par la Science Politique et notamment en Relations internationales, qui s'apparente alors à une forme de sociologie mondiale. Ce déplacement de la discipline ne concerne pas seulement son objet mais également la manière dont sont pensés les différents acteurs. En outre, il entraîne une négation de la spécificité de l'État. Cette évolution se retrouve également dans l'analyse des relations de pouvoir au sein des États, qui n'apparaissent plus, comme le note J.-P. Henry, que comme une autorité parmi d'autres.

1.1.2.2 La négation de la spécificité de l'État

Cette tendance à assimiler l'État à une simple forme de coordination des activités humaines parmi d'autres et donc à relativiser l'importance de l'institution normative, s'illustre par exemple, selon John Crowley, par l'usage du terme « gouvernance » :

Dès lors que tout système organisé (un État, une entreprise, une université, une association, une ville...) peut être conçu comme doté d'une « gouvernance », et dès lors que la gouvernance a vocation à constituer une grille d'analyse privilégiée pour la compréhension des logiques de pouvoir et de production d'effet dans un tel système, l'État se voit nécessairement retiré tout statut exorbitant. Il est vrai que, en toute rigueur, cette désacralisation analytique est indépendante du statut normatif de l'État. Considéré sous l'angle fonctionnel, celui-ci peut fort bien apparaître comme un mode de coordination des activités humaines parmi d'autres, tout en étant le seul qui soit compatible avec la conception démocratique de la souveraineté comme affirmation à la fois de l'artificialité de la société et de l'existence historique d'un peuple conscient de lui-même. Il n'empêche qu'un examen, même sommaire des usages du terme « gouvernance » y révèle non seulement l'effet mais aussi l'intention d'abattre le privilège politique de l'État.⁴⁸⁵

Néanmoins, comme l'auteur le souligne, mettre sur un pied d'égalité l'État et les autres institutions organisatrices de la vie sociale occulte la spécificité normative de l'État et donc

⁴⁸⁴ STORY J., JAQUET C., « Le système mondial de Susan Strange », *Politique étrangère*, n°2-2001, p. 435.

⁴⁸⁵ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 52.

justement la question de la souveraineté. Or, comme il l'a été indiqué, ce n'est pas tant la dimension normative de l'État qui n'est pas prise en compte que la spécificité de la norme juridique vis-à-vis des autres normes et donc du pouvoir d'injonction vis-à-vis des autres pouvoirs. Cette négation de la particularité de la norme contraignante traduit probablement, au sein des États stables, une dissociation entre droit et violence publique, ce que rappelait pourtant S. Freud⁴⁸⁶. La mise en avant du point de vue sociologique des processus d'autorité et de socialisation occulterait ainsi le cœur de la théorie de la souveraineté selon laquelle la paix civile n'est possible que parce qu'il existe au sein de la société une instance disposant de l'intégralité des moyens coercitifs pour maintenir le système de normes et le règlement pacifique des conflits (le monopole de la violence légitime). Les logiques de légitimité rendent certes l'usage de cette violence publique de plus en plus exceptionnelle, mais elle n'en reste pas moins réelle. Hannah Arendt a raison de rappeler que l'utilisation de la coercition marque un échec de l'autorité⁴⁸⁷. Néanmoins, la présence de processus sociaux visant à en limiter le recours ne signifie pas que l'existence d'une telle instance est contingente. Il serait alors possible de considérer que la simple existence d'une institution disposant tant du monopole de la violence légitime que des moyens de l'imposer, entraîne une pacification de la société, les individus intégrant dans leurs calculs l'existence de cette institution.

Cette particularité coercitive du pouvoir de l'État, puissance normative et autonome, est pourtant perçue par Susan Strange. Elle constate ainsi qu'il existe un attachement des États au monopole de l'exercice de la puissance normative :

Les faits empiriques attestent que ce sont toujours les trois même principaux domaines que les États rechignent à céder aux conférences et secrétariats intergouvernementaux : le droit d'utiliser ou de ne pas utiliser la force armée ; le droit de taxer et d'emprunter ; et le pouvoir de déterminer ce qui est licite et ne l'est pas.⁴⁸⁸

Or, ces trois domaines sont justement ceux qui caractérisent l'État en tant qu'État : un État qui n'est plus maître dans le choix de ce qui est licite ou non et de l'usage de la force armée (pour appliquer sa volonté) n'est plus un État mais une collectivité. De même, toute entité qui peut déterminer ce qui est licite ou ne l'est pas et utiliser la force armée pour appliquer sa volonté est un État (puisque seule la puissance publique est déterminante pour caractériser l'État⁴⁸⁹). De plus, si la question de l'emprunt est plus ambiguë, le droit de taxer

⁴⁸⁶ Cf. *infra*.

⁴⁸⁷ ARENDT H., « Qu'est-ce que l'autorité », in *La crise de la culture*, Paris, Gallimard Folio, p. 123.

⁴⁸⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 304. Il sera cependant montré que ces fonctions peuvent être déléguées à des personnes privées (cf. *infra*).

⁴⁸⁹ Cf. *supra*.

(qui, en tant que prélèvement obligatoire, est clairement une injonction) fait partie des attributions politiques.

Pourtant, selon Susan Strange, ce ne sont pas là des points fondamentaux. S'il n'est pas question pour elle de parler de fin de l'État, mais seulement d'une métamorphose entraînée par les modifications structurelles de la société mondiale, elle récusé la spécificité de celui-ci. L'État ne serait plus qu'« *une source d'autorité parmi tant d'autres, aux pouvoirs et aux ressources limitées* »⁴⁹⁰. Il n'y a donc pas de différence chez Susan Strange entre la nature du pouvoir de l'État et de tout autre acteur social, ce qui traduit bien la négation de la spécificité de la norme juridique et du pouvoir d'injonction (ou l'occultation). Cette mise en avant du pouvoir d'influence au sein de la société mondiale se rencontre par exemple dans les travaux de U. Beck, lorsqu'il aborde la question du contre-pouvoir de la société civile mondiale. Il prend alors en compte la capacité des consommateurs à boycotter certains produits ou certaines firmes⁴⁹¹. La mise en avant de cette capacité des consommateurs au sein de la société globale, (qui, selon Beck, bouleverse les rapports de force traditionnels – entre patrons et ouvriers par exemple), s'inscrit bien dans le cadre d'une analyse du pouvoir en termes de cause de comportement mais surtout d'influence, de la norme comme comportement de masse plutôt que de commandement.

Cette identification du politique au social est liée au fait que la politique, étant une activité sociale, repose sur les mêmes mécanismes. Une part importante des activités de l'État et des acteurs politiques ne se distingue donc pas, formellement, des activités des autres acteurs sociaux. En ce sens, il n'y a pas de distinction entre une campagne visant à promouvoir un programme, c'est-à-dire convaincre des électeurs de voter pour un parti politique, et une campagne visant à promouvoir une marque, c'est-à-dire convaincre les consommateurs d'acheter un produit. De même, il n'y a pas de différences fondamentales entre les processus de décision au sein d'un ministère et au sein d'une entreprise⁴⁹² : les rapports de domination (au sens wébérien) y sont les mêmes. Un des premiers penseurs à mettre en avant cette similitude est Edward Bernays. Dans son ouvrage de 1928

⁴⁹⁰ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 136. La question de la limitation du pouvoir de l'État sera traitée au point suivant (Cf. *infra*).

⁴⁹¹ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], pp. 33-36.

⁴⁹² Ce que confirme S. Strange en posant comme similaire la constitution d'alliance d'État et de partis politiques ou d'entreprises.

*propaganda*⁴⁹³, il traite de l'apport des relations publiques tant pour des questions commerciales (la promotion d'un savon ou d'une mode) que politiques (la protection maternelle et infantile, le féminisme...). Il explique ainsi que :

La manipulation consciente, intelligente, des opinions et des habitudes organisées des masses joue un rôle important dans une société démocratique. Ceux qui manipulent ce mécanisme social imperceptible forment un gouvernement invisible qui dirige véritablement le pays. Nous sommes pour une large part gouvernés par des hommes dont nous ignorons tout, qui modèlent nos esprits, forgent nos goûts, nous soufflent nos idées.⁴⁹⁴

Pour lui aussi, les sociétés de masse nécessitent une standardisation des opinions, des goûts et des comportements (ne serait-ce qu'à cause de la standardisation imposée par la production de masse ou le système partisan). Les acteurs économiques disposent donc effectivement d'un pouvoir réel puisqu'ils arrivent, par le biais de la publicité et des relations publiques, à créer chez des millions de personnes le désir d'acheter leurs produits, qui sont préalablement standardisés. De même, les publicités, séries, films et romans participent à la diffusion de valeurs et stéréotypes au sein de la société. Il y a donc bien normalisation au sens qu'emploie J.-P. Henry, normalisation qui échappe pour une grande part aux acteurs étatiques.

De plus, si l'on considère avec Susan Strange le pouvoir structurel dans lequel il faut inclure les aboutissants globaux⁴⁹⁵, il faut alors reconnaître que les acteurs économiques semblent disposer d'un pouvoir beaucoup plus vaste que les acteurs politiques (surtout si l'on admet l'inclusion des conséquences involontaires). La diffusion dans la société de certains biens de consommation produits en masse (ordinateurs, smartphones, voitures, appareils électroménagers...) a probablement plus profondément modifié les sociétés de masse (et les ont d'ailleurs en partie créées) que la plupart des décisions politiques récentes. Si à cela on ajoute que ce seraient les acteurs économiques qui, à travers leurs politiques d'investissement, détermineraient ce qui sera produit à tel ou tel endroit, il est indéniable qu'ils disposent d'un impact important sur la mise en forme de la société mondiale. C'est ce que doit entendre S. Strange lorsqu'elle considère que le transfert du pouvoir des États aux multinationales se fait dans « *les domaines qui ont le plus d'impact sur la vie quotidienne des gens* »⁴⁹⁶. Tant ce constat que cette approche sont partagés par U. Beck qui, s'il semble avoir une définition plus restrictive de la politique que S. Strange, estime également que « *l'exportation d'emplois, la localisation flexible des unités de production, les flux d'informations, les univers de symboles*

⁴⁹³ BERNAYS E., *Propaganda*, Paris, La Découverte, 2007 [1928], (trad. Bonis ORISTELLE).

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 31. Il faut faire attention à l'expression *gouvernement invisible*, qui ne désigne pas un groupe construit ou même homogène.

⁴⁹⁵ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 60-64.

⁴⁹⁶ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 87.

planétaires, les organisations supranationales (la Banque mondiale, le Fond monétaire international, l'Union européenne), influencent profondément nos conditions de vies »⁴⁹⁷.

La prise en compte en Science Politique du pouvoir comme cause de comportement amène ainsi à relativiser la distinction entre injonction et influence de même que celle entre normes juridiques et autres normes sociales. De ce fait, la Science Politique en arrive à s'intéresser à tout phénomène social, ce qui entraîne nécessairement une négation de la particularité de l'État (puisque son critère spécifique n'est plus pris en compte).

La manière dont est pensé le pouvoir en Science Politique a donc un impact considérable sur la façon dont sont conçus l'État et sa place au sein de la société. La souveraineté fut pensée comme pouvoir de commandement et la modification du concept de pouvoir dans la réflexion académique déstabilise nécessairement la cohérence interne du concept. La mise en avant du pouvoir comme cause de comportement induit alors l'idée de contrôle, c'est-à-dire de la capacité de créer et modifier les comportements. Or, il apparaît que tant la souveraineté que l'État ne peuvent être correctement pensés en termes de contrôle et que ce dernier appartient plus à l'art de gouverner (1.1.3).

1.1.3 La distinction nécessaire entre État et gouvernement : l'impossibilité de penser la souveraineté en termes de contrôle.

En fonction de la manière de définir le pouvoir et la politique, la place de l'État et la manière de le penser changent. Il apparaît alors qu'il ne faut pas confondre ce qui relève de la théorie de l'État et ce qui relève de l'art du gouvernement (1.1.3.1). Or, ces deux logiques renvoient justement à deux façons de penser le pouvoir : injonction pour l'État et la souveraineté ; capacité de contrôle et de normalisation pour le gouvernement (1.1.3.2). Si les pratiques de gouvernement se sont beaucoup développées au sein des États modernes, elles ne restent qu'un type de gouvernement qui n'est pas en soit lié à l'État (1.1.3.3). De ce fait, parce que la souveraineté renvoie au pouvoir de l'État, les théories de la souveraineté ne sauraient être considérées à travers ces logiques (1.1.3.4).

⁴⁹⁷ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 16.

1.1.3.1 Souveraineté et art du gouvernement : deux logiques distinctes

La conception du pouvoir utilisée a donc un impact considérable sur la façon de penser la politique et l'État. Or, les deux manières de penser le pouvoir politique relèvent en réalité de deux logiques différentes : celle de l'État et celle du gouvernement (entendu comme activité).

Le pouvoir comme injonction traduit la logique de l'État et de la souveraineté et se concentre sur le commandement, tandis que le pouvoir comme cause de comportement traduit la logique du gouvernement (mais pas seulement) et se concentre sur les effets sociaux obtenus. La distinction entre ces deux logiques est fondamentale puisque qu'elle permettra de montrer que l'idée de contrôle qui est attachée à la souveraineté concerne en fait le gouvernement. Or, considérer la souveraineté à travers la logique du gouvernement est très problématique puisque cela en modifie considérablement le sens et la portée.

L'émergence de la notion de contrôle dans la pensée du pouvoir et surtout dans la pratique du pouvoir politique est parfaitement décrite par Michel Foucault. En effet, celui-ci distingue trois modes d'exercice du pouvoir dont la souveraineté ne serait que le premier. D'un pouvoir de souveraineté, qui serait selon lui un pouvoir de commandement, aurait émergé deux pôles de développement : le pouvoir disciplinaire (qui serait un pouvoir de contrôle sur les corps et pratiques individuelles), et le biopouvoir (qui serait le pouvoir de gestion et de contrôle des processus biologiques)⁴⁹⁸. Il précise d'ailleurs qu'il ne s'agit pas tant d'un remplacement que d'une superposition. Ces deux pôles, et principalement la bio-politique fonctionnent sur le mode du contrôle :

*la prolifération, les naissances et la mortalité, le niveau de santé, la durée de vie, la longévité avec toutes les conditions qui peuvent les faire varier ; leur prise en charge s'opère par toute une série d'intervention et de contrôles régulateurs : une biopolitique de la population.*⁴⁹⁹

La bio-politique (mais également le pouvoir disciplinaire) entraîne une nouvelle dimension dans la création des normes, qui deviennent alors des instruments de politiques publiques.

⁴⁹⁸ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976, p. 183.

⁴⁹⁹ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976, p. 183.

La typologie du pouvoir de Foucault diffère de celle de Ph. Braud en ce qu'elle met l'accent sur l'objectif du pouvoir, sur ce qui est visé par son exercice. Cette approche permet alors de dissocier avec Foucault ce qui relève de la souveraineté et ce qui relève du gouvernement, et notamment de l'art de gouverner. Il décrit ainsi l'émergence difficile de l'art de gouverner, qui aurait été occulté par « *la primauté du problème de l'exercice de la souveraineté* »⁵⁰⁰. En effet, il reconnaît que la souveraineté renvoie essentiellement à la question de la loi et de l'obéissance : « *la fin de la souveraineté est circulaire : elle renvoie à l'exercice même de la souveraineté ; le bien, c'est l'obéissance à la loi, donc le bien que se propose la souveraineté c'est que les gens lui obéissent* »⁵⁰¹. Foucault place donc clairement la souveraineté dans une logique d'injonction par le droit. Or, l'art de gouverner serait la gestion statistique de la population : « *quel est son but [au gouvernement] ? Certainement pas de gouverner, mais d'améliorer le sort des populations, d'augmenter leurs richesses, leur durée de vie, leur santé* »⁵⁰². Le gouvernement, contrairement à l'État, ne se justifie pas par sa seule existence mais par les effets qu'il produit.

De ce fait, il faut comprendre que la souveraineté et l'État sont dans une logique d'existence, tandis que le gouvernement est dans une logique téléologique de production d'effet.

L'art de gouverner est donc en soi étranger à la question de la souveraineté. Cette distinction avait déjà été observée par Hobbes. Selon lui, la science politique a pour objet les causes de la génération des États (au sens de communauté politiquement organisée) et les conséquences de l'apparition de ceux-ci. Elle serait purement déductive, à partir des prémisses évidentes que sont pour Hobbes la nature de l'Homme et de ses passions (qui peuvent aussi être atteinte par la philosophie naturelle : la biologie). Cela implique une limitation du champ de la science politique à la question de la souveraineté et donc de l'obéissance :

pour atteindre la certitude qui l'apparente à la géométrie, la science politique doit limiter ses prétentions. Elle se contente de délimiter les règles indiscutables du juste et de l'injuste, sans prétendre énoncer le bon. Il lui faut régler la question de l'obéissance, non dicter aux Hommes ce qu'ils doivent faire en chaque circonstance.⁵⁰³

La théorie de la souveraineté concerne donc bien la question de l'obéissance, c'est-à-dire le fait de répondre favorablement à un commandement sous peine de sanction. L'art de

⁵⁰⁰ FOUCAULT M., « La « gouvernementalité » », [1978], *Dits et Écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 649.

⁵⁰¹ FOUCAULT M., « La « gouvernementalité » », [1978], *Dits et Écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 647.

⁵⁰² FOUCAULT M., « La « gouvernementalité » », [1978], *Dits et Écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 652.

⁵⁰³ TERREL J., *Hobbes, matérialisme et politique*, Paris, Vrin, 1994, p. 45.

gouverner n'appartient plus à la science politique (il n'est pas démontrable), mais à la prudence, à l'expérience tirée de l'Histoire. C'est ce qui explique que Hobbes, affirmant que la monarchie est le meilleur régime, précise également que cela n'est pas démontrable et affirme l'égle nécessité d'obéissance⁵⁰⁴ : la question du mode de management de la République est étrangère à sa conception de la Science Politique. Les politiques mises en place (de même que les lois) sont des choix arbitraires, dans le sens où elles ne sont pas matériellement déterminées par l'existence d'un gouvernement.

La souveraineté renvoie à l'obéissance tandis que le gouvernement renvoie au contrôle. Dans un document du CREDOC paru en 2012 et intitulé « *Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents* », les auteurs distinguent, entre autre, l'effectivité (« *Dans quelle mesure les réalisations prévues ont-elles été mises en œuvre ?* ») de l'efficacité (« *Dans quelle mesure les résultats obtenus sont-ils conformes aux objectifs retenus et aux effets attendus ? Comment aurait-on pu optimiser les effets observés ?* »)⁵⁰⁵. Cette distinction, utilisée alors pour le cadre restreint de l'évaluation des politiques publiques, est très pertinente pour différencier ce qui relève du gouvernement (ou de la gouvernance) de ce qui relève de l'État. Le gouvernement se situe dans une logique téléologique. Il définit des objectifs et tente de les réaliser. Il se pense donc en termes d'efficacité. Par contre, l'État, en tant que système de normes, reste défini par sa capacité à maintenir son ordre juridique et à voir sa volonté (le droit) appliquée. Il est dans une logique d'obéissance et se pense donc en termes d'effectivité.

La logique du gouvernement n'est donc pas celle de l'État, et l'analyse de l'État diffère de celle du gouvernement. La question de l'État renvoie à ses conditions d'existence et à ses

⁵⁰⁴ « *il ne me semblât point que je prétendisse que les sujets dussent rendre moins d'obéissance au gouvernement aristocratique ou populaire, qu'à l'État monarchique : car encore que j'aie tâché de persuader par quelques raisons que j'ai mises dans le dixième chapitre, que la monarchie est plus commode que les autres formes de gouvernements (laquelle seule chose j'avoue que je n'ai pas démontrée en ce livre mais soutenue avec probabilité, et avancé comme problématique), toutefois je dis assez expressément en divers endroits, qu'il faut donner à toute sorte d'État une égale et souveraine puissance.* » HOBBS Th., « préface », *De Cive*, p. 77.

⁵⁰⁵ GALDEMAR V., GILLES L., SIMON M.-O., « Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents », *Cahier de Recherche*, Crédoc, déc. 2012, n° 299, p. 11. Ils distinguent également l'efficience, qui concerne le rapport entre les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus. L'effectivité, telle qu'elle est ici définie, se rapproche de ce que S. Lipset appelle *effectiveness* : « *By effectiveness is meant the actual performance of a political system, the extent to which it satisfies the basic functions of a government as defined by the expectations of most members of a society, and the expectation of the powerful groups within it [...]* » (cf. LIPSET S. M., « Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy », *The American Political Science Review*, Vol. 53, n°1, 1959, p. 86).

modalités d'être. La question du gouvernement renvoie à la manière de faire et d'obtenir des résultats dans un contexte donné. Les deux sont aussi différents que la construction navale et la navigation. Or, ces deux logiques traduisent des conceptions de pouvoir différentes : l'injonction pour l'État, le pouvoir comme cause de comportement pour le gouvernement.

1.1.3.2 Souveraineté et gouvernement : deux pouvoirs différents.

L'évolution du pouvoir, objet des travaux de Michel Foucault, est également analysée par John Crowley. Il cherche à montrer l'évolution de l'État à travers le développement de la gouvernance. Or, la gouvernance traduit concrètement un mode de gouvernement. Parce qu'État et gouvernement s'inscrivent dans des logiques différentes, ils ont un rapport différent au pouvoir : l'État est avant tout un système d'injonction tandis que le gouvernement, qui s'inscrit dans une logique téléologique, utilise toutes les modalités de pouvoir afin de réaliser ses objectifs.

John Crowley démontre ainsi qu'il existe plusieurs manières d'aborder les relations de pouvoir au sein des systèmes politiques :

Les systèmes politiques peuvent en effet être considérés sous deux angles principaux, comme des hiérarchies de commandement (*Herrschaft* au sens de Max Weber) ou comme des systèmes d'interaction et d'interdépendance polarisés par un pouvoir ou une puissance (*Macht*, également au sens wébérien) inégalement distribué. Chaque vision est partielle ; en outre, chacune est partielle en ce qu'elle s'associe par affinité à une certaine logique de légitimation ou de délégitimation⁵⁰⁶.

Or, il rappelle que si la première a bénéficié pendant longtemps d'une prééminence certaine au sein de la réflexion politique (ce qui renvoie à la primauté de la question de la souveraineté chez Foucault), elle ne saurait être considérée comme totalement valide. En effet, John Crowley précise que « *Dans aucun système, la capacité d'obtenir des résultats conformes à sa volonté (Macht) ne se confond avec la capacité de donner des ordres et de les voir exécuter (Herrschaft)* »⁵⁰⁷. La remarque qu'il est alors possible de lui faire est qu'il suggère implicitement que la pensée de l'État avait vocation à traiter l'intégralité du phénomène politique. Si *Macht* et *Herrschaft* ne se confondent pas, c'est bien parce qu'ils correspondent à des logiques différentes. La capacité d'obtenir des résultats conformes à sa

⁵⁰⁶ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 55.

⁵⁰⁷ *Idem.*

volonté renvoie à l'art de gouverner. Elle s'inscrit bien dans une logique d'efficacité. La capacité de donner des ordres et de les voir exécuter renvoie à la souveraineté. Elle s'inscrit bien dans une logique d'effectivité. La pensée de l'État (et notamment la théorie de la souveraineté dans sa dimension indivisible et absolue) s'est donc principalement concentrée sur les conditions d'effectivité de la puissance publique.

Cette distinction entre *Macht* et *Herrschaft*, permet d'inscrire l'État et le gouvernement dans des logiques de pouvoir différentes : l'État est défini par l'effectivité de la puissance publique ; le gouvernement est défini par l'efficacité de son action. Cette distinction entre l'État comme puissance normative et producteur d'effets sociaux apparaît également chez F. A. Hayek. Lorsqu'il traite de la place du Gouvernement, organisation particulière au sein de la grande société, il distingue deux fonctions. La première est la fonction coercitive, qui consiste à faire respecter les règles de l'ordre social en fonction desquelles les individus réalisent leurs propres objectifs. La seconde consiste à fournir des services que l'ordre spontané ne produit pas de manière adéquate. Cette distinction, entre la sanction des règles de conduites et la fourniture de services recoupe en partie la distinction établie précédemment. Or, pour Hayek, la deuxième fonction n'est pas à proprement parler une fonction gouvernementale : « *Dans les fonctions de service, il n'est qu'une organisation parmi beaucoup d'autres et, comme elles, il n'est qu'une part de l'ordre spontané d'ensemble ; alors que dans la fonction coercitive il assure une condition essentielle pour le maintien de cet ordre général* »⁵⁰⁸. Il y a donc bien chez Hayek aussi la distinction entre ce qui relève proprement de l'État (le droit ou du moins son application), et les activités de l'État qui ne relèvent pas proprement de son caractère étatique⁵⁰⁹. Si ici il évoque uniquement la fourniture de service, il aborde également la question de l'utilisation de la Loi comme instrument de réalisation d'objectifs. Hayek dénonce d'ailleurs cet usage de la législation et de la contrainte « *non plus simplement pour empêcher l'action injuste, mais pour atteindre certains objectifs particuliers concernant des individus ou des groupes spécifiques ; et la fusion, entre les mains des mêmes assemblées représentatives, de la mission d'énoncer les règles de juste conduite, avec la mission de diriger le gouvernement* »⁵¹⁰. Ainsi, derrière cette condamnation de l'utilisation de la

⁵⁰⁸ HAYEK F-A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 141.

⁵⁰⁹ Il faut préciser que Hayek récuse l'emploi en interne du concept d'État (qu'il juge dévoyé) et lui préfère celui de gouvernement. Il y aurait alors les activités gouvernementales et les activités sociales du gouvernement.

⁵¹⁰ HAYEK F-A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 58.

législation à des fins de réalisation d'objectifs gouvernementaux⁵¹¹, on retrouve la distinction établie entre ce qui relève de l'État et ce qui relève du gouvernement.

Cette différenciation nécessaire entre les niveaux d'analyse de l'État et du gouvernement peut également s'observer chez Vadim Kononenko, qui insiste sur la nécessité de se concentrer sur le gouvernement :

It is important therefore to shift the focus from state as *government*, that is, institutions, to state as *governance*, that is, a set of specific practices and process that regulate and preserve the status quo within the state, but which can not be understood by focusing only of government (institutions, formal procedures, political parties and so forth).⁵¹²

Il existe donc bien chez de nombreux auteurs une différenciation entre la logique de l'État et la logique du gouvernement, mais celle-ci ne semble pas totalement aboutie ni même affirmée.

John Crowley fait alors un parallèle entre le concept de gouvernance et celui de gouvernementalité chez Foucault. La notion de gouvernementalité chez Foucault traduirait un souci de décalage entre une vision juridique de l'État centrée sur l'édiction de normes et les institutions d'une part, et une analyse plus politique du gouvernement comme processus d'inflexion des conduites d'autre part⁵¹³. Il apparaît alors que ce que vise le gouvernement est bien les conduites des individus et qu'il est donc bien pertinent de le penser en termes de pouvoir comme cause de comportement (puisque c'est le comportement des individus qui est visé).

Il distingue toutefois la gouvernementalité de la gouvernance en ce que la gouvernementalité chez Foucault serait par essence individuelle puisque le pilotage des variables statistiques serait inséparable du contrôle plus fin des conduites de chacun. La gouvernementalité renvoie en effet à « *l'ensemble des pratiques par lesquelles on peut constituer, définir, organiser, instrumentaliser les stratégies que les individus, dans leur*

⁵¹¹ La pertinence ou non de cette critique (comme toute pratique gouvernementale) ne saurait être discutée dans le cadre de cette thèse.

⁵¹² KONONENKO V., in. KONONENKO V., MOSHES A., (dir.) *Russia as a Network State*, New York, Palgrave Macmillan, 2011, p. 5.

⁵¹³ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 58.

liberté, peuvent avoir les uns avec les autres »⁵¹⁴. Or, cette mise en avant du contrôle plus fin des conduites de chacun par Foucault est ce qui, selon Crowley, distingue la gouvernance de la gouvernementalité. La gouvernance pour lui serait alors bien du pilotage, mais sans cette mise en place d'un contrôle des individus (ce que montre bien son insistance sur la dimension incitative et non coercitive de la gouvernance). En ce sens, la gouvernance utilise des rapports d'influence, tandis que la gouvernementalité utilise l'injonction. De plus, J. Crowley considère que la gouvernance vise non pas les pratiques individuelles mais des résultats statistiques.

Gouvernance et gouvernementalité renvoient donc bien toutes les deux à l'art de gouverner, l'une utilisant l'injonction, l'autre non. Néanmoins, J. Crowley considère que la gouvernance est devenue le principal mode de gouvernement. Ainsi, il montre que l'évolution des politiques instaurées par les États, tend vers un glissement d'une politique de commandement à une politique d'incitation qui vise des objectifs relevant de la réponse systémique plutôt que de l'obéissance individuelle⁵¹⁵. En effet, il explique qu'à partir de la seconde moitié du XIXe siècle, émergent des questions qui ne seraient pas directement liées au pouvoir souverain et à la monopolisation de la violence⁵¹⁶. Ce sont donc, souvent, des objectifs statistiques qui sont poursuivis, ces politiques incitatives à but statistique relevant plus du « pilotage » (*steering*). Or, ces politiques « *caractérisent toujours davantage l'épaisseur institutionnelle et la pénétration sociale de l'État* »⁵¹⁷. Elles seraient aujourd'hui la norme, et donc la vision de l'État instance de commandement ne serait plus adaptée à la réalité sociopolitique : « *Traditionnellement, toutefois, les exceptions apparaissaient comme exceptions : l'État était souverain par essence, et incitatif par accident. Aujourd'hui, au contraire, l'exception se fait la norme.* »⁵¹⁸. La principale distinction se fait donc en fonction du type de pouvoir utilisé. Cette inclinaison de l'État vers le gouvernement et la place de plus en plus importante qu'il occupe se traduit concrètement par l'inflation du droit souple (*soft law*)⁵¹⁹.

⁵¹⁴ FOUCAULT M., « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté », *Dits et Écrits*, 1984, p. 928.

⁵¹⁵ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 55.

⁵¹⁶ Il évoque ainsi des politiques publiques comme celles de la culture ou de l'identité, de la question sociale, de la santé publique, des politiques industrielles et de recherches, et de politiques macroéconomiques.

⁵¹⁷ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 55.

⁵¹⁸ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 56.

⁵¹⁹ Qui est explicitement présenté comme un outil de gouvernement par le Conseil d'État. Cf. *infra*.

Or, ce qui apparaît ici, c'est bien qu'il est plus pertinent de penser le contrôle d'une population en termes de pouvoir comme cause de comportement que comme simple injonction. La question dépasse celle de l'obéissance : il s'agit de réussir à faire en sorte que les comportements des individus permettent d'obtenir un certain ordre social.

Cette disjonction analytique entre l'État et le gouvernement est particulièrement pertinente mais elle ne doit pas amener à totalement occulter le phénomène étatique, sa réalité et son importance symbolique et structurelle. L'État est le principal outil de gouvernement, et sert donc la mise en place de politiques. Or, la spécificité de l'État consiste en sa capacité d'édicter des normes, de contraindre les acteurs individuels ou collectifs à adopter des comportements prescrits. Il est donc faux de considérer que « *son éventuel caractère obligatoire n'est qu'accidentel* »⁵²⁰. Si la contrainte n'est pas en soi l'objectif du gouvernement, elle est le principal médium de son action et caractérise son principal outil : l'État (comme institution). Le fait que les normes soient utilisées à des fins de gouvernement, c'est-à-dire dans l'objectif d'obtenir une certaine configuration sociale, ne doit pas faire confondre la fin (le gouvernement) et le moyen (l'État).

Il est donc difficile d'imaginer ce que serait une gouvernance sans contraintes. En considérant avec J. Crowley les politiques de sécurité routière, il est effectivement possible de voir de la communication et des mesures incitatives, ainsi qu'un objectif statistique non individualisable. L'objectif, la baisse de la mortalité sur route, ne s'inscrit pas dans une logique de commandement (on ne peut pas faire une loi imposant d'avoir moins d'accidents). Néanmoins, par l'usage des statistiques, il est envisageable d'identifier des causes d'accident et de mortalité, et agir sur celles-ci⁵²¹. Ainsi, il faut rappeler qu'il existe nombre de mesures qui sont avant tout contraignantes : obligation du port de la ceinture de sécurité ou du casque de moto ; interdiction de la conduite au-delà d'un certain seuil d'alcoolémie ; interdiction de conduire sans autorisation préalable (permis) ; interdiction de dépasser certaines limitations de vitesse ; interdiction de conduire un véhicule n'ayant pas été techniquement vérifié ; interdiction de conduire avec des pneus plats ou des feux défaillants ; interdiction de conduire sans un gilet de sécurité en cas d'accident ; obligation du respect de la signalétique ;

⁵²⁰ CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, p. 58.

⁵²¹ En ce sens, une part importante des politiques publiques se concrétisent sur le mode des politiques de santé publique. Le développement de l'art de gouverner au XIXe siècle est en partie lié à ces politiques.

obligation pour les constructeurs de respecter certaines normes (nombreuses) de sécurité... Le fait que toutes ces mesures (dont la liste n'a pas la prétention d'être exhaustive) soient bien intégrées et semblent même pour la plupart légitimes, ne modifie pas leur caractère contraignant. Il y a donc un leurre à opposer une gouvernance qui serait non contraignante à une gouvernementalité qui le serait. De plus, la mise en place de politiques publiques, même lorsqu'elles -sont purement incitatives, se déroule dans un cadre législatif préexistant. Le fait que l'existence d'un set de normes contraignantes puisse permettre de se dispenser d'en faire de nouvelles pour agir ne doit pas masquer la nécessité et l'existence de ces normes.

Les mesures incitatives ne concernent donc, à strictement parler, que ce qui relève de la communication et de l'aménagement (institutionnel ou territorial). Les politiques publiques sont donc principalement constituées de mesures coercitives (les incitations fiscales, constituant une modulation de la fiscalité, doivent également être considérées comme une utilisation de la coercition – la fiscalité étant obligatoire). Le fait qu'il y ait en parallèle des campagnes de sensibilisation ne doit donc pas occulter la dimension coercitive de l'action de l'État.

La norme ne se justifie donc plus tant par elle-même et ce qu'elle prohibe, que par ces effets attendus sur la structure de la société. Cette évolution du droit a été perçue par les juristes et est rappelée par Jacques Chevallier :

Une vision nouvelle du droit apparaît avec l'État providence : un droit « interventionniste » (N. Luhmann), conçu comme un instrument d'action aux mains de l'État, mis au service de la réalisation de politiques publiques, et tendant, non plus à encadrer les comportements, mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux ; alors que le droit moderne « de type formel », garantissait l'autonomie des acteurs sociaux, ce droit nouveau, « de type matériel » et « de type réflexif » (G. Teubner), manifesterait des « visées régulatrices », en cherchant à agir sur les équilibres sociaux.⁵²²

De ce fait, c'est de plus en plus sur ces effets attendus que seront jugés les Hommes politiques et par transposition l'État. Or, il faut bien analytiquement distinguer la capacité de l'État à imposer une norme, ce qui relève de la souveraineté et de la puissance étatique, des effets que ces normes produisent sur la société, ce qui relève de la pertinence de choix politiques (même si ces normes sont effectivement adoptées dans ce but) et donc de l'art de gouverner. La souveraineté de l'État se juge sur la réalité de sa puissance, non sur la pertinence des lois vis-à-vis d'objectifs politiques. Elle s'inscrit donc bien dans une logique d'effectivité. Le gouvernement est jugé sur l'efficacité de ses décisions. Le fait que les lois soient utilisées à des fins de gouvernement, et donc soit évaluées sur leur efficacité, ne doit

⁵²² CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004/3, n°111, p. 475.

pas amener à confondre ces deux logiques. Ainsi, des lois peuvent être effectives sans être efficaces. C'est toute la dimension des effets pervers observés par l'étude des politiques publiques. Weber constatait déjà la difficulté d'obtenir par la Loi des effets sociaux :

Dans une économie fondée sur une interétation universelle des marchés, les succès secondaires et accidentels que peut obtenir une prescription légale sont soustraits dans une large mesure à la prévision des auteurs de celle-ci, lesquels dépendent entièrement des personnes privées dont l'intérêt est en jeu. Lorsqu'une prescription réussit à s'imposer, les intéressés peuvent même défigurer l'objectif que ses auteurs ont voulu lui donner jusqu'à le transformer en son contraire. Cela est arrivé souvent.⁵²³

Toutefois, s'il y a bien deux logiques distinctes, elles ne sont pas totalement hermétiques : l'efficacité est dépendante de l'effectivité et, à terme, l'effectivité peut être affectée par l'inefficacité (notamment pour les politiques publiques concernant la mise en œuvre des fonctions régaliennes).

Il est donc important de dissocier conceptuellement ce qui relève de la souveraineté (l'effectivité des décisions) et ce qui relève du gouvernement (l'efficacité des décisions). La distinction entre État et gouvernement permet alors, sans les confondre, d'inclure dans le champ politique les pratiques de pouvoir d'influence et de pouvoir d'injonction : une part importante de la Science politique étudiant alors la manière dont différents acteurs influence les détenteurs du pouvoir d'injonction.

Il apparaît donc que la souveraineté renvoie à l'effectivité de l'État tandis que les capacités de contrôle et de normalisation de la société renvoient à l'efficacité du gouvernement. Or, il faut maintenant préciser que si les pratiques de gouvernement ont effectivement pris une place prépondérante au sein des États modernes, il serait erroné de les considérer comme participant de l'essence de la politique.

1.1.3.3 Le développement des pratiques de gouvernement dans les sociétés modernes indépendant de la logique étatique.

L'essor des statistiques, qui a permis selon Foucault le développement de l'art de gouverner, a orienté le gouvernement vers la gestion de ces données, permettant de quantifier des aspects de la société. La question du gouvernement devient alors de produire les effets permettant d'orienter ces statistiques. Son action est appréciée sur la base de

⁵²³ WEBER M., *Économie et société*, T.2, Paris, Pocket, 1995 [1956], p. 47.

l'évaluation de ses résultats statistiques : évolution du taux de chômage, de croissance, de mortalité, d'accident de la route, d'alcoolémie, d'obésité, de délinquance, de maltraitance infantile, de discrimination, de violence familiale... ce n'est plus tant la population qui est l'objet de l'attention du gouvernement que les chiffres qui en rendent compte. Si effectivement le développement des outils statistiques a joué un rôle considérable, il ne faut pas nécessairement en conclure à la nécessité de ce processus.

Néanmoins, la mise en place d'une bio-politique entraîne la multiplication des interventions étatiques afin de créer les comportements voulus. Ce phénomène de hausse de l'intervention de l'État dans la vie quotidienne est, semble-t-il, assez admis même s'il est de fait difficilement quantifiable. Afin de se faire une idée plus précise, il est possible de se reporter au rapport public 2006 du Conseil d'État sur la Sécurité juridique et complexité du droit⁵²⁴. Ce document souligne le phénomène d'inflation législative dont serait victime la France⁵²⁵. Plus que le nombre de lois, ce serait leur longueur qui aurait évolué⁵²⁶. De plus, il y aurait une augmentation remarquable du nombre d'ordonnances⁵²⁷.

En parallèle à cette inflation normative, le nombre de procès augmente⁵²⁸. Ainsi, les affaires civiles traitées par la justice en France auraient triplé entre 1978 et 1995⁵²⁹. Cette augmentation traduit concrètement la judiciarisation de la société et donc la participation de l'État à un nombre croissant d'interaction sociale.

Cette conception du gouvernement, consistant en une amélioration des variables statistiques et à travers elle la gestion de la population, n'est pas nécessairement liée au gouvernement ou à l'art de gouverner. Elle correspond à une conception particulière de l'État et du rôle des gouvernants. Elle est alors *une* manière de gouverner. À titre d'exemple, cette

⁵²⁴ Conseil d'État, *Rapport public 2006 : Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris : La Documentation française, 2006.

⁵²⁵ *Ibid.*, pp. 265-266: « D'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le Journal officiel comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années [...]. Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 1 067 pages en 1983, 1 274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 et 3 721 pages en 2004 ».

⁵²⁶ *Idem.*

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 26: « Depuis le début de l'année 2002, plus de 150 ordonnances ont été adoptées : 85 en 2005 (à rapporter aux 50 lois adoptées), 53 en 2004 (à rapporter aux 40 lois votées) et 18 en 2003 (contre 56 lois) »

⁵²⁸ Pour les chiffres, je renvoie au site du ministère de la justice qui présente les chiffres depuis 1997 : < <http://www.justice.gouv.fr/budjet-et-statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/#jur> > [consulté le 09/01/2014].

⁵²⁹ MARTIN D. « la France malade de ses lois », < <http://www.danielmartin.eu/Politique/FranceMaliadeLois.htm> > [consulté le 12/12/13].

conception est étrangère à Platon : non pas qu'il n'en a pas conscience, mais parce qu'il considère que le but du gouvernement est de rendre les Hommes meilleurs :

SOCRATE — Ce n'est donc pas en devenant riche qu'on se délivre du malheur, mais en devenant tempérant.

ALCIBIADE — C'est ce qu'il semble.

SOCRATE — De sorte, Alcibiade, que ce n'est ni de trière, ni d'arsenaux que les cités ont besoin afin de devenir heureuses, ni de population nombreuse, ni de grandeur, si l'excellence leur fait défaut.

Alcibiade — Certainement pas.⁵³⁰

Certes, il peut sembler incongru d'exhumer Platon pour discuter des fins du gouvernement dans une société contemporaine, mais cela montre bien que ce qui semble aujourd'hui considéré comme le but naturel du gouvernement (l'accroissement ou l'enrichissement de la population pour reprendre des exemples chers à Foucault) fut explicitement rejeté. Il n'y a donc pas de fin en soi au gouvernement. L'art de gouverner est un art, une technique, dont les buts et les moyens se distinguent du fonctionnement propre de l'État et de la souveraineté. Ainsi, alors que la souveraineté se pose, dans la théorie hobbesienne, comme nécessaire à la République (et, comme le rappelait Foucault, n'a d'autre fin que son existence), les objectifs du gouvernement sont arbitraires et contingents.

Cette contingence des objectifs du gouvernement semble être souligné par Paul Veyne dans son article *Foucault révolutionne l'histoire*. Il explique l'arrêt des gladiateurs par un profond changement dans la perception du rôle et de la fonction du gouvernement. Celui-ci serait passé de la pratique « *guide du troupeau* » à la pratique « *choyer des enfants* »⁵³¹. Or, cette évolution semble s'être déroulée sans innovation technique majeure. Il s'agirait donc de pratiques différentes insérées dans des systèmes de représentations différents. La naissance et le développement de la biopolitique correspondent alors à la rencontre entre une certaine conception (arbitraire) du gouvernement et la mise en place d'outils techniques permettant son essor dans cette direction. Il n'y a alors aucune raison de supposer que les pratiques actuelles soient en elles-mêmes inhérentes à l'action de gouverner, mais bien qu'elles sont socialement construites.

De ce fait, les pratiques du gouvernement et les objectifs actuels liés à l'essor de la biopolitique sont contingents. Leur échec d'un point de vue téléologique ne saurait présumer un échec de l'État.

⁵³⁰ PLATON, «Premier Alcibiade », in. PLATON, *Œuvres Complètes*, Paris, Flammarion, 2008, pp. 40-41.

⁵³¹ VEYNE P. « Foucault révolutionne l'histoire », pp. 386-429, in. VEYNE P., *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1976, p. 393.

Le développement de la biopolitique au sein des États modernes, s'il influe sur la vision de l'État et du droit, doit donc cependant être dissocié de la logique de l'État. Or, la prédominance des pratiques de gouvernement au sein des États modernes amène à jauger la souveraineté vis-à-vis des pratiques de gouvernement, ce qui est source de contre-sens.

1.1.3.4 La souveraineté impropre à être considérée à travers les logiques du gouvernement.

Il y a ainsi deux niveaux d'analyse pour penser le phénomène politique : l'État et le gouvernement. Ce dernier, avec le développement de la bio-politique, est donc entré principalement dans une logique de contrôle. Cela éclaire le fait qu'une part non négligeable de la Science Politique pense le pouvoir politique (et la norme) comme capacité à causer des comportements. Les deux sont liées, puisque la capacité de contrôle nécessite de modeler les comportements.

Or, ces approches sont impropres à penser l'État et notamment la souveraineté. En effet, en envisageant le pouvoir comme cause de comportement, et l'État comme organe de contrôle, le sens de la souveraineté est profondément modifié. De nombreux auteurs vont pourtant considérer la souveraineté comme capacité de contrôle de l'État sur son territoire. Charles Pontes Gomes affirme ainsi que « *L'idée de souveraineté a comme principe fondamental le contrôle exclusif de l'État sur un territoire déterminé ; c'est le point de départ de toutes les analyses des relations internationales* »⁵³². Il faut également rappeler que deux des quatre sens de la souveraineté identifiés par Krasner, qui étudie les sens qui lui sont donnés par les acteurs, renvoient à l'idée de contrôle⁵³³. Dans cette même logique, Ulrich Beck, constatant l'incapacité des États à résoudre différents problèmes mondiaux, propose de distinguer l'autonomie de la souveraineté, cette dernière renvoyant alors au pouvoir de produire certains effets sociaux⁵³⁴. La souveraineté est donc bien pensée comme la simple capacité de résoudre certains problèmes politiques, c'est-à-dire qu'elle se trouve identifiée au gouvernement. Il n'y

⁵³² GOMES Ch. P., « Les limites de la souveraineté. Les changements juridiques dans les cas d'immigration en France et aux États-Unis », *Revue française de science politique*, 50^e année n°3, 2000, p. 413.

⁵³³ Cf., *supra*.

⁵³⁴ « *c'est-à-dire de promouvoir la croissance économique, la prospérité, l'emploi, la sécurité sociale, etc.* », in. BECK U., « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3 n°125, p. 80. Il est cependant surprenant de vouloir détacher la souveraineté de l'autonomie puisque la souveraineté est justement, en premier lieu, autonomie.

aurait alors plus de problème au partage de la souveraineté puisque celui-ci entraînerait un gain de souveraineté, entendu comme un gain de capacité de contrôle, et donc de résolution des problèmes politiques. Ainsi, l'évolution de la conception du pouvoir et le développement du gouvernement ont amené à poser la souveraineté non plus comme pouvoir d'injonction mais comme pouvoir de contrôle⁵³⁵.

Cependant, un pouvoir absolu et illimité de commandement n'est absolument pas équivalent à un pouvoir absolu et illimité de contrôle ou de modélisation des comportements. De même, l'indivisibilité de la souveraineté n'a pas la même signification selon le sens donné au pouvoir. L'analyse des premières théories de la souveraineté ne saurait donc se faire sans reprendre les différents sens donnés aux éléments utilisés par celles-ci.

Les caractères d'absoluité et d'indivisibilité de la souveraineté peuvent en effet, en acceptant une définition large du pouvoir et de la norme, induire en erreur sur la portée de la théorie de la souveraineté. Le pouvoir absolu implique l'absence de limite à la volonté du souverain. En considérant le pouvoir comme injonction, cela signifie que les commandements du souverain (le droit) ne peuvent être considérés comme illégitimes (et donc être cassés par quelque autorité) et que le souverain peut intervenir dans tous les domaines (ce que confirme l'indétermination matérielle de la loi). L'indivisibilité de la souveraineté signifie alors qu'il existe une seule et unique source du droit au sein de la République. D'un point de vue strictement juridique, en posant la norme comme commandement, il n'y a pas de problème logique à poser l'absoluité et l'indivisibilité de la souveraineté. Ce n'est pas le cas lorsqu'on pose le pouvoir comme cause de comportement ou capacité de contrôle.

En effet, si le pouvoir est abordé comme cause de comportement, alors le pouvoir absolu du souverain, signifie qu'il n'y a pas de limite à sa volonté de causer des comportements. Il pourrait donc les modeler à sa guise. À travers la notion de contrôle, avec l'essor de la bio-politique, cela impliquerait qu'il puisse obtenir tous les résultats sociaux souhaités. De même, un pouvoir indivisible laisserait entendre que le pouvoir d'induire des comportements n'appartient qu'au souverain et que celui-ci est la seule source d'autorité au sein de la République⁵³⁶. La théorie de la souveraineté traduirait alors le fait que tous les comportements des individus sont déterminés par le souverain.

⁵³⁵ C'est en effet ce que traduisent les critiques de la souveraineté mettant en avant les difficultés de l'État à contrôler les flux internationaux ou à maîtriser certains effets économiques (Cf. *infra*).

⁵³⁶ Alors que, comme le remarque S. Strange, il existe d'autres autorités politiques (en se rappelant sa définition du politique) ; ou que comme le constate J.-P. Henry, une part importante de la normalisation des comportements est le fait des acteurs économiques. (Cf. *supra*.)

Ainsi, en fonction de la conception du pouvoir, la portée donnée à la théorie de la souveraineté change radicalement. Or, une part importante des théoriciens de Science Politique pense justement la souveraineté et le pouvoir en termes de contrôle. Il est alors facile de multiplier les exemples de situations où le comportement des acteurs n'est pas maîtrisé par les gouvernants et en conclure à l'inadéquation de la souveraineté au sein du monde contemporain. Néanmoins, c'est confondre ce qui relève de l'art de gouverner et ce qui appartient à la théorie de l'État.

1.1.4 La volonté de l'État identifiée à l'ensemble du droit contraignant.

La théorie de la souveraineté développe une approche volontariste du droit où celui-ci est posé comme étant la volonté du souverain. Néanmoins, l'État, comme tout ensemble d'individus, est une fiction. La théorie de la souveraineté part en effet du postulat qu'un groupe d'individus (quel qu'il soit), ne saurait avoir de volonté propre. Toute volonté de groupe est en effet le résultat d'une procédure de décision qui lui donne forme (1.1.4.1). L'État étant un groupe, il apparaît alors que sa volonté est également le résultat de l'application de procédure. En ce sens, la volonté de l'État consiste en la Loi entendue comme l'intégralité du droit positif contraignant, qui est précisément le résultat des procédures de décision au sein de l'État (1.1.4.2).

1.1.4.1 La volonté d'un corps collectif n'a d'existence que dans l'application de la procédure qui lui donne forme.

Hobbes construit la théorie de la souveraineté à partir d'une philosophie matérialiste et nominaliste. Dans ce cadre conceptuel, il est impossible de considérer qu'un groupe puisse avoir une volonté de groupe propre. Cette volonté de groupe, nécessaire à la compréhension du politique apparaît alors comme un artifice (1.1.4.1.1), qui n'a de réalité que dans l'exécution d'une procédure de décision (1.1.4.1.2). Le résultat de l'application de cette procédure apparaît alors comme la volonté du groupe, c'est-à-dire, pour la question ici traitée, du souverain.

1.1.4.1.1 La volonté du groupe comme artifice

La distinction que Hobbes formule entre peuple et multitude est en soi très utile⁵³⁷, puisqu'en effet, elle permet de dissocier la volonté du groupe de celle de ses membres. La volonté d'un groupe n'est pas réductible à celles des individus qui le composent : dans la conception atomiste du philosophe, un groupe d'individus ne saurait en soi former une unité et encore moins disposer d'une volonté propre. Il n'est possible de parler de volonté pour un ensemble d'individus que si et seulement si tous les individus du groupe ont cette volonté.

Il distingue ainsi la multitude, ensemble d'individus isolés disposant chacun d'une volonté propre, du peuple, groupement d'individus auquel est artificiellement attribuée une volonté commune. Le peuple est alors une personne morale, c'est-à-dire une fiction. Hobbes insiste ainsi à de nombreuses reprises sur le caractère artificiel de la République et du peuple. Ce mécanisme qui permet d'attribuer artificiellement à un ensemble d'individus une même volonté est la représentation. La représentation consiste à désigner un représentant, le souverain, capable de formuler une volonté qui sera considérée comme étant celle de tous les individus du groupe ainsi représenté. L'existence d'un représentant permet alors de parler d'un peuple, c'est-à-dire d'une multitude d'individus ayant une volonté commune : celle du souverain. La volonté d'un groupe ne peut avoir de réalité que construite par ce mécanisme de représentation. C'est en ce sens qu'il faut entendre la formule *Rex est populus*. Le roi est le peuple parce que le peuple ne peut avoir (en monarchie) de volonté autre que celle qui est formulée par le roi et lui est attribuée par le mécanisme de la représentation : « *C'est le peuple qui règne en quelque sorte d'État que ce soit : car, dans les monarchies mêmes, c'est le peuple qui commande, et qui veut par la volonté d'un seul homme* »⁵³⁸. Les individus sont auteurs des actes du souverain, qui n'en est que l'acteur. En ce sens, la volonté d'un peuple est toujours nécessairement formulée par un organe qui y est autorisé, puisqu'il n'existe pas naturellement de volonté pour un groupe. Toute volonté de groupe est par définition artificielle. La volonté du représentant est donc la volonté du groupe, tout simplement parce qu'il est impossible d'attribuer au groupe une autre volonté que celle de son représentant.

⁵³⁷ Hobbes, *De Cive*.

⁵³⁸ HOBBS Th., *Le citoyen*, Paris, Flammarion, 1982, chap. XII, §8., p. 222.

Or, dans certaines situations telles que la démocratie ou l'aristocratie, le représentant, personne morale et donc fictive, se compose de plusieurs personnes physiques. Ce groupe d'individus constitue alors une multitude et ne saurait donc avoir de volonté propre. Il faut alors préciser le mécanisme de représentation de Hobbes en considérant que la volonté d'un groupe ne peut prendre forme que dans l'application d'une procédure.

1.1.4.1.2 L'artifice qu'est la volonté du groupe prend forme par l'application d'une procédure

Puisqu'une multitude d'individus ne saurait avoir d'elle-même une volonté, il faut alors se pencher sur la question de la formulation de la volonté des assemblées, ou de tout organe collectif. Or, il apparaît que la volonté d'un organe est nécessairement dépendante de la procédure qui lui donne forme. Plus exactement, la volonté du groupe n'a de sens que dans l'exécution de la procédure qui lui donne forme.

La volonté du groupe se construit par une procédure, plus ou moins admise par les membres du groupe. Cette procédure peut varier en fonction de l'organisation du groupe et des modalités différentes peuvent, pour le même ensemble, donner des volontés différentes. Ainsi, dans un groupe démocratique, le fait de trancher entre trois solutions par majorité simple ou par majorité qualifiée, relative ou absolue, peut donner des résultats différents. Par exemple, en France, le Parlement peut refuser une révision constitutionnelle alors même que la majorité des membres la souhaite⁵³⁹. Le fait de savoir si le Parlement accepte ou refuse une réforme constitutionnelle est donc dépendant de la procédure de décision.

Or, la procédure permettant de déterminer la volonté d'un groupe est purement artificielle. À partir du moment où il est admis qu'un groupe d'individus n'a pas de volonté propre, seule l'exécution d'une procédure de décision permet de créer cette volonté. Il ne saurait donc y avoir de bonne ou de mauvaise procédure, puisqu'il n'y a pas de volonté de groupe vis-à-vis de laquelle comparer le résultat de la procédure. Quelle qu'elle soit, la volonté ainsi créée n'est même jamais garantie de correspondre au choix majoritairement

⁵³⁹ Art. 89.3 de la constitution de 1958. Il est également possible de considérer la ratification des traités internationaux par le Sénat des États-Unis d'Amérique qui nécessite une majorité qualifiée de 2/3 (<http://www.senat.fr/senatsdumonde/etats-unis-amerique.html> – consulté le 08/10/2011).

préférés des individus : ce paradoxe a notamment été mis en avant, pour le scrutin majoritaire, par Condorcet⁵⁴⁰, puis développé et généralisé à tout type de méthode par Arrow⁵⁴¹. Il est donc vain de chercher à retranscrire une volonté supposée réelle pour un groupe donné à partir des volontés individuelles, puisque tout mode d'évaluation de cette volonté influe sur ce que sera cette volonté.

La procédure mise en place pour déterminer la volonté d'un groupe participe donc à sa formation. Puisqu'il n'y a pas de volonté propre du groupe et que la procédure participe à la formation de la volonté du groupe (différentes procédures créant différentes volontés), il faut alors considérer que c'est la procédure qui crée la volonté du groupe. Seule l'application au sein d'un groupe d'une procédure de décision permet d'attribuer une volonté au groupe : il est donc impropre de parler de volonté d'un groupe en dehors de celle formulée par les procédures normalisées.

Le point fort qu'il est possible de déduire de Hobbes, à partir de sa distinction entre peuple et multitude et de l'affirmation de l'artificialité de toute volonté de groupe, est que la volonté du groupe n'existe que par la procédure. Toute volonté de groupe est par définition construite et attribuée artificiellement aux individus du groupe. C'est la procédure de décision qui permet de créer et d'attribuer à un groupe une volonté. En fait, il est même possible de considérer le souverain à travers la notion de procédure, en fonction, dans la typologie de Hobbes, du nombre de personnes pouvant participer à la procédure de création de la volonté collective (quelle qu'elle soit, même réduite, dans la monarchie, à un seul⁵⁴²). La volonté du groupe n'existe donc que dans et par la procédure qui lui donne forme. À partir du moment où il est admis que la volonté d'un groupe est une fiction qui n'a d'existence qu'à travers les procédures qui lui donnent forme, c'est donc l'application de la procédure de décision qui crée la volonté. La volonté d'un organe ne renvoie donc qu'aux résultats de l'application de la procédure de décision. En ce sens, la complexité plus ou moins grande du processus de décision ne change fondamentalement rien : quel que soit le degré de complexité de la procédure de décision, seule son application aboutie permet d'apposer une volonté de groupe.

⁵⁴⁰ CONDORCET J.-A.-N. de Caritat (marquis de), *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, Impr. Royale, 1785.

⁵⁴¹ ARROW K. J. (trad. ?), *Choix collectif et préférences individuelles*, Paris, Calmann-Lévy, 1974 (1^{er} Ed 1951).

⁵⁴² Même dans le cadre monarchique ou c'est la volonté d'un seul qui vaut pour celle de tous, celle-ci est tout de même (plus ou moins) formalisée.

La volonté du groupe est une construction artificielle, et donc dépendante d'une procédure qui lui donne forme. Cette dimension artificielle de la volonté de groupe ne semble pas problématique. Elle est admise par de nombreux juristes, qui dénoncent l'idée d'un intérêt objectif du groupe ou d'une volonté réelle de l'État autre que celles formulée par ses organes⁵⁴³. En ce sens, selon R. Carré de Malberg, la personnalité de l'État et la volonté qui lui est attachée à une signification essentiellement formelle⁵⁴⁴

En ce sens, il y a bien une identité entre la loi et la volonté du groupe, puisque la loi apparaît comme la formalisation de cette volonté.

1.1.4.2 L'identité entre la loi et la volonté de l'État : la Loi comme formalisation de la volonté de l'État.

La volonté d'un groupement humain (multitude) n'a donc de réalité qu'à travers l'application d'une procédure qui lui donne forme. En ce sens, pour un État, les actes de l'État traduisent l'application d'une procédure de décision et constitue donc la volonté de l'État, c'est-à-dire du souverain (1.1.4.2.1). Néanmoins, en considérant les actes judiciaires comme des actes de l'État, traduisant donc la volonté du souverain, il faut en déduire que la volonté de l'État concerne l'intégralité du droit en vigueur (1.1.4.2.2), à l'exception du droit souple (1.1.4.2.3).

1.1.4.2.1 Les actes de l'État comme procédure de formalisation de la volonté du souverain.

En transposant le raisonnement précédent aux organes de l'État puis à l'État pris comme unité au sein duquel existent plusieurs organes, il faut en conclure que la volonté

⁵⁴³ C'est le cas par exemple de Carré de Malberg : cf. CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, pp. 11-51. Spécifiquement : « Sans doute la volonté étatique n'est, du point de vue des réalités absolues, que la volonté particulière de certains individus. Mais il n'en reste pas moins ce fait, positif aussi et capital, qu'en vertu du statut de la communauté ; la volonté du groupe est constituée non par les volontés individuelles de tous ses membres, mais par la volonté de certains d'entre eux, et vaut néanmoins juridiquement comme la volonté collective de tous » (*Ibid.*, pp. 36-37).

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 42.

de l'État n'a de sens que dans les décisions prises selon des procédures données (qui souvent, dans les États modernes, nécessitent la participation régulée de plusieurs organes collégiaux). La volonté de l'État n'existe donc qu'à travers les actes de l'État, qui sont la mise en œuvre effective de ces procédures de décision⁵⁴⁵ : puisque la procédure, dans son application, crée la volonté de l'État (qui serait éventuellement différente avec d'autres procédures), seule la réalisation de celle-ci permet effectivement de parler de volonté de l'État. Tant que les procédures de décision n'ont pas été appliquées, il est impropre de parler de volonté de l'État. Or, les procédures de décision au sein d'un État sont précisément la formulation des actes de l'État. Les sentiments, désirs et volontés des membres de l'État, indépendamment de leur nombre, ne peuvent en aucun cas être considérées comme la volonté de l'État, de même que la volonté (formalisée) de certains organes à partir du moment où la procédure impose la coordination de plusieurs d'entre eux dans le processus de validation des normes. En ce sens, c'est bien l'intégralité des actes de l'État qui constitue la formulation de sa volonté. Il faut donc admettre que tous les organes de l'État participent par leurs actes à la formulation de la volonté de l'État et donc du souverain.

Ainsi, puisqu'un groupe d'individus n'a pas naturellement de volonté propre, il faut alors nécessairement réduire celle-ci à l'application d'une procédure. Ce raisonnement à partir de la notion de volonté collective rejoint alors un des éléments forts de la théorie de la souveraineté qui est d'établir une identité entre la Loi (au sens matériel) et la volonté du souverain. La volonté du souverain étant identifiée à la Loi, seuls les actes de l'État, en tant qu'ils sont formalisés, peuvent être considérés comme volonté de l'État et donc du souverain. Autrement dit, la volonté de l'État, personne fictive s'il est besoin de le rappeler, n'a de réalité que dans ces actes, qui sont la formalisation de sa volonté, c'est-à-dire dans le droit. Parler d'actes involontaires (ou non volontaires, ou contraires à sa volonté) de la part d'un État est un non-sens puisque, par définition, ces actes sont sa volonté. Cela présupposerait une dissociation entre la volonté de l'État et des procédures qui lui donnent forme. Il faudrait alors considérer que l'État, personne morale donc fictive, disposerait d'une volonté propre indépendante de celle qui est formalisée par les procédures et les actes de l'État.

Il y a donc bien une identité entre la volonté de l'État et les actes de l'État (la loi), parce qu'il ne saurait en être autrement : seuls existent les actes de l'État et donc eux seuls peuvent être considérés comme la volonté de l'État. Hegel considère ainsi que « *L'extériorisation de la*

⁵⁴⁵ Ce qui est logique puisque l'État n'existe, matériellement parlant, qu'à travers ses actes.

volonté comme volonté subjective ou morale est l'action »⁵⁴⁶. Or, puisque l'État, comme groupe collectif et comme institution, ne peut avoir de volonté propre, seules ses actions, c'est-à-dire l'extériorisation de cette volonté, peuvent être considérés comme sa volonté.

Ces formulations (qui dissocient la volonté de l'État de ses actes) ne pourraient n'avoir de sens que dans trois cas de figure : soit en créant une identité abusive entre la volonté de certains membres (ou organes) de l'État et la volonté de l'État ; soit en attribuant à l'État une psyché propre (qui penserait et voudrait par elle-même) ; soit en considérant un intérêt supposé objectif dont la réalisation serait par essence la volonté de l'État (qui de ce fait pourrait se trouver empêché, contraint, ou détourné)⁵⁴⁷. Ces situations renvoient à une personnification abusive de l'État (pourtant régulièrement dénoncée chez les auteurs classiques), qui lui attribuerait une volonté propre, indépendante de celle formulée par les procédures.

La volonté de l'État traduit donc une fiction (un artifice), qui permet d'attribuer à une multitude une volonté commune. Elle est une métaphore stylistique permettant la formalisation d'une analyse : l'État comme un système de normes⁵⁴⁸. Parce que la Loi se présente comme une règle dont l'infraction est sanctionnée, il est possible de la décrire en termes de volonté, elle peut être décrite comme un commandement (qui est la formulation de la part d'un acteur d'une prescription dont l'inexécution entraîne une sanction). Parce que c'est l'État qui détermine et fait appliquer ces normes, il est possible de considérer que le droit est la volonté de l'État, c'est-à-dire de la communauté qui s'exprime à travers le souverain (*Rex est populus*) qui s'exprime à travers les organes de l'État. C'est ce qu'affirme Hobbes dans son chapitre sur la loi civile :

par *Loi civile* il faut entendre ces règles dont la République, oralement ou par écrit, ou par un autre signe suffisant de la volonté, a commandé à tout sujet d'user pour distinguer le bon et le mauvais, c'est-à-dire ce qui est contraire et ce qui n'est pas contraire à la règle.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ HEGEL F., *Les principes de la philosophie du droit*, Paris, Vrin, p. 154. (§ 113) (trad. DERATHE R.).

⁵⁴⁷ Il est possible d'imaginer une déclinaison de cette dernière possibilité : la différence ne serait pas entre les actes de l'État et un intérêt objectif, mais entre ses actes et une supposition de ce qu'auraient été ses actes dans un contexte différent.

⁵⁴⁸ C'est également l'analyse de Kelsen : « *En disant que le droit est la « volonté », qu'il est « voulu » par l'État, on use d'une métaphore qui exprime tout simplement et uniquement l'idée que la collectivité que fonde l'ordre juridique est l'État, et que la personnification de cet ordre juridique est la personne État* » (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], p. 402).

⁵⁴⁹ HOBBS Th., *Léviathan*, chap. loi civil.

Ainsi, parce que la communauté politique est composée d'une multitude d'individus, elle ne saurait avoir de volonté propre. La théorie de la souveraineté traduit cette artificialité de la communauté politique. La volonté du groupe ne peut alors qu'être le fruit d'une procédure acceptée (plus ou moins volontairement) par les membres du groupe. La volonté du groupe construite par la procédure étant alors posée comme la Loi du groupe.

1.1.4.2.2 L'identification de la volonté de l'État à la loi : l'intégralité du droit positif contraignant.

La loi est ainsi la volonté du groupe, artificiellement construite, parce qu'un groupe ne saurait avoir naturellement de volonté propre. Il est toutefois nécessaire de préciser un aspect de l'identité entre la Loi et la volonté de l'État. La volonté de l'État ne prend forme qu'à travers l'application de procédures reconnues et acceptées. En ce sens, la loi est bien ce que la République *a commandé* par un signe suffisant de volonté. Toutefois, la formule *a commandé* utilisée par Hobbes peut être trompeuse : l'emploi du passé composé indique l'aspect accompli du commandement. Or, la loi étant valide, il faut en déduire que le commandement l'est toujours.

En ce sens, si l'édiction du commandement est accomplie, le commandement est toujours effectif : l'édiction ne constitue en effet *qu'un signe* de la volonté. Il ne faut donc pas conclure que la volonté de l'État consiste en la promulgation de la loi, ni qu'elle se limite aux actes qui viennent d'être promulgués ou sont en train d'être promulgués. L'identité entre la Loi et la volonté du souverain implique de considérer qu'est volonté de l'État à un moment *t* l'intégralité du droit effectif à ce moment *t*, c'est-à-dire l'intégralité des injonctions appliquées par l'État. La volonté du souverain ne correspond donc pas à telle ou telle règle, mais à toutes les règles en vigueur. Il existe donc bien une distinction essentielle entre la volonté de l'État et du souverain, qui est une construction artificielle permettant d'attribuer et d'unifier une volonté à un groupe d'individus et la volonté des individus qui prennent effectivement ces décisions. Cette idée est bien expliquée par Kelsen :

Pour que la norme juridique qui constitue la signification de l'acte de volonté demeure en vigueur, continue de « valoir », il n'est pas nécessaire que l'individu qui a créé cette norme par cet acte qui porte en l'intention sur la conduite d'autres individus, continue à vouloir cette conduite. Lorsque les hommes qui remplissent la fonction d'organe de législation ont adopté une loi qui règle tels ou tels objets, ils se consacrent dans leur délibérations et résolutions à la réglementation d'autres objets, et les lois mises en vigueur par eux continuent de valoir en un temps où ces hommes sont morts depuis longtemps, c'est-à-dire ne peuvent plus vouloir quoi que ce soit. Par conséquent, il n'est pas exact de dire des normes en général, des normes juridiques en particulier, qu'elles sont « la volonté » ou le

« commandement » (l'ordre) – du législateur ou de l'État –, si par « volonté » ou commandement (ou ordre) », on entend l'acte psychique de volonté.⁵⁵⁰

En présentant la Loi comme *ces règles dont la République, oralement ou par écrit, ou par un autre signe suffisant de la volonté, a commandé*, cela montre bien que Hobbes a une conception matérielle de la Loi, qui englobe l'intégralité du droit positif en vigueur.

La distinction entre Loi au sens matériel et Loi au sens formel est depuis longtemps admise par les juristes. Léon Duguit la rappelait en ses termes :

Dès lors, est loi formelle toute disposition et seulement la disposition qui est votée par le parlement et promulguée par le président de la République, quels que soient le caractère interne et l'objet de cette disposition.

Au point de vue matériel, est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de loi, et cela indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte.⁵⁵¹

Duguit précise ensuite les caractères intrinsèques d'une loi : « *la généralité et le caractère impératif* »⁵⁵². Le caractère impératif, qui renvoie à l'idée de commandement ou d'injonction, est bien présent chez Hobbes. Le caractère général signifie que « *la loi contient une disposition qui ne disparaît pas après son application* »⁵⁵³ et s'oppose aux dispositions individuelles. Cette dimension ne semble pas présente chez Hobbes, il semble qu'elle soit liée à la définition Rousseauiste de la loi. En considérant que la loi est une règle, le caractère général pourrait éventuellement être admis, même si les actes individuels apparaissent aussi comme des commandements impératifs et peuvent donc aussi être assimilés à la volonté du souverain, à partir du moment où ils sont contraignants (et constituent des règles le temps de leur réalisation). Il est donc préférable de considérer que les dispositions individuelles sont également comprises dans la définition de la Loi chez Hobbes⁵⁵⁴. En tout cas, les dispositions

⁵⁵⁰ Kelsen H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 14. Le fait de consacrer une citation aussi longue à une idée aussi simple se justifie par le fait qu'elle est fondamentale (et pourtant trop souvent omise) pour comprendre la logique de la souveraineté : les sentiments ou opinions des individus agissant au nom de l'État et donc du souverain, même dans le cas d'une monarchie absolue, vis-à-vis des normes en vigueur n'ont strictement aucun impact sur le fait que ce sont ces normes qui constituent la volonté de l'État.

⁵⁵¹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.2, p. 161. Il semblerait que Carré de Malberg rejette cette distinction, considérant que loi et règlement sont tous les deux des sources de droit, ne sont pas de même nature : « Le règlement et la loi sont tous deux des sources du droit ; mais le droit qu'ils créent respectivement n'a pas la même valeur et, en effet, ils ne le créent pas avec la même puissance... Ainsi la même règle peut, suivant les conditions dans lesquelles elle est émise acquérir deux natures différentes. Bien entendu ce n'est pas au point de vue de son contenu que sa nature varie ; mais avec un contenu identique elle a, quant à son efficacité constitutionnelle, une portée changeante parce qu'elle peut être établie pour valoir soit à titre de règle législative, soit à titre de prescription simplement réglementaire » (CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920., p. 326). Cette approche est somme toute étonnante : dans le cadre de son application, le règlement est tout aussi contraignant qu'une loi.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 166.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁵⁴ Bodin semble également inclure les dispositions individuelles dans sa conception de la Loi.

individuelles restent des commandements du souverain et seront donc ici considérées comme sa volonté.

Le fait d'identifier à la volonté de l'État la loi au sens matériel (plus les dispositions individuelles), c'est-à-dire l'intégralité du droit positif en vigueur à une double conséquence sur la théorie de la souveraineté. Si la Loi est l'ensemble du droit positif en vigueur, alors la question des sources du droit devient accessoire (1.1.4.2.2.1). En ce sens, tous les organes de l'État, dont les tribunaux, participent à la création de la Loi (1.1.4.2.2.2).

1.1.4.2.2.1 La contingence de la question des sources du droit rendue obsolète par une conception décisionniste du droit.

La Loi chez les premiers théoriciens de la souveraineté est très clairement pensée comme renvoyant aux commandements du souverain, établissant alors une identité entre ces commandements et la volonté du souverain. Cette identité entre la Loi et le commandement est très marquée chez Hobbes, qui les distingue explicitement du conseil.

Néanmoins, la volonté du souverain ne réside pas tant dans l'édiction de la norme que dans son application. Ce qui fait que la loi est la volonté du souverain n'est pas tant qu'il la promulgue, mais qu'il la sanctionne. Le fait de considérer comme la volonté du souverain l'intégralité du droit sanctionné en vigueur permet alors d'éliminer la question des sources du droit. En effet, la pluralité des sources du droit viendrait remettre en cause l'identité entre la loi et la volonté du souverain puisqu'il existerait des lois qui n'ont pas été formulées par le souverain et qui donc ne saurait être considérées comme sa volonté.

L'École du droit libre en Allemagne ou François Gény en France ont mis en avant la pluralité des sources du droit et donc l'impossibilité de considérer celui-ci comme étant exclusivement le fruit de la volonté du législateur. Avec la Révolution française, émerge l'idée que l'assemblée législative, seul représentant du souverain, était donc la seule source du droit. Il se développe ainsi à partir de la Révolution française une approche purement formelle de la Loi, posée comme volonté de l'organe législatif, représentant de la Nation : le Légicentrisme. C'est cette conception légicentriste que dénonce vigoureusement Hayek, qu'il rattache à la souveraineté et au positivisme. C'est aussi, de façon moins explicite, ce que

dénonce Duguit quand il rejette l'idée d'un droit créé par l'État et les confusions qu'entraînent la distinction entre sens formel et sens matériel de la Loi⁵⁵⁵.

De ce fait, « à côté de la loi, ont donc désormais place la coutume, la jurisprudence, la doctrine juridique auxquelles s'ajoutent les sources réelles issues de la libre recherche du droit »⁵⁵⁶. Ce point est très important pour la compréhension de la logique de la souveraineté. Indépendamment des différentes classifications des autres sources du droit, il apparaît que si l'existence de celles-ci remet en cause la conception légicentriste du droit issue de la Révolution française, et la conception formelle de la Loi, elle ne remet pas du tout en cause la théorie de la souveraineté. Il a en effet déjà été dit que si la création de l'État moderne traduit bien une monopolisation de la production du droit, cela ne signifiait pas qu'il n'existait pas d'autres instances de création du droit mais bien que ces sources étaient contrôlées par l'État⁵⁵⁷.

En effet, lorsque Hobbes formule sa théorie de la souveraineté, la question des autres sources du droit était déjà (en quelque sorte) présente. Le problème qui se pose au XVIIe siècle est celle de la coutume, de son autorité et du fondement de son autorité. La manière dont il traite la question de la coutume paraît alors pouvoir être transposée à l'ensemble des autres sources du droit.

Lorsqu'il développe la Loi civile, Hobbes affirme donc que c'est un commandement du souverain, de la République. Néanmoins, lorsqu'il s'intéresse à la question de la coutume, il considère alors que celle-ci ne tire pas son autorité de la durée (puisque'il est possible de l'abroger), mais bien de « *la volonté du souverain signifiée par son silence (car le silence est parfois une preuve de consentement), et cet usage n'est loi qu'aussi longtemps que le souverain sera silencieux sur la question* »⁵⁵⁸. Il apparaît donc bien ici que la coutume est loi, et qu'elle est donc à ce titre, commandement du souverain (et donc de la République). Comme Hobbes à une conception matérielle de la Loi, l'idée de coutume *contra legem* n'a pas de sens. En effet, ces formulations n'ont de sens que dans une conception formelle de la loi. Dans une conception matérielle, il ne s'agit que d'un conflit de loi dont il faut déterminer

⁵⁵⁵ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.2.

⁵⁵⁶ BILLIER J.C., MARYOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 191.

⁵⁵⁷ Cf., *supra*. Il apparaîtra toutefois qu'il est possible de se demander si ces autres sources de création du droit ne doivent pas être considérées comme faisant partie de l'État. Cf., *infra*.

⁵⁵⁸ HOBBS Th., *Léviathan*, chap. XXVI.

l'application et la validité⁵⁵⁹. Il est donc totalement incorrect de considérer que la théorie de la souveraineté absolue telle que développée par Hobbes implique une conception légicentriste du droit.

Cette conception de la Loi chez Hobbes est confirmée en précisant ce qu'il entend par Législateur. Le Législateur n'est pas tant celui qui édicte les lois que celui qui les rend obligatoires : « *Le législateur n'est pas celui par l'autorité duquel les lois ont été faites à l'origine, mais celui par l'autorité duquel elles continuent aujourd'hui à être des lois* »⁵⁶⁰. Ce point est fondamental : le commandement du souverain ne réside pas tant dans l'édition d'une norme, que dans le maintien par celui-ci de son statut de norme. Une loi n'est pas une loi parce que le souverain l'a déclarée telle ; une loi est une loi parce que le souverain la considère comme telle. Carl Schmitt a donc raison de considérer Hobbes comme un décisionniste. Une norme n'a de réalité que parce qu'elle est appliquée, c'est le fruit d'une décision. Les normes n'ont pas d'autorité par elles-mêmes (c'est notamment ce point qui distingue la théorie de Hobbes de la théorie de Kelsen), mais parce qu'elles sont le commandement de la République, du peuple s'exprimant par le souverain, qui leur confère une autorité, une force impérative. Le législateur chez Hobbes est donc celui qui dit le droit, non pas tant dans le sens où il formule des commandements, mais dans le sens où il donne à des règles le statut de commandement⁵⁶¹.

Il apparaît donc que, puisque le Législateur n'est non pas tant celui qui formule la loi que celui qui, par son autorité, confère à une règle son statut de règle, c'est bien l'intégralité du droit positif qui doit être considérée comme la volonté du souverain. La question des sources du droit, entendu comme son origine, n'a donc de sens que dans l'étude de régime particulier, et non pas du point de vue de la théorie de l'État (c'est également, pour d'autre raison, le point de vue de Duguit qui considère que « *la différence de source du droit*

⁵⁵⁹ Pour les questions concernant le droit international (et notamment les coutumes de droit international), cf. *infra*.

⁵⁶⁰ HOBBS Th., *Léviathan*, chap. XXVI.

⁵⁶¹ Il peut être intéressant de noter que Kelsen considère de la même manière le statut des règles après une révolution. Kelsen explique ainsi que lors d'une révolution (entendu comme tout changement de constitution en dehors des modalités prévues par celle-ci), ce ne sont souvent que la constitution et quelques lois politiques qui sont modifiées. Il considère toutefois qu'il est impropre de considérer qu'une grande partie des lois « *demeurent en vigueur* » : en effet, ce n'est que « *parce qu'elles ont été mises en vigueur par le gouvernement révolutionnaire, sous l'empire de la nouvelle constitution* » que celle-ci entre en vigueur. Il explique alors que la réception (ou transposition) du droit de la part d'un ordre juridique de normes formulées par un autre ordre juridique reste une création du droit : « *une telle réception est quand même bien création de droit* ». (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], p. 279). Or, ce phénomène semble constant chez Hobbes.

n'implique point une différence dans la nature du droit »⁵⁶²). Il ne s'agit pas de savoir d'où provient la règle, qui l'a rédigée, mais de savoir quelle est l'autorité qui accorde à la règle son statut de norme contraignante. Il faut d'ailleurs rappeler que dans les premières conceptions de la souveraineté, le souverain, le Législateur, est également le Juge suprême, celui qui juge en dernier ressort : cela montre bien l'équivalence des fonctions dans le processus d'édiction du droit : juger consiste à dire le droit. Le processus de formalisation des règles peut donc être délégué, les règles empruntées à d'autres ordres juridiques, cela n'empiète pas sur la souveraineté du souverain tant que c'est de lui que la norme tire son statut de norme.

Cette conception du droit qui le lie à la volonté du législateur occulte donc la question des sources puisque la Loi ne dépend pas de ses conditions d'édiction, mais du fait qu'elle est considérée comme Loi. En ce sens, les tribunaux, organes de l'État, participent donc à la création du droit, puisqu'ils ont un rôle non négligeable dans la définition du sens des règles.

1.1.4.2.2 Les tribunaux comme organe de l'État : un rôle important dans la détermination du droit.

La volonté du souverain consiste donc en la Loi, c'est-à-dire en les commandements de la République. À partir du moment où la Loi est acceptée dans son sens matériel, dont le caractère impératif est une des conditions⁵⁶³, une Loi ne peut être qu'effective. Or, l'effectivité de la règle est liée à son application, qui est le signe le plus évident de la volonté du souverain du caractère impératif de la règle. La volonté du souverain consiste donc en l'action des organes de l'État qui participent à la création du droit. Parmi ces organes, les tribunaux ont un rôle spécifique puisqu'ils actualisent la volonté du souverain.

L'effectivité de la règle ne dépend que de son application, et une règle ineffective n'est pas une règle : la non sanction répétée en cas d'infraction apparaît clairement comme un signe démontrant l'absence de caractère impératif de la norme. François Rangeon explique ainsi que Kelsen associe l'effectivité d'une règle à sa validité (mais Kelsen parle en fait

⁵⁶² DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t.2, p. 133.

⁵⁶³ Il est éventuellement possible de discuter du caractère impératif des Lois supplétives. Néanmoins, il apparaît que si leurs dispositions sont effectivement supplétives, elles restent impératives : en l'absence de convention, le régime matrimonial de droit commun s'applique impérativement (art.1387 et 1391 du Code civil).

d'efficacité)⁵⁶⁴. En effet la validité d'une règle serait conditionnée à son efficacité, entendue par Kelsen comme « *soit l'application de la règle par les sujets par crainte de sanctions, soit l'exécution de sanctions en cas de violation de la règle* »⁵⁶⁵. Or, le premier terme apparaît comme secondaire. En effet, l'application de la règle par les sujets par crainte de sanctions est dépendante de l'exécution de sanctions en cas de violation de la règle. C'est donc l'exécution (probable) de sanctions en cas de violation qui fonde la validité d'une règle. *A contrario*, le fait de savoir si la règle est ou non respectée, si elle est ou non efficace, est en soi étranger à la réalité de la règle : une règle régulièrement sanctionnée par les tribunaux est effective, même si très régulièrement violée. En fait, une règle qui ne serait jamais respectée par les individus mais qui serait toujours sanctionnée par l'État lorsque les pouvoirs publics ont connaissance de l'infraction resterait une loi. Il faut donc distinguer entre l'effectivité d'une règle de droit (qui renvoie à l'existence d'une sanction en cas d'infraction) et son efficacité (qui renvoie à son obéissance par la population). C'est bien l'effectivité de la norme, c'est-à-dire sa sanction par les pouvoirs publics, qui lui confère son statut de norme.

Le fait de lier la validité de la règle à son effectivité fait disparaître la question de la validité. En effet, est par définition valide une règle sanctionnée par les tribunaux (il serait en effet surprenant de considérer qu'une règle sanctionnée par les tribunaux – après épuisement de tous les recours – ne soit pas valide). C'est donc au tribunal que se vérifie l'effectivité d'une règle qui, en dehors des cas, ne peut qu'être postulée. L'idée même de règles valides mais ineffectives est délicate à comprendre. François Rangeon reprend ainsi à A. Weil et F. Terré l'exemple du décret-loi du 2 mars 1848 interdisant le marchandage, qui « *après un demi-siècle de non-application a été de nouveau appliqué « le jour où il a plu au ministère public d'en requérir l'application* ». »⁵⁶⁶. Il faudrait alors admettre l'existence de règles juridiquement valides, mais ineffectives. Mais cela est problématique. La règle ne devient réellement une loi que lorsqu'elle est sanctionnée, puisque la sanction apparaît comme le signe le plus probant de la volonté du souverain de voir un commandement exécuté. Indépendamment de sa forme d'édiction, une règle dont l'infraction régulière n'entraîne pas de sanction ne saurait être considérée comme un commandement de la République⁵⁶⁷ et donc

⁵⁶⁴ RANGEON F., « Réflexion sur l'effectivité du droit », en ligne, URL : < <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf> >, [consulté le 22/02/2014].

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ RANGEON F., « Réflexion sur l'effectivité du droit », *Op. cit.*, n. 24.

⁵⁶⁷ Il n'est pas question ici de considérer les infractions faites à l'insu des pouvoirs publics. Il s'agit des règles dont l'infraction est faite au su de tous, sans réaction des pouvoirs publics qui pourraient la sanctionner.

comme une Loi pour la théorie de la souveraineté. Le fait pour le ministère public de ne pas en requérir l'application montre bien, par-delà la non application de la règle, l'absence de signe manifeste de volonté de la République d'assurer l'effectivité de ce commandement (puisque le ministère public est un organe de l'État participant à la création de la volonté du souverain). Kelsen affirme d'ailleurs que ce qui caractérise le droit est l'existence d'une sanction assortie à la norme, sanction sans laquelle la volonté du législateur n'est que vœux⁵⁶⁸. Tant que la règle n'est pas sanctionnée, il est difficile de la considérer comme la volonté du souverain⁵⁶⁹.

Les théories réalistes américaines sont alors très pertinentes pour saisir la réalité du droit, et donc de la volonté du souverain. Car si la promulgation apparaît comme un signe suffisant de volonté à un instant *t*, c'est par la sanction (ou l'absence de sanction) que le souverain non seulement confirme sa volonté de voir appliquée la règle mais surtout définit précisément sa volonté en qualifiant un comportement comme contraire à la règle. Ainsi, pour O. W. Holmes, le droit est constitué par les règles effectives qui donc dépendent de leur mise en œuvre effective par les tribunaux (le droit étant « *les prévisions de ce que les tribunaux feront effectivement, et rien d'autre de plus prétentieux, sont ce que j'entends par droit* »⁵⁷⁰). Or, le juge a un rôle fondamental dans la détermination de ce qu'est le droit. La philosophie du droit a montré au cours du XXe siècle la marge de manœuvre dont dispose le juge dans l'interprétation du droit (avec des débats quant à l'importance de cette marge de manœuvre, qui sont ici anecdotiques). H. L. A. Hart montre ainsi « *le caractère indéterminé des règles juridiques* »⁵⁷¹. Face à la multiplicité des règles, il existe une incertitude quant à la réalisation concrète des cas, et les apports de l'herméneutique ont montré que la catégorisation des faits en termes juridiques et le choix des règles auxquelles confronter le cas étaient soumis à l'appréciation du juge⁵⁷². Michel Troper affirme ainsi, dans la continuité de Kelsen, que « *de nombreux auteurs l'ont démontré, l'interprétation n'est pas un acte de connaissance mais de volonté* »⁵⁷³.

⁵⁶⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1988. [1934], p.76

⁵⁶⁹ Cette affirmation de la sanction comme critère du droit est encore présent chez de très nombreux juristes.

⁵⁷⁰ Cit. in. BILLIER J.C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 179.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 180.

⁵⁷² *Ibid.*, pp. 265-270.

⁵⁷³ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 99. Il en déduit que le juge dispose d'une grande liberté d'appréciation. Tout en admettant la dimension politique du jugement, il récuse toutefois l'idée d'un pouvoir judiciaire, celui-ci étant contraint par les logiques propres de l'énonciation du droit et l'absence d'unité du pouvoir judiciaire (cf. TROPER M., *Op. cit.*, pp. 101-105.

Ainsi, sans aller jusqu'à considérer que ce sont les tribunaux qui créent le droit (même si cette hypothèse mériterait d'être discutée), il faut considérer que le droit est actualisé par les tribunaux : « *interpréter la loi, c'est en réalité la refaire* »⁵⁷⁴. Ce rôle des tribunaux dans le processus de création du droit n'est pas un problème du point de vue de la théorie de la souveraineté. Les tribunaux sont des organes de l'État et, en ce sens, ils participent à la création de la volonté de groupe qui est celle du souverain⁵⁷⁵. Le juge apparaît donc comme un des organes de l'État, participant à l'actualisation du droit, donc à la détermination de ce qu'est la règle.

En définissant le droit par son effectivité, la question des sources du droit semble donc non pertinente, puisque le fondement de la norme ne provient pas de son origine mais de son application par l'État. La volonté de l'État ne consiste donc pas dans les règles édictées par tel ou tel organe, mais dans les règles appliquées et sanctionnées par les organes de l'État. Cette assimilation du droit de l'État (et donc de sa volonté) aux règles sanctionnées par l'État est évoquée par Max Weber (à titre de possibilité théorique) lorsqu'il considère les règles de groupes privés (syndicats, partis politique...) sanctionnées par les tribunaux :

C'est ainsi également que le juge anglais peut, sur appel, intervenir dans la juridiction des clubs. Le juge allemand lui-même, dans un procès pour atteinte à l'honneur, examine la conformité aux usages estudiantins du refus opposé à une provocation en duel, bien que celui-ci soit interdit par la loi, etc. Ce serait une question de casuistique que de se demander dans quelle mesure ces prescriptions non étatiques deviennent ainsi du « droit étatique », mais nous ne l'aborderons pas⁵⁷⁶

De plus, c'est toujours l'autorité du souverain qui confère à la norme (et donc à la norme actualisée par le jugement) son statut de norme. Si la réalité de la norme se trouve dans son effectivité, la sanction consiste en son application (la punition –ou la réparation– non pas tant décidée, mais effectuée). Or, le juge n'est qu'un élément (celui qui établit la culpabilité –ou la responsabilité) dans le processus d'effectuation de la sanction (la police, le ministère public, l'administration pénitentiaire participant également à la détermination de la volonté du souverain : un comportement qui n'est jamais proposé aux tribunaux n'est pas illégal). Le juge est autorisé par le souverain, c'est-à-dire que son autorité est dépendante du vouloir de la communauté, donc du souverain. Les organes proprement législatifs, d'édition des normes,

⁵⁷⁴ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 100. Il faut en effet considérer que c'est seulement par la multiplicité des cas d'application et de non application d'une norme qu'il est possible d'en préciser le sens. Seule la jurisprudence permet de définir ce que signifie concrètement un principe de droit en précisant concrètement les cas qui relèvent ou ne relèvent pas d'elle.

⁵⁷⁵ La séparation des pouvoirs et la multiplication des organes décisionnels n'est pas un problème du point de vue de la souveraineté : Cf. *infra*.

⁵⁷⁶ WEBER M., *Économie et société*, T.2, Paris, Pocket, 1995 [1921], p. 43.

ne sont ainsi pas totalement démunis vis-à-vis des juges, comme le montre en France la réaction législative qu'a suscitée l'arrêt Perruche : un texte, une coutume ou une jurisprudence pouvant toujours être neutralisés (et donc rendus nuls) par une jurisprudence, une coutume ou une loi.

Cette approche semble correspondre à celle de M. Troper. Lorsque celui-ci s'intéresse au fondement de la coutume, il considère alors que le juge crée le droit, indépendamment de son origine, du fait de la théorie de l'interprétation de Kelsen : « *le juge crée la norme coutumière comme il crée la norme législative* »⁵⁷⁷. Il affirme toutefois se détacher des théories volontaristes, qui rattachent la coutume à la volonté du souverain :

cette thèse est profondément différente de la thèse volontariste. Elle s'en distingue à trois points de vue au moins : elle soumet au même traitement la coutume et la loi ; d'autre part, elle ne considère pas la création de la règle comme le seul fait du juge, mais comme aussi celui de tout organe d'application du droit, c'est-à-dire de toute autorité ayant pour fonction de prendre des décisions en application d'une règle ; enfin – et surtout – si, dans les deux théories, la volonté est présentée comme créatrice de droit, elle est envisagée non pas comme la volonté d'un être particulier (le souverain), ni comme celle qui est instituée comme créatrice de droit par une norme supérieure, comme chez Kelsen, mais comme celle qui se manifeste dans l'exercice d'une activité d'application du droit.⁵⁷⁸

Les trois points de vue développés par Michel Troper rejoignent en partie les développements précédents. Il n'y a pas de différence entre les sources du droit, ce que Michel Troper affirme ici à propos de la loi et de la coutume étant généralisable à l'ensemble des sources du droit (notamment, comme il sera précisé ultérieurement, du droit européen et international⁵⁷⁹). De plus, en généralisant cette idée à toute autorité, il confirme bien que tous les organes de l'État participent à la création du droit. La différence qu'il faut alors établir avec Michel Troper concerne donc la volonté créatrice de droit. S'il a raison de dire que la volonté créatrice de droit est celle de l'organe, il omet que la volonté de l'organe, par le processus d'habilitation et d'imputation, est celle du souverain. L'organe participe à la formulation de la volonté du souverain : il est un élément de la procédure de création du droit qui est la réalisation de la volonté du souverain. Le droit, la volonté du souverain, est créé par l'intégralité des organes qui participent à son application, puisque son application participe de sa détermination. Cette assimilation du processus de création du droit à l'ensemble des actes de l'État se retrouve bien chez Kelsen :

L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours caractère authentique : elle crée du droit. [...]. Mais authentique, c'est-à-dire créatrice de droit, est aussi l'interprétation

⁵⁷⁷ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 136.

⁵⁷⁸ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 137.

⁵⁷⁹ Cf. *infra*.

par un organe d'application du droit, même lorsqu'elle ne crée du droit que pour un cas concret, c'est-à-dire lorsque l'organe ne crée qu'une norme individuelle, ou ne fait que réaliser une sanction. Il faut observer à cet égard que la voie de l'interprétation authentique, c'est-à-dire de l'interprétation des normes par les organes qui doivent les appliquer, ne permet pas seulement de réaliser l'une d'entre les possibilités révélées par l'interprétation – à base de connaissance – des normes à appliquer, mais peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer.⁵⁸⁰

Ainsi, pour Kelsen, un organe crée du droit « *dès lors que l'acte de cet organe ne peut plus être annulé* »⁵⁸¹.

La création du droit passe donc par l'intégralité des organes qui l'appliquent : « *À la question de savoir comment ont pu être créées les règles coutumières, on peut répondre : par les organes qui accordent à certaines pratiques la signification de normes* »⁵⁸². Cela est également expliqué par N. Luhmann, qui rappelle que le droit est un système autoréférentiel, c'est-à-dire qu'est du droit ce qui est considéré comme droit par les organes habilités⁵⁸³.

Or, la théorie de la souveraineté considère justement que ces organes qui participent à la création du droit (et donc à la création de la volonté du souverain) sont habilités par le souverain à s'exprimer en son nom (ce qui explique que leur volonté est sa volonté). L'État, n'apparaît alors que comme l'outil d'application et de formulation de la volonté du souverain.

Le fait que le droit, la loi, soit actualisé par les tribunaux et les organes de l'État par son application renforce l'idée d'une identité entre le droit (la volonté du souverain), la sanction et les normes contraignantes. En effet, si la loi reste virtuelle tant qu'elle n'a pas été effectuée lors d'un jugement ou d'une application concrète, c'est-à-dire tant qu'elle n'a pas été confrontée à la réalité que représente le cas qui permet de lui donner un sens, alors une loi qui resterait en dehors des tribunaux resterait virtuelle : d'une part, il serait impossible d'en vérifier l'effectivité, c'est-à-dire de savoir si elle est toujours la volonté du souverain, mais de plus il serait impossible de la confronter à une situation réelle afin d'en préciser le sens. La Loi n'a toutefois pas besoin de passer effectivement devant les tribunaux pour être du droit : elle n'y passe que quand il y a infraction ou contestation. Par contre, c'est bien le fait de pouvoir entraîner un effet juridique devant les tribunaux qui rend une norme juridique : le

⁵⁸⁰ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 461.

⁵⁸¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 461.

⁵⁸² TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 137. Déclaration à propos de la coutume qu'il faut généraliser à l'intégralité du droit.

⁵⁸³ LUHMANN N., « Le droit comme système social », *Droit et Société*, n°11, déc. 1994, pp. 53-57.

jugement est à la norme ce que la falsification est à la théorie scientifique. Un énoncé dont on ne peut vérifier la dimension contraignante n'est pas du droit.

La volonté du souverain doit donc être comprise comme l'ensemble des règles contraignantes en vigueur au sein d'un groupement politique, telles qu'elles sont actualisées par les tribunaux.

Cette nécessaire actualisation du droit par les tribunaux, qui permet alors de définir la Loi au sens matériel pose alors la question du droit souple. Or, celui-ci, dépourvu de contrainte voire même d'effet juridique, est totalement étranger à la logique de la souveraineté.

1.1.4.2.3 Le droit souple étranger à la logique de la souveraineté : un outil de gouvernement

Cette réduction de la volonté de l'État à la Loi au sens matériel pose alors la question de la juridicité d'un nouveau type d'actes étatiques, qui suivent les procédures d'édition traditionnelles du droit mais sont dépourvues de toute portée normative : le droit mou (*soft Law*), plus récemment qualifié par le conseil d'État de *droit souple*. Dans son rapport de 2013, le Conseil d'État propose une définition du droit souple :

Il s'agit de l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives :

- Ils ont pour objet d'orienter ou de modifier le comportement de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- Ils ne créent pas par eux-mêmes de droit ou d'obligation pour leur destinataire ;
- Ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparentent aux règles de droits.⁵⁸⁴

Le droit souple se caractérise ainsi principalement par l'absence d'effet de droit de la norme. Néanmoins, Émeric Nicolas et Matthieu Robineau, affirment que, après une lecture détaillée, « *c'est l'absence de contraintes qui paraît déterminante* » puisque l'accent est mis sur l'existence d'une sanction⁵⁸⁵. La question de la contrainte est fondamentale, puisque si le droit est injonction, c'est l'existence de cette contrainte qui permet de distinguer une injonction (commandement) d'une influence ou d'un conseil. Or, le Conseil d'État affirmerait

⁵⁸⁴ < http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/etude_annuelle_2013_le_droit_souple.html > [consulté le 16/02/14].

⁵⁸⁵ NICOLAS É., ROBINEAU M., « Prendre le droit souple au sérieux ? – À propos de l'étude annuelle du conseil d'État pour 2013 », *La semaine juridique Édition Générale*, n° 43, 21 oct. 2013, § 22, en ligne. URL : < <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/auteur/bridge.do?rand=0.1275075990674075> > [consulté le 24/02/2013].

le caractère juridique du droit souple⁵⁸⁶. Il existerait un droit sans sanction, qui ne saurait donc être considéré comme un commandement. Cela créerait une disjonction entre la volonté du souverain et la Loi.

La mise en avant du droit souple comme norme juridique traduit alors une évolution dans la compréhension de la norme. En effet, le conseil d'État adopterait une approche fonctionnelle, où « *Ce qui importe, c'est l'effet de droit, ou plus précisément la portée normative, c'est-à-dire l'impact sur les destinataires directs ou indirects de la norme* »⁵⁸⁷. Ils s'inscrivent ainsi dans l'approche de J.-P. Henry sur la norme développée au point précédent, qui pense la norme comme comportement régulier⁵⁸⁸. Or, si la dimension normative du droit souple peut facilement être acceptée, la question problématique devient le critère de sa juridicité. Émeric Nicolas et Matthieu Robineau affirme que le Conseil d'État mettrait implicitement en avant le critère formel pour établir ce qui relèverait du droit⁵⁸⁹.

La prise en compte du critère formel pour distinguer la juridicité d'une norme s'illustre particulièrement dans la définition donnée par le Conseil d'État du droit souple. En effet, le premier point permet d'identifier le droit souple comme instrument visant à modifier les comportements (il s'agit donc bien de l'exercice d'un pouvoir, abordé comme cause de comportement). Le second point, parle d'effet juridique, mais c'est l'absence de contrainte qui semble visée. Il permet de distinguer le droit souple de l'injonction (droit dur). Le droit souple est donc clairement rattaché au pouvoir d'influence. Le troisième permet de distinguer, au sein des influences, celles qui peuvent être considérées comme du droit souple (c'est-à-dire qui dispose tout de même de la juridicité). Ce critère est *un degré de formalisation et de structuration qui les apparente au droit*. C'est donc bien ce degré de formalisation et de structuration qui permet, parmi l'ensemble des relations de pouvoir (premier point) qui ne sont pas coercitives (second point), de distinguer le droit souple. Le droit, souple et dur, se caractérisant alors par un certain degré de formalisation et de structuration. Ainsi, il faut en déduire que parmi l'intégralité des prescriptions visant à influencer des comportements, ceux qui présentent un certain degré de formalisation et de structuration sont du droit : Dur s'il y a des sanctions, Souple sinon.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, § 20.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, § 8.

⁵⁸⁸ Cf., *supra*.

⁵⁸⁹ NICOLAS É., ROBINEAU M., *Op. cit.*, § 22.

Le droit souple apparaît donc comme une influence dont la mise en forme ressemble au droit (« *En résumé, le droit souple, c'est ce qui ressemble au droit dur, qui à la couleur du droit dur, l'odeur du droit dur, mais qui n'est pas du droit dur ou, tout au moins, pas encore* »⁵⁹⁰). Néanmoins, affirmer la juridicité du droit souple, sur le critère de sa présentation formelle, est problématique. En effet, tout programme d'action ou recommandation édictée sous forme de code peut devenir juridique. Surtout, elle dilue ce qui faisait la spécificité du droit (et donc de l'État) vis-à-vis des autres acteurs. En ce sens, elle participe à la négation de la spécificité de l'État abordée au point précédent⁵⁹¹.

L'aspect le plus problématique est toutefois le fait que ces influences restent virtuelles puisqu'elles ne sont pas actualisées par les tribunaux : elles n'ont pas de significations concrètes⁵⁹². De plus, ne produisant pas d'effet de droit, elles sont juridiquement invisibles : leur existence ou inexistence ne modifie pas le reste du droit. Il s'agit donc d'un ensemble isolé, d'un autre univers. Le droit souple, pour reprendre l'expression de Kelsen, n'est que l'expression d'un vœu, et ne saurait donc être considérée comme la volonté du souverain (tant qu'il ne participe pas à la définition de ce qu'est la règle). Le Conseil d'État explique certes que le droit souple peut se durcir, que ce soit par décret⁵⁹³ ou par les tribunaux⁵⁹⁴. En ce sens, effectivement, des dispositions non contraignantes peuvent le devenir. Mais cela s'intègre dans le processus normal de création de normes par les organes de l'État, où la question des sources n'a pas d'importance : à partir du moment où une disposition sert de motif à une sanction (ou à l'établissement d'une responsabilité), alors elle fait partie du droit.

Cette dilution du droit à tout rapport de pouvoir codifié s'explique par les mêmes raisons que la dilution du pouvoir politique : l'émergence du biopouvoir et de la biopolitique⁵⁹⁵. Le droit souple apparaît ainsi comme l'utilisation par certains organes étatiques du pouvoir d'influence. Cela augmente ainsi leur capacité de maîtrise de la matière sociale et leur capacité à produire les effets sociaux voulus. Cette inscription du droit souple parmi les outils de gouvernement permettant le succès de politique publique est parfaitement admise par le conseil d'État, qui considère que « *Le droit souple peut, au contraire,*

⁵⁹⁰ NICOLAS É., ROBINEAU M., *Op. cit.*, § 27.

⁵⁹¹ Cf. *supra*.

⁵⁹² Il serait éventuellement possible de considérer que les travaux d'évaluation des politiques publiques traduisent une actualisation du droit souple. Mais cela reste une évaluation de l'efficacité de la norme (même si l'évaluation de son efficacité passe par la question de son effectivité).

⁵⁹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, Paris : La Documentation française, 2013, p. 74.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁹⁵ Cf. *supra*.

contribuer au renouvellement et au renforcement de l'État par un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics »⁵⁹⁶. Le droit souple est donc bien un moyen d'action aux mains des gouvernements visant la réalisation de politiques publiques. Il s'inscrit donc bien dans une logique de contrôle et d'effet sur la société, caractéristique de l'art du gouvernement. La qualification du droit souple comme droit par le Conseil d'État a ainsi un objectif politique. Il s'agit de promouvoir le droit souple comme outil de gouvernement :

Admettre le droit souple comme faisant partie du droit incite à envisager, pour un objectif politique donné, l'ensemble des instruments susceptibles d'être mis en œuvre, qu'ils relèvent du droit dur ou du droit souple, et à mettre en balance leur effectivité. À l'inverse, considérer que le droit souple n'est pas du droit conduit inmanquablement à accorder une moindre importance à ces préoccupations dans l'élaboration de la norme. L'enjeu n'est donc pas que sémantique.⁵⁹⁷

Si cette intention est tout à fait louable, en affirmant que le droit souple participe du renforcement de l'État le Conseil d'État participe à la confusion entre ce qui relève de l'État (effectivité du système de contrainte) et de l'art du gouvernement (efficacité des politiques publiques). Le renforcement de l'État est ici clairement pensé comme un renforcement de l'efficacité de ses politiques.

Ce désir d'aborder le droit à travers ces effets sociaux est une tendance lourde chez les juristes. Il faut en effet rappeler que la validité de la norme est liée chez Kelsen à son efficacité, c'est-à-dire aux effets sociaux qu'elle produit : le droit n'est plus évalué à travers la sanction mais à travers l'obéissance qu'il entraîne. Le Droit rejoint donc la tendance décrite pour la Science Politique d'aborder le pouvoir comme cause de comportement.

Toutefois, la manière dont est qualifié le droit souple est secondaire. Il est juste nécessaire, s'il l'on considère le droit souple comme du droit, de se rappeler que cette partie du droit, n'étant pas commandement, est étrangère à la question de la souveraineté. La question de son efficacité et la manière dont les gouvernants réalisent ou non leurs objectifs politiques restent en dehors du strict champ d'étude de l'effectivité de l'État, question qui reste celle de la théorie de l'État et de la souveraineté. Il ne faudrait donc pas conclure que la souveraineté (pouvoir d'injonction) est mise à mal parce que le droit souple n'est pas efficace ou contrebalancé par d'autres sources d'autorité exerçant de l'influence : si le droit souple est

⁵⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, Paris : La Documentation française, 2013, 4^e couv.

⁵⁹⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, Paris : La Documentation française, 2013, p. 57. Dans le cadre des distinctions effectuées au chapitre précédent, à partir du moment où il s'agit de production d'effets sociaux, le terme efficacité eut été préférable.

considéré comme du droit, il faut alors considérer en retour que la souveraineté ne concerne que le droit dur.

Il y a donc une identité entre la loi entendue comme l'ensemble des commandements et la volonté du souverain. Cela ne signifie pas, comme semblent le croire F. A. Hayek et Léon Duguit, que la loi est la volonté d'un organe particulier et doit être identifiée à la production législative comme semblait l'indiquer les conceptions juridiques issues de la Révolution française. Cela signifie que le droit est posé comme la volonté du souverain et qu'il trouve sa source dans la communauté qu'il régit. Celle-ci peut ainsi le modifier, à travers les procédures qui définissent sa volonté. Les actes de l'État définissent le droit. Ils sont la procédure par laquelle le groupe exprime sa volonté. Que ce soit à travers l'exercice des pouvoirs judiciaire, exécutif ou législatif, ces actes sont la volonté du souverain et donc du groupe, qui ne peut avoir de volonté propre. La question du pluralisme des sources n'est donc pas un problème puisque cela reste toujours l'État (et donc le souverain) qui, à travers ses différents organes, détermine le droit.

La volonté de l'État est donc identique à l'ensemble du droit appliqué par un État, indépendamment de l'origine de la formulation de la norme. Le pouvoir de l'État consiste donc en un pouvoir d'injonction. Or, il existe actuellement une tendance forte à aborder le pouvoir politique comme cause de comportement. Cela s'explique à la fois par l'importance qu'ont pris les questions relatives au gouvernement et à la production d'effets sociaux, mais également à l'importance de la prise en compte des logiques de domination au sein des sciences sociales. Si est politique tout pouvoir qui crée des comportements, les modalités d'exercice du pouvoir n'ont que peu d'importance. De ce fait, la spécificité de l'État, qui reste la seule instance autorisée à poser des commandements, est occultée. Cette conception existe également dans la théorie juridique, où la norme est de plus en plus pensée non plus à travers l'existence d'une sanction, mais à travers sa capacité à produire des effets sociaux, comme l'illustre la catégorisation du droit souple comme droit.

La question du pouvoir de l'État ne devient plus tant une question d'effectivité de la norme, que d'efficacité. Cela modifie profondément la vision et l'évaluation de la norme et du pouvoir de l'État. En effet, la norme comme injonction était relativement indépendante de son obéissance (l'effectivité du commandement s'observant tout autant par son respect que par l'application de la sanction en cas de non-respect). La norme comme norme comportementale ne s'observe que par son obéissance. Cette modification de la pensée du pouvoir de l'État et de la norme traduit bien un changement de paradigme qui va profondément influencer la question de la souveraineté

La volonté de l'État dans la théorie de la souveraineté est donc un artifice qui n'existe que dans le droit, entendu comme l'ensemble des injonctions appliquées par l'État. En ce sens, la loi, prise comme l'intégralité des règles obligatoires au sein d'un groupe humain, reste absolue et illimitée. La théorie de la souveraineté ne signifie rien de plus : tout système de droit est arbitraire, il s'applique de manière absolue et rien ne vient le limiter.

1.2 La souveraineté de l'État comme puissance normative autonome : une puissance de commandement qui reste absolue et illimitée.

La volonté de l'État est le droit que celui-ci applique. La dimension absolue et illimitée de la souveraineté traduit en fait à la fois l'absolu du droit et sa dimension artificielle de construction humaine. Or, il apparaît que le droit est fortement lié à l'idée de justice. Il est même possible de considérer que droit et justice sont intrinsèquement liés, le droit étant l'application concrète d'une justice. En ce sens, Éric Weil a raison de considérer que l'État est la réalisation d'une morale concrète⁵⁹⁸. La souveraineté est concrètement l'application illimitée et absolue d'un système de valeurs, système de valeurs qui ne peut exister qu'à travers un système de contraintes qui lui donne forme.

Néanmoins, alors que la justice et le droit sont liés et que la justice ne peut exister que si elle est appliquée sans limite par une puissance, de nombreux auteurs vont essayer de concevoir une limitation de l'État et du droit, donc du souverain. En effet, dès la formulation de la théorie de la souveraineté il existe une forte réticence à considérer le droit comme la volonté de l'État. L'idée d'un pouvoir absolu et illimité peut apparaître en soi comme condamnable car contraire à l'idée même de liberté. Léon Duguit formule très bien cette réserve :

Admettre une autorité humaine suprême, absolue, exclusivement déterminée ou obligée par sa propre volonté, sans qu'il existe, au moins en théorie, nulle barrière que cette volonté souveraine soit tenue de respecter, c'est admettre nécessairement l'annihilation vis-à-vis d'elle de toute autre volonté humaine, individuelle ou collective ; tout sujet de l'État, personne physique ou morale, devient une sorte d'esclave⁵⁹⁹

Néanmoins, il apparaît que ce qui est dénoncé à travers le caractère absolu et illimité de la souveraineté ce n'est pas tant le caractère absolu et illimité du droit, mais l'arbitraire et le risque de captation de la capacité d'édiction des normes par un petit groupe de personnes. Les efforts théoriques mobilisés pour dénoncer la conception illimitée de la souveraineté sont donc confrontés à cette alternative : ou bien il existe des règles impératives qui s'imposent d'elles-mêmes à l'État, mais il faut alors en rendre compte, ou bien ces règles sont imposées par d'autres organes humains qui de ce fait se retrouvent alors souverains.

En conséquence, de nombreux théoriciens vont affirmer la nécessaire limitation de la souveraineté au nom de principes que le groupe devrait respecter (1.2.1). Il apparaît toutefois

⁵⁹⁸ Cf. *supra*.

⁵⁹⁹ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 436.

que ces principes sont incapables de constituer une réelle limite à la souveraineté puisqu'ils doivent nécessairement être interprétés et appliqués (1.2.2).

1.2.1 La souveraineté absolue et illimitée dénoncée au nom de principes que le groupe devrait respecter

Le premier point du chapitre préliminaire (0.1) retraçait l'histoire philosophique de la souveraineté telle que perçue par G. Mairet. Il a alors été expliqué qu'il était possible d'identifier deux axes de critiques dénonçant le caractère absolu et illimité de la souveraineté par l'affirmation de principes que le groupe doit respecter. Le premier axe affirme l'existence de principes objectifs. Le second axe affirme l'existence de principes subjectifs. De nombreuses critiques contemporaines s'inscrivent encore dans ces deux axes qu'il est maintenant nécessaire de développer.

L'affirmation de principes s'imposant à l'État, et donc au souverain, implique une double présupposition. Elle présuppose d'une part l'existence de ces principes indépendamment de leur formulation par le souverain ; elle présuppose d'autre part que ces principes s'imposent au souverain.

De nombreux auteurs mettent ainsi en avant la dimension régulatrice de la souveraineté. Elle ne serait pas tant créatrice de droit que révélatrice de celui-ci. La souveraineté devient alors le pouvoir « *de constater le droit* »⁶⁰⁰. Dans cette approche, Robert Cubertafond parle de souveraineté préalable. Il identifie alors trois courants affirmant la préexistence d'un droit limitant de fait la souveraineté :

Que ce soit le législateur ou le gouvernement, le souverain apparent serait plus révélateur, découvreur, ou inventeur au sens où on lève le voile et où on met à jours un gisement ou une loi scientifique, bien sûr préexistant à la découverte, que créateur d'un droit. Celui-ci ne serait donc pas une création *ab initio*, inconditionnée, souveraine, mais un donné à mettre à jour et préciser et éventuellement adapter, correspondant soit à une tradition (selon l'école historique), soit à l'état actuel de la société (selon l'école sociologique), soit à tel ou tel ordre de valeurs (selon telle ou telle école du droit naturel), soit encore, et plus vraisemblablement, aux trois sources mêlées.⁶⁰¹

Ainsi, on retrouve parmi ces trois écoles les deux grandes options théoriques visant à limiter la souveraineté : les principes subjectifs existant au sein de la communauté (école historique et sociologique) ou les principes objectifs (écoles du droit naturel). Ce lien entre

⁶⁰⁰ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 443.

⁶⁰¹ CUBERTAFOND B., « Souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1289.

jusnaturalisme et l'école sociologique du droit sur le caractère prédéterminé de la norme est rappelé par J. P. Henry⁶⁰².

Si ces axes s'opposent dans la justification qu'ils donnent des principes à respecter, ils peuvent concerner le même objet ou les mêmes principes. Ainsi, dans les démocraties occidentales, ces deux axes se recoupent principalement sur l'affirmation des libertés publiques et notamment celles liées aux droits de l'Homme.

S'intéressant justement aux fondements idéologiques des libertés publiques en France, Gilles Lebreton énonce les quatre éléments principaux qui la constituent : une philosophie des droits de l'Homme ; l'attachement à la démocratie libérale ; la confiance envers la loi ; l'exaltation du rôle du juge. Les droits de l'Homme apparaissent donc bien comme l'un des fondements idéologiques du droit français contemporain.

Sur la question particulière des droits de l'Homme, il rappelle les quatre principales approches les fondant : les théories classiques et modernes des droits de l'Homme ; le positivisme juridique et le positivisme sociologique. Les théories classique et moderne renvoient à ce que B. Cubertafond appelle l'école du droit naturel, le positivisme sociologique à l'école sociologique. Le positivisme juridique ne remettant pas spécifiquement en cause la souveraineté de l'État au nom d'éléments extra juridiques, il sera momentanément laissé de côté⁶⁰³ afin de se concentrer sur les deux grands courants dénonçant la souveraineté au nom de principes que le groupe doit respecter, qu'ils soient objectifs (1.2.1.1) ou subjectifs (1.2.1.2).

1.2.1.1 L'existence de principes objectifs que le groupe doit respecter

L'existence de principes objectifs que le groupe et donc le souverain doivent respecter est le premier axe des critiques à la souveraineté. Dans sa thèse de droit public soutenue en 2011, Pauline Mortier affirme ainsi la fin de la conception absolue de la

⁶⁰² HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 634.

⁶⁰³ Le positivisme juridique permet toutefois une contestation de la souveraineté de l'État au nom de règles dites supra étatiques. Cf. *infra*.

souveraineté⁶⁰⁴. Elle consacre notamment un chapitre à expliquer que la dimension absolue de la souveraineté serait remise en cause par le développement de l'État de droit⁶⁰⁵. Parmi les caractéristiques de l'État de droit qui remettrait en cause la dimension absolue de l'État, elle met en avant le droit naturel, qui, préexistant à l'État, limiterait son action :

La conception absolue du pouvoir souverain est d'abord mise en cause par l'émergence de la notion de droits naturels qui ont vocation à s'imposer par nature puisqu'ils préexistent à l'État social. Ainsi, le développement des théories du contrat social et du droit des gens apporte une nouvelle conception du pouvoir du souverain qui ne peut agir que dans la limite de droits préexistants qui s'imposent à lui. L'objectif est dans un premier temps de limiter les pouvoirs monarchiques avec l'idée qu'il existerait des droits, préexistants à l'ordre juridique et monarchique, que le pouvoir souverain ne peut mettre en cause, quelle que soit sa puissance.⁶⁰⁶

La condamnation de la conception absolue et illimitée de la souveraineté à travers la mise en avant d'un corpus de valeurs posé comme préexistant à toute formulation fut présente dès les débuts de la modernité⁶⁰⁷ et est encore très forte aujourd'hui. L'idée qu'il existe ainsi des valeurs et principes (se traduisant souvent en droits subjectifs) semble globalement acceptée. Elle s'observe de deux manières : soit par les réflexions menées tout au long du XXe siècle pour tenter de fonder rationnellement un corpus de valeurs qui ferait consensus (1.2.1.1.1) ; soit par la consécration institutionnelle des droits de l'Homme qui, indépendamment de toute fondation philosophique, semblent s'être imposés comme le nouveau droit naturel (1.2.1.1.2). Néanmoins, ces tentatives font l'objet de critiques, qui sont à l'origine même de la modernité (1.2.1.1.3).

1.2.1.1.1 Les nouvelles tentatives pour fonder rationnellement la justice.

Il existe tout au long du XXe siècle des tentatives récurrentes pour fonder rationnellement une conception de la justice qui permettrait de définir un ordre social juste. En effet, alors que le XIXe siècle s'achevait sur une forme de relativisme et d'historicisme

⁶⁰⁴ Sa première partie s'intitule ainsi : « La mise en cause du mythe de la souveraineté absolue : un affaiblissement dans la Nation, une disparition dans l'État ». Il apparaît donc d'une part que la souveraineté absolue est un mythe, d'autre part que celle-ci a disparu avec l'État de droit. (Cf. MORTIER P., *Les métamorphoses de la souveraineté*, thèse de doctorat, Droit public, Université d'Angers, 2011).

⁶⁰⁵ *Ibid.*, pp. 168-190

⁶⁰⁶ MORTIER P., *Les métamorphoses de la souveraineté*, Op. cit., p. 172.

⁶⁰⁷ Cf. *supra*.

des valeurs, le XXe siècle, notamment à cause de l'expérience nazie posée comme Mal radical, réaffirme l'existence de principes fondamentaux.

Il a déjà été expliqué qu'une part importante de la sociologie critique avait pour objectif de fonder rationnellement un ordre social⁶⁰⁸. Cet objectif nécessite en parallèle une refondation des valeurs morales pouvant servir de base à ce nouvel ordre. Deux modes d'approche peuvent alors être considérés : ceux qui posent l'existence de principes matériellement définis (1.2.1.1.1) et ceux qui posent l'existence de principe formellement définis (1.2.1.1.2).

1.2.1.1.1 Les contraintes de justice matériellement définies

Il existe ainsi tout au long du XXe siècle de multiples tentatives de refonder un ordre moral permettant de servir de base à un ordre politique. Parmi les nombreux philosophes qui se sont attelés à cette tâche, il est possible de considérer John Rawls et Robert Nozick.

John Rawls estime que la philosophie politique peut jouer quatre rôles en tant que composante d'une culture politique⁶⁰⁹. Le premier consiste « à se concentrer sur des questions profondément litigieuses et à envisager si, malgré les apparences, une base sous-jacente d'accord moral et philosophique peut être découverte »⁶¹⁰. La seconde consiste à participer à l'orientation de la société en « spécifiant des principes pour identifier des fins raisonnables et rationnelles de types variés et en montrant comment ces fins peuvent être rendues cohérentes entre elles au sein d'une conception d'une société juste et raisonnable »⁶¹¹. La troisième consiste en la réconciliation d'une société avec son histoire et ses particularismes⁶¹². Enfin, la quatrième consiste en une dimension utopique de la philosophie politique permettant d'explorer les limites des possibilités politiques pratiques⁶¹³. La dimension pratique de la philosophie politique est donc clairement affirmée, et cette

⁶⁰⁸ Cf. *supra*.

⁶⁰⁹ RAWLS J., *La justice comme équité*, Paris, La découverte, 2008 [2001], p. 17.

⁶¹⁰ RAWLS J., *La justice comme équité*, Paris, La découverte, 2008 [2001], p. 18.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 19.

⁶¹² *Ibid.*, p. 20.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 21. Cette dimension pratique de la philosophie comme utopie semble très partagé. Elle se retrouve chez Hayek et Paul Ricœur. (Cf. *infra*).

dimension pratique s'inscrit bien principalement dans la création et la diffusion de valeurs morales, afin de créer un consensus permettant de fonder une société juste.

Cette conception de la philosophie politique traduit alors une conception de la politique où celle-ci est seconde par rapport aux valeurs inventées par le philosophe. Deux éléments sont importants dans la conception rawlsienne de la justice. Le premier est que la conception de la justice défendue par Rawls est une définition substantielle. Il affirme ainsi que son but est bien « *l'élaboration d'une théorie de la justice ayant un contenu concret* »⁶¹⁴. Le second est bien que la justice (comme la morale) se présente comme un impératif catégorique qui prime sur toute autre considération (notamment les considérations d'efficacité). Il affirme ainsi l'existence de droits fondamentaux, qui constituent une limite que ne peut moralement franchir le pouvoir politique, sous aucun prétexte :

La justice est la première vertu des institutions sociales [...] si efficaces et bien organisées que soient des institutions et des lois, elles doivent être réformées ou abolies si elles sont injustes. Chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice qui, même au nom du bien être de l'ensemble de la société, ne peut être transgressée.⁶¹⁵

Rawls affirme donc bien l'existence de principes objectifs, indépendants du vouloir humain, auxquels le groupe doit se conformer indépendamment de toute autre considération. Pour déterminer ces principes, il imagine alors une réflexion élaborée à partir d'une position originelle. Les individus, placés derrière un voile d'ignorance, auraient alors à inventer ces principes fondamentaux (qui se résumeraient à deux propositions⁶¹⁶) d'une société juste et équitable. En ce sens, la justice pour Rawls est ce qui s'accorde avec les principes acceptés

⁶¹⁴ RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009 [1971], pp. 29-30. Je souligne.

⁶¹⁵ RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009 [1971], pp. 29-30. Sans remettre en cause la primauté de la justice sur la politique, il faut rappeler que la dénonciation de l'efficacité comme critère de l'action politique s'inscrit chez Rawls dans une dénonciation de l'utilitarisme, système moral dominant alors qu'il essaye justement de combattre avec sa théorie de la justice comme équité : RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, pp. 123-136.

⁶¹⁶ « *En premier lieu : chaque personne doit avoir un droit égal au système le plus étendu de libertés de base égales pour tous qui soit compatible avec le même système pour les autres. En second lieu : les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) l'on puisse raisonnablement s'attendre à ce qu'elles soient à l'avantage de chacun et (b) qu'elles soient attachées à des positions et à des fonctions ouvertes à tous.* » (RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009 [1971], p. 91. Il s'agit là de la première formulation. Le second principe est ensuite reformulé ainsi : « *Les inégalités sociales et économiques doivent être organisées de façon à ce que, à la fois, (a) elles apportent aux plus désavantagés les meilleures perspectives et (b) elles soient attachées à des fonctions et à des positions ouvertes à tous, conformément à la juste (fair) égalité des chances* » (*Ibid.*, p. 115). Il y a donc, entre les deux formulations, une augmentation de la dimension égalitaire. Le premier principe est également repris dans un autre ouvrage et devient : « *Chaque personne a une même prétention indéfectible à un système pleinement adéquat de liberté de base égale, qui soit compatible avec le même système de liberté pour tous* » (RAWLS J., *La justice comme équité*, Paris, La découverte, 2008 [2001], p. 69).

dans la position originelle⁶¹⁷ et, au moins dans la *Théorie de la justice*, est indépendante de tout contexte historique ou culturel.

La démarche de Rawls entre donc parfaitement dans ce cadre qui consiste à déterminer *a priori* des principes de justice afin d'en déduire un système politique juste. La justice est donc bien transcendante et, une fois celle-ci déterminée, il faut y adapter les institutions et lois :

La théorie de la justice comme équité commence, ainsi que je l'ai dit, par un des choix les plus généraux parmi tous ceux que l'on puisse faire en société, à savoir par le choix des premiers principes qui définissent une conception de la justice, laquelle déterminera ensuite toutes les critiques et les réformes ultérieures des institutions. Nous pouvons supposer que, une conception de la justice étant choisie, il va falloir ensuite choisir une constitution et une procédure législative pour promulguer des lois, ainsi de suite, tout ceci en accord avec les principes de justice qui ont été l'objet de l'entente initiale.⁶¹⁸

Ainsi, parce que la philosophie politique peut déterminer des principes de justice et que les institutions et les lois *doivent*, au sens kantien de l'impératif, respecter et faire appliquer ces principes, Rawls nie l'arbitraire (au sens de Hobbes et de Saussure) des institutions humaines. Il ne nie pas seulement leur arbitraire vis-à-vis d'une fin qui, elle, serait arbitraire (entre la justice et l'efficacité économique par exemple), mais il nie également l'arbitraire des fins : la justice est la fin première des institutions politiques. Toutes les autres fins lui sont subordonnées. Les institutions ainsi que l'action publique doivent s'y conformer. L'affirmation de l'absolu que représente la justice sur toute autre considération traduit un retournement complet par rapport à Machiavel, qui affirmait l'autonomie de l'action politique vis-à-vis de la morale⁶¹⁹ et traduit donc un retour de la transcendance au sein de la réflexion politique.

Si John Rawls n'a pas nécessairement convaincu de la justesse de sa théorie de la justice, de nombreux théoriciens restent fondamentalement d'accord avec lui sur l'existence de principes premiers qui conditionnent ce que devrait être la forme politique des institutions. Ainsi, de même que Rawls affirme que chaque personne possède une inviolabilité, Robert Nozick affirme lui aussi l'existence de droits inviolables :

⁶¹⁷ RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009 [1971], p. 620.

⁶¹⁸ RAWLS J., *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009 [1971], p. 39. Il continue en expliquant que selon lui, des institutions répondant aux critères de la justice comme équité seraient les plus à même de susciter un consensus indépendamment de la position des individus au sein de cet ordre social.

⁶¹⁹ Cf. *supra*.

Les individus ont des droits, et il est des choses qu'aucune personne, ni aucun groupe, ne peut leur faire (sans enfreindre leur droit). Et ces droits sont d'une telle force et d'une telle portée qu'ils soulèvent la question de ce que peuvent faire l'État et ses commis, si tant est qu'ils puissent faire quelque chose.⁶²⁰

Il développera alors lui aussi une théorie afin de déterminer concrètement un système social et institutionnel visant à préserver et organiser ces droits posés comme fondamentaux. Sa logique est différente de celle de Rawls : alors que la position initiale chez Rawls permet de déterminer les principes de justice, Nozick, qui en cela se rapproche plus de la méthodologie traditionnelle du Contrat social, part d'un individu libre et possesseur de droits pour ensuite explorer les conditions d'un système politique respectant au maximum ces droits⁶²¹.

Il va sans dire que tant sa conception de la justice que, de ce fait, le système institutionnel et interactionnel qui en découle, sont très différents de ce qu'ils sont chez Rawls. Ainsi, deux auteurs inscrits dans la même démarche (penser le juste et les conditions d'application de celui-ci) arrivent à des conclusions radicalement différentes. En considérant la diversité des utopies politiques (libertarienne, libérale, communautarienne, communiste, anarchiste, décroissantiste, etc. – liste non exhaustive), il faut en déduire qu'aucune n'a visiblement réussi à convaincre de la justesse de son raisonnement et de ses propositions.

Il n'est pas nécessairement utile de multiplier les exemples de théoriciens affirmant l'existence de droits fondamentaux attachés à la personne humaine. Il peut toutefois être pertinent de montrer quelques auteurs qui pourtant seront utilisés dans le cadre de l'affirmation de principes subjectifs que le souverain doit respecter. Cette dimension jusnaturaliste se retrouve par exemple chez G. Burdeau, qui considère que le pouvoir doit garantir « *certaines droits élémentaires de liberté qui sont inhérents à tout être humain* »⁶²². De même, Hayek donne une définition substantielle de la justice : « *la justice [...] c'est-à-dire le principe de traiter tout le monde selon la même règle* »⁶²³. Les deux axes ne sont donc pas incompatibles.

⁶²⁰ NOZICK R., *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 2008 [1974], p. 9.

⁶²¹ Nozick part ainsi de l'état de nature lockéen et tente de déterminer à quel point les individus peuvent contracter entre eux afin permettre la vie collective tout en préservant au maximum leur droits.

⁶²² BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 155.

⁶²³ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 397.

Face au pluralisme des utopies philosophiques et donc à l'incapacité de créer un consensus sur des valeurs morales rationnellement fondées, certains mettent en avant non plus des principes de fond mais une procédure rationnelle qui, elle, pourrait faire consensus. La justice n'est alors plus matériellement définie, mais correspond à l'application d'une procédure qui, elle, est juste.

1.2.1.1.2 Les contraintes de justice formellement définies

Dans une logique différente, J. Habermas tente également la refondation d'une morale. Néanmoins, alors que Rawls ou Nozick restent dans le cadre somme toute classique de définition du juste, Habermas considère qu'il est impossible de définir substantiellement la justice :

Dans les conditions post-traditionnelles que nous avons évoquées, le sens de ce qui est digne de reconnaissance ne peut plus être fondé de manière substantielle par un « répertoire » d'intérêts universels, mais seulement au moyen d'une procédure de jugement impartial⁶²⁴

Habermas ne va donc pas tant chercher à définir substantiellement des normes fondamentales afin de pouvoir établir un système social, comme le font Rawls et Nozick, que s'attacher à définir les critères qui permettraient de considérer qu'une norme est fondamentale⁶²⁵. Dans une approche résolument kantienne, il considère qu'une norme peut être considérée comme fondamentale si elle et ses conséquences prévisibles peuvent être acceptées par tous (*Principe d'Universalisation*, ou *principe U*⁶²⁶). En inscrivant la recherche de l'universel dans le consensus (est universel ce qui est accepté comme universel), il s'inscrit clairement dans ce que J.-F. Lyotard considère comme la caractéristique du discours scientifique et du vrai à l'époque moderne :

Avec la science moderne [...] on se détourne de la recherche métaphysique d'une preuve première ou d'une autorité transcendante, on reconnaît que les conditions du vrai c'est-à-dire les règles du jeu de la science, sont immanentes à ce jeu, qu'elles ne peuvent pas être

⁶²⁴ Habermas J., Cité dans TOMBOUE F. M., *Jürgen Habermas et le tournant délibératif de la philosophie*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 150.

⁶²⁵ « Ce qui préoccupe Habermas c'est de bâtir une théorie critique de la société, qui s'appuie sur la base d'une Raison communicationnelle et qui noue avec les sciences sociales et toute activité intellectuelle une coopération déclarant une exigence d'argumentation rationnelle » (TINE A., « Jürgen Habermas: entre pluralisme et consensus. La réinvention de la modernité ? », en ligne : http://classiques.uqac.ca/contemporains/tine_antoine/JURGEN_HABERMAS/JURGEN_HABERMAS_problematique.html

⁶²⁶ « Chaque norme valide doit satisfaire à la condition selon laquelle les conséquences et les effets secondaires qui, de manière prévisible, résultent de son observation universelle dans l'intention de satisfaire les intérêts de tout un chacun peuvent être acceptés sans contrainte par toutes les personnes concernées » (HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Édition du cerf, 1992, p. 34).

établies autrement qu'au sein d'un débat déjà lui-même scientifique, et qu'il n'y a pas d'autre preuve que les règles sont bonnes si ce n'est qu'elles font le consensus des experts⁶²⁷

Alain Renaud explique alors que ce principe d'universalisation, tiré de l'impératif kantien, a du point de vue moral la fonction de l'induction dans la science : il permettrait de faire passerelle entre un principe observé et l'universalisation de ce principe comme énoncé universel. Or, toutes les éthiques affirmant la possible validation rationnelle d'une morale semblent s'accorder sur le caractère impersonnel et universel de la norme morale⁶²⁸. En ce sens, le *principe U* ferait consensus auprès des experts et pourrait donc servir de base à la création et à l'élaboration de normes morales. Le *principe U* doit permettre de satisfaire les intérêts de tous les membres du groupe auquel il s'applique. Il s'agit donc d'élaborer une procédure permettant de susciter l'adhésion de chacun en prenant en compte la satisfaction de ses intérêts. Or, à partir du moment où la norme n'est pas prédéterminée et est dépendante pour sa validité de son acceptation (ainsi que de ses conséquences prévisibles) par tous les membres concernés par cette norme, Habermas en déduit un principe de discussion (*principe D*)⁶²⁹, considérant que seul l'accord de tous dans une discussion argumentée peut fonder la norme. En effet, seule la discussion argumentée, c'est-à-dire l'échange concret entre individus réels, permet de fonder le consensus qui donne sa validité à la norme. C'est ainsi le sens de la critique que Habermas adresse à Rawls : la morale ne peut qu'être fondée par le processus d'argumentation entre des individus concrets dans une situation concrète. Elle ne peut pas être le fruit d'une réflexion monologique comme c'est le cas chez Rawls qui, avec sa situation initiale, tente de poser les conditions d'impartialité pour lui-même fonder une morale⁶³⁰. Cette construction *in foro interno* ne saurait donc être valide pour Habermas.

Le fait que l'universel ne puisse être atteint que par le processus de discussion argumentée entre acteurs réels, donc situés, rend celui-ci contingent. Marius Firmin Tomboué explique ainsi que pour Habermas, la recherche de l'universalité ne peut avoir de sens que dans un contexte socio-historique donné, avec des acteurs donnés. Il évoque ainsi

⁶²⁷ LYOTARD J.-F., *La condition postmoderne*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979, p. 71.

⁶²⁸ RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, p. 129b.

⁶²⁹ « Chaque norme devrait pouvoir trouver l'assentiment de tous les concernés, pour peu que ceux-ci participent à une discussion pratique » (HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Édition du Cerf, 1992, p. 34).

⁶³⁰ RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, p. 131a.

« *l'historicisation habermassienne de la morale et de l'éthique* »⁶³¹. En ce sens, le processus délibératif ne pourrait jamais être terminé puisque dépendant du cadre social, par nature évolutif, au sein duquel il s'inscrit. Néanmoins, si le contenu de la morale est évolutif, la procédure capable de lui donner forme est, elle, absolue et indépendante de tout contexte socioculturel. Il y a bien un principe universel (le *principe U*) qui s'actualise grâce au *principe D*, lui aussi universel.

Aussi séduisante que soit la théorie d'Habermas, elle s'inscrit également dans l'affirmation d'une transcendance (le principe U) que les Hommes *doivent* respecter. Elle constitue donc également un retour sur un des acquis de la modernité qui était l'autonomie de l'être humain. En effet, même si les principes moraux construits par le *principe D* peuvent apparaître comme le fruit d'une décision collective, il reste qu'il pose une dimension catégorique à sa morale : seuls sont légitimes les systèmes politiques moraux.

Les philosophes sont donc partagés sur ce qui constitue le juste et le bien. À cet échantillon restreint tiré de la fin du XXe siècle, il serait également possible d'adjoindre au débat la multiplicité des théories de la justice élaborée depuis Platon et Aristote. Néanmoins, il ne faudrait pas en conclure que cette diversité de point de vue invalide l'existence d'un droit naturel. Léo Strauss explique très bien que le fait qu'il existe un corpus de principe accessible à la raison ne signifie pas que celui-ci soit évident ni même facile à découvrir (ce qui explique les désaccords). Les débats et réflexion autour de la conception de la justice peuvent alors apparaître, dans une conception hégélienne, comme le lent cheminement de la raison vers la découverte de ces principes. Will Kimlicka reprend l'hypothèse de Dworkin qui estime qu'actuellement, derrière le pluralisme apparent des fins, toutes les théories politiques ont pour valeur ultime l'égalité. En posant l'égalité comme fondement de toutes les théories de la justice, il considère alors que cela permettrait à terme de résoudre rationnellement les controverses entre les différentes théories⁶³².

⁶³¹ TOMBOUE F. M., *Jürgen Habermas et le tournant délibératif de la philosophie*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 142.

⁶³² KYMLICKA W., *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, 2003 [1999], pp. 10-12. Cela est toutefois discutable. S'il semble effectivement y avoir un consensus sur l'égalité, le sens donné à celle-ci est très variable.

Toutefois, alors que les philosophes semblent échouer à refonder une morale que pourtant ils appellent de leurs vœux, l'idéologie des droits de l'Homme a réussi à s'imposer comme nouvelle norme transcendantale.

1.2.1.1.2 Les droits de l'Homme : nouvelle norme transcendantale

Alors que philosophiquement parlant, la définition de droit subjectif permettant de définir substantiellement la justice semble abandonnée, les droits de l'Homme ont réussi à s'imposer comme un corpus de valeurs transcendant (1.2.1.1.2.1) qui structure les sociétés occidentales (1.2.1.1.2.2).

1.2.1.1.2.1 Les droits de l'Homme comme nouvelle transcendance.

Les Droits de l'Homme se présentent explicitement comme un corpus de droits fondamentaux devant être impérativement respecté, attaché à la nature même de l'Homme. En ce sens, les droits de l'Homme apparaissent comme une nouvelle formulation du droit naturel, ce que reconnaît Robert Jackson : « *Human right, or natural right to use the older term* »⁶³³. Cette dimension jusnaturaliste des Droits de l'Homme est explicitement admise dans l'ordre international, notamment dans la déclaration de 1948, mais elle existe également dans une grande majorité des constitutions des démocraties occidentales qui dominent le monde (ce qui explique leur présence dans l'ordre international).

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 permet bien de montrer le caractère jusnaturaliste des Droits de l'Homme. En effet, une déclaration, de la part d'une autorité publique, peut avoir deux acceptations. Elle est soit la « *reconnaissance officielle d'un état de fait, avantage attendu d'une certaine catégorie de décision [...] dont l'objet est de constater un fait préexistant, de manifester la situation véritable* »⁶³⁴ ; soit la « *Proclamation solennelle d'un état de droit ou d'un programme d'action* »⁶³⁵. Plus précisément, en Droit international, c'est un « *Acte par lequel un ou plusieurs sujets de droit*

⁶³³ JACKSON R., *Sovereignty*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 114.

⁶³⁴ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 265b.

⁶³⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 266a.

international soit constatent l'existence d'un état de fait ou de droit reconnu par la communauté internationale, ou qu'ils entendent faire reconnaître par celle-ci, soit proclament la nécessité d'un nouvel état de fait ou de droit qu'ils entendent lui faire accepter »⁶³⁶. Le terme de déclaration peut ainsi indiquer (mais pas nécessairement) que les droits universaux qu'elle énumère sont un état de fait. Il y aurait alors bien, dans ce premier sens, une antériorité de ces droits de l'Homme vis-à-vis de leur formulation.

Néanmoins, s'il s'agit d'un programme d'action, le terme de déclaration n'implique plus nécessairement une antériorité. Il pourrait s'agir d'un programme arbitraire. Il faut alors, pour voir cette antériorité, analyser le détail de la déclaration. Le préambule à cet égard est très significatif. En effet, le premier alinéa est formulé de la manière suivante : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »⁶³⁷. Il y a donc à la fois l'affirmation d'une dignité inhérente à tous les Hommes, du fait que ces Hommes disposent tous de droits (identiques et inaliénables), et que leur reconnaissance est le fondement de la justice, de la liberté et de la paix. Or, ces affirmations sont introduites par un *Considérant*. Le terme *considérant* désigne un motif (« *raison de fait ou de droit qui commande la décision* »⁶³⁸) ayant la même fonction que l'*attendu*⁶³⁹, « *chaque attendu énonçant un point de fait ou de droit* »⁶⁴⁰. De ce fait, les affirmations posées au premier alinéa sont bien des éléments de fait (ou de droit), servant de motif à la proclamation qui suit, et lui sont donc antérieures : le programme d'action que constituerait la déclaration est lié à l'existence posée comme objective de droit subjectif.

Ainsi, même si l'on considère que la déclaration constitue simplement un programme d'action, il faut admettre que ce programme d'action trouve son premier motif dans des principes posés comme antérieurs à toute formulation. Les articles proclamés peuvent alors certes être considérés comme du simple droit positif, mais leur justification elle est explicitement jusnaturaliste. Cette déclaration affirme ainsi l'existence « *de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables* ».

Les droits de l'Homme sont donc bien pensés et posés comme du droit naturel. Soit dans une conception large en estimant que tout ce qui est énoncé constitue ce droit naturel ;

⁶³⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 266b.

⁶³⁷ <http://www.un.org/fr/documents/udhr>

⁶³⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 590b.

⁶³⁹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 216a.

⁶⁴⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF Quadrige, 2005, 7^e éd. [1987], p. 88a.

soit, dans une conception plus restreinte (et plus hégélienne), en estimant que ce qui est énoncé est la réalisation historique de principes eux éternels. En reconnaissant et acceptant de ratifier la Charte, les États acceptent donc le principe de droits fondamentaux. Cette reconnaissance de principes transcendants peut également se retrouver au sein de l'ordre juridique des États. La plupart des pays occidentaux affirment dans leur ordre juridique l'existence de tels principes⁶⁴¹.

Ainsi, cette prétention jusnaturaliste des droits de l'Homme semble, au moins dans les États démocratiques occidentaux, tout à fait admise. Intégrés dans les textes les plus élevés de la hiérarchie des normes, ils sont ainsi devenus le principe structurant de ces sociétés, orientant et structurant l'action de l'État.

1.2.1.1.2.2 Les droits de l'Homme comme principe structurant des sociétés démocratiques contemporaines.

Il est indéniable que les droits de l'Homme sont aujourd'hui devenus l'idéologie structurante des sociétés démocratiques contemporaines : « *Les droits de l'Homme sont effectivement devenus, par une imprévisible évolution de nos sociétés, la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique* »⁶⁴². La dimension imprévisible de cette évolution est justement liée à l'absence totale de fondement philosophique des droits de l'Homme, dont tant l'idée de droit subjectif que leur dimension transcendantale pouvaient paraître incongrues. Cette absence de fondement était d'ailleurs bien perçue par Marcel Gauchet, qui, vingt ans plus tôt, s'étonnait de leur succès grandissant :

Songeons au sourire de commisération à peu près général qui aurait accueilli, il y a seulement trois ou quatre ans, l'idée de soulever au fond pareille question, aujourd'hui débattue à l'enseigne du superchic. Aussi bien les prétendus « droits » que le soi-disant

⁶⁴¹ Le même raisonnement que pour la Déclaration universelle des droits de l'Homme est tenable pour la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, propre à l'ordre juridique français. Elle est bien une déclaration, c'est-à-dire la reconnaissance d'un fait (le terme reconnaître y est d'ailleurs également expressément employé). Le préambule affirme ainsi que c'est « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme* » qui sont « *les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements* ». Ils sont également présentés comme « *le but de toute institution politique* ». Cela montre bien, justement, le caractère anhistorique des droits de l'Homme, déjà présenté à l'époque comme droit naturel. La constitution allemande présente également des références à un droit naturel. La constitution américaine semble faire exception (malgré la nouvelle devise et le changement du serment d'allégeance dans les années 1950, en opposition à l'URSS athée).

⁶⁴² GAUCHET M., « Quand les droits de l'Homme deviennent une politique » [2000], in. GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 330.

« homme » auraient paru soit d'une touchante incongruité pour les bienveillants, soit d'un obscurantisme suspect pour les vigilants.⁶⁴³

Ainsi, même sans bénéficier d'un fondement philosophique solide, les droits de l'Homme se sont imposés. Ils correspondent donc bien, contre toute attente, à ce que Rawls essayait de fonder avec ces deux principes, c'est-à-dire un corpus de valeurs permettant de définir le juste, d'orienter l'action publique et de redéfinir les institutions. En ce sens, les droits de l'Homme semblent bien avoir la fonction qui, selon M. Gauchet, était auparavant attribuée à la religion.

En effet, celle-ci fournissait un cadre conceptuel permettant aux Hommes de se définir eux-mêmes, et de penser leurs interactions, la société et le politique. Elle était donc bien la matrice permettant de penser le monde et la société : « *avant de devenir la croyance religieuse que nous connaissons, dissociée du fonctionnement collectif, la religion a constitué un mode de structuration des communautés humaines, une manière d'être globale de l'établissement humain-social* »⁶⁴⁴. Il rejoint donc sur ce point R. Jackson lorsqu'il aborde la manière dont la religion structurait la pensée politique sous la *Respublica Christiana*⁶⁴⁵. Or, c'est bien aujourd'hui la fonction que prennent de plus en plus les droits de l'Homme, qui en cela remplacent donc fonctionnellement, d'un point de vue sociologique, les religions. Marcel Gauchet constate en effet que les droits de l'Homme ont effectivement remplacé la religion dans les sociétés post-modernes comme principe de légitimité du pouvoir :

L'avènement de l'État moderne, puis l'émergence dans son sillage, d'un principe de légitimité alternatif par rapport au « droit de dieu », avec les droits de l'Homme, prennent toute leur signification dans cette perspective. Le passage à l'historicité consciente et délibérée acquiert son plein relief. Le contraire de la société religieuse, c'est la société de l'histoire, la société qui se produit sciemment elle-même, au lieu de se penser définie par un autre surnaturel, et qui se projette dans le futur pour ce faire, au lieu de se poser dans la dépendance du passé. On peut donner dans ce cadre toute sa portée à la fois métaphysique et opératoire à la notion de démocratie, comme la désignation la plus englobante coordonnant les différents traits de cette forme nouvelle d'humanité qui naît en se soustrayant à l'étreinte des dieux⁶⁴⁶.

Il y a toutefois dans ce passage de Marcel Gauchet une identification entre droits de l'Homme et démocratie, qui pourtant ne sont pas équivalents. Si la démocratie peut effectivement renvoyer à l'idée d'une société qui se produit elle-même, les droits de l'Homme ne se posent absolument pas comme un produit nécessaire de ce mode d'organisation⁶⁴⁷. Les droits de

⁶⁴³ GAUCHET M., « Les droits de l'Homme ne sont pas une politique » [1980], in. GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. 1.

⁶⁴⁴ GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. XVI.

⁶⁴⁵ Cf. *supra*.

⁶⁴⁶ GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, pp. XVI-XVII.

⁶⁴⁷ Il faut toutefois préciser que la démocratie présuppose l'idée d'égalité entre les membres du groupe.

l'Homme ne sont pas présentés comme un choix, une politique parmi d'autres. À ce titre, il ne s'agit bien que du remplacement d'une transcendance par une autre, servant de fondement à la légitimité politique. La démocratie peut effectivement apparaître comme l'affirmation de l'historicisation des sociétés humaines. Les Hommes, pris comme un tout, seraient alors conscients de leur liberté et la légitimité du pouvoir consisterait en ce qu'elle traduit la volonté du peuple (théorie classique de la souveraineté). Néanmoins, la démocratie est ici présentée comme la conséquence des droits de l'Homme. La légitimité n'est plus construite sur l'affirmation de la volonté du souverain, mais sur sa conformité avec les droits de l'Homme : la démocratie n'est plus un principe autosuffisant, elle est la conséquence des droits de l'Homme et n'a de légitimité que tant qu'elle les respecte⁶⁴⁸.

De ce fait, alors que pour M. Gauchet le recentrement de la démocratie sur les droits de l'Homme constituerait un accomplissement de la modernité par un retour à ses fondements⁶⁴⁹, il y a bien un retournement. En effet, la rupture que constituait la modernité, initiée par Machiavel et accomplie par Hobbes⁶⁵⁰, consistait justement à dégager la politique de toute référence transcendantale. Les sociétés étaient le fruit de l'action humaine, libre de tout déterminisme transcendant, c'est-à-dire arbitraire. Or, en posant des droits subjectifs, des principes d'action politique, comme immanents à la nature même de l'être humain, il y a un retour de ce déterminisme sur ce que doivent être les sociétés. La théorie de la souveraineté implique certes un principe d'organisation, qui est celui de l'effectivité de la puissance publique, des conditions d'existence formelle d'un droit, indépendamment de tout contenu. Les droits de l'Homme réimposent un contenu à ce droit, déterminent ce que doit être une bonne politique, non pas tant dans ses conditions d'effectivité, mais pour eux-mêmes, comme valeur suprême et absolue.

Les droits de l'Homme se présentent donc comme un ensemble de principes légitimant, offrant une vision du monde et permettant de penser les rapports entre individus et l'organisation sociale. Ils sont donc la réponse sociale aux quatre rôles qu'assignait J. Rawls à la philosophie politique (notamment les premiers et seconds). Parce qu'ils structurent notre mode de représentation, ils peuvent ainsi clairement apparaître comme une idéologie.

⁶⁴⁸ Le renversement de perspective que traduit les droits de l'Homme comme nouvelle forme transcendantale de légitimation du politique et ses conséquences sur la souveraineté comme fondement du politique seront abordés ultérieurement (Cf. *infra*).

⁶⁴⁹ GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, p. XV.

⁶⁵⁰ Cf., *supra*.

Paul Ricœur établit une relation entre idéologie et utopie dans leur rapport à l'autorité et à la question de la légitimité. Il considère que l'appréhension du réel ne peut se faire qu'à partir d'un ensemble de représentations culturelles qui donne forme aux perceptions : « *nous ne pouvons rien percevoir sans projeter en même temps un ensemble de forme (patterns), un réseau dirait Geertz, de matrices et de cadres à travers lequel nous articulons notre expérience* »⁶⁵¹. L'idéologie serait alors un sous-ensemble de représentation légitimant la domination : « *toute idéologie tend ultimement à légitimer un système d'autorité* »⁶⁵². A *contrario*, l'utopie serait un sous-ensemble de représentation subversive visant à dénoncer la légitimité d'une domination, par la mise en avant d'un au-delà permettant de penser la différence⁶⁵³.

Cette dichotomie est particulièrement pertinente pour penser les droits de l'Homme et leur rôle au sein du monde contemporain. En effet, identifiés par Marcel Gauchet comme principe de légitimation, ils peuvent apparaître soit comme idéologie (en justifiant une domination et des politiques) soit comme une utopie (en dénonçant des dominations et des politiques).

L'existence de principes objectifs servant de base idéologique à une légitimité est donc toujours présente chez les philosophes et semble prendre corps dans les droits de l'Homme. Toutefois, la contestation de cette prétention à pouvoir fonder rationnellement des principes de justice est présente tout au long de la modernité.

1.2.1.1.3 La fondation rationnelle de valeurs transcendantales : une démarche contestée

La capacité de l'Homme à établir rationnellement un corpus de valeurs universelles est contestée par de nombreux philosophes tout au long de l'époque moderne et

⁶⁵¹ RICŒUR P., *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 2005 [1997], p. 30.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 37.

⁶⁵³ *Idem.* On peut noter que S. Caré fait le lien entre l'analyse de P. Ricœur et le constat de Hayek à la fin des années 1940 qui, dénonçant la fonction strictement légitimatrice du pouvoir du libéralisme (et donc idéologique selon Ricœur) appelait de ses vœux une « *Utopie libérale* » (CARE S., *La pensée libertarienne*, Paris, PUF, 2009, pp. 7-11).

contemporaine. En effet, alors que la modernité naît du rejet de toute transcendance⁶⁵⁴, une part conséquente des philosophes modernes va tenter de refonder celle-ci sur la raison.

Alain Renaud rappelle ainsi que pour J. Habermas la modernité se définit « 1) par le renoncement à la rationalité substantielle, mais aussi 2) par la confiance dans la rationalité procédurale, seul fondement possible de la légitimité d'une opinion »⁶⁵⁵. Or, l'époque contemporaine se caractériserait par la remise en cause de cette confiance dans la rationalité procédurale⁶⁵⁶. Il y aurait alors deux positions antithétiques dans lesquelles s'affronteraient les philosophes : le cognitivisme et le non cognitivisme (subjectivisme)⁶⁵⁷. La thèse cognitiviste promeut l'idée que les questions pratiques et morales peuvent être tranchées en raison. La thèse subjectiviste affirmerait avec MacIntyre que « le projet des Lumières a échoué, qu'il est impossible de « fonder une morale sécularisée » ne tenant sa consistance que de la raison, et donc que « à propos des fins, la raison doit se taire ». »⁶⁵⁸. Alain Renaud essaye alors de réconcilier Habermas et Rawls afin de recomposer un « paradigme du sujet » qui permettrait par sa transcendance de dépasser l'individualité et de reconstruire une morale⁶⁵⁹.

Néanmoins, cette tension entre la croyance dans les capacités de la raison à fonder un nouvel ordre moral et le scepticisme à leur égard est présente tout au long de la modernité. En ce sens, il est plus juste d'associer la confiance dans les capacités fondatrices de la raison non pas à la modernité mais bien aux Lumières. En effet, la conception de la raison chez A. MacIntyre⁶⁶⁰ est très proche de celle de Hobbes, qui est, dans le *De Cive*, l'acte même de ratiocination⁶⁶¹. Le Léviathan est encore plus précis : « la RAISON, en ce sens, n'est rien que le calcul (autrement dit l'addition et la soustraction) des conséquences des noms généraux acceptés pour consigner et signifier nos pensées »⁶⁶². La Raison, comme capacité à découvrir des principes premiers, n'existe pas. Elle est indissociable du raisonnement, de l'acte de raisonner : « L'usage de la raison, qui est la raison elle-même, consiste ainsi à partir de

⁶⁵⁴ Cf., *supra*.

⁶⁵⁵ RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, p. 126b.

⁶⁵⁶ *Idem*.

⁶⁵⁷ Firmin Marius Tomboué précise que Habermas distingue dans chacune de ces catégories (cognitivisme et non-cognitivisme) deux sous-catégories (atténué et affirmé), en fonction de la teneur et de l'intensité des modes de justification (TOMBOUE F. M., *Jürgen Habermas et le tournant délibératif de la philosophie*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 143 et sq.).

⁶⁵⁸ RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, p. 127a.

⁶⁵⁹ RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, p. 135b.

⁶⁶⁰ « La raison est calculatrice. Elle peut établir des vérités de fait et des relations mathématiques, mais rien de plus. Dans le domaine pratique, elle ne peut parler que des moyens. À propos des fins, elle doit se taire. ».

⁶⁶¹ HOBBS Th., *De Cive*, *Op. cit.*, II, 1, n.1.

⁶⁶² HOBBS Léviathan, V, p. 111. Le terme *acceptés* montre bien le caractère arbitraire des définitions, conséquence de son nominalisme radical.

définitions premières et à passer, de proche en proche, par le calcul, d'une conséquence à une autre »⁶⁶³. Néanmoins, les définitions chez Hobbes sont arbitraires, et ne peuvent déboucher sur une autre vérité que la cohérence logique interne d'un discours. Ainsi, Jean Terrel considère que le nominalisme radical de Hobbes lui fait dissocier l'être de la connaissance :

l'être et la connaissance ne se confondent pas. L'enchaînement des concepts ou des propositions ne reproduit pas l'ordre réel des causes et des effets. La connaissance ne préexiste pas à elle-même dans la réalité. Connaître n'est pas découvrir (...) c'est produire. La science est une réalité artificielle, même si elle met en œuvre la raison naturelle.⁶⁶⁴

De plus, son matérialisme radical lui fait rejeter toute forme de transcendance et de concept *a priori*. Il est donc impossible pour Hobbes de considérer que la raison puisse fournir une morale sécularisée (c'est d'ailleurs cette impossibilité qui implique l'existence d'un pouvoir absolu appliquant un droit arbitraire).

Il y a donc, à partir de Hobbes, tout une branche de la philosophie moderne puis contemporaine qui, parallèlement aux Lumières, professe un matérialisme radical au sein duquel il est impossible de fonder même rationnellement une morale, qui n'existe d'ailleurs pas nécessairement (d'Holbach, Schopenhauer, Nietzsche... – liste non exhaustive). Tout le courant positiviste s'inscrit également dans cette démarche.

Le positivisme est ainsi un courant de pensée qui a fortement condamné l'idée même qu'il puisse exister des droits subjectifs dont l'Homme puisse être titulaire. En effet, l'existence de principes universels est pour eux construite sur une argumentation métaphysique, traduisant une mystique de l'Homme ou de l'univers, et ne peuvent faire l'objet d'un traitement scientifique. C'est, par exemple, la position de Duguit. De manière générale, il critique toute conception subjectiviste : « *Quand on parle des droits de l'homme, des droits de l'État, du droit des peuples, c'est toujours le droit subjectif que l'on a en vue. Or, la question de la nature et du fondement du droit subjectif est parfaitement insoluble* »⁶⁶⁵. Néanmoins, il dénonce particulièrement la conception individualiste liée aux droits de l'Homme :

L'affirmation que l'homme parce qu'il est homme, pris isolément et en soi, séparé des autres hommes, à l'état de nature, suivant l'expression du XVIIIe siècle, est titulaire de certains droits propres à sa nature d'homme, cette affirmation est purement gratuite ; elle ne

⁶⁶³ POLIN, R., *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, Vrin, 1977, p. 29.

⁶⁶⁴ TERREL, J. *Hobbes, matérialisme et politique*, Paris, Vrin, 1994, p. 52. Il précise toutefois que la science chez Hobbes peut, indirectement, informer sur le réel. Néanmoins, la dénomination n'est donc pas un miroir du réel : elle manifeste au contraire un rapport d'autorité entre l'Homme et le monde, qui lui impose ses dénominations (*Ibid.*, p. 59).

⁶⁶⁵ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 15.

repose sur aucune preuve directe. Elle est une proposition d'ordre purement métaphysique sur l'essence, comme disait la scolastique, de l'être humain. Pareille affirmation pouvait suffire à une période de croyance métaphysique, mais non à une époque positiviste et scientifique comme la nôtre. Elle est une expression purement verbale. Elle peut satisfaire un croyant; mais elle est dépourvue de toute valeur scientifique.⁶⁶⁶

C'est également, vers la fin du XXe siècle, la position de Alastair MacIntyre, qui dénie toute réalité au Droit naturel en général et aux Droits de l'Homme en particulier : « *Ne nous égarons pas cependant, la vérité est simple : ces droits n'existent pas, et croire en eux, c'est croire aux sorcières et aux licornes* »⁶⁶⁷

Cette dualité au sein de la modernité est bien perçue par Hayek, qui oppose l'évolutionnisme au rationalisme constructiviste. Alors que le premier aurait une conception limitée de la raison, le second professerait la capacité de la raison à établir des valeurs :

La « raison », qui avait inclu la capacité de l'esprit humain à distinguer entre le bien et le mal, c'est-à-dire entre ce qui était et n'était pas en accord avec les règles établies, en vint [avec la montée du rationalisme constructiviste] à signifier la capacité de construire de telles règles par déduction en partant de prémisses explicites.⁶⁶⁸

En effet, Hayek fustige alors au nom de cette tradition évolutionniste le dualisme cartésien, à l'origine des erreurs du rationalisme constructiviste : « *Les erreurs du rationalisme constructivisme [dont celle d'une déduction possible de valeurs à partir de prémisses explicites] sont étroitement liées au dualisme cartésien, c'est-à-dire à la conception d'une substance spirituelle existant à part, qui se tient hors du monde ordonné de la nature* »⁶⁶⁹.

L'affirmation de l'existence de principes de justice rationnels et impératifs est donc une constante dans tout un courant contesté de la modernité. Celui-ci semble toutefois s'être affirmé ces dernières années :

[Ce livre] n'aborde donc pas, si ce n'est incidemment, l'œuvre des grandes figures historiques de la philosophie politique, pas plus que nombre de thèmes jadis considérés comme centraux dans cette discipline, comme par exemple l'analyse conceptuelle de la signification du pouvoir, de la souveraineté, ou de la nature de la loi. Ces thèmes étaient encore populaires il y a un quart de siècle, mais l'intérêt s'est déplacé au cours des

⁶⁶⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., pp. 208-209. Cette position est reprise par Gilles Lebreton : « *Le droit naturel est illusoire parce que son existence est indémontrable. Il découle toujours d'un impalpable « au-delà » auquel il faut croire, qu'il s'agisse comme dans la théorie classique de Dieu ou d'une mystérieuse harmonie cosmique, ou, comme dans la théorie moderne, d'une raison universelle. Si l'on accepte comme nous de considérer le droit comme une science, il est impossible de s'asseoir sur une telle métaphysique* » (LEBRETON G., *Liberté publiques & droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2009 7^e Ed. [1995], p. 25).

⁶⁶⁷ MACINTYRE A., *Après la vertu*, Paris, PUF, 1997 [1981], p. 70.

⁶⁶⁸ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 94. Cette inscription du bien et du mal au sein des pratiques culturelles sera développée au point suivant (Cf. *infra*.).

⁶⁶⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 85.

dernières années vers les idéaux de justice, de liberté et de communauté qui sont invoqués au moment d'évaluer les institutions et programmes politiques.⁶⁷⁰

Il existe au sein de ce courant des divergences, que ce soit dans les principes de justice proposés ou dans la méthode pour les obtenir. Ces principes, bien que contestés, sont posés comme devant s'imposer à l'ordre politique et donc au souverain. Cette dimension de la réflexion philosophique trouve aujourd'hui sa réalisation concrète dans les droits de l'Homme, qui sont posés comme un corpus de droits subjectifs transcendants.

Le premier axe de critique à la souveraineté absolue et illimitée consiste donc à poser soit l'existence d'un corpus de principes rationnellement démontrable, soit à établir rationnellement une procédure permettant de définir ces principes. Toutefois, devant les critiques que suscite l'idée même d'un droit naturel, le second axe de critique va s'attacher à montrer l'existence, au sein de la communauté, de principes que le souverain se doit de respecter.

1.2.1.2 L'Existence de principes subjectifs que le groupe doit respecter

Dans la tradition inaugurée par Montesquieu⁶⁷¹, de nombreux auteurs estiment que chaque société dispose d'une conception propre de la justice, et que celle-ci doit s'imposer aux pouvoirs politiques, donc au souverain. Deux auteurs du XXe siècle seront principalement mobilisés pour illustrer ce courant : Léon Duguit⁶⁷² et F. A. Hayek. Ces deux auteurs apparaissent comme pertinents à étudier ensemble car leur insistance pour développer une approche matérialiste du droit, inscrit dans le social et détaché de toute conception idéaliste ne peut qu'intéresser le politiste. Ils semblent donc avoir sur ce point une métaphysique assez proche de celle de Hobbes, ce qui rend leur critique de la souveraineté d'autant plus intéressante à étudier. De plus, leurs objectifs (la condamnation du positivisme juridique et de la souveraineté illimitée) sont similaires, ainsi que leurs approches et surtout

⁶⁷⁰ KYMLICKA W., *Les théories de la justice : une introduction*, Paris, La Découverte, 2003 [1999], p. 7.

⁶⁷¹ Cf. *supra*.

⁶⁷² Cela peut surprendre de classer L. Duguit parmi ceux qui affirment l'existence de principe subjectif alors que celui-ci défend un droit *objectif* et dénonce vigoureusement tout principe de *droit subjectif*. Il faut alors préciser que le droit objectif étant propre à chaque communauté, il est subjectif à chaque communauté. C'est uniquement en ce sens qu'il faut ici entendre subjectif.

leur échec, pour les mêmes motifs, à limiter la souveraineté de l'État par une norme qui serait immanente à l'ordre social.

Ces deux auteurs montrent donc que l'existence de normes est indépendante de leur formulation par l'État et que donc celui-ci ne doit pas apparaître comme leur créateur. Ils montrent ainsi l'antériorité du droit (1.2.1.2.1) afin de montrer que la norme (et donc le pouvoir de l'État) est limitée par l'opinion prévalant au sein de la société (1.2.1.2.2).

1.2.1.2.1 Le droit comme norme comportementale : le droit dissocié de l'État

Afin de développer l'idée que le pouvoir de l'État puisse être limité, Hayek et Duguit vont donc montrer que l'existence du droit est antérieure à l'État. En effet, ils considèrent la norme juridique comme un fait social (1.2.1.2.1), dont l'existence n'est, en conséquence, pas nécessairement liée à l'État (1.2.1.2.2).

1.2.1.2.1.1 La norme chez Hayek et Duguit : un fait social observable

Léon Duguit et Friedrich A. Hayek considèrent tous les deux les normes comme un phénomène social et l'abordent d'un point de vue sociologique.

Duguit pose ainsi l'existence de normes sociales comme un phénomène observable. Celles-ci consisteraient en règles de comportement dont la violation entraîne une réaction sociale à l'encontre de ceux qui l'enfreignent :

une règle dont la violation entraîne une réaction sociale et pas autre chose, une règle qui ne doit pas être violée parce que, si elle l'est, la vie sociale, dont les individus sont à la fois les agents et les bénéficiaires, est troublée, et qu'alors la collectivité sociale réagit contre l'auteur de la violation.⁶⁷³

La norme sociale apparaît donc comme un comportement (soit prescrit, soit proscrié) dont le non-respect est sanctionné par le groupe. En ce sens, il faut en déduire que tout comportement répandu au sein d'une société n'est pas posé comme une norme sociale par Duguit. Ainsi, ce qui permet d'identifier une norme sociale est la réaction qu'elle entraîne son infraction :

⁶⁷³ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 87.

ce qui nous permet de saisir le caractère d'une certaine norme sociale, c'est la réaction qui se produit dans le groupe quand un certain acte est accompli par un membre du groupe, quand une certaine attitude est prise par lui.⁶⁷⁴

Le critère de la norme sociale n'est donc pas la fréquence du comportement des individus (toute régularité comportementale n'est pas une norme sociale), mais la réaction sociale que ce comportement crée. Duguit précise alors qu'il existe différents types de norme sociale, en fonction du type de réaction, qu'il regroupe en trois catégories : les normes économiques, les normes morales et les normes juridiques⁶⁷⁵.

Les normes économiques régissent les actes humains touchant à la production, la circulation et la consommation des richesses (« *La violation de la règle économique, produirait une réaction sociale qui ne toucherait que la richesse, sa production et son emploi* »)⁶⁷⁶.

Les normes morales comprennent un ensemble de prescriptions morales, dans les comportements des individus et leurs interactions (il prend ainsi, entre autre, l'exemple de la tenue vestimentaire, qui peut être très codifiée dans certains milieux ou situations et susciter des réactions de rejet ou de désapprobation si elle n'est pas respectée).

Alors que Duguit les présente comme des distinctions de degrés, en fonction de la réaction sociale⁶⁷⁷, ces deux types de normes apparaissent distingués vis-à-vis du champ auquel ils s'appliquent. Cela semble confirmé par le fait qu'il explique ensuite que les normes juridiques sont soit économiques soit morales :

Ni la norme économique, ni la norme morale ne sont, comme telles, normes juridiques. Toute norme juridique est ou morale ou économique; mais toute norme morale ou économique n'est pas nécessairement juridique.⁶⁷⁸

Or, ce qui pour Duguit permet d'affirmer qu'une norme économique ou morale est devenue une norme juridique est le fait que la masse des consciences individuelles accepte l'organisation sociale de la sanction :

Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsque a pénétré dans la conscience de la masse des individus, composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée.⁶⁷⁹

Le critère qui permet de distinguer la norme juridique des autres normes est donc que la masse des consciences admet que la réponse à la sanction doit être socialement organisée,

⁶⁷⁴ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 81.

⁶⁷⁵ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 89 et sq.

⁶⁷⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 91.

⁶⁷⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 91.

⁶⁷⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 92.

⁶⁷⁹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., pp. 93-94.

c'est-à-dire que soit admise la possibilité de punir le violateur, l'idée de punition impliquant alors celle de la contrainte.

La norme sociale est donc principalement un fait social. Celui-ci correspond à une attitude dont le non-respect entraîne une réaction sociale de la masse des individus vis-à-vis de ceux qui enfreignent la norme (désapprobation marquée, mise à l'écart, stigmatisation, actes violents...) ayant comme conséquence la perpétuation de la norme. Lorsqu'il est admis par la masse des consciences qu'il est nécessaire d'organiser une réaction en réponse à la violation de la norme, alors la norme est juridique.

Cette approche de Duguit qui met en avant la réponse sociale permet alors de distinguer les régularités sociales (n'entraînant pas de réponse de la part du groupe) des normes sociales (entraînant une réponse) : « *La norme sociale n'est pas autre chose que la loi inhérente au fait social, qui détermine l'attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe* »⁶⁸⁰.

Or, le texte de Duguit est ambigu sur ce qui caractérise précisément la norme sociale comme norme juridique. En effet, il établit une distinction entre ce qui permet de saisir la norme juridique (la réaction sociale organisée qu'entraîne son infraction – punition – ou l'absence de réaction sociale qu'entraîne l'usage de la contrainte à l'encontre du contrevenant), qui est une évaluation *a posteriori*, et ce qui caractérise la norme juridique :

J'ai dit, ce qui est tout à fait différent, que ce qui nous permet de saisir le caractère d'une certaine norme sociale, c'est la réaction qui se produit dans le groupe quand un certain acte est accompli par un membre du groupe, quand une certaine attitude est prise par lui. J'ai dit en outre que ce qui nous permet d'affirmer qu'à un certain moment une norme sociale est devenue norme juridique, c'est que la masse des consciences individuelles est arrivée à comprendre que la sanction matérielle de cette norme peut être socialement organisée. Je n'ai point parlé de la conscience de la masse ; j'ai parlé, ce qui est tout différent, de la masse des consciences individuelles. Je n'ai pas dit que la masse des consciences individuelles crée la norme juridique ; j'ai dit ce qui est encore tout différent, que la norme juridique comme toute norme sociale est le produit du fait social, mais que nous ne pouvons la saisir qu'en apercevant la réaction, sociale qu'entraîne sa violation ; j'ai dit qu'une norme sociale peut être qualifiée de norme juridique lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte ou, en d'autres termes, quand l'emploi de la contrainte contre le violateur de cette norme ne produit plus de réaction sociale.⁶⁸¹

La réaction sociale organisée qu'entraîne la violation de la norme juridique (la sanction matérielle) n'est donc pas le critère de la juridicité de la norme (cet élément est

⁶⁸⁰ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 81.

⁶⁸¹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 81.

important puisque c'est ce qui lui permettra de distinguer le droit objectif du droit positif). Néanmoins, le texte de Duguit est ici légèrement ambigu. En effet, il y affirme que la norme est le produit du fait social, et que ce n'est pas la masse des consciences individuelles qui crée la norme juridique. Pourtant, c'est bien « *au moment où la masse des esprits la conçoit* [la réaction sociale organisée], *la désire, provoque sa constitution, qu'apparaît la règle de droit* »⁶⁸². Il reste que, pour Duguit, une règle juridique est une norme dont il est admis, par la masse des consciences, que la réaction qu'entraîne son infraction doit être socialement organisée. L'existence du droit est ainsi indépendante de l'existence d'une sanction organisée (certains spécialistes du Droit International Public reprennent encore aujourd'hui cette conception du droit pour justifier le statut juridique de leur objet⁶⁸³). Il précise d'ailleurs que ce n'est pas la force qui crée le droit⁶⁸⁴. Le fondement de la norme juridique est donc avant tout sociologique : il est lié à une représentation sociale partagée (indépendamment de la modalité ou du moment précis de sa création).

Cette caractérisation des normes sociales comme faits sociaux apparaît également, dans une approche différente, chez F. A. Hayek. Pour lui, le droit consiste « *en des règles de conduites obligatoires* »⁶⁸⁵. Or, la règle est avant tout une régularité observée (« *la propension ou disposition à agir, ou à ne pas agir, d'une certaine façon, qui se manifeste dans ce que nous appelons une pratique ou coutume* »⁶⁸⁶). En ce sens, la règle chez Hayek est très similaire à la norme chez J. P. Henry⁶⁸⁷ : il s'agit d'un comportement de masse. Il distingue alors les règles descriptives (renvoyant aux comportements observés – assimilable au *Sein*) et les règles normatives (ou prescriptives, renvoyant aux comportements devant avoir lieu – assimilable au *Sollen*). Il affirme alors la difficulté d'établir une séparation claire entre les deux ; d'établir à quel moment précis un comportement de fait est causé par une obligation qui permet de la qualifier de norme (surtout en prenant en compte les motifs inconscients)⁶⁸⁸. Cela s'explique par le fait que Hayek ne prend pas spécifiquement en compte la dimension

⁶⁸² DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, p. 94.

⁶⁸³ Cf. *Infra*.

⁶⁸⁴ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 93.

⁶⁸⁵ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 188.

⁶⁸⁶ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 196.

⁶⁸⁷ Cf. *supra*.

⁶⁸⁸ La prise en compte des phénomènes psychologiques et biologiques dans la détermination des règles prescriptives peut sembler étonnante au premier abord, mais certaines conceptions morales purement individuelles peuvent avoir un aspect impératif. De plus, le réalisme scandinave, illustré par Alf Ross, décrit explicitement le droit comme une contrainte morale, « ressentis comme obligatoire par les citoyens » (Cf. BILLIER J.C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 186.)

sociale de la norme et met sur le même plan les impératifs biologiques ou psychologiques⁶⁸⁹. Cette distinction entre règle (comportement régulier observé) et norme (comportement perçu comme obligatoire) peut être approchée de la distinction entre point de vue externe (celui d'un observateur extérieur enregistrant les pratiques sociales généralisées) et interne (celui qui modèle son comportement sur une règle) développé par H. L. A. Hart⁶⁹⁰.

Néanmoins, malgré cette distinction, la norme de droit est bien une règle qui, d'un point de vue factuel, ne se distingue pas vraiment des autres :

Aussi longtemps que les règles [normatives] ne sont observées qu'en fait (soit toujours, soit dans la plupart des cas) et que leur application ne peut être observée que dans le comportement effectif, elles ne diffèrent point des règles descriptives ; elles ne sont significatives que comme l'un des déterminants de l'action, une disposition ou une inhibition dont nous déduisons qu'elle opère, à partir de ce que nous observons. Si une telle disposition ou inhibition résulte de l'enseignement d'une règle formelle, son effet sur le comportement effectif n'est resté pas moins un fait. Pour l'observateur, les normes guidant les actions des individus dans un groupe font partie des déterminants des événements qu'il constate, et qui lui permettent d'expliquer l'ordre d'ensemble des actions, tel qu'il se présente à lui.⁶⁹¹

Il précise alors toutefois que le terme « norme » est habituellement réservé aux règles de comportement explicité, c'est-à-dire traduites verbalement⁶⁹². Ainsi, parmi toutes les régularités comportementales au sein d'un groupe, certaines se font par apprentissage et parmi celles-ci certaines sont formalisées et présentées comme obligatoires. Ces dernières seraient le droit. La mise en avant du processus d'explicitation dans la définition de la norme est liée au fait que F. A. Hayek s'intéresse principalement ensuite à l'émergence du processus de législation, et donc de formalisation de ces règles. Néanmoins, le fait de poser les normes comme règles, c'est-à-dire comme comportements, lui permet alors de justifier que celles-ci émergent indépendamment de l'appareil normatif, c'est-à-dire de l'État.

Ainsi, si Hayek diffère de Duguit dans sa définition de la règle juridique (règle obligatoire contre règle dont la sanction est perçue comme devant être organisée), ils se rejoignent tous deux dans la dimension sociologique de leur approche.

⁶⁸⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 202.

⁶⁹⁰ Cf. BILLIER J.C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 271.

⁶⁹¹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, pp. 202-203. On remarquera toutefois que le point important chez Hayek est la formulation de la règle. Néanmoins, cela s'explique aussi par sa focalisation sur le processus de création des ordres spontanés. En ce sens, une définition précise et rigoureuse du droit est moins nécessaire que chez Duguit, qui est un juriste.

⁶⁹² HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 202.

Ces deux auteurs ont donc une conception assez similaire et très intéressante : il s'agit d'aborder la question juridique de manière sociologique. Ainsi, que ce soit pour Hayek ou pour Duguit, la norme est avant tout un fait social observable, ce qui permet de la dissocier de l'État. Ils vont alors montrer que la norme, en tant que phénomène social, existe indépendamment de l'État.

1.2.1.2.2 La norme comme fait social dissocié de l'État

Puisque que pour Hayek et Duguit la norme est un phénomène social, ils expliquent alors que la norme, même dans sa dimension contraignante, c'est-à-dire juridique, est immanente à l'ordre social : « *Société et norme sociale sont deux faits inséparables* »⁶⁹³ ; « *Le droit, au sens de règles de conduite obligatoire est certainement aussi ancien que la société ; seule l'observance de règles communes rend possible l'existence pacifique des individus au sein de la société* »⁶⁹⁴. La nécessité de règles partagées et contraignantes (c'est-à-dire du droit) pour assurer la paix civile et donc permettre la vie sociale semble un fait majoritairement admis tant en Droit qu'en Science Politique⁶⁹⁵. De ce fait, parce que la norme (même juridique) est immanente au fait même de la société, ces auteurs la détachent du phénomène étatique, pour considérer que l'État n'est là que pour appliquer le droit. Ils vont donc critiquer l'approche positiviste qui considérerait que le droit n'est qu'une création de l'État.

Léon Duguit va ainsi rappeler qu'il existe des sociétés sans État. Or, considérant qu'au sein de ces sociétés il existe tout de même du droit, il en conclut alors que l'État n'est pas nécessaire à l'existence du droit. Puisque l'État n'est pas nécessaire à l'existence du droit, il en déduit une indépendance du droit vis-à-vis de l'État et notamment des instances législatives.

⁶⁹³ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 70.

⁶⁹⁴ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 188. Cette nécessité est réaffirmée, par exemple : « *La société, par conséquent, ne peut exister que si, par un processus de sélection, sont apparues des règles qui conduisent les gens à se comporter d'une manière qui rende la vie sociale possible* » (*Ibid.*, p. 136).

⁶⁹⁵ Il faut d'ailleurs ici préciser que c'est le point de départ de la théorie de la souveraineté de Hobbes : toute sa métaphore de l'état de nature ne vise qu'à montrer que sans un pouvoir civil appliquant le droit, les rapports humains sombreraient dans la violence et l'anarchie ; et que donc un pouvoir de contrainte est nécessaire.

Pour Léon Duguit, le critère distinctif qui permet de parler d'État est la différenciation politique. La différenciation politique consiste en la division entre gouvernants et gouvernés, qui s'observe lorsque « *un groupe d'Hommes, plus ou moins nombreux, [...] se trouvent, en fait, dans la possibilité d'imposer leur volonté par la contrainte matérielle aux autres membres de la société* »⁶⁹⁶. Or, Duguit explique qu'il y a État à chaque fois qu'existe cette différenciation politique, quel que soit son degré de complexité⁶⁹⁷. Il met alors en avant l'existence de sociétés sans États (c'est-à-dire pour lui de société où la différenciation entre gouvernants et gouvernés n'est pas marquée) au sein desquelles il existe du droit⁶⁹⁸. Il cite en exemple des peuplades d'Esquimaux :

où apparaissent certaines règles dont les individus ont une conscience plus ou moins obscure. Elles forment ce que j'ai déjà appelé une discipline sociale, qui ne peut pas ne pas exister. Sans elle, il n'y aurait pas de groupement permanent. La sanction de la règle est assurément encore inorganisée, mais elle n'en existe pas moins : elle consiste dans la réaction spontanée du groupement tout entier contre les auteurs de la violation⁶⁹⁹.

Ainsi, même si la réaction est spontanée, elle est organisée par l'ensemble des membres du groupe. Il faut donc supposer, effectivement, qu'une part très importante des membres du groupe (*la masse des consciences individuelles*) admette la nécessité d'une réaction sociale organisée et donc réagisse de manière organisée à l'infraction. De ce fait, il y a bien, selon lui, du droit. La possibilité d'un droit en dehors de l'État le confirme alors dans sa conception de la règle de droit. De ce fait, parce la règle de droit est liée à une représentation sociale partagée, elle est indépendante de sa formulation par l'État :

Je persiste à penser que l'existence d'une règle de droit s'imposant à tous, gouvernants et gouvernés, État et sujets, se conçoit sans qu'il soit nécessaire de la rattacher à un principe supérieur d'ordre métaphysique, que, d'autre part, cette règle existe sans l'intervention de l'État, qu'en d'autres termes, une règle économique ou morale devient à un certain moment règle de droit sans l'intervention de l'État⁷⁰⁰.

La règle de droit existe donc pour Duguit indépendamment de l'intervention de l'État : elle existe dès que la masse des consciences individuelles estime nécessaire une réaction. Hayek semble aborder une conception différente quoique similaire. En effet, si pour lui les

⁶⁹⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 535.

⁶⁹⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 536.

⁶⁹⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 95.

⁶⁹⁹ *Idem*.

⁷⁰⁰ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 536. Il faut néanmoins préciser que Duguit ne va pas jusqu'à considérer que le législateur n'a aucun impact sur la création du droit. Il considère ainsi qu'il existe une interaction entre celui-ci et l'opinion, qui fait que le législateur peut, par la formulation, influencer les conceptions juridiques des individus et de ce fait participe au processus de création du droit. Il reste toutefois que c'est lorsque cette règle est acceptée comme devant être sanctionnée par la masse des consciences individuelles que celle-ci devient juridique (*Ibid.*, p. 174).

règles de droit se définissent comme des règles obligatoires, il met en avant le processus de formation spontané de celles-ci. Comme les règles contraignantes sont immanentes à l'ordre social⁷⁰¹, elles existent également indépendamment de toute organisation étatique. Néanmoins, ce n'est pas cette logique que va développer Hayek. En effet, celui-ci explique que la législation (comme acte de modifier le droit) est une invention et donc à ce titre très postérieure à l'existence du droit⁷⁰².

Il rappelle en effet que « *L'idée que la loi puisse être créée par les Hommes est étrangère aux peuples anciens* »⁷⁰³. L'idée d'une nouvelle loi apparaissait alors comme un contresens. Il faut ainsi considérer que pour Hayek, la loi consistait principalement en la formulation (l'explicitation) de règles de juste conduite préexistantes (ce que semble confirmer Duguit⁷⁰⁴), c'est-à-dire de comportements réguliers posés comme obligatoires. La bonne loi était par définition une loi ancienne, et toute modification de la loi était présentée (et même pensée) soit comme la restauration d'une ancienne règle qui avait été corrompue⁷⁰⁵, soit comme la découverte d'une règle implicite, mais qui avait toujours existé (dans le cadre de situation nouvelle). En ce sens : « *tous les fameux « législateurs » antiques [...], ne visaient pas à créer un droit nouveau, mais simplement à énoncer ce que le droit était et avait toujours été* »⁷⁰⁶. La règle de droit était donc avant tout coutume. Elle était principalement le fruit des interactions individuelles (règles) et à ce titre n'était concrètement créée par personne. C'est en ce sens que la soumission à la Loi, le règne des lois (alors identifiées à la

⁷⁰¹ En fait, il est même possible de considérer qu'elles créent l'ordre social (vu que l'ordre est défini par les règles qui le constituent). Cf. HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 207.

⁷⁰² Il rappelle ainsi, reprenant B. Rehfeld, que « *La législation, ou confection délibérée de lois, a été décrite à juste titre comme l'invention humaine la plus lourde de conséquences, ses effets portant plus loin que l'invention du feu ou de la poudre à canon* » (HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 187). Cette approche du droit ne semble pas contestable, et est également développée, à titre d'exemple, par M. Villey (VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Quadrige, 2008 [1983], 169 p.). De même, F. H. Hinsley rappelle que « *the polis was conceived of as a community that was rightly ruled by the law and not by men – or at least by men who were bound by the law–* » (HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986 [1966], p. 29).

Tout son raisonnement sur les règles comportementales au sein du règne animal et le fait que ces règles, immanentes à l'ordre social existaient avant même le langage, va dans ce sens.

⁷⁰³ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 209.

⁷⁰⁴ « *Longtemps avant que la notion de loi positive se soit formée dans les esprits et ait été réalisée par l'établissement d'une législation écrite, il y avait des règles de droit. Longtemps avant qu'on ait demandé aux gouvernants de rédiger des lois, on leur a demandé d'assurer d'une manière régulière et permanente la sanction de telle ou telle règle. La fonction juridictionnelle a apparu dans les sociétés bien longtemps avant la fonction législative* » (DUGUIT L., *Op. cit.*, pp. 111-112). Il va même jusqu'à considérer que la formulation et la publication des règles juridiques (la loi positive) est la dernière fonction parue dans l'ordre chronologique (*Ibid.*, p. 169).

⁷⁰⁵ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 205.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, pp. 205-206.

coutume ou à l'ordre éternel), peut être pensée comme un gage de liberté : la loi n'est pas tant gage de liberté parce qu'elle s'applique à tous que parce qu'elle n'est créée par personne. La loi n'étant pas identifiée à une volonté, alors personne n'est soumis à une autre volonté.

Cela ne signifiait pas que le droit n'évoluait pas, mais bien que toute innovation était perçue comme la transcription ou restauration d'un droit préexistant, et donc devant respecter les grands principes de droit des sociétés en question. Il rappelle alors que dans la démocratie athénienne, les décisions de l'assemblée étaient soumises au respect des lois (par la procédure de *graphê paranomôn*, qui permettait de faire condamner l'auteur d'un vote de l'assemblée lorsque celui-ci apparaissait contraire aux lois).

Cette perception de la loi perdura jusqu'à la modernité. Il est vrai que les monarques furent avant tout perçus comme des juges avant d'être des législateurs, c'est-à-dire devant, par leurs décisions, appliquer le droit. Il est également possible de rappeler que la notion d'Ancienne Constitution eut un rôle fondamental durant la Révolution anglaise du XVII^e⁷⁰⁷. Elle est bien alors perçue comme une révolution, c'est-à-dire comme un retour aux origines⁷⁰⁸.

L'idée que le droit est la volonté du pouvoir ne serait donc apparue qu'à la modernité (notamment avec Bodin et Hobbes). Elle est liée selon Hayek à la fusion entre le pouvoir d'appliquer le droit (dimension judiciaire du pouvoir monarchique) et le pouvoir réglementaire du roi, chef des armées et de l'appareil de gouvernement (il explique ainsi que la principale fonction des assemblées représentatives consistait à contrôler le gouvernement).

Ainsi, pour Hayek, la conception volontariste du droit est liée à la fusion entre le pouvoir de formuler les règles de juste conduite et le pouvoir « *d'organiser et diriger l'appareil du gouvernement* »⁷⁰⁹. Hayek distingue les règles de juste conduite (*Nomos*) des règles d'organisation (*Thesis* – qui renvoient à des actes de gouvernement dans une logique téléologique, que ce soit l'organisation concrète de la sanction des règles de juste conduite et la réalisation d'objectifs particuliers jugés nécessaires au groupe : guerres, services publics...). Cette distinction recoupe en partie la distinction entre ce qui relève de la logique de l'État et

⁷⁰⁷ Sur l'importance de la notion d'Ancienne Constitution en Angleterre au XVII^e, Cf. DUCROCQ M.-I., *Aux sources de la démocratie anglaise*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, pp. 51-65.

Elle explique très bien comment une majorité des penseurs de l'époque instrumentalisaient le passé pour présenter le présent comme une corruption des anciennes valeurs et libertés mythifiées.

⁷⁰⁸ Ce sens perdura jusqu'à la Révolution française. Michel Peronnet rappelle ainsi que si le terme est utilisé pour désigner des changements politiques, « *en France, le mot révolution évoque plutôt à la fin du XVIII^e siècle l'espoir d'un retour aux origines du pays* » (PERONNET M., art. « Révolution des temps modernes », in. BELY L. (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, p. 1102a).

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 212.

ce qui relève de la logique du gouvernement qui sera développée dans la seconde partie⁷¹⁰. Il est à noter que cette distinction recouvre en partie la distinction entre droit privé et droit public (mais pas totalement). Elle correspond notamment à la distinction entre règle normative et règle constructive chez Duguit, même si celui-ci ne prend pas en compte, dans les règles constructives, celles qui sont liées à l'action de gouverner, c'est-à-dire à l'action propre du gouvernement : « *La règle de droit normative ou norme juridique proprement dite est la règle qui impose à tout homme vivant en société une certaine abstention où une certaine action* »⁷¹¹ ; « *j'appelle règles de droit constructives ou techniques celles qui sont établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des règles de droit normatives* »⁷¹². Or, Hayek explique que la grande majorité du travail des assemblées législatives consiste en des directives pour le gouvernement⁷¹³.

Ce serait donc bien la fusion entre les fonctions d'édiction de la loi et de gouvernement de la société qui aurait entraîné l'assimilation de la loi à la volonté des gouvernants.

Ainsi, chez ces deux auteurs, leur approche sociologisante les amène à dissocier l'existence de normes obligatoires de comportement de leur formulation par l'État, et notamment de son activité législative. Ces deux auteurs vont donc également se retrouver dans leur condamnation du positivisme juridique, en considérant que la souveraineté et le droit sont limités par l'opinion prévalente au sein d'une société.

1.2.1.2.2 La critique du positivisme juridique au nom de l'opinion prévalente au sein des sociétés

En considérant que le droit est avant tout un phénomène social, ces deux auteurs vont critiquer la conception positiviste qui affirme que le droit n'est que la volonté de l'État et que cette volonté est illimitée. En effet, ils vont considérer que le concept de souveraineté illimitée est lié à une erreur conceptuelle liée au positivisme juridique. Pour eux, le fondement du droit

⁷¹⁰ Cf. *supra.*

⁷¹¹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 106.

⁷¹² DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 107.

⁷¹³ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 287. C'est également ce qu'affirme Duguit (DUGUIT L., *Op. cit.*, pp. 109-110). Il faut d'ailleurs préciser que dans le modèle institutionnel qu'établit Hayek, il propose un bicamérisme construit sur cette distinction : la chambre haute établissant les règles de juste conduite, la chambre basse dirigeant et contrôlant l'action du gouvernement.

étant social, il leur semble alors logique de considérer que l'État est limité dans son action par les conceptions sociales, notamment en ce qui concerne les actes législatifs (1.2.1.2.2.1). Toutefois, il existe alors une difficulté pour déterminer si cette limitation est une limitation de fait, relevant d'un constat, ou un programme politique (1.2.1.2.2.2).

1.2.1.2.2.1 La critique du positivisme juridique : l'opinion prévalente pensée comme limite à la souveraineté de l'État.

À partir du moment où le droit est pensé comme un phénomène social, il semble possible à Hayek et Duguit de trouver une limite à l'action de l'État. En ce sens, ils se rejoignent tous les deux sur la critique du positivisme juridique (et de la souveraineté), qui identifie le droit à la volonté de l'État. Le positivisme juridique pose que le droit est la volonté de l'État. Le raisonnement qui existe alors depuis les théories de la souveraineté est que puisque le droit est fait de commandements, alors il doit exister une instance dont les commandements sont absolus et arbitraires, puisqu'il n'existe pas au-dessus d'instance capable d'invalidier ces commandements. Tant Hayek que Duguit s'opposent à cette vision de manière similaire malgré la différence de construction de leur argumentation. Ils vont ainsi considérer que la loi est limitée par les conceptions dominantes au sein de la société, celles-ci faisant office de principes subjectifs que le souverain doit respecter.

Il a été expliqué que pour Duguit, une norme devient juridique à partir du moment où la masse des consciences conçoit que la réaction à son infraction doit être socialement acceptée. En ce sens, la norme de droit existe indépendamment de sa formulation par l'État. De ce fait, il considère alors que l'État ne peut pas créer du droit :

Une règle économique ou morale devient à un certain moment règle de droit sans l'intervention de l'État. Assurément, celui-ci intervient souvent, presque toujours dans les nations modernes parvenues à la phase législative de l'évolution juridique. Mais ce n'est pas cette intervention qui donne à la règle le caractère de norme juridique; elle serait impuissante à le lui donner si elle ne l'avait pas déjà par elle-même.⁷¹⁴

Or, à partir du moment où Duguit considère que la création du droit est indépendante de l'État et lui est extérieure, il peut alors considérer que le droit, existant indépendamment de l'État, peut limiter l'action de celui-ci :

⁷¹⁴ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 97.

Plus j'avance en âge, plus j'étudie et approfondis le problème du droit, plus je suis convaincu que le droit n'est pas une création de l'État, qu'il existe en dehors de l'État, que la notion de droit est tout à fait indépendante de la notion d'État et que la règle de droit s'impose à l'État comme elle s'impose aux individus.⁷¹⁵

L'État, dans la conception de Duguit peut être limité par le droit puisque l'État n'est pas la source de création du droit. Il y a donc une distinction entre la loi positive, qui est créée par l'État et qui est la volonté de l'État et le droit, qui est un phénomène social : « *Il y a des règles qui sont formulées dans la loi et qui cependant ne sont pas encore des règles de droit et il y a des règles de droit qui ne sont point inscrites dans les lois positives* »⁷¹⁶.

Cette incapacité de l'État à créer du droit s'illustre selon Duguit dans les quelques exemples où la loi reste lettre morte parce que sa nécessité n'est pas entrée dans la masse des consciences individuelles⁷¹⁷.

Le pouvoir du législateur serait limité par le droit, c'est-à-dire par ce que la masse des consciences individuelles estime répréhensible. En ce sens, le pouvoir de l'État est limité par l'opinion prévalent au sein des sociétés. En effet, Duguit affirme que la règle juridique doit être conforme au sentiment de justice de la masse des individus : « *Je dis maintenant que pour qu'une règle soit norme juridique, il ne suffit pas qu'elle soit conforme au sentiment de la solidarité sociale, il faut encore qu'elle corresponde au sentiment que la masse des esprits se forme de la justice* »⁷¹⁸. Il ne s'agit pas tant ici d'un devoir être, mais d'une nécessité : ce n'est que parce qu'un comportement viole le sentiment de justice des individus que ceux-ci estiment légitime de punir le contrevenant. Il apparaît alors effectivement que pour Duguit, le pouvoir de l'État (et donc du souverain) est contraint et limité par ce sentiment de justice, qui est un fait social. Il apparaît donc bien que pour Duguit le pouvoir de l'État est limité par les conceptions de justice et de droit existant au sein de la société.

Dans une optique similaire, Hayek critique également le positivisme juridique. Constatant l'antériorité de la loi sur la législation, il dénonce alors l'illusion constructiviste de

⁷¹⁵ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 101.

⁷¹⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 112.

⁷¹⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 113.

⁷¹⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 125. Par sentiment de justice, Duguit entend l'idée que les gens se font de la justice : « *J'ajoute maintenant que pour qu'il y ait règle de droit, il faut que la sanction d'une règle sociale par l'emploi de la force collective soit conforme au sentiment que l'on a de la justice commutative et de la justice distributive au moment considéré* » (*Ibid.*, p. 124).

la conception volontariste du droit : « *la conception positiviste du droit qui fait dériver tout le droit de la volonté d'un législateur est un produit de l'illusion intentionnaliste caractéristique du constructivisme, une rechute dans les théories qui rattachent à un dessein toutes les institutions humaines* »⁷¹⁹. En effet, Hayek met en avant la coutume et le rôle du juge dans le processus de formation du droit et surtout explique que la société est un ordre spontané qui n'a pas été voulu et pensé dans son ensemble. Il dénonce donc la conception volontariste du droit qui serait selon lui à la base des théories de la souveraineté. Ce serait une erreur de penser que le droit trouve sa source dans la volonté du législateur. Comme chez Duguit, le législateur a plus une fonction de formulation du droit que de création. Hayek déploie en effet beaucoup d'efforts pour démontrer que la législation n'est pas la seule source du droit. Il considère que c'est cette erreur (liée au constructivisme rationaliste et à l'illusion anthropomorphique) qui entraîne deux autres : l'existence d'un législateur suprême (qui ne pourrait être borné sans un autre législateur encore plus élevé) et le fait que tout ce qu'impose ce législateur serait loi et que ne serait loi que ce qu'exprime sa volonté⁷²⁰.

C'est donc tout l'édifice intellectuel de la souveraineté qui serait alors critiqué. Hobbes, comme Bodin, inscrit le pouvoir dans une logique d'habilitation. La loi, comme commandement, étant volonté, il doit nécessairement exister un législateur suprême, habilité à prendre toutes les décisions puisqu'il n'existe pas d'organe supérieur pouvant le limiter (et si c'est le cas, alors ce serait cet organe qui serait le souverain). C'est cette logique que critique Hayek :

Mais si le pouvoir du législateur n'est pas dérivé d'une prétendue norme de base, mais d'un état d'opinion général au sujet du genre de règles qu'il est habilité à poser, son pouvoir peut parfaitement être limité sans qu'intervienne une autorité plus élevée, capable de formuler explicitement des actes de volonté⁷²¹

Cette limitation du pouvoir ne saurait donc être purement juridique (puisque par définition le droit ne saurait limiter le droit). Le pouvoir ne serait néanmoins pas illimité puisque reposant sur les conceptions de justice et de droit préexistant dans la société, qui délimitent le type de normes que le législateur peut prendre. En ce sens, non seulement le pouvoir n'est légitime que s'il respecte les conditions de justice immanente à la société, mais de plus il ne peut réellement imposer quelque chose qui n'y correspond pas :

⁷¹⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 191.

⁷²⁰ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 225.

⁷²¹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 443.

Le pouvoir ne dérive pas d'un siège unique, il repose sur le soutien apporté par l'opinion à certains principes et ne déborde pas au-delà de ce qui bénéficie de ce soutien. Il est vrai que la source la plus élevée de décision délibérée ne peut pas effectivement limiter ses propres pouvoirs ; mais elle est limitée elle-même par la source d'où émane son pouvoir, source qui n'est pas l'acte d'une autre volonté mais un état prévalent d'opinion. Il n'y a pas de raison pour que l'allégeance, et donc l'autorité de l'État, doivent survivre à l'usurpation de pouvoirs arbitraires qui n'ont pas l'assentiment du public – et que d'ailleurs le gouvernement usurpateur ne peut pas efficacement imposer.⁷²²

Hayek pose donc comme condition à la légitimité de la loi que celle-ci soit juste, dans le sens où elle doit correspondre à certains « *attributs généraux que doit présenter toute règle de juste conduite. [...] Par conséquent, le pouvoir du législateur repose sur l'opinion commune quant à certains caractères que doit posséder la loi qu'il confectionne ; et ce qu'il veut ne peut recueillir l'appui de l'opinion que si l'expression de sa volonté possède ces caractères* »⁷²³. Par opinion, Hayek n'entend pas la position particulière de la majorité sur une question donnée (car alors ce serait une simple démocratie et trop sujet au changement), mais les tendances générales concernant les grands principes fondamentaux du droit⁷²⁴.

Ainsi, parce que le pouvoir est et doit être accepté par les individus, il est nécessairement limité par ce que ces individus sont prêts à accepter :

La limitation effective des pouvoirs de l'autorité légiférante ne requiert donc pas qu'une autre autorité organisée capable d'une action concertée lui soit superposée ; la limitation peut être assurée par un état de l'opinion tel que seuls certains types de commandements émis par le législateur seront acceptés comme lois⁷²⁵

Hayek se rapproche donc ici de la théorie sociologique du droit telle que développée par Léon Duguit. Le législateur est soumis de fait à un certain état de l'opinion vis-à-vis de laquelle il ne peut prendre certaines mesures. Le fait de considérer que *seuls certains types de commandement seront acceptés comme loi* implique alors que certains types de commandement ne seront pas acceptés comme loi. En effet, à titre d'exemple, il est difficile d'imaginer en ce début de XXI^e siècle que le législateur français décide d'autoriser les rapports sexuels entre adultes et mineurs sans restriction d'âge, ou de modifier la Constitution afin de rétablir l'esclavage. Cela susciterait probablement une réaction sociale telle qu'il serait obligé de faire marche arrière. De ce fait, Hayek, comme Duguit, semble s'inscrire dans le courant qui pose des limites internes à la communauté politique⁷²⁶, en fonction des conceptions sociales.

⁷²² HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 676.

⁷²³ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 225.

⁷²⁴ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 226.

⁷²⁵ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 227.

⁷²⁶ Cf. *supra*.

Hayek et Duguit sont donc très clairs : le pouvoir du législateur (ou du souverain) est limité par le sentiment de justice dominant au sein d'une société. Seules les décisions en concordance avec ces sentiments sont légitimes. Une des principales conséquences de cette conception se traduit alors dans l'affirmation que l'obéissance ne se justifie que si cette concordance est respectée⁷²⁷. Cette conception qui affirme l'existence de principes subjectifs servant de fondement social à la justice est également affirmée par Gille Lebreton, qui considère que « *Un droit n'est légitime que s'il reflète les aspirations de la conscience collective* »⁷²⁸.

Georges Burdeau semble également développer une conception du droit en partie rattachée aux conceptions dominantes à travers la notion de bien commun⁷²⁹. Il développe ainsi une approche thomiste : la société globale est composée de sociétés partielles (la famille, la profession, la *citée*...), chacune disposant d'un bien commun propre qui participe à la création du bien commun général, qui est l'objet du groupe politique⁷³⁰. Il distingue alors l'idée de bien commun, qui est universalisable, de son contenu ou ses interprétations qui sont contingents à un groupe et des valeurs données (qui « *informe inévitablement la lutte des cultures et des civilisations* »)⁷³¹. Or, cette idée de bien commun s'incarne concrètement dans les conceptions dominantes au sein de chaque société : « *Il y a, dans chaque communauté politique, une conception du monde dominante. Et c'est cette conception, dans la mesure où elle se rapporte au but de la vie sociale, qui constitue l'interprétation du Bien commun* »⁷³². En ce sens, le droit est conçu comme une règle permettant la réalisation du bien commun⁷³³, et c'est à ce titre qu'il est obligatoire : « *l'obligation ne naît pas directement du principe*

⁷²⁷ « *il n'y a pas de raison pour que l'allégeance, et donc l'autorité de l'État, doivent survivre à l'usurpation de pouvoir arbitraire qui n'ont pas l'assentiment du public* » (HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 676) ; « *Dès lors, la loi positive ne peut être connue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas ; il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle. Obéissance n'est pas due à la loi comme telle, mais seulement à la loi exprimant ou mettant en œuvre une norme juridique* » (DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 171).

⁷²⁸ LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e Ed. [1996], p. 18.

⁷²⁹ Il est toutefois nécessaire de préciser que, contrairement à Hayek et Duguit, G. Burdeau affirme l'existence d'une conscience collective (BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 46-53).

⁷³⁰ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, n. 1, p. 62.

⁷³¹ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 63.

⁷³² BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 59.

⁷³³ Pour Burdeau, le droit consiste en « *une règle préalablement constatée comme condition du Bien commun (constatation) et considérée généralement comme devant être observé (obligation)* ». BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 91

exprimé par la règle, elle n'apparaît qu'en vertu de l'intercession d'une cause étrangère à la règle, à savoir que le bien commun, but dernier du droit, impose le respect de la règle »⁷³⁴.

Dans la conception de ces auteurs, la loi n'est donc légitime que si elle correspond à la conception dominante de la justice au sein d'une société. Il y a néanmoins une tension dans leur conception entre l'approche sociologique et la portée normative de leur écrit, entre ce qui relève de l'être et ce qui relève du devoir être. La limitation de l'État par le droit apparaît alors plus comme une proposition ou un souhait que comme une analyse.

La conception de la souveraineté comme pouvoir illimité et arbitraire est donc pensée par ces auteurs comme une erreur de raisonnement, liée à une approche strictement juridique (et constructiviste pour Hayek), qui nie la dimension sociologique de la création des normes. Celles-ci seraient inscrites dans le tissu social et dépendantes des conceptions dominantes au sein de la société. Il existe des différences entre Hayek et Duguit, mais celles-ci apparaissent plus comme des désaccords sur les termes employés pour décrire les phénomènes qu'un vrai désaccord de fond (même si ce désaccord se retrouve sur la fonction du droit et l'ordre social espéré par ces auteurs). La principale différence semble concerner le moment de création du droit : Duguit considère que l'État peut être limité par le droit, parce que ce que la masse des consciences perçoit comme nécessitant une réaction organisée est du droit, tandis que pour Hayek, l'opinion prévalente est une limite au droit que peut poser l'État. Mais ces différences semblent anecdotiques : il reste que pour ces deux auteurs, le pouvoir de l'État est limité par les conceptions prédominantes au sein du groupe. Que ces conceptions soient ou non considérées comme du droit ne modifie pas réellement la similitude de leurs conceptions.

La souveraineté comme pouvoir normatif autonome se présente donc comme un pouvoir absolu et illimité. De nombreux penseurs dénoncent cette conception du pouvoir en affirmant l'existence de normes impératives. Ces critiques peuvent se regrouper sous deux catégories : celles qui posent l'existence de principes objectifs, que tout souverain se doit de respecter ; celles qui posent l'existence de principes subjectifs s'imposant au souverain.

⁷³⁴ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 173.

Les premières essaient ainsi de refonder une conception du juste et de la morale (ou ses conditions de formulation) qui pourrait s'appliquer universellement. Alors que les tentatives des philosophes sont multiples et semblent échouer à faire consensus, les droits de l'Homme paraissent s'imposer, au moins dans les démocraties contemporaines, comme la nouvelle norme transcendantale.

Les secondes affirment l'inscription du pouvoir et de son action dans la société, conditionnant son effectivité à l'acceptation des injonctions par les individus. De ce fait la souveraineté serait limitée par les conceptions prévalentes au sein du corps social concernant le type de normes que le souverain est habilité à prendre.

Néanmoins, malgré une apparente divergence, ces deux axes de critiques se retrouvent sur l'affirmation de principes que le souverain doit respecter. Cette similitude est développée par George Burdeau. Lorsqu'il aborde la fonction du pouvoir, Burdeau explique ainsi que la doctrine traditionnelle est « *négatrice de toute autonomie réelle du Pouvoir* »⁷³⁵. Par doctrine traditionnelle, il entend justement les deux courants qui viennent d'être évoqués, c'est-à-dire les conceptions qui cherchent à limiter le pouvoir par des principes supérieurs, qu'ils soient immanents à l'ordre social ou extérieurs à celui-ci. En effet, Burdeau relativise l'opposition entre le droit objectif et le droit naturel. Il reprend la distinction de Ihering entre la matière et la forme : « *La forme étant la mise en œuvre technique d'une donnée supérieure ; la matière consistant, réalité spirituelle, dans une idée de devoir être que le juriste a pour tâche de traduire en règle positive* »⁷³⁶. Il considère alors que les deux axes étudiés s'inscrivent dans la reconnaissance d'une matière que la forme doit respecter. Il ajoute que la manière dont est perçue la matière du droit n'a fondamentalement aucune importance :

Qu'elle [la matière du droit] existe dans la conscience du groupe ou qu'elle soit issue de la nature des choses telle qu'elle se révèle à la raison, cela importe peu. Un fait demeure qui est l'irréductible différence entre la norme supérieure et tous les aspects de sa réalisation pratique.⁷³⁷

Or, ces deux conceptions s'avèrent totalement inefficaces pour limiter la volonté du souverain. En effet, le droit appliqué par l'État, autrement dit la volonté du souverain, est nécessairement la mise en forme d'une matière, c'est-à-dire que la dimension absolue et illimitée du droit ne peut se comprendre que comme la mise en forme absolue et illimitée de

⁷³⁵ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 306.

⁷³⁶ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 312.

⁷³⁷ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 312. Reprenant la théorie de Duguit, il précise que celui-ci ne fait bien qu'inscrire dans le social les principes qui sont censés limiter le pouvoir du souverain.

conceptions de justice par le droit. Il ne sera plus nécessaire de distinguer entre les conceptions qui visent à limiter la souveraineté par des concepts issus de la raison ou de la culture. En effet, il ne s'agit que d'un débat sur les modalités de formation de cette matière, dont le droit serait censé donner la forme. Or, il s'agira maintenant de montrer que, quelle que soit la matière, elle est incapable de limiter la forme, puisque le droit se présente justement comme l'application absolue et illimitée des principes qui le sous-tendent.

1.2.2 Le droit nécessairement absolu et illimité dans son application

Le problème de la limitation du pouvoir du souverain semble endémique dans la littérature philosophique et juridique. En effet, de nombreux auteurs ont tenté de trouver un moyen de limiter les pouvoirs du souverain alors que cela paraît contradictoire :

Tous les efforts tentés pour arriver à la solution du problème sont restés vains, car ils se sont trouvés en présence de ce dilemme irrésistible : ou bien l'État est souverain, et alors ne se déterminant jamais que par sa propre volonté il ne peut être soumis à une règle impérative qui le limite; ou bien l'État est soumis à une règle impérative qui le limite, et alors il n'est pas souverain⁷³⁸

Néanmoins, tous les efforts pour concrètement limiter la souveraineté s'avèrent vains. En effet, la volonté de l'État strictement étant entendue comme l'intégralité du droit positif appliqué, limiter la volonté de l'État signifie limiter l'application du droit, et donc de la justice qu'il incarne. En effet, le droit est nécessairement l'application absolue et illimitée des conceptions de justices dominantes au sein de la société (1.2.2.1), ce qui s'illustre parfaitement avec l'exemple des droits de l'Homme (1.2.2.2). Le Constitutionnalisme et l'autolimitation de l'État apparaissent ainsi comme des techniques visant une meilleure application de la volonté de l'État et donc du droit (1.2.2.3). Il apparaîtra alors que l'arbitraire de la Loi est la condition de l'évolution juridique pacifiée des sociétés (1.2.2.4).

⁷³⁸ DUGUIT L., *Op. cit.*, t1, p. 602.

1.2.2.1 Le droit est nécessairement l'application illimitée et absolue de conceptions de justice dominante au sein de la société

L'approche sociologique du droit met donc celui-ci en relation avec les conceptions dominantes au sein de la société. En effet, en considérant que le droit, comme tout pouvoir, est nécessairement accepté par ceux sur qui il s'exerce (1.2.2.1.1), il faut alors en déduire que tout droit est l'actualisation de conceptions de justice dominantes au sein de la société (1.2.2.1.2). Les droits de l'Homme, idéologie dominante des sociétés occidentales ne peuvent alors être considérés comme limitant l'action de l'État qu'ils constituent.

1.2.2.1.1 La nécessaire acceptation du droit par les individus

L'idée que des principes puissent limiter le droit est assez surprenante. En effet, de nombreux auteurs s'accordent sur le fait que tout pouvoir correspond de fait aux opinions des individus composant le groupe qu'il régit.

Hayek et Duguit affirment ainsi partir des faits. Or, la limitation du pouvoir par l'opinion prévalente (ou celle de la masse des consciences individuelles) semble apparaître comme un fait. En effet, ces penseurs affirment que le pouvoir ne peut aller à l'encontre de l'opinion prévalente au sein de la société, et que celle-ci borne effectivement l'exercice du pouvoir. Hayek affirme ainsi « *Qu'en ce sens tout pouvoir repose sur l'opinion n'est pas moins vrai des pouvoirs d'un dictateur absolu que de n'importe quelle autre autorité* »⁷³⁹. De même, il a été dit que Duguit affirmait qu'une loi ne pouvait être effective si elle ne correspondait pas à un certain état de l'opinion. Il précise en réaffirmant la limitation effective de l'État par le droit :

On verra par la suite que tout cet ouvrage est dominé par cette idée que l'État est limité dans son action par une règle de droit, qu'il doit l'être, qu'il ne peut pas ne pas l'être, que la vie sociale serait impossible s'il ne l'était pas. Or on ne comprendrait pas qu'il le fut si le droit était une création exclusive de l'État, si la règle de droit n'existait que lorsqu'une règle économique ou morale est formulée ou acceptée par l'État.⁷⁴⁰

⁷³⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 227.

⁷⁴⁰ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 101.

Cette idée d'un droit objectif, préexistant à sa formulation, encadrant ou limitant la souveraineté semble assez partagée dans la communauté des juristes. Bernard Cubertafond rappelant sur ce point les analyses de L. Duguit et G. Scelle, constate ainsi à la fin du XXe siècle cette réalité d'un droit prévalent limitant la volonté du législateur :

Il faut reconnaître que ces idées de droit objectif géniteur ou modèle idéal préexistant et l'idée de droit fondement et matrice ne sont que pour partie utopiques : bien des règles pourtant pourvues de sanctions ne sont pas appliquées parce qu'elles ne correspondent pas à la société et à ses valeurs, c'est-à-dire parce qu'elles ne correspondent peut-être pas à un « droit objectif », ou à une « idée de droit » ou encore à la souveraineté diffuse [...]. L'histoire contemporaine montre d'ailleurs fort bien cette réalité d'une idée de droit prévalente, ou d'une souveraineté diffuse, qu'il n'y aurait plus qu'à éclaircir et accomplir.⁷⁴¹

Cette limitation apparente du droit par les principes prévalants au sein de la société s'explique alors par le fait que tout système de contrainte (donc tout système de droit) doit être accepté par les individus sur lequel il s'applique. Ceux-ci doivent trouver le système légitime.

Rémi Bachand explique ainsi que la coercition seule est insuffisante à maintenir un ordre juridique : « *Quel que soit le contexte, un ordre politico-juridique doit, pour se maintenir, compter sur un équilibre entre la coercition d'une part et, d'autre part, la légitimité du pouvoir ou, comme l'écrivait Gramsci, le « consentement spontané » de la population* »⁷⁴². De même, d'un point de vue philosophique, Paul Ricœur affirme également cette nécessité d'une acceptation du pouvoir : « *aucun système de domination, fût-ce le plus brutal, ne gouverne seulement par la force, par la domination. Chaque système de domination exige non seulement notre soumission physique, mais notre consentement et notre coopération* »⁷⁴³.

Cette idée de la prééminence de l'opinion commune est également présente chez Max Weber, qui lie l'effectivité de l'ordre juridique à son acceptation par les mœurs :

Néanmoins, l'état de chose normal est le suivant : en fait, l'« autorité effective » dont jouit l'ordre juridique n'est pas due à l'existence d'une garantie fondée sur la contrainte, mais au fait qu'il est d'abord « entré » dans les mœurs sous la forme de « coutumes » et que, généralement, la convention désapprouve les dérogations flagrantes au comportement prescrit par la loi.⁷⁴⁴

⁷⁴¹ CUBERTAFOND B., « souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1291.

⁷⁴² BACHAND R., « Préconception de la souveraineté de l'État chez les internationalistes : l'exemple des affaires argentines », in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, 31 mai – 2 juin 2012, Paris, Ed. A. Pédone, 2013, p. 241.

⁷⁴³ RICŒUR P., *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 2005 [1997], p. 32.

⁷⁴⁴ WEBER M., *Économie et société*, T.2, Paris, Pocket, 1995 [1921], p. 43.

Or, si le pouvoir est nécessairement limité par l'opinion prévalente au sein d'une société, qu'il ne peut se maintenir sans son soutien, que les injonctions du pouvoir ne sauraient être effectives si elles ne correspondent pas aux conceptions de justices prédominantes au sein d'une société donnée, alors il faut en conclure que tout pouvoir de fait est légitime. En effet, si cette limitation est un fait, alors il faut en conclure que tout système de norme effectif correspond à cette opinion prévalente. Il ne saurait donc exister de pouvoir illégitime (ou alors que très peu de temps) puisque la légitimité est une des conditions d'effectivité de ce pouvoir. De ce fait, il est délicat de comprendre cet acharnement, tant, par exemple, de Duguit que d'Hayek, à vouloir démontrer la fausseté de la conception illimitée de la souveraineté (et surtout à en affirmer les dangers) alors que celle-ci semble l'être de fait.

Si tout pouvoir, et notamment celui de l'État, repose sur l'acceptation des individus sur lesquels il s'applique (ou au moins d'une part conséquente), c'est parce qu'il est considéré comme légitime. En ce sens, le droit, qui est le pouvoir de l'État, est considéré comme juste. Il est en effet l'actualisation d'une conception de la justice.

1.2.2.1.2 Le droit comme actualisation d'une conception de la justice

Toute autorité repose sur un système de valeur qui légitime son pouvoir. De ce fait, tout pouvoir s'exprime au sein de ce système de valeur qui le légitime. Mais il ne faudrait pas croire que le droit est limité par ces conceptions prévalentes au sein de la société. En effet, le droit consiste précisément en l'application de ces conceptions. En ce sens, la dichotomie effectuée par Paul Ricœur entre utopie et idéologie est particulièrement éclairante. Il a été dit que pour P. Ricœur, l'idéologie sert à légitimer l'autorité⁷⁴⁵. Il considère ainsi que toute idéologie peut être discordante, légitimante ou constituante, mais qu'elle « *a toujours pour fonction de préserver une identité, qu'ils s'agissent de groupe ou d'individus* »⁷⁴⁶. Or, un groupement politique se distingue notamment des autres groupes par son système de normes

⁷⁴⁵ Cf. *supra*.

⁷⁴⁶ RICŒUR P., *L'idéologie et l'utopie*, Paris, Seuil, 2005 [1997], p. 243.

qui lui est propre. En effet, tout système de droit est par définition la transcription juridique des principes métaphysiques qui structurent le groupe et lui confère son identité.

Tout pouvoir repose sur une idéologie qui le légitime. Mais il est impossible de dissocier autrement qu'intellectuellement les deux. En fait, tout pouvoir se présente comme la concrétisation des principes qui le légitiment : un système politique n'est légitime que s'il apparaît comme la réalisation de ces principes. Ainsi, les États occidentaux sont effectifs parce qu'ils sont la concrétisation des principes démocratiques et humanistes dominants au sein de leur société. De même, tout État est la réalisation de principes acceptés par la population. Cette idéologie qui sous-tend le pouvoir de l'État se retrouve alors nécessairement dans le droit (qui est le pouvoir de l'État).

Il est possible de dériver de tout système de droit les principes de justice qui gouverne la société. Les modalités de transaction de bien, les conditions de responsabilité et, de manière générale, toutes les lois au sens matériel (effectives) d'une société sont l'adaptation aux cas concrets de la conception dominante du juste au sein de cette société. La justice s'infère donc du droit positif (la volonté du souverain) qui en est la réalisation concrète. Elle en est bien la matière. Tout système de normes cohérent implique une conception de la nature humaine, un système de valeur morale et son agencement. Il est donc impossible de dissocier la justice du système de normes qui lui donne forme et réciproquement. C'est en ce sens qu'il est pertinent de dire que la justice est l'intégrale du droit positif : les variations entre les ordres juridiques de différents groupes sociaux traduisent des variations dans la conception de ce qui est juste. C'est ce que semble considérer R. Dworkin. Celui-ci rappelle que une règle de droit ne fait sens qu'à travers une certaine conception de la justice, qui s'est construite au fil du temps : « *Le concept de droit, affirmera Dworkin, n'est jamais indépendant d'une conception du droit et de la justice. Il n'est jamais indépendant de cette conception du droit que les participants à cette même pratique se font.* »⁷⁴⁷. La volonté de l'État, le droit, est structurée par l'idéologie dominante. Ainsi, lorsque Louis Le Fur, considère que la souveraineté est limitée par les « *principes supérieurs du droit* »⁷⁴⁸, il omet que ces principes supérieurs de droit n'ont de réalité qu'au sein du système juridique qu'ils structurent.

Les conceptions de justice au sein d'une société, qui prennent forme grâce au droit, sont donc de fait appliquées par l'État : elles constituent, de manière indirecte, la volonté de l'État car il est impossible séparer la matière de la forme. Le droit est la mise en forme de

⁷⁴⁷ BILLIER J.C., MARYOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 286.

⁷⁴⁸ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 492.

principe de justice qui légitime le pouvoir et structure la société, c'est-à-dire de l'idéologie dominante.

La conception dominante de la justice peut alors apparaître comme la norme fondamentale du droit dans sa dimension statique. Kelsen distingue en effet deux sortes de principes d'unité pour les systèmes normatifs hiérarchisés : le principe statique et le principe dynamique⁷⁴⁹. Le principe dynamique correspond à l'habilitation formelle de créer des normes. Il s'agit de vérifier que la norme posée par un organe est conforme à son habilitation. Le principe statique correspond au fond des normes. Il s'agit de vérifier que la norme posée par un organe respecte le contenu des normes de degré supérieur. Or, à ce contenu des normes correspond la conception de justice dominante au sein de la société.

Le positivisme sociologique ne serait alors que l'inscription du positivisme juridique dans son environnement sociologique. Il serait même tentant de rapprocher la *gründnorm* de Kelsen (dans sa dimension statique) de la conscience sociale ou du droit objectif du positivisme sociologique. C'est ce que fait G. Burdeau en la comparant avec son idée de droit⁷⁵⁰. C'est également le point de vue de Ph. Coppens :

Ma thèse est la suivante : ce n'est pas la norme fondamentale qui est la condition première de la validité juridique pour Kelsen mais bien, comme dans diverses autres théories positivistes, un fait sociologique. Plus précisément, la « gründnorm » n'est que la qualification normative de ce fait. Cette qualification n'a d'autre but que l'intégration au sein de la dynamique du droit, de ce fait sociologique.⁷⁵¹

La justice correspond donc à l'idéologie dominante d'un système de normes, c'est-à-dire d'un État. Elle est la matière dont le droit est la forme. Il donc est impossible de considérer qu'elle puisse limiter le droit dont elle est la légitimation. Quelle que soit la conception de justice au sein d'un État, celle-ci est corrélée au droit appliqué et, comme le droit dont elle est la matière, s'applique de manière absolue et illimitée.

Les droits de l'Homme s'inscrivent alors totalement dans ce cadre : ils ne sauraient être une limite à un droit qui les applique, droit qui s'appliquerait de manière absolue et illimitée. Toutefois, parce qu'ils sont régulièrement présentés comme une limite à l'action de l'État, il est nécessaire de s'attarder à montrer que ceux-ci constituent bien la volonté de l'État.

⁷⁴⁹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 258-261.

⁷⁵⁰ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 150-152. Il y aurait néanmoins des différences qu'il a à cœur d'expliquer. Toutefois, elles apparaissent plus comme des différences d'approche qu'à un véritable désaccord de fond.

⁷⁵¹ COPPENS Ph., « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société*, n°22, 1992, p. 544. Il évoque ici la dynamique du droit, mais cela semble transposable.

1.2.2.2 La conception dominante de la justice comme volonté de l'État : l'exemple des droits de l'Homme

Le droit se présente donc nécessairement comme l'actualisation de conception de la justice. Cette justice peut alors avoir deux fondements : se présenter soit comme un corpus de droit naturel, soit comme les principes de justice inhérents à un groupe. Les deux dimensions sont équivalentes, puisqu'il n'y a pas de différence d'effet entre une idéologie qui se présenterait comme du droit naturel et un véritable droit naturel. En ce sens, les droits de l'Homme sont une idéologie intéressante, puisqu'ils constituent à la fois un corpus de valeurs à justification transcendantale et les principes de justice inhérents à de nombreuses sociétés contemporaines.

Il a été expliqué que de nombreux auteurs mettent en avant l'existence de droits fondamentaux attachés à la nature de l'Homme pour affirmer que la souveraineté devait être limitée. Or, ces doctrines s'avèrent incapables de poser une limite concrète à la souveraineté de l'État. Au contraire, il apparaît que l'application des droits de l'Homme constitue justement l'action de l'État, et qu'ils ne sauraient exister en dehors d'un cadre normatif contraignant. C'est précisément ce cadre contraignant, qui, en permettant de les actualiser, leur donne une réalité concrète : les droits de l'Homme constituent un cadre contraignant et sont donc du droit. En ce sens, parce que les droits de l'Homme sont appliqués par l'État, ils constituent sa volonté et ne sauraient donc être considérés comme limitant cette volonté.

Cette incapacité de ce type de théories à fonder des limites à l'action de l'État est connue depuis longtemps. Duguit le constatait déjà :

Sans revenir sur la valeur de la conception individualiste [qui suppose des droits subjectifs attachés à la personne humaine] et en la supposant exacte, il est facile de montrer qu'elle est absolument impuissante à résoudre le problème de la limitation de la souveraineté ; et cela pour cette bonne raison que ces bornes, que ne peut franchir l'État, c'est lui-même qui les détermine, que ces limites dans lesquelles il peut toucher aux droits individuels, c'est lui-même qui les fixe dans sa pleine et entière souveraineté.⁷⁵²

Il montre alors que les grandes théories visant l'affirmation de la liberté (que ce soit celle de Rousseau, Kant ou Eismein), amènent nécessairement à poser la liberté de l'Homme dans la force de l'État et donc consacrent en fait un pouvoir illimité⁷⁵³. En effet, au moment où l'État est posé en garant de la liberté, alors il devient nécessairement illégitime de s'y opposer. Comme c'est l'État qui définit les conditions de liberté, sa volonté est posée comme

⁷⁵² DUGUIT L., *Op. cit.*, t1, p. 633.

⁷⁵³ DUGUIT L., *Op. cit.*, t1, p. 634 et sq.

nécessairement libératrice, ce qui consacre sont absolutisme (Rousseau parle ainsi de forcer les gens à être libre). Duguit affirme ainsi que de nombreux actes qu'il condamne ont été faits au nom de la liberté. Il existe donc un échec historique de la capacité des principes à préserver la liberté.

L'échec de la philosophie à définir un corpus de droits fondamentaux faisant consensus ou une méthode pour y parvenir a déjà été montré. Toutefois, de nombreux pays affirment au sein de leur ordre juridique l'existence de ces droits. Les droits de l'Homme sont ainsi un élément essentiel de l'idéologie des pays occidentaux.

Ainsi, constatant la difficulté de justifier philosophiquement les droits de l'Homme, Gilles Lebreton considère que le positivisme sociologique est le seul moyen de réellement fonder les libertés publiques : « *Le positivisme sociologique ouvre ainsi la voie à une nouvelle philosophie des droits de l'Homme, beaucoup plus apte que l'actuelle, forgée par la théorie moderne du droit naturel, à fonder les libertés publiques* »⁷⁵⁴. Ainsi, alors même qu'il s'inscrit dans le positivisme sociologique, il ne remet pas en cause le contenu des droits de l'Homme, mais simplement le moyen de les garantir de manière plus efficace. Les droits de l'Homme peuvent donc bien être traités à la fois comme idéologie dominante et comme corpus de valeurs transcendantales.

Insérés dans l'ordre juridique, ils apparaissent toutefois comme la volonté du souverain et ne sauraient exister sans lui. Les droits de l'Homme sont alors un système de contrainte, formellement similaire à tout autre, défini et appliqué par l'État. Ils sont bien la matière à laquelle le droit donne forme.

1.2.2.2.1 Les droits de l'Homme nécessairement définis par leur application

Les droits de l'Homme, comme tout principe, doivent nécessairement être définis par l'État en déterminant leur cadre d'application. Leur forme dépend de l'État qui les définit. Or, leur forme est infiniment modulable. Chacun d'eux demande à être actualisé par le droit et donc aucun ne peut constituer un absolu limitant l'action de l'État.

⁷⁵⁴ LEBRETON G., *Liberté publiques & droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2009, 7^e Ed. [1995], p. 27.

La dimension non absolue des Droits de l'Homme est liée à leur nature propre de droit subjectif. Même en les acceptant philosophiquement, les Droits de l'Homme ne peuvent être considérés comme une limite à la souveraineté puisque, comme le note G. Haarscher, ces droits, bien que fondamentaux et attachés à la personne humaine, nécessitent d'être limités, c'est-à-dire d'avoir un cadre d'action. Il est alors possible de considérer deux types de limitation, l'un intrinsèque à la nature même des droits opposables, l'autre lié à la possibilité de circonstances extraordinaires.

Le principe même de droits opposables rend nécessaire leur limitation. En effet, les droits ne sauraient être illimités parce que, d'une part, l'exercice de tout droit serait limité par l'exercice du même droit par d'autres (« *tel ou tel droit de l'Homme doit nécessairement être limité par le même droit dont bénéficie autrui* »⁷⁵⁵), et d'autre part les droits ne doivent pas se faire concurrence entre eux (par exemple, la liberté d'expression et la présomption d'innocence, ou le respect de la vie privée). Il apparaît donc que, par la logique même des droits opposables, il est nécessaire de limiter leur exercice. Or, la mise en place de ces limites est également variable, en fonction des situations. Ici apparaît la liberté du juge et du législateur (et donc du souverain), qui fixent arbitrairement l'étendue de chaque droit dans les situations concrètes. En fonction de ce qui est estimé nécessaire au respect du droit des autres et de l'importance relative de chaque droit, il est donc possible de limiter leur exercice.

Parallèlement à cette nécessaire limitation liée à leur nature propre, il existe le cas des situations exceptionnelles. Par exemple, quand l'ordre social est menacé de destruction, il est considéré comme légitime de restreindre certains droits, car il est impensable que l'exercice de ces droits remette en cause l'ordre social qui les garantit. Une fois de plus, c'est le souverain qui détermine quand l'exercice de droits pourtant jugés fondamentaux remet en cause l'existence même de l'ordre social. Brièvement, le souverain décide quand il est nécessaire de suspendre ces droits, par exemple pour lutter contre le terrorisme⁷⁵⁶. Certains droits peuvent bien sûr être jugés tellement fondamentaux qu'il ne saurait être question, quelles que soient les circonstances, de les remettre en cause : Haarscher cite ainsi l'interdiction de la torture, de l'esclavage, et de la rétroactivité des lois⁷⁵⁷. Il cite alors aussitôt l'exception du procès de Nuremberg, où des droits jugés absolument fondamentaux ont été bafoués (en tout cas celui de la non rétroactivité), mais il a été estimé qu'il s'agissait d'un cas

⁷⁵⁵ HAARSCHER G., « Droits de l'Homme », in. RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, p. 191a.

⁷⁵⁶ Ainsi, le *USA Patriot Act*, voté le 25 octobre 2001, augmenta considérablement les pouvoirs de police alors que l'existence des États-Unis d'Amérique ne semblait pas menacée.

⁷⁵⁷ HAARSCHER G., « Droits de l'Homme », in. RAYNAUD Ph., RIALS S. *Op. cit.*, p. 191a.

très exceptionnel (qui pourtant n'entraînait aucun risque pour la cohésion de l'ordre social). Les Droits de l'Homme, même ceux qui sont considérés comme fondamentaux, peuvent donc être enfreints dans certains types de situations jugées exceptionnelles.

Le débat sur la définition concrète des Droits de l'Homme n'a pas sa place ici. Il est toutefois intéressant de noter que même s'il y avait un accord sur l'idée de droits attachés à la personne humaine (ce qui n'est pas le cas) et sur le (ou les) principe qui sous-tendrait ces Droits (par exemple l'autonomie et une certaine forme de respect de la personne humaine – ce qui est encore moins le cas), la formulation précise de ces droits resterait également problématique et traduirait l'arbitraire de la souveraineté. Admettons néanmoins qu'il ait été possible de trouver une formulation de ces droits qui ne serait pas controversable. L'arbitraire de la souveraineté trouverait toutefois à s'exercer dans leur application concrète qui actualise leur définition : à partir du même corpus de droits fondamentaux, il est ainsi possible de les agencer (et donc de les limiter) de manière différente. Or, cet agencement traduit l'arbitraire du droit et donc de la volonté du souverain.

Il est donc impossible de considérer qu'un ensemble de valeurs constitue une limitation au pouvoir du souverain. En effet, le droit naturel doit être actualisé par les organes de l'État qui, en l'interprétant lui donne forme. Kelsen explique ainsi que la création de norme est un acte de volonté :

L'idée d'une norme immédiatement évidente présuppose le concept d'une raison pratique, c'est-à-dire d'une raison qui pose des normes. Mais on montrera que ce concept est indéfendable, parce que la raison a pour fonction la connaissance, et non le vouloir ; or, la création d'une norme est un acte de volonté.⁷⁵⁸

Cette marge d'arbitraire des organes de l'État dans l'édiction du droit se retrouve également au sein du positivisme sociologique. Certes, il est vrai que Duguit semble considérer qu'il est possible de déterminer scientifiquement le droit, transformant ainsi le juriste en sociologue :

On a eu tort, en effet, de dire qu'il était impossible, en fait, de déterminer le moment où la masse des esprits acquerrait la conscience qu'une sanction sociale devait être donnée à une certaine règle. La chose peut être difficile ; elle n'est point impossible. C'est précisément la mission normale du juriste d'essayer de déterminer ce moment, et cela exclusivement par la méthode d'observation, seule méthode scientifique dans le domaine social comme dans le domaine du monde physique. Cette conscience est assurément très obscure, sorte d'intuition plus ou moins trouble dans la plupart des esprits.⁷⁵⁹

⁷⁵⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 259.

⁷⁵⁹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 117.

Néanmoins, même s'il se fait sociologue, c'est toujours le juriste, et à travers lui le juge, donc l'État, qui détermine le droit. De plus, cette conception scientifique de la détermination sociologique du droit est aujourd'hui difficilement acceptable (en tout cas à moyen terme). Elle est la conséquence d'un optimisme lié au positivisme et au développement des sciences sociales au début du XX^e siècle. Elle est d'ailleurs rejetée par G. Lebreton. Constatant que Duguit et Durkheim ont une conception déterministe du droit (celui-ci étant mécaniquement déterminé par la conscience sociale), il propose une conception plus souple :

D'après elle, le droit n'est pas le produit spontané de la conscience collective, mais une réponse qui lui est apportée par les acteurs juridiques. Le déterminisme social s'efface donc au profit du volontarisme des acteurs juridiques : la conscience collective ne crée pas le droit, elle se borne à influencer le législateur, les autorités administratives, les juges, qui en sont les auteurs. Normalement, ceux-ci doivent se contenter de traduire en règles juridiques précises les aspirations nécessairement confuses de la conscience collective, mission qui leur laisse une marge de manœuvre non négligeable. Ils peuvent aussi résister, voire aller à l'encontre de ces aspirations, mais dans l'optique du positivisme sociologique, le droit ainsi formé ne jouira plus que d'une légalité formelle, exclusive de toute légitimité⁷⁶⁰

Il y a donc bien une marge de manœuvre dans la traduction concrète de la conscience collective, du fait de ce qu'Hayek appellerait le haut degré d'abstraction de la conscience collective. Néanmoins, ici encore, l'idée d'une division de la conscience collective n'est pas évoquée. Celle-ci apparaît comme homogène (floue, mais homogène).

Ainsi, non seulement leur actualisation est le fait du souverain, mais également formulation (et est donc le fait du souverain, puisque c'est à travers lui qu'ils sont transposés dans la hiérarchie des normes). C'est le cas également des principes qui les sous-tendent et de l'idée même de droits de l'Homme. À partir du moment où les droits de l'Homme, dans leur réalité, leurs principes, leur formulation et leur application sont arbitraires et traduisent l'exercice de la volonté du souverain, il est absolument impossible de considérer que les Droits de l'Homme constituent une limitation du pouvoir souverain : ils constituent l'application la volonté du souverain.

Les Droits de l'Homme ne sont donc pas absolus. Non seulement ils peuvent être occultés lorsque cela est jugé nécessaire, mais surtout il est nécessaire de les limiter afin de permettre leur application en agencant leurs interactions. La nécessaire limitation des Droits de l'Homme afin de les rendre compatibles renforce alors l'idée que ceux-ci sont définis par l'application qui en est faite, c'est-à-dire par le droit qui leur donne forme et donc constitue la volonté du souverain.

⁷⁶⁰ LEBRETON G., *Liberté publiques & droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2009, 7^e Ed. [1995], p. 27.

Comme toute règle de droit, les Droits de l'Homme sont actualisés par les tribunaux. Leur définition concrète est donc le fait l'État. C'est l'État qui les actualise par les tribunaux et c'est l'État qui les formule et les inscrit dans la hiérarchie des normes. En ce sens, les Droits de l'Homme se présentent bien comme du droit et donc comme la volonté de l'État. À partir du moment où les Droits de l'Homme, dans les États qui les appliquent, constituent la volonté du souverain, il est impossible de les considérer comme une limite à la volonté puisqu'ils sont cette volonté. Le fait que les Droits de l'Homme soient actualisés dans les tribunaux montre que ceux-ci, comme toute règle de droit, sont des commandements, des injonctions. Ils apparaissent comme un système de contrainte formellement identique à tout autre.

1.2.2.2 Les droits de l'Homme comme système de contrainte formellement identique à tout autre

Il ne faut en effet pas se laisser abuser par le concept de droit, qui de ce fait serait limitatif de la puissance souveraine. La loi, se caractérise principalement par son caractère impératif. Les droits de l'Homme s'inscrivent parfaitement dans ce cadre. En fait, le concept de droit subjectif est analytiquement superflu, puisqu'il peut se traduire en termes de devoir et d'obligation. Le caractère opposable des droits de l'Homme implique ainsi que ceux-ci soient définis par les limites qui les actualisent. La mise en place effective des droits de l'Homme se traduit concrètement par toute une série d'interdits, commandements du souverain par le biais de la loi. Tout droit garanti par la loi est ainsi une interdiction faite aux individus d'agir d'une certaine manière. La liberté d'expression se traduit par l'interdiction de punir ou de discriminer quelqu'un pour ses opinions émises ; le droit à la non-discrimination est l'interdiction de discriminer ; le droit à la propriété est l'interdiction de se saisir de ce qui est légalement considéré comme la propriété d'autrui... Il est donc impossible de distinguer un droit de l'interdit qui lui donne forme. C'est ce qu'a très bien perçut Kelsen :

Mais cette donnée que l'on désigne du nom de « droit », ou « droit subjectif » ou « prétention », d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres. On s'exprime ainsi comme si ce droit ou cette prétention de l'un était quelque chose de différent de l'obligation de l'autre ou des autres, et l'on crée ainsi l'apparence qu'il s'agit de deux données juridiquement relevantes distinctes l'une de l'autre, alors qu'en réalité il ne s'agit que d'une seule donnée.⁷⁶¹

⁷⁶¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 172-173.

Il est donc possible de décrire toute l'architecture juridique des États de droit démocratiques uniquement en termes d'interdits (une obligation étant l'interdiction de faire autrement). Ce caractère impératif et contraignant des droits de l'Homme confirme que ceux-ci sont bien la volonté appliquée du souverain, qu'ils sont l'application de sa puissance.

Tout système de contrainte permet de définir par contraste une marge de manœuvre des individus qui constituent leurs droits. Il est donc impossible de dissocier un système de droits du système de contraintes qui lui donne forme, qui constitue la volonté du souverain. Les Droits de l'Homme ne diffèrent pas formellement de tout autre système de normes : il s'agit d'un ensemble de normes contraignantes appliqué de manière absolue et illimitée, déterminant des droits et des devoirs.

Les droits de l'Homme n'ont de réalité que dans le système de contrainte qui leur donne forme. Indépendamment de la question de leur définition et de leur imbrication (qui sont également le fait de la volonté du souverain), ils ne sont pas tant respectés par l'État qu'appliqués par lui, imposés par lui, comme il imposerait tout autre système de valeur au sein duquel les individus disposeraient d'une marge de liberté. Ils ne le limitent pas, mais constituent précisément son action, sa volonté immédiate. D'un point de vue pratique, concernant la réalité de la souveraineté, les droits de l'Homme, inscrits dans le droit, ne changent donc rien au caractère absolu et illimité de la souveraineté⁷⁶² : ils sont le résultat d'applications de normes absolues et illimitées. De ce fait, puisque les Droits de l'Homme consistent en l'imposition par une puissance de normes contraignantes que rien ne vient limiter, la souveraineté est une condition nécessaire de leur existence.

Cette affirmation des droits de l'Homme comme réalisation de l'État et donc du souverain peut se retrouver chez R. Jackson lorsqu'il affirme la nécessité de l'État dans la protection des droits de l'Homme, face à ceux qui critiquent la souveraineté comme les menaçant.

⁷⁶² Il serait même possible de considérer que la croyance en la justesse des principes de justice participe au respect desdits principes et est alors un facteur de cohésion de la communauté politique. Toutefois, cela peut avoir des inconvénients notables si, à un moment donné, le souverain (en démocratie le peuple) estime nécessaire de changer ou de modifier tout ou partie de ces principes (pour des raisons de sécurité ou de meilleurs respects de ces principes). Une partie de la population pourrait alors estimer, conformément à ce qui lui a été enseigné, que ce changement est illégitime, quand bien même légal. C'est justement contre ce risque de guerre civile que Hobbes écrivit son *De Cive*. Cf. HOBBS Th., « préface », in. *De Cive, Op. cit.*, pp. 75-76.

Puisque la mise en œuvre des droits de l'Homme se traduit par la mise en place d'un ordre de contrainte, et que l'État souverain est justement un ordre de contrainte, la mise en place des droits de l'Homme ne peut avoir de sens que par un État souverain. Robert Jackson rappelle ainsi que la protection des droits (indépendamment de la conception métaphysique qui leur est attachée) et des individus est historiquement liée à l'État et à la souveraineté, dont c'est la fonction première (protéger les individus en leur reconnaissant des droits et en définissant le cadre légal de leurs interactions)⁷⁶³. Or, le fait que le tout système de contrainte (donc tout État) ne soit pas nécessairement compatible avec les droits de l'Homme ne permet pas d'invalidier le lien entre souveraineté et droits de l'Homme, qui apparaît comme une condition nécessaire mais non suffisante :

A fundamental responsibility of statesmen and stateswomen is to uphold the safety, freedom and dignity of people, [...]. There can be no guarantees, of course, because sovereign states are human organizations and are therefore subject to human frailties and failings. [...] A paradox of the sovereign state is that it can bring about both human flourishing and human suffering. But human rights violations caused by chaotic states or abusive states can not be addressed or corrected by abandoning the state.⁷⁶⁴

Ce « paradoxe » n'en est pas réellement un. Il est lié à la nature même de l'État qui est d'être un ordre de contraintes. Cet ordre peut être jugé plus ou moins bénéfique ou légitime (et rappelons que pour Hobbes, tout système de contraintes est bénéfique par rapport à son absence), il n'en reste pas moins un système de contraintes. Les droits de l'Homme, constituant un système de contraintes et sa légitimation idéologique, ne se différencient guère des autres systèmes de contraintes idéologiquement bien installés. Vouloir un État qui serait dans l'incapacité matérielle de mettre en place un système de contraintes jugé tyrannique est comme vouloir un couteau qui ne pourrait blesser (surtout en considérant le caractère subjectif de la notion de tyrannie).

Le lien entre souveraineté et droits de l'Homme est également affirmé par Hauke Brunkhorst, qui estime que « *droits de l'homme et souveraineté populaire se conditionnent et se garantissent mutuellement* »⁷⁶⁵. Il rappelle ainsi la dimension proprement positive des Droits de l'Homme, qui sont bien créés par le souverain : « *Au plan intra-étatique, les droits de l'homme et du citoyen devinrent la masse que façonne le souverain démocratique* »⁷⁶⁶. En

⁷⁶³ JACKSON R., *Sovereignty*, Cambridge, Polity Press, 2007, pp. 114-115. C'est également le cas chez Hobbes, pour qui la Loi permet de délimiter le champ d'exercice de la liberté naturelle.

⁷⁶⁴ JACKSON R., *Sovereignty*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 115.

⁷⁶⁵ BRUNKHORST H., « Droit de l'homme et souveraineté – un dilemme ? », *Trivium* [en ligne], n°3, 2009, § 2, < <http://trivium.revues.org/3358> >.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, § 21. Il précise ensuite que ceux-ci « *ne se distinguent du reste du droit que par le fait qu'il sont mieux garantis, et ont, pour l'essentiel, jusqu'à présent mieux résisté à la critique, bien que, dans le détails, ils doivent constamment être modifiés* » (§ 23).

effet, les droits de l'Homme n'ont pour lui de sens qu'à travers la possibilité pour le peuple de façonner et réviser le droit en permanence, en dehors de toute transcendance, tout en se garantissant à chacun un ensemble égal de droits. Dans une vision Habermassienne, la souveraineté (démocratique) correspondrait à une fonction critique, permettant la révision des normes et principes en fonction du contexte et des situations.

Il n'y a donc pas de différence de nature entre un ordre juridique appliquant les droits de l'Homme et tout autre ordre juridique définissant autrement les droits et devoirs des individus ainsi que leur modalité d'application. Dans tous les cas, il existe un ordre juridique, c'est-à-dire un système de contrainte illimitée et s'appliquant de manière absolue. Au sein de ce système de normes, les individus disposent d'une marge de liberté. En ce sens, les théories visant à soumettre le souverain à un ordre constitutionnel ou à le considérer comme autolimité ne modifient en rien le caractère absolu et illimité de l'ordre juridique.

Les droits de l'Homme apparaissent donc bien comme la volonté du souverain. Ceux-ci n'ont effectivement de réalité qu'à travers le système de contrainte qui leur donne forme. Le système normatif des pays occidentaux est ainsi structuré par les droits de l'Homme, qui lui fournissent une part importante de sa justification idéologique (avec la démocratie).

Considérer que ces principes peuvent limiter le pouvoir de l'État est alors la conséquence d'une erreur de raisonnement liée à une trop grande personnification de l'État et à une assimilation abusive de celui-ci à ses organes centraux. En effet, une conception de justice ne peut limiter le droit qui lui donne forme. Par contre, appliquant ce droit et étant légitimés par les valeurs qui le sous-tendent, les organes de l'État peuvent eux être limités. Néanmoins, l'existence de procédure juridique délimitant l'action de l'État ne traduit pas une limitation de son action.

1.2.2.3 Constitutionalisme et autolimitation de l'État : un État toujours absolu et illimité

L'apparition de l'État moderne, juridiquement défini et pensé, ainsi que son développement vers une organisation polycentrique, ont amené l'idée que l'État, agissant par

le droit, est autolimité. En effet, l'inscription progressive de grands principes juridiques au sein des ordres normatifs afin d'ordonner l'action de l'État est régulièrement perçue comme une limitation progressive de l'action de l'État. Néanmoins, ces principes restent la volonté de l'État et la mise en place de procédure assurant leur respect et mise en œuvre de la volonté du souverain, et considérer que cela limite la volonté de l'État revient à confondre la volonté de l'État et la volonté de l'organe (1.2.2.3.1). En effet, le respect de la hiérarchie des normes est une des conditions de l'absoluité du pouvoir du souverain (1.2.2.3.2).

1.2.2.3.1 La confusion entre la volonté de l'État et la volonté de l'organe

Il est fréquent d'observer des affirmations de cette limitation de la souveraineté par un ensemble de textes normatifs. Cherchant à montrer la possible limitation de la souveraineté dès l'époque moderne, Pauline Mortier met en avant l'*Habeas Corpus* et le *Bill of Right*, qui limiteraient le pouvoir du souverain :

En effet, et dès 1628, la pétition des droits, puis l'*Habeas Corpus* en 1679, imposent au monarque de respecter un certain nombre de droits individuels. En 1688, la rédaction du *Bill of Rights* a conduit à parachever cette limitation des pouvoirs du souverain en imposant un certain nombre de droits incontournables ainsi que le rôle du Parlement. En Angleterre, c'est donc dans un contexte de contestation du pouvoir royal que les droits naturels sont mis en avant et mis en pratique⁷⁶⁷

Philippe Némó considère également que la Glorieuse révolution traduit un recul du pouvoir absolu du souverain. Il va jusqu'à considérer que le *Bill of Rights* est une preuve de la fausseté de la théorie du pouvoir illimité du souverain telle qu'elle est présente chez Hobbes :

Donc c'est un vrai *contrat* entre le parlement et le nouveau roi, diamétralement opposé aux principes de Hobbes. Le peuple anglais existe, il est représenté par le Parlement : il ne doit pas son existence au roi. Le peuple se choisit, parmi plusieurs « candidats » possibles, le roi qui est prêt à s'engager vis-à-vis du peuple à respecter une constitution (le *Bill of Rights*), aux clauses nettement définies, offrant prises à des réclamations en cas d'abus.⁷⁶⁸

Ces deux extraits montrent l'identification abusive de la souveraineté au pouvoir du roi. S'il est vrai que les événements de la seconde moitié du XVII^e siècle amènent à une limitation du pouvoir du roi, il ne faut pas voir cela comme une limitation de la souveraineté mais bien un changement de régime. Le *Bill of Rights* ne limite pas la volonté du souverain, le *Bill of Right* est la volonté du souverain. En ce sens, le roi ayant son pouvoir

⁷⁶⁷ MORTIER P., *Les métamorphoses de la souveraineté*, thèse de doctorat, Droit public, pp. 172-173.

⁷⁶⁸ NEMO Ph., *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, 2002, p. 306.

limité par le Parlement, n'est plus le souverain. À partir de 1689, l'Angleterre n'est plus, dans la typologie de Hobbes, une Monarchie mais une Aristocratie⁷⁶⁹.

Cette identification abusive du souverain au roi dans le cas des monarchies constitutionnelles est symptomatique d'une réduction de la volonté de l'État à celle de ces organes centraux, principalement les organes législatifs et exécutifs. Cette erreur, issue du légicentrisme de la Révolution française (mais probablement aussi de l'origine monarchique des États modernes), a déjà été dénoncée et sera approfondie⁷⁷⁰. Elle amène l'idée que le souverain peut être limité, notamment par les textes constitutionnels, alors qu'il ne s'agit que de la limitation de certains organes par d'autres organes, appliquant la volonté du souverain.

Cette conception du constitutionalisme, qui affirme la limitation du pouvoir de l'État par le droit se retrouve fréquemment dans la littérature scientifique. Jean Louise Cohen, considère ainsi que le constitutionalisme soumet à la loi son auteur⁷⁷¹ et est donc une alternative au modèle absolutiste. Cette idée de limite se trouve également chez B. Badie : « *La limite la plus claire qu'on puisse imposer à la souveraineté des États tient au droit de leur interdire de disposer arbitrairement des libertés essentielles* »⁷⁷². Dans une optique similaire, J.-J. Roche rappelle que si à l'origine la souveraineté était pensée comme illimitée, « *l'évolution des doctrines de la souveraineté a ainsi conduit à borner les pouvoirs de la puissance publique par les droits de l'Homme, juridiquement de plus en plus étendus* »⁷⁷³. Il existe donc une tendance forte à considérer que les principes juridiques affirmés au sein des

⁷⁶⁹ La monarchie, dans la typologie des régimes de Hobbes ne renvoie pas à l'existence au sein du corps politique d'une personne appelée roi, mais du fait que la souveraineté appartient à un seul. Hobbes évoque par ailleurs le cas des monarques dont le règne est limité dans le temps. Il précise alors que celui-ci n'est « *que le possesseur usufruitaire de l'empire. Mais le monarque que le peuple a élu de cette sorte [...], n'est pas à proprement parler un monarque, non plus que les dictateurs n'étaient pas des rois chez les Romains, mais le premier ministre de l'État* » (HOBBS Th., *De Cive*, Paris, Flammarion, 1982, p. 176). L'idée d'une monarchie constitutionnelle où les pouvoirs du roi sont définis par un parlement est dans cette optique un contresens : il peut y avoir un roi, mais il n'est pas monarque. À partir de 1689, le peuple anglais n'existe plus à travers le roi, mais à travers le parlement (ou éventuellement du corps électoral désignant le parlement), dont le pouvoir est tout aussi absolu que celui du monarque (le parlement peut tout faire, sauf changer une femme en un homme...). Le rapport entre le peuple et le Parlement est ainsi tout aussi artificiel qu'avec la monarchie, surtout à une époque où une part conséquente de la population ne participe pas aux élections. La dimension représentative et artificielle du souverain est donc toujours présente : le peuple, comme il a été montré précédemment, ne peut exister comme sujet politique sans procédures permettant la formulation artificielle de sa volonté. Que cette volonté émerge de délibérations au sein d'une assemblée ou d'un monarque ne modifie pas le fait qu'il s'agit d'une volonté absolue artificiellement posée comme celle du peuple.

⁷⁷⁰ Cf., *supra*.

⁷⁷¹ COHEN J. L., « Les transformations contemporaines de la souveraineté », *Raison Publique*, n°5, oct. 2006, p. 37.

⁷⁷² Badie B., *Un monde sans souveraineté*, Paris Fayard, 1999, p. 259.

⁷⁷³ ROCHE J.-J., *Relations internationales*, Paris, L.G.D.J, 2010 (5^e Ed.), p. 84.

ordres juridiques des États sont une limite à leur action et contraire au principe d'absoluité de la souveraineté.

Il a toutefois été montré au point précédent que tout droit et marge de libertés garanties par l'État sont la conséquence de l'application de la volonté du souverain interdisant tout comportement les violant. Ces droits sont donc nécessairement la volonté de l'État. Leur garantie passe par la limitation du pouvoir des organes de l'État. Or, la limitation de la volonté des organes de l'État ne traduit pas une limitation de la volonté de l'État.

La limitation des organes l'État par le droit a amené la doctrine juridique à la théorie de l'autolimitation de l'État par le droit. Celle-ci, élaborée par G. Jelinek, est basée sur une distinction tout à fait pertinente entre l'État et les organes qui le composent. Or, les organes de l'État sont soumis à la loi de l'État. Comme la volonté de l'État est la volonté des organes de l'État, l'État serait soumis à la Loi : « *L'État, par la loi, ordonne aussi aux personnes qui lui servent d'organes, de diriger leur volonté d'organe dans un sens conforme à la loi. Mais comme la volonté de l'organe est la volonté de l'État, l'État, en liant ses organes, se lie lui-même* »⁷⁷⁴. Cette conception semble validée par Carré de Malberg :

Quelles que soient les conditions auxquelles peut être soumise la formation des Lois, il faut constater comme un point certain que soit la constitution, soit les lois... sont l'œuvre de sa volonté (de l'État) et prennent leur source exclusivement dans le pouvoir qu'il a de se déterminer lui-même... L'ordre juridique et l'organisation statutaire de l'État souverain reposent sur sa volonté propre ; la limitation de sa puissance, qui résulte de cette organisation ou de cet ordre juridique, découle pareillement de cette même volonté... C'est en ce sens qu'il y a lieu de considérer comme justifiée et comme conforme à la réalité des faits la théorie contemporaine de l'auto-limitation (I, p. 233 et 234).⁷⁷⁵

Cette approche est intéressante pour deux raisons. La première est qu'elle réaffirme la construction de la volonté de l'État par la coopération d'organes, chacun ayant des compétences définies, auxquels il est alors possible d'adjoindre les tribunaux ainsi que l'ensemble des personnes et organes disposant d'un pouvoir d'injonction. La seconde est qu'elle permet d'expliquer la soumission des organes de l'État au droit qu'il crée. Les organes de l'État appliquent le droit de l'État. Ils peuvent être sanctionnés en cas de manquement à leurs obligations juridiques. Il apparaît donc que certains organes (la quasi-totalité en fait) sont limités dans leur action. C'est cette application contrainte de la volonté de l'État par les organes de l'État qui peut induire l'idée d'autolimitation. Néanmoins, il est impossible d'inférer de cette limitation du pouvoir des organes de l'État une limitation de l'État, ni même une autolimitation.

⁷⁷⁴ JELINEK G., *L'État moderne et son droit*, Paris, Panthéon Assas, 2005, t.2, p. 131.

⁷⁷⁵ Carré de Malberg, cit. in. DUGUIT L., *Op. cit.*, t.1, p. 642.

En effet il est impropre de considérer que l'État se lie par le droit. Poser la limitation de la volonté de l'État par le droit consiste à dire que la volonté de l'État est liée par la volonté de l'État. Il y aurait donc deux volontés de l'État, une qui lie et une qui est liée. Cette erreur provient du fait de supposer une volonté du souverain distincte de l'ensemble du droit positif, et de penser la volonté de l'État non pas comme l'ensemble du droit mais comme le droit en cours d'élaboration ou comme la volonté des individus qui composent ses organes (notamment centraux). Ainsi, il est possible de considérer que la volonté des individus composant les organes est limitée, de même qu'il est possible de considérer que la volonté de certains organes (gouvernement, assemblée législative, préfets...) est limitée. Il est toutefois impropre de considérer du fait de la limitation de certains organes que l'État est limité : ni la volonté des individus ni la volonté d'organes particuliers ne peuvent être considérées comme une limitation de la volonté de l'État. Seule la confusion entre la volonté de certains organes ou la volonté de certains individus et la volonté de l'État peut expliquer cette idée d'une limitation de la volonté de l'État.

Il est alors plus juste de considérer que le droit et les actes de l'État étant la volonté de l'État, en respectant le droit l'État applique sa volonté. Or, sa volonté ne saurait être une limite à sa volonté. Il n'y a donc pas de limitation de la volonté du souverain par le droit : le souverain applique en permanence le droit (sa volonté) de manière absolue et illimitée. Le droit définit l'action de l'État, puisqu'il ne peut agir que par le droit. En ce sens, le terme limite est ambigu : le droit n'est pas tant la limite de l'action de l'État que son étendue. Duguit a donc raison de considérer que « *L'État n'est pas véritablement limité par le droit, si c'est lui qui peut seul établir et formuler ce droit, et s'il peut le changer comme il le veut à chaque moment* »⁷⁷⁶.

La théorie de la souveraineté traduit avant tout l'absoluité et l'illimitation du droit. Or, il y a ici une confusion liée à l'ambiguïté du terme limite. En effet, la volonté de l'État comprend l'intégralité du droit positif. Aucune norme ne peut limiter les pouvoirs de l'État et donc du souverain puisque toute norme effective est une norme contraignante qui est par définition sa volonté. Le droit n'est donc pas une limite à l'action de l'État : il est l'action de l'État. Le droit peut être considéré comme la limite *de* l'action de l'État. L'action de l'État étant le droit, celui-ci détermine son étendue. Il ne peut toutefois être pensé comme une barrière : il n'existe pas de règles définissant le cadre de son action que l'État ne peut changer.

⁷⁷⁶ DUGUIT L., *Op. cit.*, t1, p. 645.

La limitation des organes de l'État par le droit lui permet de définir son cadre d'action. Elle n'est donc pas une limitation de son pouvoir, mais au contraire la condition de son absoluté.

1.2.2.3.2 Le respect de la hiérarchie des normes comme conditions de l'absoluté du pouvoir du souverain.

Le développement au sein des pays occidentaux de l'État de droit et du contrôle juridictionnel, parallèle à la montée des valeurs libérales et démocratiques peut suggérer que ces deux phénomènes sont liés. Ainsi, dans son manuel de Sociologie politique, Philippe Braud, présentant la conception libérale de la liberté, semble considérer qu'elle implique la mise en place d'une limitation du pouvoir de l'État : « *Cette vision de la liberté comme sphère d'activité opposable à la puissance de l'État, suppose le développement d'institutions qui assiste le citoyen contre les risques d'arbitraire* »⁷⁷⁷.

Or, ce n'est pas tant cette conception libérale de la liberté qui suppose le développement d'institutions qui assistent le citoyen contre le risque d'arbitraire que le polycentrisme croissant des États.

En effet, le développement de l'État moderne a entraîné une multiplication des organes producteurs de droit participant à la création de la volonté du souverain. Puisque le droit reflète la conception dominante de la justice, il est nécessaire de maintenir une certaine cohérence entre la production normative de ces différents organes. La complexification de l'État nécessite donc la mise en place d'une hiérarchie entre ces différents organes ainsi que de procédures de contrôle afin de maintenir l'unité du système de normes dans son aspect dynamique et dans son aspect statique. Il faut donc préserver une cohérence de forme (principe dynamique) et une cohérence de fond (principe statique) qui maintiennent l'unité du système normatif.

La mise en place d'un État de droit (au sens formel) est donc la conséquence nécessaire de la complexification de l'État. En ce sens, la multiplication des règles encadrant l'activité des organes étatiques est la conséquence de l'unité statique du droit, unité qui correspond aux grands principes de justice d'une société et qui composent son idéologie

⁷⁷⁷ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, Lextensoéditions, 9^e éd., 2008, p. 94.

dominante. Il s'agit donc non pas d'une limitation du droit mais bien du renforcement de sa cohérence et donc de son absoluté. Sans ce contrôle juridictionnel (contrôle de légalité, de constitutionnalité...), c'est-à-dire si chacun des organes composant l'État pouvait établir toute norme, il n'y aurait plus d'unité de l'ordre juridique et donc plus d'État.

Le constitutionalisme et, de manière plus générale, la mise en place d'un État de droit, ne sont donc que l'affirmation de principes juridiques s'appliquant aux organes subordonnés, et ne sauraient remettre en cause le caractère absolu de la souveraineté. La soumission des organes de l'État au droit n'est donc pas une limitation du pouvoir de l'État mais une technique de mise en forme cohérente de sa volonté : l'application de la volonté du souverain implique nécessairement de limiter l'autonomie des agents exerçant le pouvoir en son nom, qui doivent respecter cette volonté. Le respect de la constitution par le gouvernement ou l'assemblée législative n'est donc pas fondamentalement différent du respect des instructions du monarque par un régent ou ses ministres. Le contrôle des organes de l'État afin de préserver l'unité statique et dynamique du droit participe donc de son renforcement et non d'une limitation.

Il s'agit donc bien d'une mise en forme de la puissance de l'État et non d'une limitation de celle-ci. L'idée d'une sphère d'activité opposable à l'État (c'est-à-dire à certains organes) est donc formellement identique à un contrôle de l'action de l'État (elle est le fruit de l'ambiguïté du terme droit). Il s'agit de vérifier que les organes et agents de l'État n'outrepassent pas leurs prérogatives et respectent la volonté du souverain. Ainsi l'arbitraire peut certes être pensé comme un risque pour les citoyens, mais il peut également être pensé comme une infraction à la volonté du souverain. Ce n'est donc pas tant contre la puissance de l'État qu'il faut se prémunir, mais contre un usage détourné de cette puissance par certains organes ou agents (du parlement au policier municipal). Cette dénonciation de l'assimilation du contrôle de la légalité des actes de l'Administration à la mise en place d'un système libéral est reprise par Katia Weindenfeld :

Pour les historiens du droit, ce récit des origines repose sur un mythe. En liant étroitement le droit administratif à la République, il lui donne le visage d'un instrument de la défense des libertés promise par le nouveau régime. Pourtant, s'il arrête parfois le bras de l'autorité, le droit administratif légitime souvent l'exercice de la puissance publique. Comme tel, il n'est pas antagoniste, dans son principe, des régimes autoritaires.⁷⁷⁸

⁷⁷⁸ WEINDENFELD K., *Histoire du droit administratif : Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 1.

L'idée d'un contrôle des agents de l'État n'est donc pas étrangère à l'absolutisme : elle en est la condition : le souverain ne saurait être posé comme absolu si ses agents ne respectent pas ces instructions. Il est d'ailleurs pertinent de rappeler ici que sous l'Ancien régime, une des fonctions des intendants était d'« *informer de tous crimes, abus et malversations commises par nos officiers et autres choses concernant notre service et le soulagement de notre peuple* »⁷⁷⁹. Les intendants (et le Conseil du roi) avaient ainsi pour fonction de gérer ce qui est aujourd'hui considéré comme du contentieux administratif : « *A partir du XVII^e siècle, les intendants de justice, police et finances et le Conseil du roi se chargent ainsi d'une part importante du contentieux né de l'activité des personnes publiques* »⁷⁸⁰. Cette dissociation nécessaire entre l'État de droit au sens formel et au sens matériel s'observe aujourd'hui en République populaire de Chine, où de nombreux auteurs constatent un renforcement (difficile) de l'état de droit (au sens formel)⁷⁸¹.

Il est donc impropre de considérer que l'État est limité par le droit qu'il applique. Les organes peuvent être limités, mais cette limitation est la conséquence du polycentrisme croissant des États, qui implique de contrôler que les organes d'application et de création du droit respectent l'ordre juridique, c'est-à-dire la volonté du souverain. La mise en place d'un État de droit au sens formel est ainsi parfaitement compatible avec un régime autoritaire, et n'entame pas la dimension absolue du pouvoir de l'État. Cette limitation juridique du pouvoir des organes probablement est plus forte dans les systèmes représentatifs, c'est-à-dire dans les systèmes où le souverain n'exerce pas directement la souveraineté⁷⁸², mais n'est lié ni à la démocratie, ni au droits de l'Homme. C'est donc une confusion entre l'État et certains de ces organes qui amène à penser que l'État est limité par le droit.

⁷⁷⁹ « Ordonnance du roy Louis XIII sur les plaintes et doléances faites par les députés des Estats de son royaume convoqués et assemblés en la Ville de Paris en 1614 publier au parlement le 15 janvier 1629 », (appelé Code Michau), art. 54. Il faut toutefois préciser que cette ordonnance n'a jamais été appliquée.

⁷⁸⁰ WEINDENFELD K., *Histoire du droit administratif : Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 18 et sq. La distinction entre les activités juridictionnelles et administratives n'était certes pas aussi développée qu'aujourd'hui, mais la question de l'efficacité du système n'a pas lieu d'être ici.

⁷⁸¹ PEERENBOOM R., « Law and development of constitutional democracy: is China a Problem Case? », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2006, pp. 191-199. ; DELMAS-MARTY M., « La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de la mondialisation », in. DELMAS-MARTY M., WILL P.-E. (dir.), *La Chine et la démocratie*, Paris, Fayard, 2007, pp. 551-556.

⁷⁸² Il apparaît en effet que la limitation des organes centraux par le droit n'est pas tant la conséquence de la démocratie que de sa dimension représentative : c'est justement parce que ni le Gouvernement ni le Parlement n'est le souverain mais qu'ils exercent le pouvoir en son nom qu'il est possible et légitime de borner leur action par des principes posés comme la volonté du souverain. Un contrôle de constitutionnalité serait ainsi beaucoup plus délicat à mettre en place dans un système de démocratie directe où le peuple souverain imposerait directement sa volonté.

Il n'y a ainsi aucune contradiction ni incompatibilité entre l'autolimitation et l'absolutisme, notamment à partir du moment où le souverain n'exerce pas le pouvoir (ce qui est le cas dans les démocraties représentatives)⁷⁸³. Il est donc faut de considérer que cette autolimitation, qui n'est que la mise en forme de la volonté du souverain au sein d'un ensemble hiérarchisé, soit en contradiction avec la souveraineté telle que posé par Hobbes :

La doctrine de Hobbes ne peut être assimilée au positivisme juridique si celui-ci admet une autolimitation constitutionnelle de l'État, ce qui sera le cas dans certaines formes modernes du positivisme juridique. L'absolutisme de Hobbes se rapproche donc d'un décisionnisme, et s'oppose radicalement à cet égard aux doctrines modernes de l'autolimitation du pouvoir de l'État par le droit, puisqu'il constitue philosophiquement une prise de position forte en faveur d'une indivisibilité de son exercice.⁷⁸⁴

En effet, la théorie de la souveraineté ne traduit pas tant une opposition au partage de l'exercice de la souveraineté (tout système politique un minimum étendu nécessitant la participation de plusieurs personnes à l'exercice de la souveraineté) qu'à sa possession. Cela signifie donc qu'il ne peut exister au sein d'une communauté politique plusieurs sources concurrentes de légitimité équivalente (en démocratie, c'est uniquement l'assemblée de tous –le corps électoral– qui est considérée comme le détenteur de la souveraineté, sans aucune autre source concurrente).

Tout système normatif étant concrètement l'application des principes de justice dominants au sein de cette société, il est défini par les principes qu'il applique. Il est donc possible de considérer que tel système appliquant tels principes, les principes qui le définissent constituent sa limite. Ainsi, les droits de l'Homme sont la limite d'un système appliquant les droits de l'Homme de même que la Charia est la limite d'un système appliquant la Charia. Dans ces deux cas, la limite est alors simplement le cadre d'application du droit, la forme qu'il prend. La limite est à prendre ici au sens de bord, non de barrière. L'arbitraire de la Loi (c'est-à-dire de l'ensemble de l'ordre juridique) signifie qu'il n'existe pas de limite *a priori* à la forme que peut prendre le droit (comme en témoigne la diversité des systèmes normatifs existant et ayant existé). L'arbitraire de la loi concerne donc autant la conception dominante de la justice que les aménagements au sein de celle-ci.

⁷⁸³ Hobbes mentionne explicitement une forme de démocratie représentative lorsqu'il traite dans le *De Cive* des différences entre les différentes formes de régime : « Mais, si sous une démocratie, le peuple voulait laisser les délibérations touchant la guerre et la paix et la promulgation des lois, à un seul homme ou à un conseil de fort peu de personne, se contentant de la nomination des magistrats et autres officiers, c'est-à-dire, ne se réservant que l'autorité sans se mêler du ministère, il faudrait avouer qu'en ce cas-là, la démocratie et la monarchie seraient en ce point égales. » (HOBBS Th., *De Cive*, Paris, Flammarion, 1982, p. 206). L'idée d'un peuple confiant l'exercice du pouvoir est donc non seulement présente mais également valorisée (puisque égale à la monarchie). Le fait alors de donner sous forme de constitution des injonctions à ces magistrats élus ne pouvant être assimilé à une limitation de la souveraineté du peuple.

⁷⁸⁴ BILLIER J.C., MARYOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, p. 106.

Ainsi, s'il peut sembler que, au sein d'un système donné, la souveraineté soit contrainte par les grands principes généraux de ce système, c'est uniquement parce que ceux-ci sont à la fois le cadre de ce système et sa justification idéologique. Néanmoins, il est erroné de considérer que ce cadre constitue une limite à la volonté du souverain puisqu'il en est l'expression. Cela traduit une confusion entre la volonté de l'État et la volonté des individus qui le composent (ou de certains de ces organes). Cette lecture est de plus le résultat d'un trop grand rationalisme qui vise à penser la liberté du souverain indépendamment du contexte social et culturel au sein duquel il s'inscrit. En effet, la liberté du souverain n'a de sens que vis-à-vis des alternatives offertes à un moment donné. Or, cette liberté du souverain que traduit l'arbitraire de la loi est une des conditions essentielles de l'évolution des sociétés.

1.2.2.4 L'arbitraire de la loi comme condition de l'évolution juridique des sociétés

La volonté du souverain consiste en l'intégralité du droit présent au sein des sociétés. L'application de ce droit ne peut donc être considérée comme une limite à la volonté du souverain puisqu'elle constitue précisément sa volonté. Néanmoins, il est vrai que l'arbitraire de la loi et la théorie de la souveraineté impliquent que le souverain puisse en changer. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les rapports entre les conceptions sociales existantes au sein d'une communauté politique et le droit positif afin d'étudier les modalités d'évolution du droit.

La liberté du souverain ne doit pas se penser comme une liberté abstraite, indépendante de tout ancrage social. La liberté du souverain ne peut être comprise que comme le choix entre des alternatives socialement existantes au sein du groupe. La souveraineté apparaît ainsi comme la mise en place de procédures de décision permettant justement de trancher les conflits de valeurs au sein de la société. Ce n'est donc que lorsqu'il y a conflit de valeurs que peut logiquement s'exercer cette liberté, puisque c'est le conflit de valeurs qui crée l'existence d'alternatives. Cette liberté de choix du souverain, que traduit l'arbitraire du droit, apparaît alors comme un élément indispensable d'évolution des sociétés humaines.

Il faudra ainsi considérer que les théories affirmant la limitation de la souveraineté par la conception dominante de justice sont construites sur une vision unanimiste de la société (1.2.2.4.1). Or, une souveraineté absolue et illimitée est le seul moyen de trancher les conflits

de valeurs existant au sein d'une société en évolution (1.2.2.4.2). Il apparaîtra alors que les théories affirmant la limitation de l'État par les conceptions dominantes au sein de la société ont une conception désincarnée de l'État, dont la volonté serait libre de tout déterminisme (1.2.2.4.3).

1.2.2.4.1 La limitation de la souveraineté par la conception dominante de la justice construite sur une conception unanimiste de la société

Les théories qui affirment la limitation de la souveraineté par la conception dominante de la justice évacuent régulièrement la question du conflit de valeurs. C'est particulièrement flagrant chez L. Duguit et F. A. Hayek.

En effet, le problème des assertions de Hayek et de Duguit est qu'elles traduisent une subsomption des opinions et avis individuels sous un même ensemble. S'il est tout à fait légitime de dénoncer les fictions de la volonté générale ou nationale, il est plus délicat de parler ensuite de l'assentiment *du public*, de *la masse des esprits*⁷⁸⁵. En fait, derrière une critique justifiée de la fiction de l'esprit de groupe, ces auteurs réintroduisent subrepticement une unité dans les désirs de la population, ce qui revient simplement à sociologiser la volonté générale (qui, rappelons-le, serait scientifiquement déterminable pour Duguit). Duguit parle ainsi de *la* conception de la justice :

Dans tout groupement social, il y a toujours eu et il y aura toujours, à un moment donné, une certaine conception générale de la justice. Il y a toujours eu et il y aura toujours certaines normes reconnues telles que celui qui les viole porte atteinte au sentiment de la justice. Les choses défendues ou ordonnées par ces règles ont varié et varieront infiniment. Telles qui paraissaient justes autrefois ne le paraissent plus aujourd'hui. Mais toujours ce qui paraît injuste le paraît parce qu'il est contraire à ce qui, au moment considéré, est senti comme étant la justice commutative ou la justice distributive.⁷⁸⁶

La règle de droit est ainsi une règle de droit quand elle est partagée par l'ensemble des membres du groupe : « *Mais pour certaines règles ce sentiment existe ; et quand il existe dans l'unanimité ou la quasi-unanimité des esprits, la norme considérée devient une norme juridique* »⁷⁸⁷. De même, Hayek emploie également ces formulations générales suggérant l'unanimité : « *Ou lorsque le sentiment [...] est partagé par tous les membres du groupe* »⁷⁸⁸ ;

⁷⁸⁵ Léon Duguit emploie ainsi vingt-deux fois l'expression « *la masse des esprits* » tout au long de son ouvrage : pp. 81 ; 93 (*bis*) ; 94 ; 110 ; 111 ; 112 ; 117 ; 118 ; 159 ; 173 ; 174 ; 183 ; 190 (*bis*) ; 191 ; 241 ; 658 ; 744 ; 759 ; 773 ; 780 (DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*). Il parle également huit fois de la masse des consciences individuelles : pp. 81 (*ter*) ; 141 ; 145 ; 146 ; 153 ; 200 (*ibid.*).

⁷⁸⁶ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 123.

⁷⁸⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, *Op. cit.*, pp. 116-117.

⁷⁸⁸ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 202. Je souligne.

« *Le droit du chef d'exiger une certaine conduite dépendra de l'adhésion générale à une règle qui y corresponde* »⁷⁸⁹.

Cette unification de la conception de la justice ainsi attribuée à l'ensemble des individus d'un groupe est donc une reformulation de la volonté générale. Critiquer l'existence d'un moi commun dont la volonté serait la volonté du groupe est parfaitement justifié d'un point de vue philosophique. Par contre, expliquer qu'il existe une conception du droit partagée au sein de la communauté que les pouvoirs publics doivent respecter et dire qu'il existe une volonté de groupe que les pouvoirs publics doivent respecter sont deux assertions parfaitement synonymes. Si le droit est décrit en termes de volonté (ou de commandement) et qu'on accepte l'idée d'un droit immanent à un groupe social, alors il faut reconnaître que ce droit est la volonté (ou le commandement) immanente au groupe. Il est ainsi fréquent d'observer dans les critiques de la souveraineté non seulement des critiques de la métaphore du contrat social (en constatant son absence), mais surtout de la personnification du peuple. Il est possible bien sûr de citer Duguit, mais ces critiques sont reprises par B. Cubertafond qui dénonce à très juste titre l'existence d'un moi commun⁷⁹⁰. Mais si le moi commun, la volonté générale, est un élément essentiel de l'architecture intellectuelle de Rousseau, elle est totalement absente chez Hobbes. En effet, le peuple chez Hobbes est explicitement présenté comme une construction artificielle, sans réalité propre. C'est justement parce qu'il ne peut pas exister de volonté propre à un groupe d'individus qu'il est nécessaire de créer une volonté qui, de ce fait, est arbitraire⁷⁹¹.

La théorie de la souveraineté de Hobbes ne se présente pas comme l'imposition de la volonté naturelle du groupe mais bien comme l'imposition d'une volonté artificiellement attribuée au groupe. Les individus se retrouvent auteurs des actes du souverain, et c'est en ce sens qu'il est possible de parler de volonté du groupe.

Or, dans le cas où il y a effectivement un sentiment de justice partagé par tous les membres du groupe social, il n'y a aucune raison de supposer que le ou les individus composant le souverain désirent changer cette conception dominante de la justice. Puisque ceux-ci sont par définition membres du groupe, il n'y a aucune raison de penser que le souverain irait à l'encontre de conceptions qu'il partage. De manière plus générale, si la conception principale de la justice est très majoritaire, il faut rappeler que, comme idéologie, elle participe de la justification du pouvoir en place. Or, les approches marxistes, entre autres,

⁷⁸⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 199. Je souligne.

⁷⁹⁰ CUBERTAFOND B., « Souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1283.

⁷⁹¹ Cf. *supra*.

affirment que l'idéologie dominante est celle des groupes au pouvoir⁷⁹². Ceux-ci n'ont donc aucun intérêt à remettre en cause une idéologie qui est la leur et qui légitime leur pouvoir. Néanmoins, comme il a été dit, l'arbitraire de la souveraineté peut s'observer alors même qu'il y a consensus sur les grandes notions dans l'ordonnement et la mise en œuvre des principes.

L'affirmation de la limitation de la souveraineté par des conceptions unanimement partagées est donc un non-sens, puisque si elles sont unanimement partagées, les individus composant le souverain les partagent. Le droit qui traduit alors l'application de ces conceptions est alors la volonté du souverain et s'applique de manière absolue et illimitée. Il est donc impossible de considérer une alternative *a priori*, rationnellement supposée, en fonction de laquelle l'observateur pourrait affirmer l'absence de liberté du souverain.

La critique visant à mettre en avant l'impossibilité théorique de l'État à mettre en place certaines mesures est donc en grande partie incorrecte. Elle est incorrecte pour deux raisons. La première est qu'elle considère comme volonté du souverain non pas le droit effectif mais un acte non existant qui serait désiré par les individus incarnant certains organes de l'État. La seconde est qu'elle est construite sur une fiction. Elle consiste à imaginer une norme qui ne serait pas acceptée et à en déduire que *si l'État voulait* l'appliquer, il ne le pourrait pas. Or, la volonté de l'État ne consiste pas à vouloir appliquer une norme, mais en les normes appliquées. Lorsqu'un texte réglementaire ou législatif n'est pas appliqué, ou qu'une loi tombe en désuétude, ce n'est pas la volonté de l'État. La volonté de l'État consiste en l'intégralité du droit effectif. Une norme non appliquée n'est plus une norme⁷⁹³.

La question de l'arbitraire de la loi et de la marge de manœuvre du souverain ne se pose donc pas lorsqu'il y a unanimité au sein du corps social. Lorsqu'existe cette unanimité, cette conception de la justice qui correspond au droit est alors la volonté du souverain. C'est lorsqu'il existe une divergence au sein de ce corps social que devient réellement visible la liberté et l'arbitraire du souverain. La souveraineté absolue et illimitée est en effet le seul moyen de résoudre les conflits de valeurs inhérents aux sociétés complexes.

⁷⁹² C'est ce que reconnaît P. Ricœur : « *les idées dominante sont énoncé par la classe dominante. Mon objectif est maintenant de défendre cet argument* ». in. RICŒUR P., *L'idéologie et l'utopie*, Op. cit., p. 263.

⁷⁹³ Cf. *supra*.

1.2.2.4.2 La souveraineté illimitée et absolue comme seul moyen de dépasser les inévitables conflits de valeurs au sein d'une société complexe en évolution.

Si la question de la limitation du pouvoir du souverain ne se pose pas lorsqu'il y a unanimité vis-à-vis de la conception de la justice, elle est plus problématique en cas de conflit. L'arbitraire et l'illimitation de la souveraineté apparaissent précisément en cas de forte tension sociale sur les questions de justice.

Philippe Braud rappelle que le conflit est lié « à l'essence même du politique »⁷⁹⁴. Il en distingue deux types : conflit d'intérêts et conflit de valeurs. Si les conflits d'intérêts peuvent se résoudre facilement dans le cadre d'une société partageant les mêmes valeurs (celles-ci permettant de trouver un compromis), les conflits de valeurs sont beaucoup plus délicats à trancher. Dans l'optique de la souveraineté, celui qui juge les valeurs en dernier recours les définit (et donc de ce fait définit le bien et le mal, le juste et l'injuste).

Les conflits de valeurs ne sont toutefois pas nécessairement inhérents à tout ordre social. En effet, pour qu'il y ait conflit de valeurs, il est nécessaire qu'il y ait préalablement pluralisme des valeurs. En dehors des variations individuelles, seule une société disposant d'un certain degré de pluralisme social peut voir émerger en son sein des valeurs concurrentes entre lesquels il est nécessaire de trancher. Ainsi, un groupe humain socialement homogène a moins de chance de connaître des conflits de valeurs qu'un groupe hétérogène.

Il semble en effet admis qu'un certain degré de consensus sur les valeurs fondamentales soit nécessaire à la stabilité de l'ordre social. Robert A. Dahl et Charles E. Lindblom expliquent ainsi la nécessité pour la stabilité d'un régime polyarchique (parmi d'autres facteurs) d'un consensus non seulement sur les procédures de décisions mais également sur *les pratiques politiques essentielles*⁷⁹⁵. Pour eux, tant les guerres civiles américaines que françaises, de même que de nombreux coups d'État et révolutions (en France, mais également en Russie ainsi que l'échec de la République de Weimar) seraient justement dues à l'existence de désaccords profonds sur des questions politiques. Ils reprennent alors le discours inaugural de Jefferson, qui affirmerait que la volonté de la majorité ne saurait prévaloir si elle n'est pas raisonnable pour une large minorité. La nécessité d'un tel consensus

⁷⁹⁴ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, Lextensoéditions, 9^e éd., 2008, p. 63.

⁷⁹⁵ DAHL R. A., LINDBLOM CH. E., « Les conditions préalables à la polyarchie » [1957], in. BIRNBAUM P. *Sociologie politique*, Paris, A. Colin, 1971 [1961], pp. 153-156.

sur les valeurs fondamentales justifie alors la nécessité d'un fort endoctrinement social⁷⁹⁶. En effet, en l'absence d'un tel endoctrinement sur les valeurs fondamentales de la société (le bien et le juste), le risque d'apparition de positions irréconciliables augmente, et celles-ci peuvent être sources de conflits (la question de l'esclavage dans une société étant un bon exemple de positions irréconciliables). Or, le conflit de valeurs ne peut qu'être tranché par un arbitre qui ne peut être tenu par les valeurs qu'il juge.

Les théories qui affirment donc que la souveraineté est limitée par les valeurs dominantes de la société ne prennent pas en compte la possibilité de conflits de valeurs forts. Or, ceux-ci apparaissent inhérents aux sociétés, notamment passé un certain seuil de complexité. C'est particulièrement visible chez Hayek. Alors même que celui-ci affirme l'existence de principes limitant le pouvoir, toute sa théorie ne peut éviter la mise en place de procédures de création de loi où peut apparaître l'arbitraire du souverain. Il est alors intéressant d'étudier précisément sa pensée pour montrer qu'elle implique l'émergence de conflits de valeurs et donc la nécessité d'un juge qui tranche.

Les sociétés contemporaines sont complexes et se caractérisent par la coexistence de multiples sous-groupes sociaux. En effet, pour Hayek, toute société est construite sur un ensemble de principes abstraits : « *Autrement dit, pour qu'un certain ordre d'ensemble s'établisse, il suffit que les réponses des individus aux événements de leur milieu soient semblables dans un certain nombre d'aspects abstraits* »⁷⁹⁷. La caractéristique des sociétés construites sur des ordres abstraits est justement qu'elles permettent de multiplier les comportements et connaissances des individus qui la composent. Plus la société est grande et complexe, plus les règles d'ensemble sont générales et abstraites, donc moins elles traitent des cas de détails. Il faut alors considérer qu'il existe au sein de cet ordre abstrait général des sous-ordres particuliers, dont la détermination précise n'est pas fondamentale au fonctionnement et à la cohésion de l'ordre général tant qu'ils en respectent les principes généraux. Les différents groupes sociaux au sein d'une société complexe peuvent donc avoir une évolution culturelle et comportementale propre et agir dans des champs sociaux

⁷⁹⁶ Il est vrai que la première condition que ces deux auteurs estiment nécessaire à la polyarchie est l'existence de cet endoctrinement. Néanmoins, celui-ci ne concerne alors que le processus polyarchique et l'attrait pour la démocratie : *Ibid.*, p. 152. La nécessité de cet endoctrinement vis-à-vis de la cohésion de l'ordre social est également mise en avant par Hobbes. L'idée que chacun puisse juger du bien et du mal est ainsi une des principales idées qui mène à la sédition (HOBBS Th., *De Cive, Op. cit.*, p. 215). Il en conclut alors en la nécessité de contrôler l'enseignement (*Ibid.*, p. 100).

⁷⁹⁷ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, pp. 136-137.

particuliers relativement autonomes, tant qu'ils respectent les grands principes abstraits de la société.

Hayek considère que la plupart des individus acquiert la connaissance des règles de conduite par mimétisme⁷⁹⁸. Il est vrai que son raisonnement concerne principalement les sociétés primitives. Néanmoins, il semble tout à fait pertinent de transposer ce raisonnement aux sociétés actuelles, où il serait abusif de considérer que la plupart des gens ont étudié les codes de lois (ou même les pratiques culturelles) afin de savoir ce qui est permis ou non. De ce fait, il faut supposer que la plupart des gens, dans les différents mondes sociaux qui sont les leurs, pour leurs attitudes quotidiennes, apprennent également les règles de comportement par mimétisme, en observant ce que font les autres, développant un *habitus* propre. L'apprentissage des règles se fait principalement en observant la manière dont se comportent les autres. Les individus se socialisent alors différemment en fonction des différents sous-groupes auxquels ils appartiennent.

La complexification des sociétés entraîne donc nécessairement un pluralisme culturel et social, qui crée une divergence dans les conceptions de justice entre les différents individus. Les sociétés complexes nécessitent alors la mise en place d'instances et de procédures de formulation des normes afin de trancher les conflits de valeurs :

Ce n'est que lorsque les intelligences individuelles commenceront à différer d'une façon significative qu'il deviendra nécessaire d'exprimer ces règles sous une forme permettant de les communiquer et de les enseigner explicitement, de corriger les comportements déviants et de décider entre opinions différentes sur la conduite à tenir.⁷⁹⁹

Or, cette divergence des intelligences individuelles est la conséquence logique de la complexification des sociétés. Plus la société est complexe, plus les intelligences individuelles divergeront (Hayek considère justement que la supériorité des sociétés réside dans cette capacité à mutualiser des intelligences diverses). La complexification de la société entraîne donc l'apparition d'une multitude de sous-groupes se socialisant différemment, qui pourront alors développer une conception différente de ce qui est juste concernant telle question.

Cette présentation est toutefois statique. Elle permet de comprendre un ordre social complexe, pas comment il évolue. Pour Hayek, la principale source de droit doit être laissée à la coutume et à la jurisprudence, c'est-à-dire doit émerger spontanément des pratiques et interactions entre différents acteurs afin de mieux correspondre aux nécessités de leurs activités et les perturber le moins possible. Néanmoins, il reconnaît la nécessité de

⁷⁹⁸ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF, p. 198.

⁷⁹⁹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 135. Je souligne.

changements occasionnels, ce qui implique un pouvoir de législation. En effet, l'origine coutumière du droit ne garantit pas la justesse des pratiques et conceptions ainsi créées :

Ce fait n'exclut pas qu'à d'autres égards ce genre de droit soit susceptible de bourgeonner dans des directions très indésirables. Et lorsque cela se produit, le recours à la législation peut être la seule issue permettant la correction nécessaire. Pour diverses raisons, le processus spontané de croissance peut aboutir à une impasse d'où l'on ne peut compter qu'il se sorte par ses propres forces, du moins assez rapidement.⁸⁰⁰

Il continue en considérant que « *Le fait que le droit qui s'est développé de cette manière présente certaines propriétés désirables ne prouve pas qu'il sera toujours juste et il se peut même que certaines de ses règles soient franchement mauvaises. Par conséquent, ses qualités n'impliquent pas que nous puissions nous passer de législation* »⁸⁰¹. Parmi les raisons évoquées, il y a notamment l'idée que les membres d'un groupe (*classe*) disposant du droit peuvent avoir des idées traditionnelles qui « *leur font considérer comme juste quelque chose qui ne correspond pas aux exigences plus générales de la justice* »⁸⁰². Or, cela implique bien l'hétérogénéité de la société et des conceptions de la justice.

De nombreux auteurs ont alors mis en avant la difficulté chez Hayek de rendre compte précisément du processus de sélection des règles. Ainsi, Timothy Sandefur explique non seulement la difficulté de différencier concrètement ordre construit et ordre spontané, mais surtout la difficulté de distinguer les institutions injustes qui peuvent émerger spontanément⁸⁰³. La question se pose alors de l'identification de ces règles injustes qui nécessitent un changement délibéré du droit dans une société donnée. Tout jugement serait alors appuyé sur une conception abstraite de la raison et de la justice, ce que justement condamne Hayek. Il explique également qu'il n'existe pas de moyen de déterminer préalablement quelles évolutions seront bonnes ou non.

Comme il a été dit au point précédent, Hayek emploie toujours des formules impersonnelles, présupposant l'unanimité du jugement : « *le cours du développement judiciaire [...] peut s'avérer trop lent pour réaliser une adaptation rapide, jugée souhaitable, de la loi à des circonstances entièrement nouvelles* »⁸⁰⁴ ; « *Lorsqu'un véritable changement de loi est nécessaire* »⁸⁰⁵ ; « *de telles occasions où il est reconnu que certaines règles antérieurement admises sont injustes* »⁸⁰⁶. La nécessité d'une législation lui apparaît alors

⁸⁰⁰ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 219.

⁸⁰¹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 220.

⁸⁰² HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 221.

⁸⁰³ SANDEFUR T., « Some Problems with Spontaneous Order », *The independent review*, vol. 14, n°1, summer 2009, pp. 5-25.

⁸⁰⁴ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 220.

⁸⁰⁵ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 221.

⁸⁰⁶ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 222.

nécessaire, puisque ces changements ne peuvent être le fait du juge ordinaire. En effet, selon Hayek, si le juge participe au développement et à la transformation du droit, il ne peut sans injustice flagrante invalider une règle solidement établie. Il faut donc un Législateur à même d'amender le droit. Toutefois, il reste muet sur la question de savoir comment déterminer la nécessité d'un changement de règles et selon quels critères.

Hayek reste en effet très évasif sur la manière dont se renouvellent concrètement les règles, et notamment les grands principes structurants une société. En effet, les nouvelles règles apparaissent du fait de « *violateurs de règle* »⁸⁰⁷, adoptant de nouveaux comportements⁸⁰⁸, qui sont imités. De ce fait, parce que ces règles seraient favorables aux groupes qui les pratiquent, elles s'imposeraient par un processus de sélection naturelle. Néanmoins, si les deux extrémités du processus sont claires (création aléatoire de nouveaux comportements par des innovateurs sociaux⁸⁰⁹ – équivalent social des mutations génétiques ? – puis diffusions des comportements sur le long terme par la sélection naturelle), Hayek ne développe que peu l'étape intermédiaire entre le moment où un comportement minoritaire apparaît et où celui-ci devient la norme du groupe (d'autant plus qu'Hayek insiste sur l'importance du respect des règles du groupe pour l'inclusion des individus⁸¹⁰). Il se contente en effet d'affirmer que « *pour devenir légitimes, les nouvelles règles doivent obtenir l'approbation de la société dans son ensemble, non par un vote formel, mais par des adhésions de plus en plus nombreuses* »⁸¹¹.

Toutefois, ce processus agrégatif est problématique. En effet, entre le moment où une nouvelle règle sera très minoritaire et où elle sera très majoritaire, il existera nécessairement un moment où elle divisera la société en groupes plus ou moins équivalents. Or, si la règle traduit un changement radical sur un point jugé très important (par exemple l'esclavage), elle peut créer des tensions entre ceux qui veulent un changement de règle et ceux qui veulent un *statu quo*, chaque groupe pouvant s'appuyer sur une conception propre de la justice.

Le processus spontané ne permet donc pas de se passer de législation. Il ne permet pas d'éviter les conflits de valeurs au sein d'un groupe, et ne garantit pas contre la nécessité de corriger une évolution qui ne serait pas considérée comme pertinente. Ces différents cas

⁸⁰⁷ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 906.

⁸⁰⁸ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 894.

⁸⁰⁹ MAGNANT DE BORNIER J., TOSI G., « L'hétérogénéité des mécanismes spontanés et ses implications pour la lecture de Hayek », *Philosophie Économique*, n°2, 2002/2, pp. 157.

⁸¹⁰ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, pp. 916-918.

⁸¹¹ HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 906.

qu'admet Hayek nécessitent une instance capable de trancher ces conflits de valeurs et de déterminer quelles règles doivent être conservées, quelles règles doivent être modifiées et quels nouveaux comportements doivent être généralisés. Or, à partir du moment où il est admis qu'il doit exister une instance capable de trancher les conflits de valeurs et de juger entre les différentes conceptions présentes au sein d'un groupe, il est impossible de considérer que cette instance puisse être limitée par ces valeurs. Lorsque le conflit ne touche pas des valeurs essentielles de la communauté, il est possible de se servir de celles-ci pour trancher le conflit sur des points secondaires. Par contre, lorsque le conflit touche des valeurs essentielles à la communauté, celles-ci ne peuvent plus par définition être utilisées pour trancher le conflit de valeurs⁸¹². Le consensus ne peut donc plus se faire sur les valeurs mais uniquement sur le juge, qui alors de fait est délié des valeurs qu'il doit juger. Le juge suprême ne peut alors être tenu par les valeurs qu'il juge. Comme toute valeur peut être remise en cause du fait de l'évolution culturelle des sociétés, il n'existe pas de valeur qui ne puisse à un moment ou à un autre être remise en cause. C'est le cœur de la théorie politique de Hobbes, qui est liée à son matérialisme. C'est justement parce qu'il est impossible de fonder rationnellement des valeurs qui feraient consensus qu'il élabore un système absolu et illimité :

dans un monde moderne, une légitimité fondée sur les opinions et sur les croyances mène à la guerre civile. [...]. Selon Hobbes, les Hommes peuvent seulement s'unir sur une base qu'il voudrait non idéologique, la volonté de survivre, de vivre en paix et en sécurité.⁸¹³

C'est donc bien parce qu'il est impossible de poser rationnellement des valeurs absolues qui feraient consensus que tout système ne peut être pensé que comme l'application absolue de valeurs et de principes philosophiquement arbitraires. Toute idéologie légitimatrice basée sur un corpus de valeurs peut se trouver contestée au nom d'autres valeurs et est donc inapte à fonder la paix civile entre groupes partageant des valeurs différentes. Toute théorie posant des valeurs premières est ainsi nécessairement pour Hobbes condamnée à la contestation. De ce fait, et notamment en période de tension politique, seul un accord sur le juge est possible.

La dimension absolue du pouvoir du souverain ne devient réellement visible que lorsqu'il existe au sein du même groupement politique une forte division sociale

⁸¹² Il existe toutefois certaines valeurs qui peuvent difficilement être remises en causes par le souverain et qui ne peuvent faire l'objet d'un consensus : celles qui légitiment le pouvoir du souverain. Ainsi, l'égalité entre les membres du groupe est une des valeurs fondamentales de la démocratie qui ne peut être remise en cause en démocratie à moins de voir tout le système de légitimité s'effondrer. Ces valeurs sont toutefois très probablement celles des membres du souverain.

⁸¹³ TERREL, J., *Op. cit.*, p. 31-32.

concernant les conceptions fondamentales de la justice, et donc sur la matière du droit. Ce lien entre la marge de manœuvre de l'État et la division des groupes sociaux est très bien perçu par Norbert Elias :

quand la coopération des classes fonctionnelles les plus puissantes ne présente pas de difficultés majeures [...] la marge de décision de la centrale est plus ou moins limitée ; elle tend à s'accroître quand la tension entre les groupes sociaux prédominants s'accroît ; elle atteint son maximum quand la majorité des différentes classes fonctionnelles tient encore au maintien de son existence, alors que, simultanément, les intérêts opposés de puissants groupes fonctionnels se heurtent à des barrières structurelles si élevées qu'un compromis durable et librement consenti ne semble plus guère possible⁸¹⁴

Mais il ne faudrait néanmoins pas croire que le consensus social est une limite aux pouvoirs de l'État. Le consensus social réduit les alternatives, tandis que les tensions sociales en créent de nouvelles. Le souverain ne peut trancher qu'entre conceptions existantes au sein du groupe.

Les théories de la souveraineté de Bodin et Hobbes ont ceci d'intéressant qu'elles sont justement élaborées en période de crise politique (guerre de religion et guerre civile). *In fine*, ces théories sont précisément des réponses apportées à la division du groupe sur les principes fondamentaux de l'organisation sociale. L'idée, relativement simple, est que lorsqu'il existe au sein du groupe un profond désaccord sur les principes fondamentaux de justice, il est nécessaire de s'accorder sur un juge : le souverain. Il est alors impossible de considérer que le souverain puisse être lié par des principes, puisque sa fonction est justement de trancher les désaccords de justice. L'absence de conflit social n'est donc pas une limite à la souveraineté, elle traduit juste l'absence d'alternative au sein du groupe et donc le fait qu'il y a consensus sur le droit en vigueur.

Ainsi, plus la société est complexe, plus le nombre de groupes sociaux disposant de représentations et pratiques culturelles propres est important, plus la possibilité de désaccords sur les principes de justice augmente (que ceux-ci soient ou non alimentés par un conflit d'intérêt étant hors de propos).

⁸¹⁴ ELIAS N., *La dynamique de l'Occident*, Paris, Calmann-Lévy, 1975 [1939], p. 110. Il est vrai que Norbert Elias parle ici de conflit d'intérêt et de groupes sociaux. Néanmoins toute volonté de transformer une structure sociale s'appuie sur une conception utopique qui vise à délégitimer la structure en place (et à légitimer le changement). Tout conflit d'intérêt est nécessairement inscrit dans une représentation du monde qui participe à la création de ce conflit d'intérêt.

1.2.2.4.3 La limitation de la souveraineté par la conception dominante de la justice construite sur une conception désincarnée de la volonté de l'État

La dénonciation de la souveraineté au nom de l'opinion dominante est donc construite sur une vision désincarnée de l'État et de la souveraineté. Elle refuse de prendre en compte le support (*träger*) de la souveraineté et de l'État que sont les individus qui composent les organes. Il est vrai qu'il ne faut pas confondre l'individu et l'organe, que la volonté des individus n'est pas la même que celle de l'organe. Il n'en reste pas moins que les individus composant les organes sont la matière à partir de laquelle les États et la souveraineté fonctionnent. Cette matière n'est pas neutre et a donc un impact sur les actes que vont établir les différents organes de l'État.

Cette désincarnation de la souveraineté dans sa conception absolutiste est particulièrement visible chez Hayek, qui théorise explicitement ce que nombre d'auteurs tiennent pour implicite : la souveraineté est perçue indépendamment de son contexte. Elle est ainsi pensée de manière désincarnée et abstraite.

Il a déjà été dit que Hayek dénonçait le rationalisme cartésien et la distinction de la raison comme substance autonome, ainsi que le constructivisme qui en découle⁸¹⁵. Toutefois, il considère alors à tort que les conceptions politiques de Hobbes en sont l'application : « *Mais tandis qu'il [Descartes] s'était abstenu d'en tirer des conclusions pour des discussions de problèmes sociaux et moraux, ces conclusions furent principalement élaborées par son contemporain [...], Thomas Hobbes* »⁸¹⁶. Hayek crée donc une fausse identité entre le rationalisme constructiviste (qui considère –entre autres– que les valeurs puissent être rationnellement construites) et la théorie hobbesienne d'une souveraineté absolue et illimitée. Or, parce que Hobbes développe une approche purement calculatoire de la raison⁸¹⁷, une part conséquente des critiques que lui adresse F. A. Hayek est totalement injustifiée. Il omet que les métaphysiques hobbesienne et cartésienne sont fondamentalement différentes. En créant une fausse identité entre la théorie de la souveraineté (dans sa conception absolue et illimitée) et le rationalisme constructivisme, Hayek modifie la portée de la souveraineté. De ce fait,

⁸¹⁵ Cf., *supra*.

⁸¹⁶ *Ibid.*, pp. 70-71.

⁸¹⁷ Conception d'ailleurs assez proche de celle de Hayek pour qui « *La raison est seulement une discipline* » (HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 114).

toute sa critique de la souveraineté illimitée et absolue ne concerne pas la conception hobbesienne de la souveraineté.

En effet, la principale différence entre Hobbes et Descartes tient précisément en ce que Hobbes récuse ce dualisme de substance (matérielle et mentale) et propose une conception strictement moniste, matérialiste et mécaniste de l'Univers, dans lequel s'inscrit l'Homme, l'âme et la pensée (ce qui lui fait rejeter le libre arbitre). De ce fait, si la tradition du rationalisme constructiviste a pu se servir de la théorie de la souveraineté absolue et illimitée, dans une optique de transformation sociale, la souveraineté peut être pensée hors de ce cadre.

C'est la transposition abusive d'un rationalisme abstrait qui permet de critiquer la conception absolue de la souveraineté. Cette conception amène à penser la volonté de l'État comme un vouloir désincarné, indépendant des actes de l'État. Tout obstacle à ce vouloir postulé devient alors une limite à la souveraineté. Cette conception s'illustre par exemple chez B. Knapp : « Elle [la souveraineté] est limitée par les pressions de toute nature qui s'exercent sur ses détenteurs et tentent d'en influencer l'usage »⁸¹⁸. Il considère ainsi l'influence de divers acteurs sociaux ainsi que de l'environnement culturel et social :

le législateur n'a, de fait, pas une souveraineté totale dans ses choix, même lorsque les options qui lui sont ouvertes sont toutes conformes à la constitution et à ses principes fondamentaux.

Il est influencé par l'ambiance générale, les modes, les campagnes des médias, les soi-disant experts, le marketing, les lobbies et même le gouvernement. Pour ainsi dire, sa volonté n'est pas exprimée de façon « souverainement » libre.⁸¹⁹

La mise en place d'influences sur les membres composant un organe (ici le souverain) est alors présentée comme limitant sa souveraineté : « la souveraineté théorique est remise en question [...] par l'influence exercée par les moyens modernes de communication sur les citoyens qui « constituent » le souverain »⁸²⁰. Cela montre bien que la volonté de l'État est pensée abstraitement, préalablement à sa formulation par l'État, et notamment certains organes de l'État. Or, il apparaîtra que la dimension juridique et artificielle du pouvoir de l'État rend la question des influences sur les personnes qui le compose hors propos⁸²¹. Cette abstraction de la volonté de l'État comme vouloir désincarné entraîne alors nécessairement le légicentrisme que Hayek et tant d'autres dénoncent, mais qui n'est absolument pas lié à la souveraineté. Elle amène à supposer que le droit est le fruit d'une volonté libre et désincarnée

⁸¹⁸ KNAPP B., « L'État souverain en 2006 : théorie et réalité ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, A. Pédone, 2008, p. 152.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁸²⁰ *Ibid.* p., 152.

⁸²¹ En effet, comme l'explique M. Troper, l'autonomie ne signifie pas l'absence de déterminations. Cf., *infra*. pp. 326-333.

qui le crée. Cela implique une dissociation entre la volonté de l'État qui devient la source du droit et ce droit ainsi créé :

Étant donné que tout pouvoir repose sur des opinions préexistantes et ne durera qu'aussi longtemps que ces opinions restent dominantes, il n'y a pas de personne réelle à la source de ce pouvoir, ni aucune volonté délibérée qui l'ait créé. La conception de la souveraineté est fondée sur une logique trompeuse, qui part du postulat que les règles et institutions existantes dérivent d'une volonté unanime cherchant à les instaurer. Or, bien loin de surgir d'une telle volonté préalable, capable d'imposer au peuple telle règle qui lui plaise, une société d'Homme libre présuppose que tout pouvoir est limité par les croyances communes qui les ont fait se joindre, et que là où manque l'adhésion nul pouvoir n'existe.⁸²²

Tout ce qui aurait alors une influence sur le résultat de l'application de la procédure créant la volonté de l'État est alors pensé comme limitant le pouvoir de cette volonté désincarnée, et notamment les conceptions de justice au sein d'une société. Cela traduit une confusion entre la formulation de la règle et le fait de conférer à une règle un caractère contraignant⁸²³.

La métaphore de l'État comme personne et de la souveraineté comme âme de l'État chez Hobbes peut entraîner ces erreurs si l'on se place dans une perspective cartésienne qui dissocie l'âme du corps. Elle ne le permet pas si on la resitue dans l'anthropologie de Hobbes. En effet, celui-ci non seulement rappelle toujours la dimension artificielle de la souveraineté et de la volonté de l'État, mais sa conception de la volonté et du raisonnement est totalement rétive à l'idée d'une volonté indépendante du fonctionnement du corps. La pensée chez Hobbes est mécaniquement déterminée par le fonctionnement biologique de l'organisme. La volonté de l'État n'est donc pas une volonté désincarnée qui pourrait tout imposer indépendamment de ce que pensent les individus (notamment ceux qui ont pour fonction de formuler cette volonté à travers l'application de procédures). Même s'il est possible de dissocier chez Hobbes la volonté de l'action, cela est impossible pour l'État du fait qu'il est une construction. Il est impossible de dissocier la volonté de l'État des actes de l'État. Or, poser un État (ou un organe) qui voudrait mais ne pourrait pas, revient à dissocier la volonté de l'État des actes de l'État et donc bien à avoir une conception désincarnée de celle-ci.

Il n'est donc pas question d'affirmer que le souverain juge indépendamment de toutes conceptions sociales : le ou les individus qui composent l'organe souverain sont des individus socialisés, dont les valeurs auront un impact sur leur positionnement et donc sur le résultat de

⁸²² HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, pp. 674-675. Cette critique de la souveraineté est donc construite sur le postulat du légicentrisme, qui pose la loi comme la production du parlement.

⁸²³ Cf. *supra*.

la procédure de décision. Néanmoins, ces valeurs ne sauraient être considérées comme une limite à la souveraineté. La liberté du souverain, n'est pas exempte de tout déterminisme. Comme celles des autres organes politiques, elle n'implique pas une conception abstraite et désincarnée du décideur, mais bien simplement l'absence d'obligation juridique. Cette particularité du pouvoir politique semble très bien perçue par Michel Troper. Celui-ci explique en effet que le pouvoir politique est un pouvoir de commandement autonome, ce qui signifie uniquement dégagé de toute contrainte juridique :

Il suffit donc de considérer comme « politique » une activité qui, d'une part, a pour objet de déterminer par le moyen de normes générales ou individuelles (commandement) le comportement ou la situation d'autres individus que ceux qui l'exercent et dont la source est d'autre part dans ce qu'on appellerait en terme juridique une volonté autonome, c'est-à-dire qui ne serait pas *liées* par des normes juridiques préexistantes, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisans, morales, religieuses, etc., de son détenteur.⁸²⁴

Il faut alors considérer avec Michel Troper que toute personne (individuelle ou collective) disposant d'une marge d'appréciation dans l'édiction d'une norme impérative dispose d'un pouvoir politique, le souverain étant la personne qui n'a aucune contrainte juridique limitant sa volonté. Toutefois, cette absence de contrainte juridique ne signifie pas l'absence de déterminisme, mais ces déterminismes ne peuvent être pensés comme une limite à la volonté de l'organe. Les éléments matériels, sociologiques et psychologiques qui pour un organe déterminent l'expression de sa volonté, ne peuvent en effet être considérés comme une limite à cette volonté politique (puisque celle-ci ne préexiste pas à sa formulation) mais sont simplement des éléments qui participent à sa formation. Les motivations humaines de la personne incarnant un organe ne sont pas celles de l'organe⁸²⁵.

C'est donc bien une conception désincarnée et abstraite de la souveraineté qui permet de la considérer comme limitée par le contexte culturel et social. La volonté de l'État ne doit pas être pensée comme une substance autonome, équivalent à la substance mentale chez Descartes. Elle est le fruit des interactions sociales, comme l'âme chez Hobbes : de même que chez ce dernier l'individu dans sa volonté est mécaniquement déterminé par son fonctionnement biologique, la souveraineté est mécaniquement déterminée par le fonctionnement social. La souveraineté est nécessairement le reflet des différentes conceptions de justice existantes au sein du groupe, et ne peut être que l'application de principes de justice existant au sein du groupe. La souveraineté est illimitée et absolue parce

⁸²⁴ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF Léviathan, 1994, p. 98.

⁸²⁵ Ces aspects seront développés aux chapitres suivant.

qu'elle est l'imposition d'une conception de justice présente (et dominante) au sein de la communauté politique, à l'exclusion des autres. Elle est le seul moyen de trancher entre les différentes conceptions existantes au sein de ce groupe. En cas de désaccord, le choix du juge (et donc du souverain) est le seul moyen de trancher les conflits de valeurs, qui apparaissent nécessairement dans une société complexe. De fait, la marge de manœuvre des gouvernants apparaît plus importante lorsqu'il existe de fortes tensions sociales, mais cela découle du fait que ce n'est qu'à ces moments qu'existent plusieurs conceptions entre lesquelles trancher. L'État n'est pas plus libre du fait de l'existence de ces tensions. La volonté de l'État s'applique tout aussi librement lorsqu'il y a accord unanime sur le droit en vigueur.

Une telle conception de la souveraineté et de la volonté de l'État peut sembler très formelle. Il est en effet impossible de distinguer à partir du seul critère de la souveraineté entre les démocraties libérales du XXI^e siècle, les totalitarismes du XX^e siècle ou les monarchies absolues du XVIII^e siècle. Toutes ces formes d'organisation politique apparaissent comme l'application d'une puissance normative autonome, absolue et illimitée. Néanmoins, cela apparaît logique en se rappelant que le concept de souveraineté avait pour ambition de rendre compte de l'ensemble du phénomène politique. Une théorie générale de l'État doit en effet pouvoir, sous peine d'invalidité, rendre compte de tous les États de la même manière. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas des différences fondamentales entre les différents types d'État, mais simplement la reconnaissance de l'existence d'un même phénomène en leur sein. Les différences dans l'application de la souveraineté peuvent alors être traitées par l'analyse des régimes politiques.

Les théories qui affirment la limitation de la volonté de l'État par le droit ont donc une conception désincarnée de sa volonté, qui se trouve alors être détachée de tout ancrage social. Elle procède d'une réduction de la volonté de l'État à la volonté de certains organes de l'État (principalement Parlement et Gouvernement), ce qui est probablement la conséquence du légicentrisme issu de la Révolution française. Cette assimilation de la volonté de l'État à la volonté de certains organes ou personnes est le seul moyen de comprendre l'idée d'une limitation de l'État par le droit.

La dénonciation des dimensions absolue et illimitée de la souveraineté traduit de fait une crainte de l'arbitraire du gouvernement et la réduction de la volonté de l'État à la volonté des gouvernants. Cette crainte n'était pas nécessairement absente aux XVIème et XVIIème siècle, mais les épisodes de guerre civile en France et en Angleterre firent admettre la nécessité d'un juge capable de trancher les conflits de valeur. Elle s'inscrit dans une vision démocratique fondée sur une définition substantielle de la volonté du peuple et est probablement influencée par une lecture marxiste de la société qui oppose les groupes sociaux comme ayant des intérêts objectifs différents.

Cette conception désincarnée de la volonté de l'État, qui se trouverait liée parce que matériellement déterminée, est aussi probablement induite par le fait de penser le pouvoir en termes de cause de comportements. Le déterminisme (une idéologie dominante par exemple) est alors la cause du comportement (l'État ne peut pas agir autrement). Surtout, cette vision d'un droit ou de principes qui limiteraient l'État est bien construite sur la dissociation entre la volonté de l'État et le droit. Elle nie la dimension artificielle de l'État en lui postulant un voudrait ou devrait faire : l'État est réputé contraint par l'idéologie et le droit.

Cette conception désincarnée de la volonté de l'État, et les confusions entraînées par les changements dans la conception du pouvoir sur le concept de souveraineté sont particulièrement flagrantes dans tout un ensemble de critiques qui dénoncent le concept de souveraineté au nom de difficultés de gouvernement.

1.3 La souveraineté assimilée au gouvernement : des critiques construites sur des rapports d'influence

Les questions de gouvernance prennent une place de plus en plus importante dans la réflexion politique. Cela se traduit par un rapprochement de la science politique avec la sociologie et une approche des relations de pouvoir comme cause de comportement, qui permet de mieux comprendre les motivations des différents acteurs et les logiques de domination existant au sein des sociétés. Le fait d'aborder les relations de pouvoir indépendamment de ses modalités d'exercice modifie profondément la pensée de l'État et de la souveraineté, qui ont été conçus en termes de pouvoir d'injonction.

Le recentrement de la science politique sur les questions de gouvernement va alors avoir un double impact sur la pensée de la souveraineté. La souveraineté est théorisée comme un pouvoir de commandement absolu et illimité. Or, la question du gouvernement se traduit par la capacité à obtenir des résultats conformes à sa volonté. Les critiques de l'État et de la souveraineté vont donc s'attacher à montrer que les États ne disposent pas d'un pouvoir absolu et illimité leur permettant d'obtenir des résultats conformes à leur volonté. La présentation de ces critiques permettra ainsi d'une part de confirmer l'idée d'une confusion entre la souveraineté et l'art du gouvernement ; d'autre part de montrer qu'elles échouent à montrer l'inadéquation de la souveraineté comme puissance normative autonome au sein du monde contemporain.

La mondialisation traduit donc un processus de coalescence de sociétés humaines⁸²⁶. Ce processus permet l'émergence d'acteurs non étatiques qui vont agir sur la scène mondiale. En ce sens, nombre d'auteurs considèrent alors que l'État est pris dans un système de pouvoir qui rend sa souveraineté fictive. Deux types de critiques peuvent alors être identifiés. Les premières critiques considèrent que l'État est dominé par d'autres acteurs. En ce sens, son pouvoir ne serait plus absolu et illimité puisque d'autres exerceraient du pouvoir sur lui. Ces critiques sont liées à la négation de la spécificité de l'injonction (et du caractère proprement juridique de l'État).

Les secondes considèrent que le pouvoir de l'État sur la société n'est pas absolu puisqu'il ne peut la modeler à sa guise. Le pouvoir posé comme cause de comportement favorise une

⁸²⁶ Cf. *infra*.

personnification de la structure économique. Les effets de la structure économique sont en effet perçus comme limitant le pouvoir de l'État, identifié à l'art du gouvernement. En ce sens, l'économie, le marché ou le capital seront réputés exercer du pouvoir sur l'État.

Or, dans le système de pensée où fut théorisée la souveraineté, la liberté est une liberté strictement négative nécessairement inscrite dans un contexte permettant la décision. Le contexte dans lequel se déroule la prise de décision ne peut donc aucunement avoir un impact sur la liberté. La volonté de l'État étant assimilée au droit positif effectivement appliqué, seules des injonctions juridiques faisant partie de l'ordre juridique peuvent être perçues comme limitant la souveraineté de l'État.

Il s'agira donc de montrer que dans la logique de la souveraineté, il est impossible de considérer que les États soient contraints par le système économique (1.3.1), puisque les relations de pouvoir doivent être comprises comme des relations interpersonnelles. Lorsqu'il y a effectivement la dénonciation du pouvoir que certains acteurs exerceraient sur l'État, il s'agit d'un rapport d'influence qui ne peut s'appliquer à l'État du fait de sa nature juridique de système d'injonction légitime (1.3.2). Il apparaîtra alors que la plupart des critiques de la souveraineté de l'État sont construites sur la difficulté éprouvée par certains dirigeants à mettre en place certaines politiques publiques jugées nécessaires et traduit donc une confusion entre la logique de l'État et la logique du gouvernement (1.3.3).

1.3.1 Les États ne sont pas contraints par le système économique

Le fait de poser le pouvoir comme cause de comportement permet alors de considérer que les États agissent en fonction de considérations économiques et donc du fonctionnement de l'économie. De ce fait, le fonctionnement de l'économie peut être réputé avoir du pouvoir sur les États, puisque leur comportement sera motivé par des considérations économiques. Indépendamment de tout acteur, l'économie se trouve alors personnifiée et concurrencerait le pouvoir des États qui se verrait ainsi limité : « *Ma thèse est que les forces impersonnelles des marchés mondiaux [...] sont désormais plus puissantes que les États censés incarner l'autorité politique ultime sur la société et l'économie* »⁸²⁷.

⁸²⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 29.

Il apparaît que les États restent les acteurs dominants de l'espace mondial. En effet, ce sont eux qui ont construit l'ordre international et qui, donc, disposent du pouvoir structurel (1.3.1.1). De plus la relation entre État et la structure économique est impropre à être pensée en termes de pouvoir, qui traduit une personnification abusive de l'*économie* (1.3.1.2), mais aussi du *marché* ou du *capital*. Cette soumission de l'État à l'économie apparaît alors comme résultant d'un conflit latent, plus idéologique que matériel (1.3.1.3).

1.3.1.1 Les États construisent l'ordre international et exercent le pouvoir structurel

Il est indéniable que la mondialisation, définie comme processus en cours de coalescence des sociétés humaines, a un impact sur les possibilités d'action des différents acteurs sur la scène mondiale. En ce sens, l'état du monde mondialisé constitue bien la structure telle que la pense S. Strange. Il est alors tentant de considérer que les différents acteurs, dont les États, se trouvent inscrits dans des rapports de pouvoir globaux et interactifs.

Dans cette logique, il faut alors vérifier qui détermine la structure et ensuite qui, au sein de cette structure, sont les acteurs dominants. Elle considère alors deux questions qui lui semblent fondamentales : « *qui, ou quoi, est responsable du changement* » et « *qui ou quoi, exerce l'autorité – le pouvoir de modifier les aboutissants et de redéfinir les choix pour les autres – dans l'économie ou la société mondiale* »⁸²⁸. Ces questions sont en fait identiques puisque abordant le pouvoir et l'autorité en termes de comportement, le changement implique une modification des possibilités d'action des acteurs et donc est le fait de l'exercice d'une autorité. Elle affirme alors que la réponse à la première question est triple : « *la technologie, les marchés et la politique* »⁸²⁹. Cette réponse n'est toutefois pas réellement satisfaisante, notamment parce qu'elle désigne plus des sphères d'activités que des acteurs précis. De plus, son acceptation très large du politique enlève toute pertinence à cette réponse puisque tous les acteurs sociaux sont des acteurs politiques, et notamment le marché. Enfin, en posant une équivalence dans les sources d'autorité entre les acteurs sociaux (*qui*) et l'environnement matériel (*quoi*), elle enlève à l'autorité et au pouvoir leur caractère de relation sociale. Il est

⁸²⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 305.

⁸²⁹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 307.

toutefois indéniable que les évolutions technologiques ont joué un rôle fondamental dans le processus de coalescence en cours et que les transactions économiques (et notamment financières) constituent une part importante des transactions transfrontalières. Néanmoins, considérer comme sources d'autorité la technologie et le marché est problématique, puisqu'il ne s'agit plus d'acteur.

Cette mise en avant de processus et de sphères d'activités comme cause de la mondialisation laisserait entendre qu'il s'agit d'un processus spontané, irréversible. C'est ce que semble penser un auteur comme Ulrich Beck :

La mondialisation n'est pas un choix. Personne ne l'a décrété. Personne ne l'a en charge : nul ne l'a lancée, nul ne peut l'arrêter. C'est une sorte d'irresponsabilité organisée. On ne cesse de chercher un responsable, quelqu'un à qui se plaindre. Mais il n'y a personne au bout du fil, pas d'adresse e-mail.⁸³⁰

Dans un autre texte, il récuse explicitement le rôle de l'État et considère que « *c'est la mondialisation, et non « l'État », qui définit et modifie les scènes où se déroule l'action collective* »⁸³¹.

Or, la mondialisation ne saurait être pensée comme un processus spontané étranger à toute construction humaine. Elle fut rendue possible par la mise en place au niveau des États de règles commerciales adéquates. Le fait que la mondialisation n'ait pas été pensée ou même réalisée à dessein ne change rien au fait qu'elle est le résultat d'actions individuelles et est notamment la conséquence des politiques commerciales des États (et peut donc être considérée *a minima* comme un effet involontaire). L'ouverture des frontières, l'abaissement des tarifs douaniers, sont des décisions prises par les États. Le fait que des auteurs comme Biersteker considèrent que la nouvelle forme de souveraineté commence avec la fin de la guerre froide montre bien l'importance des rapports politiques⁸³² : les relations entre États semblent ainsi avoir un impact considérable sur le développement de relations transnationales. Le rideau de fer, l'ouverture économique de la Chine à partir de la fin du XXe siècle, comme aujourd'hui l'isolement de la Corée du Nord, prouvent la dimension politique et volontariste de l'inscription dans une économie mondialisée. Il apparaît donc que, parallèlement aux capacités matérielles et technologiques, la mondialisation est le fait des États qui ont mis en place les conditions de sa possibilité. L'inscription de la Chine (ou du moins d'une partie de son territoire) dans le marché mondial résulte d'un choix politique qui correspond à une stratégie de développement. La mondialisation et la création d'un marché mondial n'ont donc

⁸³⁰ BECK U., « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3 n°125, p. 76.

⁸³¹ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 28.

⁸³² Cf. *supra*.

rien d'un processus indépendant de tout interventionnisme : par-delà les conditions matérielles de leurs possibilités, les conditions législatives permettant la mise en place et l'essor de réseaux transnationaux sont la volonté des États.

Cette participation des États à la mise en place d'un marché global se traduit de deux manières. La première consiste en l'harmonisation des législations et l'ouverture des marchés. La seconde consiste en la mise en place du cadre réglementaire dans lequel vont se dérouler les échanges.

Les États ne sont donc pas passifs vis-à-vis de la mondialisation et ne s'y opposent pas. Au contraire, ce sont eux, ou en tout cas certains d'entre eux, qui la construisent. C'est ce que rappelle Saskia Sassen :

On utilise en général les termes de dérégulation, de libéralisation financière et commerciale, de privatisation, pour décrire la négociation entre l'État et les firmes internationales. Mais de tels termes décrivent seulement le retrait de l'État de la régulation de son économie. Ils ne montrent pas les voies par lesquelles l'État participe à la mise en place du nouveau cadre institutionnel dans lequel la mondialisation se poursuit.⁸³³

Elle montre en effet que de nombreuses institutions étatiques, telles les banques centrales, participent à la mise en place de réglementations et d'ajustements visant à favoriser l'extension des firmes multinationales⁸³⁴. La convergence des législations (elle prend l'exemple des législations antitrust), mais aussi les coopérations intergouvernementales sont pour lui un exemple de l'importance de l'État dans la mise en place des conditions propices à la mondialisation. Dans la même optique, Marie-Claude Esposito, dans un article consacré à la globalisation de la finance, rappelle que, dans ce domaine également, ce sont les États qui ont « joué un rôle déterminant dans la création d'un nouvel ordre financier mondial »⁸³⁵. L'intégration des différentes places financières mondiales s'est ainsi faite par les agences étatiques, et donc les États. Il faut donc considérer que « *Les États ont volontairement participé à un processus de globalisation des marchés financiers* »⁸³⁶. L'existence d'un marché mondial intégré est donc bien le fruit de politiques étatiques.

⁸³³ SASSEN S. « Nouvelle géographie politique », *Multitude*, 2000/3 n°3, p. 82.

⁸³⁴ SASSEN S. « Nouvelle géographie politique », *Multitude*, 2000/3 n°3, n. 6, p. 94. Il parle des firmes américaines. Néanmoins, il me semble plus à propos de considérer que cela favorise l'extension de toutes les multinationales.

⁸³⁵ ESPOSITO M.-C., « Globalisation de la finance : les États-nations et les banques internationales », in. CAZZANIGA G. M., ZARKA Y. C., (dir.) *Penser la souveraineté*, Paris, Vrin, 2001, T. 2, p. 565.

⁸³⁶ CHEMAIN R., « Les États et la régulation des marchés financiers », in. SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, Paris, Ed. A. Pédone, 2013, p. 285. Il ajoute aussitôt que cela « a entraîné un affaiblissement conséquent de leur capacité à assurer un contrôle effectif de ces marchés ». Néanmoins, comme expliqué précédemment, les capacités de contrôle (même effectives), ne renvoient pas à la question de la souveraineté : il s'agit ici de contrôle des effets des marchés.

Cet aspect est d'ailleurs très bien compris par les Hommes politiques. Dans une interview où elle évoque les négociations entre l'UE et les USA en vue d'un accord de libre-échange, Nicole Bricq (ministre français du commerce extérieur du gouvernement Ayrault II, du 21 juin 2012 au 31 mars 2014), affirme très clairement l'impact de ces négociations sur la définition des modalités d'échange au niveau mondial : « *Quand on parle d'un accord qui concerne 40 % du commerce mondial et qui va fixer les normes du commerce mondial, on est bien au-delà d'un accord de libre-échange technique!* »⁸³⁷. Le cadre normatif qui résultera de ces négociations déterminera le cadre au sein duquel les entreprises agiront, et définira leur modalité d'action. Ce sont donc bien les États qui construisent le cadre légal et institutionnel de la mondialisation. Or, la volonté des États consiste dans le droit en vigueur. Il s'agit bien de leur volonté. Les actions futures des entreprises au sein de ces espaces économiques seront donc bien la conséquence de l'action des États.

Même parmi ceux qui mettent en avant ou dénoncent le recul de l'État face aux acteurs économiques, certains reconnaissent que ce recul est le fruit des politiques développées par les acteurs étatiques. J.-P. Henry considère que c'est une évidence (« *C'est un constat d'évidence que les conditions d'existence du marché et de l'expansion qu'il connaît ont été mises en place par les États libéraux* »⁸³⁸). De même, évoquant les changements de l'économie politique internationale analysés par Susan Strange, Jonathan Story évoque « *la reconstruction du marché mondial par les puissances occidentales* »⁸³⁹. En effet, si celle-ci parle bien d'un retrait de l'autorité de l'État, elle précise aussitôt que ce sont eux qui sont à l'origine de cette transformation :

Le paradoxe est que cela [la transformation des STN en acteur politique] n'est pas arrivée complètement par accident. Le glissement de l'autorité de l'État vers l'autorité du marché a été largement le fruit de politiques étatiques. Les STN n'ont pas arraché ou dérobé le pouvoir aux gouvernements ; ceux-ci le leur ont remis sur un plateau – et qui plus est pour raison d'État⁸⁴⁰.

Ce sont donc bien les États qui ont permis le développement de la mondialisation. Même Ulrich Beck, qui récuse pourtant explicitement la responsabilité de l'État dans le

⁸³⁷ BRICQ N., « Nicole Bricq : « Les États-Unis sont très protectionnistes » », *Le Figaro*, [en ligne], 05/10/13, <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2013/10/05/20002-20131005ARTFIG00241-nicole-bricq-les-etats-unis-sont-tres-protectionnistes.php>. Je souligne.

⁸³⁸ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 650.

⁸³⁹ STORY J., JAQUET C., « Le système mondial de Susan Strange », in *Politique étrangère*, n°2-2001, p. 434.

⁸⁴⁰ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 90.

processus de mondialisation, le reconnaît implicitement lorsqu'il évoque l'ouverture des frontières (principalement économiques et fiscales) :

Le fait que les frontières soient ouvertes implique que les États prennent continuellement une décision de *non-intervention*. L'État doit accepter l'absence de frontières, l'instaurer, la garantir. L'absence de frontières est une stratégie parmi d'autres dans un contexte de capitalisme global⁸⁴¹.

L'exemple de l'absence de frontières (ou de leur diminution) est intéressant puisque c'est l'une des principales causes de l'essor de la mondialisation. Or, en posant que cette ouverture est un choix des États, une *stratégie* de leur part, cela montre bien que la transnationalisation de l'économie est permise par les États. Plus encore qu'une simple non intervention, l'absence de frontières a été *instaurée* (puisque avant il y en avait). La décision de non-intervention suit donc une décision concrète. Ce sont donc bien les États qui ont construit le cadre permettant la transnationalisation de l'économie, qui la maintiennent en n'intervenant pas dans le sens contraire, et la développent à travers de nouveaux accords (tel l'accord de libre-échange en cours de négociation entre l'Europe et les USA susmentionné). Ce sont également les États qui, après avoir ouvert les frontières, n'interviennent pas pour les refermer. Cette construction de la mondialisation par les États est également rappelée par Samy Cohen⁸⁴².

Le caractère volontaire de la construction de la mondialisation s'observe donc tant dans la mise en place de celle-ci que dans ce qui n'est pas mis en place. Susan Strange regrette ainsi l'absence de réglementation internationale instaurant un régime fiscal universel, qui aurait pu voir le jour en 1988. Or, si elle pointe « *la résistance opiniâtre du monde des affaires* », elle précise toutefois que c'est parce que les gouvernements britannique, australien, suisse et allemand s'y opposèrent, que cette réglementation n'aboutit pas⁸⁴³. Cela montre bien que la mise en place de réglementations internationales reste *in fine*, aux mains des États.

De ce fait, si l'on suit toujours Susan Strange, il faut alors admettre que ce sont bien les États qui sont responsables du changement et qui disposent donc du pouvoir structurel. Ainsi, parce qu'ils ont construit et qu'ils continuent de construire les institutions et normes au sein desquelles les autres acteurs évoluent et interagissent, il est délicat de les mettre sur le même pied.

⁸⁴¹ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 323.

⁸⁴² COHEN S., *La résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, pp. 219-224.

⁸⁴³ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 119.

À partir du moment où la mondialisation est construite et permise juridiquement par les États, il faut admettre que c'est leur volonté. En effet, la volonté d'un État (et du souverain) est le droit en vigueur au sein de cet État⁸⁴⁴. Les faibles tarifications douanières, l'ouverture des marchés nationaux et tout ce qui permet l'intégration des différentes économies constituent la volonté des États. Le fait que cela puisse poser ensuite des problèmes du point de vue de la mise en place de certaines politiques publiques est un problème de gouvernement, non de puissance publique. Cela ne saurait donc en soi remettre en cause la souveraineté de l'État.

Il s'agit alors de voir si le système économique ainsi mis en place ne remet pas directement en cause la souveraineté des États. Or, il est impropre de parler du pouvoir de l'économie puisque les relations de pouvoir traduisent une interaction entre acteurs.

1.3.1.2 La relation entre États et économie : une relation impropre à être pensée en termes de pouvoir

Les politiques mises en place par les États à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale en occident et à l'échelle mondiale à partir de la fin de la Guerre froide ont donc permis le développement d'acteurs transnationaux⁸⁴⁵. Il a déjà été dit que l'existence de ceux-ci ne remet pas directement en cause le principe de souveraineté⁸⁴⁶. Il existe donc au sein de la société globale (mais également au sein de presque toutes les sociétés) de multiples sources d'autorité qui participent au processus de normalisation des individus. Dans une approche qui considère que toute entité influençant les comportements est politique, il faut donc déterminer quels sont ces acteurs politiques qui remettent en cause le pouvoir des États.

Or, il n'y a pas de désignation précise des acteurs en cause. Nombre d'auteurs préfèrent ainsi développer une approche en termes de fonction ou de champ, ce qui complexifie alors la description du phénomène. En ce sens, les acteurs économiques et leurs

⁸⁴⁴ Cf. *infra*.

⁸⁴⁵ L'existence d'acteurs non étatique agissant à une échelle plurinationale existait cependant avant. Toutefois, ceux-ci étaient alors majoritairement attachés à un pays. (Cf. *infra*).

⁸⁴⁶ Cf. *supra*.

actions sont subsumés sous un même ensemble (1.3.1.2.1). Or, cet ensemble se trouve personnifié et est pensé comme un acteur exerçant du pouvoir (1.3.1.2.2).

1.3.1.2.1 Les acteurs économiques subsumés sous une catégorie unique

Ulrich Beck⁸⁴⁷ distingue ainsi trois types d'organisations dans le *méta-jeu* : « les États, les acteurs de l'économie mondiale, et les acteurs de la société civile mondiale »⁸⁴⁸. En plus des États, il faut donc considérer les acteurs économiques et les acteurs de la société civile. Néanmoins, ce sont principalement (mais pas uniquement) les acteurs économiques qui remettraient en cause la souveraineté des États. Les acteurs économiques sont toutefois souvent désignés sous les vocables de « économie » (J. P. Henry), de « marché » (S. Strange), de « capital » (U. Beck). Pour tous ces auteurs, il y a donc une subsomption des différents acteurs sous trois catégories pensées chacune comme unitaire⁸⁴⁹.

Susan Strange considère deux facteurs qui auraient contribué à radicalement transformer les rapports entre « l'État » et « le marché »⁸⁵⁰, l'évolution technologique et le développement de la finance. L'emploi de l'article défini singulier, pour les termes État, marché et finance, montre bien qu'il s'agit non pas d'une évolution conjoncturelle liée à la situation particulière de certains États et de certains marchés, mais bien d'un changement structurel entre une forme d'organisation politique (l'État) et la structure de l'économie (le marché). En effet, l'emploi de l'article défini singulier présuppose l'existence et l'unicité du référent. Le référent peut être soit spécifique, soit générique. Or, il semble évident que les théories parlant du retrait de l'État ou de l'inadaptation de la souveraineté ne renvoient pas à un État ou une souveraineté spécifique, mais bien générique, c'est-à-dire « l'ensemble d'une classe ou d'une sous-classe d'individus »⁸⁵¹.

⁸⁴⁷ Il faut préciser que si Ulrich Beck considère bien que les États sont dans une situation de domination, il ne parle pas de fin de l'État. Ses théories restent toutefois très pertinentes pour comprendre comment se construit l'idée d'une domination de l'État par les acteurs économiques.

⁸⁴⁸ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 26. Il désigne toutefois régulièrement les acteurs de l'économie mondiale sous le vocable *capital*.

⁸⁴⁹ Cette subsomption est dénoncée à juste titre par S. Cohen, qui pointe la diversité de stratégies et d'intérêts des acteurs de chacune de ces catégories, qui peuvent même être contradictoires (ce que reconnaît également U. Beck pour les acteurs économiques).

⁸⁵⁰ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 36.

⁸⁵¹ Pour l'emploi des articles définis dans la langue française, cf. RIEGEL M., PELLAT J.-C., RIOUL R., *Grammaire méthodique du français*, Paris, PUF, Quadrige, 2009, 4^e Ed., pp. 283-285.

Cette subsomption des acteurs économiques dans une même catégorie se retrouve également chez Ulrich Beck. Il pose l'existence d'un pouvoir économique, qui serait « *une sorte de méta-pouvoir qui peut changer les règles nationales et internationales* »⁸⁵². Le concept même de pouvoir de l'économie est en soi problématique, puisqu'il attribue un pouvoir à une sphère d'activité sociale. Or, une sphère d'activité sociale n'a pas de volonté propre. Elle n'est pas un acteur. Il y a donc une forme de réification de l'économie (voire de personnalisation), qui serait un acteur disposant de pouvoir ou d'autorité, pouvant ainsi influencer les États. Ce nouveau méta-pouvoir serait lié à la capacité de retrait (ou de non-investissement) des entreprises et du *grand capital* des États souverain.

Néanmoins, derrière un emploi répété de termes et formules qui peuvent être problématiques, Ulrich Beck développe une approche plus précise. Il s'interroge ainsi sur la pertinence d'emploi de ces termes généraux pour désigner les acteurs des rapports de pouvoir :

N'est-ce pas un manquement grossier et délibéré à la rigueur scientifique que de parler des perspectives d'action « du capital », « de la société civile mondiale », « de l'État » ? N'a-t-on pas là une simplification impudente de la diversité interne, des antagonismes manifestes de tous ces groupes et groupuscules amalgamés dans le discours ? Qui est visé, par exemple, quand on évoque « l'économie » : les entreprises isolées ? le « capital » ? la « classe » ? les patrons ? les actionnaires ? Se réfère-t-on ici à des acteurs individuels, à des acteurs collectifs, à des acteurs coopératifs ? Ce qu'on appelle les stratégies d'action du capital, de l'État et de la société civile mondiale n'appartient-il pas à des agrégats et des états sociologiques de natures entièrement différentes ? [...]

La réponse, sur laquelle cet ouvrage se penche, est la suivante : *les joueurs ne sont pas donnés en tant que tels, c'est le méta-jeu qui fait d'eux des joueurs. C'est dans le jeu, en tant que partie prenante du jeu, qu'ils doivent se constituer et s'organiser politiquement.*⁸⁵³

La réponse ici donnée n'est toutefois pas satisfaisante. L'emploi répété de ces termes suppose qu'ils sont adéquats pour décrire l'état du monde. Il faut aller un peu plus loin pour avoir une définition de ce qu'il entend précisément par « capital ». Or, par *capital*, il ne semble pas tant entendre un groupe d'acteur que des actes :

« Le capital » est un terme cumulatif désignant des actes non coordonnés qui sont le fait d'entreprises isolées, de flux financiers, d'organisation supranationales (l'OMC, le FMI), et dont les *résultats* – au sens d'une politique comme conséquence secondaires – font pression, de manière plus ou moins inaperçue ou involontaire, sur les États,⁸⁵⁴

C'est donc par métonymie que U. Beck emploie le terme *capital*. Il désigne les *actes non coordonnés* d'une multitude d'acteurs. Cette dimension non coordonnée des actes de multiples acteurs interdit ainsi de parler de stratégie du capital :

On ne doit pas forcément poser pour principe que les groupes transnationaux, ou les banques, ou les entreprises moyennes, ou, pour l'exprimer de façon encore plus absurde, les

⁸⁵² BECK U., « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3 n°125, p. 75.

⁸⁵³ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, *Op. cit.*, pp. 47-48.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 48.

marchés financiers et les flux de capitaux mondiaux mettent en œuvre une certaine « stratégie », ou une certaine « politique ». Au contraire, le méta-pouvoir politique « du capital » résulte de l'effet cumulé d'actions effectuées par des acteurs très hétéroclites, de décisions, de marchés, de flux de capitaux, d'organisations supranationales, etc., qui prennent leurs décisions chacune dans leur coin, selon les critères et les intérêts économiques qui sont les leurs.⁸⁵⁵

Le pouvoir que l'économie, le capital, aurait sur les États n'est donc pas à entendre au sens où les acteurs économiques auraient du pouvoir sur *les* États, ni même que certains acteurs économiques auraient un pouvoir sur *les* États⁸⁵⁶. Cela signifie tout simplement que ces actions non coordonnées du « *capital* » créent une dynamique et que les États, agissent en fonction de cette dynamiques dont ils ne sont pas les auteurs (du moins directement puisqu'il a été dit que ceux sont eux qui ont mis en place – et maintiennent – le cadre permettant aux acteurs économiques d'agir de manière transnationale et donc de créer cette dynamique). Les États se retrouveraient alors en partie contraints dans leur choix (contraints dans le sens où si cette dynamique n'existait pas, les auteurs supposent que d'autres choix seraient faits). C'est ce qui explique qu'Ulrich Beck reprend l'idée de « *politique comme conséquence secondaire* »⁸⁵⁷. En effet, c'est parce que les acteurs économiques peuvent délocaliser entreprises et capitaux que les États seraient obligés de tenir compte de ce fait et d'entrer dans un cycle de concurrence pour les convaincre de rester. En ce sens, il n'y a pas tant demande des entreprises vis-à-vis des États, mais anticipation des États. Ce sont donc bien les capacités de non-investissement et de retrait des entreprises qui incitent les États à adopter des comportements qui favoriseraient les investissements. Ainsi, tout comportement impliquant une réaction des gouvernants peut être identifié à une politique comme effet secondaire : parce que la conséquence des actes non coordonnés des automobilistes incite les gouvernants à mettre en place des politiques de sécurité routière, il faudrait en déduire d'un méta-pouvoir politique des automobilistes (comme conséquence secondaire).

En ce sens Ulrich Beck rejoint Susan Strange dans son approche du pouvoir : il s'agit bien d'un pouvoir posé comme cause de comportement, en prenant en compte les effets involontaires et les conséquences des actions. C'est cette approche du pouvoir comme cause de comportement qui permet d'imputer du pouvoir à un groupe quand bien même aucun des éléments du groupe n'agit directement sur les États.

⁸⁵⁵ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 232.

⁸⁵⁶ Samy Cohen dénonce à juste titre cette tendance à considérer comme unique l'impact que la mondialisation a sur les États. (COHEN S., *La Résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, pp. 33-34.).

⁸⁵⁷ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 232.

Le pouvoir de l'économie ne désigne donc pas des acteurs précis. L'ensemble des acteurs et interactions économiques sont subsumés sous une même catégorie (le *capital*, l'*économie* ou le *marché*). Or cet ensemble, étant posé comme la cause du comportement des États, va être personnalisé et se verra donc considéré comme exerçant un pouvoir.

1.3.1.2.2 Une économie personnifiée, pensée à tort comme acteur exerçant du pouvoir

Le *marché*, l'*économie*, ou le *capital*, ne désignent pas des acteurs. Cet ensemble va pourtant se voir attribuer des caractéristiques propres aux personnes humaines, ce qui traduit une personnification abusive de mécanismes dépourvus de conscience. Cette personnification est due à la similitude des comportements induits par le fonctionnement des économies contemporaines, qui permet justement de les penser comme exerçant du pouvoir. Or, la nature même des interactions sociales, inscrites dans la durée, ne permet pas réellement de déterminer qui est à l'origine des comportements.

Le pouvoir de l'économie n'est donc pas un pouvoir d'acteur. Il n'est pas possible de l'imputer directement à tel ou tel acteur précis. La dimension politique de ce pouvoir apparaît comme *conséquence secondaire* des différentes stratégies des acteurs désignés par *capital*. Ce pouvoir serait lié à la mobilité accrue du capital, sa volatilité. Or, le désordre apparent des actes et décisions non coordonnés des acteurs du *capital* ne doit pas laisser supposer à un chaos. Les conséquences cumulées de ces actes divers traduisent un ordre spontané (au sens de Hayek) relativement cohérents, dont les effets sur les politiques se font sentir de la même manière. C'est en ce sens qu'il faut entendre U. Beck lorsqu'il déclare : « *La politique des effets secondaires est donc une forme de politique faite par personne. Ici, c'est « personne » qui fait la politique, très efficacement et souvent avec des visées précises* »⁸⁵⁸. La dimension *politique*, les *visées précises*, ne peuvent renvoyer aux actes, puisqu'il a préalablement indiqué qu'ils étaient purement conjoncturels et qu'il était impossible de parler de stratégie ou de politique du *capital*. Elles ne renvoient pas non plus aux acteurs économiques puisqu'il précise dans un article que ce ne sont pas les « *patrons* » qui dirigent le monde⁸⁵⁹. Elles doivent donc renvoyer aux comportements induits sur les acteurs étatiques. C'est également

⁸⁵⁸ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 232.

⁸⁵⁹ BECK U., « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3 n°125, p. 76.

ce que semble reconnaître S. Strange : « *le pouvoir ultime sur les évènements est exercé de façon impersonnelle par les marchés et, souvent de manière non intentionnelle, par tous ceux qui achètent, vendent et agissent sur les marchés.* »⁸⁶⁰.

Il apparaît donc bien que le *marché*, le *capital* et l'*économie* ne renvoient pas à des acteurs précis. Toutefois, le fait que les multiples actions non coordonnées et inscrites dans des logiques propres traduisent un ordre relativement cohérent, permet de personnifier cet ensemble. Les réactions de cet ensemble sont alors perçues comme sa volonté ou ses exigences. Si certains types de politiques économiques apparaissent comme inefficaces, alors c'est que le *marché* (ou le *capital* ou l'*économie*) n'en veut pas. Si elles sont efficaces, c'est que le *marché* les veut. Si les Hommes politiques adoptent des politiques jugées favorables à la croissance économique, alors c'est que le *marché* a exercé son pouvoir. C'est particulièrement visible chez M. S. M. Mahmoud, qui participe également à cette personnalisation du marché :

La globalisation financière signifie en effet la consécration non formalisée des forces du marché sur les politiques économiques nationales. Comme on l'a ironiquement fait observer ce sont désormais « les marchés qui décident si les politiques économiques sont bonnes. »⁸⁶¹

La prise de recul que traduit le terme *ironiquement* ne doit pas masquer la teneur générale du propos. Il précise d'ailleurs immédiatement que cette ironie est parfaitement justifiée lorsqu'on considère l'incapacité des organes financiers à « *faire face à la spéculation* »⁸⁶².

Or, non seulement les marchés ne décident pas, mais surtout cela laisserait croire que les États ont à un moment de leur histoire décidé si les politiques économiques menées étaient bonnes ou non, ou même avaient une maîtrise réelle et parfaite du système économique. Les nombreuses famines puis crises économiques qui ont émaillé l'histoire des États montrent que ce n'est pas le cas. Cette personnification d'ensembles interactionnels (le marché, la spéculation) est très importante pour comprendre comment l'inefficacité de la politique est posée comme un échec de la souveraineté⁸⁶³.

Or, la mise en avant de pouvoirs et d'autorités impersonnels, d'actes non coordonnées provenant d'acteurs multiples, sort totalement du cadre du pouvoir pensé comme interaction

⁸⁶⁰ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 42. La distinction entre les marchés et ceux qui achètent, vendent et agissent sur les marchés est problématique puisque les seconds sont les premiers. Néanmoins, cette distinction permet bien d'identifier ce que S. Strange qualifie de *marché* au *capital* d'U. Beck (même si les États participent à la construction de ces marchés).

⁸⁶¹ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 623.

⁸⁶² *Idem*. Il est toutefois délicat de comprendre ce que signifie précisément *faire face à la spéculation*.

⁸⁶³ Cf. *infra*.

entre des acteurs *A* et des acteurs *B*. Il ne s'agit bien évidemment pas d'injonction, mais non plus d'influence, puisqu'il n'existe pas de volonté *a*. En ce sens il est donc impropre de parler du pouvoir de *l'économie*, du *marché* ou du *capital*, justement parce que ce ne sont pas des acteurs. Il n'est pas question de nier que le fonctionnement de l'économie, telle qu'elle s'est construite, à un impact sur le champ des possibles des gouvernants et qu'elle pondère le coût des différents choix politiques. Mais n'étant pas un acteur, ne disposant pas de volonté, il est impropre de lui prêter un pouvoir. Le fait qu'il résulte des interactions humaines et qu'il soit possible de concevoir intellectuellement d'autres modes de fonctionnement économique ne permet pas de lui attribuer une volonté.

Le fonctionnement d'un marché global exercerait donc une pression politique qui induit le même type de comportement dans les différents États où il existe. En ce sens, la marge de manœuvre des Hommes politiques serait réduite, puisqu'ils devraient s'adapter à cette donnée. C'est ce qu'affirme Ulrich Beck, lorsqu'il déclare : « *tant que les acteurs politiques obéissent à la logique de l'optique nationale, l'identité de celui qui gouverne ne fait aucune différence* »⁸⁶⁴. En effet, les contraintes structurelles liées à l'insertion dans un marché mondialisé limiteraient de fait les politiques possibles dans une optique nationale. De ce fait, parce que soumis aux mêmes contraintes structurelles, différents dirigeants ne pourraient qu'adopter les mêmes politiques. Cette pression structurelle exercée par le fonctionnement de l'économie dans un espace mondialisé est également dénoncée par J. P. Henry :

C'est le marché qui impose sa loi lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut pour des raisons politiques ou philosophiques réduire la production d'armes en France. C'est le marché qui impose sa loi lorsque l'on est confronté à la nécessité d'assurer l'avenir économique du pays et de « choisir » entre une lutte efficace contre le chômage ou une politique d'investissements. C'est encore le marché [...].⁸⁶⁵

Ainsi, ce que reproche principalement J. P. Henry au *marché*, c'est que la majorité des décisions politiques soit prise en fonction d'impératifs économiques que les États ne détermineraient pas : « *c'est leur comportement même [aux États] qui est désormais essentiellement ou exclusivement déterminé par les exigences du marché* »⁸⁶⁶. Les Hommes politiques seraient alors contraints d'ajuster leurs politiques au mode de fonctionnement du marché, ce qui traduirait une baisse de pouvoir de l'État. L'expression *exigences du marché*

⁸⁶⁴ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 456.

⁸⁶⁵ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 644.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 644.

employée par J. P. Henry (plutôt que mode de fonctionnement) est à ce titre très significatif. Elle montre bien la tendance à la personnification de l'économie. L'économie est pensée comme un acteur, qui exerce un *pouvoir*, a des *exigences*. Cette personnification est également présente chez Susan Strange : « *Alors que les États étaient jadis les maîtres des marchés, les marchés sont aujourd'hui, dans bien des domaines cruciaux, les maîtres des gouvernements nationaux* »⁸⁶⁷. Cette tendance se retrouve également chez J. Habermas :

Les « débats de positionnement » que nous menons aujourd'hui nous font prendre conscience de l'écart croissant qui se creuse entre, d'un côté, les marges d'action limitées des États-Nations et, de l'autre, les impératifs de l'économie mondiale qui échappent désormais à toute influence politique⁸⁶⁸

Cette suprématie du marché sur le politique tiendrait finalement à ce que les considérations économiques soient celles principalement prises en compte par les décideurs. De ce fait, les États comme les individus seraient soumis à la même logique du marché. Le marché fonctionnant de manière similaire sur une grande partie du globe (et étant de plus en plus intégré), il y aurait donc en conséquence une similitude de plus en plus grande entre les législations des différents États⁸⁶⁹. Or, si effectivement l'efficacité économique des politiques publiques au sein d'une économie de marché est dépendante de critères qui peuvent être déterminés par le fonctionnement propre du marché, tant l'efficacité économique que l'insertion au sein d'une économie mondialisée de marché restent des choix proprement politiques. Il reste tout à fait possible pour les gouvernants de considérer que le choix philosophique de ne plus produire (ou vendre) des armes est plus important que ce que peut économiquement apporter leur production (ou vente). Le fait de choisir de produire des armes reste un choix purement politique (par contre effectivement, il semble délicat de conserver les emplois et bénéfice du secteur de l'armement s'il est décidé de ne plus fabriquer d'armes).

La mise en place par différents États d'une économie de marché plus ou moins intégrée inciterait ceux-ci à mettre en place des politiques économiques similaires. Puisqu'il existe des comportements similaires, une approche du pouvoir en termes de comportement aura des facilités à supposer une cause commune à ces comportements posés comme induits :

⁸⁶⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 29. Il est toutefois délicat de savoir ce que Susan Strange entend précisément en affirmant que les États étaient les *maîtres* des marchés. Il est en effet illusoire de croire qu'à un moment ou à un autre les États avaient un véritable contrôle de l'économie (même si dans les pays communistes les gouvernant contrôlaient effectivement l'économie, ils n'en déterminaient pas l'efficacité).

⁸⁶⁸ HABERMAS J., *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998 [1996], p. 113.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 643. La manière dont le pouvoir structurel contraindrait les États sera explicité ultérieurement (Cf. *infra.*).

l'exercice d'un pouvoir ayant causé ces comportements. Le pouvoir du marché n'est donc pas tant observé qu'induit d'une observation de comportements similaires. C'est visible chez S. Strange, qui constatant la rupture créée par la mondialisation, considère que la nouveauté ne consiste pas tant dans la transformation d'États (phénomène qui s'est déjà déroulé par le passé), mais l'ampleur géographique du changement (presque tous les États seraient touchés)⁸⁷⁰. Ainsi, puisqu'il existe des comportements similaires à l'échelle mondiale il est tentant d'en déduire l'exercice d'un pouvoir à l'échelle mondiale (le pouvoir étant la cause du comportement, des comportements similaires peuvent facilement être interprétés comme soumis au même pouvoir). Le pouvoir de l'économie n'est pas tant réellement observé que déduit du comportement des États.

De ce fait, puisqu'il n'est pas possible de considérer tel ou tel acteur comme cause de l'interaction, c'est alors l'ensemble des interactions économiques (désignés sous le vocable *marché* ou *capital* ou *économie*), considéré à juste titre comme cause des comportements, qui sera considéré comme exerçant du pouvoir sur les États. Ce ne sont donc pas tant les acteurs économiques qui ont du pouvoir que l'ordre spontané qui découle de leur action. Même si c'est de manière cumulée et non coordonnée que se font ces actions, même si elles sont le fruit de stratégie et d'objectif différents, il peut sembler logique, à partir du moment où les conséquences involontaires d'une action sont intégrées dans la relation de pouvoir, de considérer que ces acteurs, pris dans un tout réifié (voir personnifié), disposent d'un pouvoir sur les États. Toutefois, cette approche peut être problématique. En effet, cet ordre spontané fut rendu possible par les actions des États. Les États peuvent alors être considérés, dans la même logique, comme la cause du comportement des acteurs économiques, puisque ce sont leurs actions qui ont fait que les acteurs économiques agissent de cette manière. Dans une approche du pouvoir en termes de comportement, il serait alors possible de considérer que ce sont les États qui exercent du pouvoir sur les acteurs économiques.

Ce serait donc eux qui disposeraient du pouvoir sur les acteurs économiques. Cette aporie montre la difficulté de penser les relations de pouvoir, considérées comme cause de comportement et intégrant les aboutissants involontaires, dans des interactions multiples se déroulant dans le temps. Chaque acteur agissant en fonction des autres acteurs qui réagissent en fonction de ces actions, il est tout simplement impossible de déterminer une cause première permettant d'identifier la source de pouvoir. Il serait ainsi possible de considérer que

⁸⁷⁰ « Ce qu'il y a de nouveau et d'inhabituel, c'est que tous – ou presque tous – les États aient dû subir un changement substantiel, grosso modo du même genre, pendant la même brève période de vingt à trente ans » STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 158.

les politiques d'investissement des entreprises soient (en partie) déterminées par les politiques des États (fiscalité, infrastructures...). En ce sens, certaines entreprises seraient contraintes à la délocalisation du fait des politiques étatiques.

Cette dépendance réciproque entre les acteurs économiques et les États est d'ailleurs rappelée par Samy Cohen : « *Comme les firmes multinationales, ils [les marchés financiers] sont dépendants d'États solides, capables de mettre en œuvre des règles juridiques garantissant la sécurité des transactions* »⁸⁷¹.

Le fait de considérer comme origine du pouvoir un système d'interaction (dont au moins une partie des règles sont définies par les États) est ainsi problématique. D'abord parce que effectivement, comme le rappelle Ulrich Beck, il n'y a pas de responsable (« *c'est personne qui fait la politique* »). Ensuite, parce que le système d'interaction des acteurs économiques est artificiellement isolé du système d'interaction globale. Enfin, parce que dans un système d'interaction, il est normal que les différents éléments du système prennent en compte les autres éléments du système, et que donc leurs comportements soient fonction d'eux. Dire que l'économie a un pouvoir sur l'État n'a donc pas plus de sens que de considérer que la société a un pouvoir sur l'État. Le *marché* désigne donc le comportement et interactions des acteurs économiques. Ces interactions créent des régularités et un mode de fonctionnement (et non pas des *exigences*) et les États interagissent en conséquence. Cette mise en avant unilatérale du pouvoir de l'*économie* sur l'État est donc problématique car partielle et très peu rigoureuse. D'autant plus qu'est très rarement mis en avant ce que serait le comportement des États si le *marché* n'existait pas ou fonctionnait différemment. Il est ainsi délicat de considérer que la mondialisation et la libéralisation des échanges n'est pas un choix des États lorsque ceux-ci les ont construites et continuent de les construire⁸⁷², alors même que les conséquences d'une économie de marché mondialisé semblent connues.

Il est donc impropre de parler du pouvoir d'un système d'interaction, même lorsqu'il s'agit d'interactions humaines. Cela traduit une personnification des processus sociaux qui se voient alors attribuer des caractéristiques propres aux acteurs humains. De plus, une lecture attentive des textes de ces auteurs montre bien que la soumission des États dénoncée est plus idéologique que matérielle.

⁸⁷¹ COHEN S., *La Résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, p. 232.

⁸⁷² À titre d'exemple, les négociations en cours sur l'accord précité pour une zone de libre-échange entre les États-Unis et l'Union européenne.

1.3.1.3 La soumission des États à l'économie : un conflit latent plus idéologique que matériel

Il faut en effet se demander pourquoi, puisqu'il est impossible de déterminer dans un processus interactionnel de longue durée qui est à l'origine du comportement et que tout autre comportement non modifié est purement spéculatif, ce sont les entreprises qui sont supposées avoir du pouvoir sur les États qui pourtant ont construit la mondialisation⁸⁷³ (surtout si l'on se rappelle que lorsque les acteurs du *capital* respectent la loi, l'État est cause de comportement).

La réponse est à trouver dans le conflit latent⁸⁷⁴. Le fait est que les politiques mises en place par les États (et l'état du monde en général) ne sont pas jugées satisfaisantes par ces auteurs (1.3.1.3.1). Pourtant, il apparaît bien que le fait même de parler de conflit implique souvent l'idée que les États soient les entités prédominantes au sein du système mondial (1.3.1.3.2).

1.3.1.3.1 La soumission des États pensée par rapport un conflit latent

Ainsi, J. P. Henry dénonce le fait que les considérations économiques l'emportent sur des considérations morales ou philosophiques. Ulrich Beck dénonce également certains aspects qui lui semblent néfastes de l'organisation actuelle du monde⁸⁷⁵, qui seraient le fait des acteurs économiques :

La politique et l'État sont par exemple contraints de supporter et de justifier les problèmes économiques, sociaux et écologiques, qu'entraînent les flux de capitaux et les décisions d'investissement privées – l'effondrement de pays et de régions entières du monde, le chômage et la destruction de l'environnement. Les gouvernements se trouvent donc dans l'obligation d'anticiper la négativité des décisions d'investisseurs privés et de la justifier, sans pouvoir exercer une influence directe sur ces décisions⁸⁷⁶

Or, Ulrich Beck rappelle bien que la situation dans laquelle les États se trouvent est liée aux décisions des États. Dans une perspective ici purement constructiviste, il précise que le rôle de l'État est principalement lié à la manière dont il se définit :

⁸⁷³ Il faut se toutefois préciser qu'Ulrich Beck nie la dimension construite de la mondialisation (Cf. *supra*.)

⁸⁷⁴ Cf., *supra*.

⁸⁷⁵ Le jugement négatif sur l'état du monde est un aspect conséquent de la critique de la souveraineté (Cf., *infra*). Ce jugement semble donc avoir un impact considérable sur la science politique.

⁸⁷⁶ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], pp. 331-332.

La capacité d'action de l'État ne dépend pas seulement, peut-être même pas fondamentalement des impératifs liés à la mondialisation économique ; elle dépend bien plus de la façon dont les États se définissent eux-mêmes dans le méta-jeu de pouvoir.⁸⁷⁷

De plus, il précise bien que le pouvoir du *capital* n'est pas lié à une plus grande puissance des acteurs économiques⁸⁷⁸. Le problème selon U. Beck est bien que les États jouent le jeu du *capital* : « Une politique étatique soucieuse de se redéployer dans l'espace transnational et de faire face à l'économie mondiale devrait briser la coalition dans laquelle l'État national et l'économie sont unis »⁸⁷⁹. La faiblesse politique alors dénoncée serait en fait le résultat d'un choix erroné de la part des États : « S'il est exact que c'est en acceptant unilatéralement le primat de l'économie mondiale que la politique se ligote elle-même, alors il devient possible de renouveler et de re-monopoliser la politique »⁸⁸⁰. Pour cela, les États devraient sortir du « nationalisme méthodologique ».

L'alliance que dénonce Ulrich Beck entre l'État national et l'économie serait alors le fait d'une mauvaise perception des choses : c'est parce que les États restent prisonniers de l'optique nationale qu'ils s'obstinent dans la mise en place d'États néolibéraux (choix qu'Ulrich Beck considère comme une impasse). L'alliance entre l'État et l'économie est bien pensée comme une relation entre A (l'économie) et B (l'État) liée au fait que B ne prenne pas conscience d'un antagonisme objectif d'intérêt. En ce sens, malgré une apparente convergence de volonté, l'État serait soumis à l'économie. Or, Ph. Braud explique bien le risque de poser un intérêt supposé objectif⁸⁸¹. La dimension militante, qu'Ulrich Beck assume⁸⁸², traduit donc une éthique qui lui fait condamner la situation actuelle et poser des intérêts objectifs. La déviance de cet intérêt objectif, qui est bien un comportement, s'explique alors par une relation de pouvoir. Cette éthique traduit principalement une condamnation du néolibéralisme qui est posé comme négateur du politique au profit de l'économique. La mise en avant des mécanismes de marché comme mécanismes de régulation et de construction sociale apparaissant alors comme un retrait *du politique* vis-à-vis de *l'économique* (ce qui explique la formulation d'une politique qui *se ligote elle-même*). Ainsi, J. P. Henry regrette que ce ne soit plus l'État qui soit porteur du projet collectif (qu'il réaliserait à travers la normalisation), mais le marché (il ne semble donc pas considérer que la société actuelle de

⁸⁷⁷ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 318.

⁸⁷⁸ « Les acteurs de l'économie mondiale ne sont donc pas a priori plus puissants que les États », in. BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 454.

⁸⁷⁹ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 334.

⁸⁸⁰ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 323.

⁸⁸¹ Cf. *supra*.

⁸⁸² Dans son avant-propos, il explique ainsi qu'un des objectifs du livre est de « Donner à la mondialisation le visage que nous voulons » (BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, *Op. cit.*, p. 13).

consommation de masse puisse être le projet collectif)⁸⁸³. Or, il apparaît bien que le modèle néolibéral de retrait de l'intervention étatique est un choix politique, ne serait-ce que parce que des auteurs (dont U. Beck) estiment possible de changer d'orientation. Cette condamnation idéologique du néolibéralisme est particulièrement bien formulée par Alain Girard et Claude Neuschwander, qui s'inscrivent ainsi dans la même approche critique que J. P. Henry et U. Beck : « *les gouvernements élus sont astreints non pas à la recherche de l'intérêt général pour les citoyens mais à une danse de séduction visant à inciter les gestionnaires du capital à demeurer sur leur territoire* »⁸⁸⁴. L'intérêt général des citoyens (que, dans une perspective rousseauiste, il est possible de rattacher à la volonté générale), serait l'intérêt objectif. En ce sens, si la politique est la réalisation de l'intérêt objectif du groupe, alors effectivement il serait possible de considérer que le néolibéralisme traduit un recul du politique vis-à-vis de l'économie. Toutefois, cette conception (outre le problème que pose l'idée d'intérêt objectif ou général) nie (ou occulte) l'idée que séduire les investisseurs puisse être cet intérêt général, c'est-à-dire justement occulte le fait que le néolibéralisme est bien une politique⁸⁸⁵. Cette occultation de la dimension politique du libéralisme traduit donc une conception interventionniste de l'État⁸⁸⁶. La mise en avant de ce conflit latent entre l'État et l'économie traduit alors bien le risque que dénonçait Ph. Braud, c'est-à-dire d'être construit sur une éthique particulière⁸⁸⁷.

Un des autres problèmes de ce type d'approche est le fait de considérer les acteurs économiques mais surtout étatiques comme des ensembles homogènes, et de les réifier à travers les notions d'*économie* et de *politique*. Or, si effectivement il est potentiellement acceptable de considérer les acteurs économiques comme un ensemble (puisque abordés à travers les conséquences globales et cumulées de leurs actes non coordonnés), c'est moins certain pour les États. Rien en effet ne permet *a priori* de considérer que tous les États soient touchés de la même façon par le processus de mondialisation et d'autonomisation de la finance. Lorsqu'il considère que la transnationalisation permettrait d'enrayer « *le déclin du*

⁸⁸³ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 653.

⁸⁸⁴ GIRARD A., NEUSCHWANDER C., *Le libéralisme contre la démocratie, le temps des citoyens*, Paris, Syros, 1997.

⁸⁸⁵ Ce que défendent justement les auteurs libéraux. La question de savoir si c'est une bonne ou mauvaise politique, étant en dehors du champ scientifique, ne saurait donc être traitée dans le cadre de cette thèse.

⁸⁸⁶ Cf., *infra*.

⁸⁸⁷ Cf. *supra*.

pouvoir et de l'autorité de l'État »⁸⁸⁸, U. Beck évoque bien un déclin du pouvoir de l'État, c'est-à-dire de tous les États. Cela est cohérent avec sa conception de la mondialisation qui serait le fait de personne et la condamnation de cette même mondialisation qui traduirait un recul général de la politique vis-à-vis de l'économie. Or, il n'est pas garanti que la mondialisation traduise une perte de pouvoir pour tous les États. Seule l'idée d'un conflit latent entre les États et les acteurs économiques permet de poser que tous les États sont soumis à l'économie.

La soumission des États est supposée à partir à partir d'une divergence d'intérêt objectif. Or, la mise en avant de cette divergence d'intérêt objectif montre bien que les États ne sont pas contraints dans leur choix. La dénonciation du pouvoir de l'*économie* traduit ici une dénonciation des politiques mises en place par les gouvernants, et non pas le fait que les ordres juridiques mis en place par les États ne seraient plus autonomes. Ces mauvaises politiques sont liées au fait que, selon Ulrich Beck, les dirigeants se perçoivent mal. Cet aspect ne concerne pas la souveraineté de l'État.

Les États ne prendraient donc pas conscience de leur intérêt objectif, ce qui justifierait le fait de les considérer comme sous influence. Cette critique ne concerne pas la souveraineté puisqu'il s'agit ici d'une critique des politiques mises en place par les gouvernants. Il n'y aucune remise en cause de la capacité des États à maintenir leur système de contrainte. De plus, outre le fait que la mondialisation est le fruit de la volonté des souverains, la soumission idéologique des États s'observe également par le fait que les États sont reconnus comme tout à fait capables, une fois qu'ils se seront rendu compte de leur intérêt objectif, de poser des injonctions aux acteurs économiques. Ils restent donc l'élément déterminant de la structuration des normes à l'échelle mondiale.

⁸⁸⁸ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 39.

1.3.1.3.2 Le conflit latent entre les entreprises et les États : la dénonciation d'un pouvoir global toutefois dominé par les États

L'existence d'un ordre mondial et d'une relative homogénéisation des comportements traduit un processus de normalisation des comportements. Dans une approche du pouvoir comme cause de comportement, il est tentant d'en déduire un pouvoir normalisateur. Les comportements étant normalisés à l'échelle mondiale, il est tentant d'en déduire l'existence d'un pouvoir mondial.

La mise en avant du pouvoir comme facteur explicatif (il est *cause* du comportement), ainsi que le développement de la notion de contrôle en philosophie et en sciences sociales, vont faciliter l'idée d'une direction du monde (par les acteurs qui, justement, *contrôlent*). Il n'est pas question ici de discuter l'idée de savoir si oui ou non il est pertinent de considérer que le monde est dirigé, ou si la mondialisation dans la forme qu'elle prend est réellement le fruit d'un projet rationnel pensé et voulu. Il s'agira juste de vérifier la place qui est faite aux États dans les théories qui adoptent cette logique. Or, il apparaît que les États gardent une place prédominante dans ce nouveau système. Le fait même de supposer un conflit latent revient en effet à considérer que les États *pourraient* imposer des politiques différentes.

Affirmant la mise en place d'un nouvel ordre mondial⁸⁸⁹, Antonio Negri développe le concept d'empire, qui serait la nouvelle forme que prendrait le pouvoir avec la mondialisation. L'empire est effectivement déduit du processus de normalisation : « *L'empire est un processus de constitution de souveraineté : une nouvelle souveraineté sur le marché global. Tout marché exige en effet une régulation, [...]. Quand le marché devient global, il a besoin d'une régulation globale.* »⁸⁹⁰. Cette régulation mondiale supposerait alors un pouvoir régulateur mondial, qu'il qualifie d'empire : « *Notre hypothèse centrale, c'est qu'au niveau mondial, une nouvelle forme de souveraineté est aujourd'hui en train d'apparaître – une souveraineté décentrée, prise dans un réseau de souverainetés que nous appelons*

⁸⁸⁹ Vis-à-vis duquel il est tout aussi critique qu'Ulrich Beck : Le but est de comprendre la manière dont se recompose le pouvoir afin de permettre aux « classes prolétariennes » de se l'accaparer : « *Comprendre comment résister au biopouvoir impérial et transformer le nouveau nouvel équilibre mondial de l'intérieur, en agissant non plus en tant que classes ouvrières ou prolétariats nationaux mais comme multitude devient dès lors un problème fondamental* » (NEGRI A., « une axiomatique pour l'empire », in. NEGRI A., *Traversées de l'Empire*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2011, p. 23).

⁸⁹⁰ NEGRI A., « Une axiomatique pour l'Empire », in NEGRI A., *Traversées de l'Empire*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2011, p. 15.

Empire »⁸⁹¹. Ainsi, la souveraineté des États serait remise en cause par une souveraineté supérieure à laquelle ils seraient soumis (ce qui en soi n'est pas contraire à la théorie de la souveraineté et annoncerait simplement un État mondial souverain). Cette approche est plus intéressante que celles qui mettent en avant le pouvoir de l'économie puisqu'il s'agit ici d'acteurs identifiables.

Cet Empire se distinguerait des autres Empires modernes en ce qu'il ne serait pas construit sur la base d'un État-nation. Il considère en effet que l'empire disposerait d'une constitution mixte, dont les États-Unis seraient l'élément monarchique, les grandes multinationales capitalistes l'élément aristocratique et les autres États l'élément démocratique⁸⁹². Indépendamment de la justesse de son analyse, trois éléments sont alors intéressants dans l'approche d'A. Negri. Le premier est la réaffirmation du caractère construit et en partie volontaire de la mondialisation. Le second est la place reconnue aux États dans la construction de cet ordre (qui représentent deux éléments de pouvoir sur trois). Le troisième est la rupture qu'il introduit entre les États (ici entre les USA et les autres). La mise en place de la mondialisation telle qu'elle apparaît aujourd'hui peut très bien être pensée comme relevant de stratégie de pouvoir de la part des États les plus puissants, qui estimerait alors que c'est dans leur intérêt (ce qui renvoie à S. Strange estimant que le pouvoir politique des acteurs économiques leur a été donné par les États, *pour raison d'État*⁸⁹³). Elle reste toutefois acceptée par l'ensemble des États qui y participent. Il s'agit alors d'une forme d'impérialisme, tout à fait compatible avec la théorie de la souveraineté. Les grands États et les grandes multinationales construiraient ensemble un système économique mondial, au sein duquel les autres États s'insèrent volontairement.

Antonio Negri ne semble donc pas remettre en cause le rôle fondamental des États dans la constitution de son empire. Si les acteurs économiques y ont un rôle, ils apparaissent dépendants des États (et de leur pouvoir d'injonction et de coercition) dans la mise en place de ce nouvel ordre. Cette affirmation du rôle des États au sein de la normalisation des États peut également être pensée de manière négative, comme par exemple chez Christian Chavagneux.

⁸⁹¹ NEGRI A., « Une axiomatique pour l'Empire », *Op. cit.*, p. 24.

⁸⁹² NEGRI A., « Une axiomatique pour l'Empire », *Op. cit.*, p. 24.

⁸⁹³ Cf., *supra*.

Christian Chavagneux s'interroge ainsi à de nombreuses reprises pour savoir « *qui dirige l'économie mondiale* »⁸⁹⁴. Or, s'il admet que la réponse est complexe et nécessite un dépassement des approches traditionnelles (notamment au profit de l'EPI), il ne remet pas en cause sa question. De ce fait, il participe à la propagation de l'idée que le monde est bien dirigé (même s'il est difficile de dire par qui précisément). Il tombe donc précisément dans le travers qu'Hayek dénonce, c'est-à-dire l'illusion constructiviste d'un monde pensé, voulu et organisé de manière consciente. Certes, il reconnaît que certains aspects se sont développés indépendamment de toute stratégie volontaire (en parlant des paradis fiscaux)⁸⁹⁵, mais il reste dans le cadre conceptuel d'un directoire mondial.

Christian Chavagneux commence par dénoncer l'idée que les États-Unis soient les maîtres du jeu :

si la mondialisation est telle que nous la connaissons aujourd'hui, c'est parce que les États-Unis, le plus fort de ces acteurs, le veulent ainsi. Quand ils ne le voudront plus, la dynamique économique mondiale changera de cap. Une approche qui va à l'encontre des enseignements de l'histoire, de l'analyse du monde contemporain et de la réflexion théorique⁸⁹⁶

D'un autre côté, il considère qu'il ne faut pas céder au pessimisme (il a une vision assez critique de l'état du monde) parce que la mobilisation politique peut amener à une économie mieux maîtrisée et plus démocratique. En effet, il considère qu'une meilleure coordination des États « *leur permettra de reprendre la main dans leurs négociations avec les acteurs privés* »⁸⁹⁷. Cela passerait alors par la création d'une instance internationale dotée de capacités judiciaires et politiques.

Or, s'il a raison de considérer que les États-Unis ne peuvent à eux seuls modifier à leur guise le système international ; le fait de considérer que les États peuvent reprendre la main s'ils se coordonnent mieux (et que l'économie puisse être mieux maîtrisée – ce qu'affirmaient également U. Beck et Susan Strange) indique bien que c'est l'absence de coordination des États qui est en cause et non le rapport de force avec les acteurs privés. Les États restent donc bien les maîtres du jeu : la non-coordination des États est leur volonté : ils ne veulent pas se coordonner. Certes, il ne faut pas considérer que tous les phénomènes liés à la mondialisation sont le fruit de la volonté des États, ni même des objectifs des gouvernants des États.

⁸⁹⁴ CHAVAGNEUX Ch., *Économie politique internationale*, Paris, La découverte, 2010 [2004], p. 3 ; CHAVAGNEUX Ch., « Le pouvoir dans l'économie mondiale », *Alternatives Économiques*, HS n°047, jan. 2001, [en ligne] < http://www.alternatives-economiques.fr/le-pouvoir-dans-l-economie-mondiale_fr_art_31_2869.html >, consulté le [03/11/2013].

⁸⁹⁵ CHAVAGNEUX Ch., « Le pouvoir dans l'économie mondiale », *Op. cit.*

⁸⁹⁶ *Idem.*

⁸⁹⁷ *Idem.*

Néanmoins, à partir du moment où une plus grande régulation est possible, il faut admettre qu'elle n'est pas voulue. Un exemple concret de cette absence de volonté des États est d'ailleurs développé par Ch. Chavagneux concernant le cas des paradis fiscaux. Il montre bien l'absence de volonté réelle des États à lutter contre les paradis fiscaux⁸⁹⁸. Le rôle nécessaire des États est reconnu par Ulrich Beck⁸⁹⁹. Samy Cohen parle ainsi de « *connivence* » entre les États et les entreprises : « *Il s'agit moins de situation de domination des premiers [les États] par les secondes [les multinationales] que de dépendance réciproque et de connivence. Depuis toujours, l'État a joué un rôle important de soutien aux entreprises nationales* »⁹⁰⁰.

L'affirmation du pouvoir des acteurs de l'économie sur les États traduit donc plus une dénonciation des politiques mises en place par les gouvernants qu'un réel défaut de pouvoir. Il ne s'agit pas de dire que les États ne peuvent pas faire, mais de dire qu'ils ne font pas. La plupart des auteurs reconnaissent qu'une plus grande régulation de l'économie mondiale est tout à fait possible. Or, tout auteur qui admet une possible solution politique aux problèmes qu'il identifie dans une économie mondialisée admet alors nécessairement la primauté des instruments de contrainte sur les acteurs économiques. Ces solutions passent soit par une meilleure coordination des États (qui ne peut être que le fait de leur volonté) soit par l'instauration d'éléments de contraintes au niveau international (qui dépend également de leur volonté et traduirait une souveraineté internationale).

C'est d'autant plus visible en considérant que les solutions apportées (l'idée même de solution indiquant bien qu'il s'agit pour eux d'un problème) passent par les États.

Les États restent donc les acteurs dominants de la société internationale. Ce sont eux qui ont mis en place et continuent de mettre en place un cadre juridique homogène permettant une grande mobilité des capitaux. L'*économie*, le *capital* ou le *marché* ne sauraient être considérés comme des acteurs, et il est donc impropre de parler de son pouvoir. La soumission des États apparaît comme déduite du fait que les législations ne sont pas ce qu'elles devraient être, ce qui traduirait un conflit latent. C'est de cette divergence entre ce qui est supposé comme devant être et ce qui est que les auteurs déduisent une soumission, alors

⁸⁹⁸ CHAVAGNEUX Ch., PALAN R., *Les paradis fiscaux*, Paris, La Découverte, 2012 [2006], pp. 79-112.

⁸⁹⁹ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 457.

⁹⁰⁰ COHEN S., *La Résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, p. 229. Il apparaîtra de plus en fin de seconde partie qu'il n'est pas nécessairement pertinent d'opposer le secteur privé au secteur public.

mêmes que les États apparaissent comme les acteurs clefs de la construction du système mondial actuel et que personne ne remet réellement en cause l'idée qu'ils puissent changer les choses s'ils le veulent. À aucun moment il n'est évoqué l'idée que les lois d'un État puissent être cassées par les acteurs économiques. La souveraineté de ceux-ci est donc intacte : l'ordre juridique est toujours autonome. Ainsi, du point de vue traditionnel de la souveraineté, avec une conception du pouvoir politique comme pouvoir d'injonction, les États restent souverains. Avec une conception large du pouvoir et de la politique, les États restent les acteurs prédominants du système international.

La mise en place d'une économie mondialisée ne modifie pas en soi la souveraineté des États, d'autant plus que ceux-ci restent les acteurs dominants de la société mondiale. S'il est impropre de parler du pouvoir de l'économie, certains auteurs mettent en avant l'existence d'acteurs qui exercerait directement du pouvoir sur les États.

1.3.2 Les États soumis à la volonté des acteurs non étatiques : un rapport problématique entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence

Les précédentes approches étaient donc construites sur un conflit latent entre entreprises multinationales et États pour en déduire une domination générale de l'État par l'économie. S'il a été montré que cette formule est vide de sens, il arrive que l'exercice du pouvoir des acteurs non-étatiques sur l'État soit affirmé comme plus direct. Ceux-ci seraient ainsi en mesure d'influencer directement les États. L'accent est alors mis sur les nouveaux acteurs de la scène internationale (ONG et Organisations Internationales). Cette mise en avant des acteurs externes par rapport aux acteurs internes (qui influencent tout autant le processus de décision) traduit bien une conception autarcique de la souveraineté.

Il apparaît toutefois qu'il est impossible de considérer que la souveraineté des États soit remise en cause. En effet, tant les organisations internationales que les entreprises n'ont qu'un rapport d'influence avec les gouvernants (1.3.2.1). Il en est de même pour les Organisations Non Gouvernementales (ONG) mais ce rapport d'influence apparaît de plus comme minime (1.3.2.2). Or, les relations d'influence ne peuvent s'appliquer à l'État et à la

souveraineté du fait de leur nature juridique (1.3.2.3). Enfin, la conception négative de la liberté qui présida à la conceptualisation de la théorie de la souveraineté empêche de considérer qu'il soit contraint (1.3.2.4).

1.3.2.1 Les États soumis au pouvoir des organisations internationales et des acteurs économiques : une relation d'influence.

Les acteurs économiques et les organisations internationales peuvent en effet dans certains cas sembler exercer du pouvoir sur les États. Il apparaît toutefois que ce pouvoir n'est qu'un pouvoir d'influence.

La mise en place de politiques d'aides conditionnées de la part des institutions internationales est ainsi souvent présentée comme une atteinte à la souveraineté. Il ne s'agit plus ici de mettre en avant le pouvoir de la structure sociale (même si les organisations internationales sont intégrées dans l'agglomérat *capital* de U. Beck) mais bien d'évoquer des cas concrets pensés comme soumission des États aux instances financières internationales. En ce sens, de nombreux États auraient perdu leur souveraineté, puisqu'ils seraient soumis à une autorité qui leur est extérieure. Il a déjà été dit que le fait que certains États (au sens de sujet du droit international) ne soient plus souverains n'est pas en soi un problème du point de vue de la souveraineté (ce ne sont alors plus des États au sens de Républiques). Néanmoins, il apparaît qu'il est impossible de considérer la conditionnalité des aides accordées par les instances internationales comme des atteintes à la souveraineté des États puisqu'il s'agit de relations contractuelles et volontaires. Ici encore, c'est l'absence de distinction stricte entre pouvoir d'influence et pouvoir d'injonction qui crée un malentendu. Ce raisonnement appliqué aux instances internationales est alors tout à fait transposable aux autres acteurs économiques, dont les entreprises.

La remise en cause de la souveraineté des États par la conditionnalité des aides économiques est un des motifs récurrents de l'analyse de l'État dans la scène internationale. Bertrand Badie explique ainsi que « *La défaillance des États [...] conduit aussi à une appropriation partielle de leur souveraineté par les organisations internationales, notamment*

celles spécialisées dans le financement multilatéral de leur développement »⁹⁰¹. Après avoir développé plusieurs exemples montrant comment des politiques économiques furent exigées par le FMI et la Banque Mondiale (il parle ainsi d'*injonction*⁹⁰²), il en conclut que « *Les collapsings economies feraient ainsi clairement appel à une régulation radicalement extra-étatique, d'autant plus éloignée des canons de la souveraineté* »⁹⁰³. Ainsi, parce que des États se verraient contraints d'adopter des politiques économiques de l'extérieur, et qu'une part importante de leur régulation ne serait plus de leur simple fait, ils ne seraient plus souverains, puisque la puissance normative ne serait plus autonome.

Cette contradiction apparente entre la souveraineté des États et les demandes des instances d'aide est omniprésente dans les discours médiatiques et politiques. Les politiques d'aides mises en place par le FMI sont ainsi perçues par un nombre conséquent de journalistes comme une perte de souveraineté. Le discours journalistique a ceci d'intéressant qu'il permet de voir comment sont diffusées les théories politiques dans un public non spécialisé⁹⁰⁴. Il est possible de citer pêle-mêle : « *La Grèce perd un peu plus de sa souveraineté* »⁹⁰⁵ ; Philippe Martin déclare au Monde : « *Symboliquement, c'est une perte de souveraineté et une humiliation pour la Grèce* »⁹⁰⁶. *Alternatives Économique* titre un article : « *Un nouvel abandon de la souveraineté grecque* »⁹⁰⁷... L'approche de Bertrand Badie est donc bien largement diffusée dans l'espace social. Dans une optique similaire, J. P. Henry, qui dénonçait le pouvoir du *marché* et de ses *exigences* sur les États, estime que ces exigences sont justement maintenues par les instances internationales. Ainsi, toute tentative de non-respect de ces exigences du marché se traduirait par un rappelle à l'ordre des « *instances proprement économiques ou financières* »⁹⁰⁸. Il apparaît donc que pour J. P. Henry, non seulement l'appartenance à l'économie de marché internationale traduit pour l'État une perte de pouvoir normatif, mais surtout, il serait impossible pour les États d'en sortir (il donne alors l'exemple des *injonctions* faite par certaines instances telle le FMI). Bernard Cubertafond évoque la

⁹⁰¹ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 132.

⁹⁰² BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 133.

⁹⁰³ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 135.

⁹⁰⁴ En ce sens, le discours journalistique constitue un niveau supplémentaire dans la diffusion du discours universitaire.

⁹⁰⁵ <http://www.agoravox.fr/actualites/europe/article/la-grece-perd-un-peu-plus-de-sa-97046> ; [consulté le 13/08/2013].

⁹⁰⁶ http://www.lemonde.fr/europe/article/2010/04/26/l-intervention-du-fmi-une-humiliation-pour-la-grece_1342905_3214.html ; [consulté le 13/08/2013].

⁹⁰⁷ <http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/01/17/un-nouvel-abandon-de-la-souverainete-grecque-les-futurs-titres-seront-soumis-au-droit-anglais/> ; [consulté le 13/08/2013].

⁹⁰⁸ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 644.

« *quasi-tutelle* » de certains organismes internationaux, et parle « *des mesures de rigueur économique imposées aux pays surendettés par le Fond Monétaire International* »⁹⁰⁹.

Ainsi, même si effectivement la mondialisation et l'insertion au sein de celles-ci seraient le fait de politiques volontaires, les États perdraient leur souveraineté puisqu'ils ne pourraient alors plus en sortir, et seraient alors contraints.

Dans une optique similaire, il est possible de considérer les pressions (délocalisation, non investissement...) qu'exerceraient les dirigeants d'entreprises pour dissuader les gouvernants de prendre des mesures qu'ils jugent pénalisantes. Dans aucun de ces cas, il ne saurait s'agir de coercition.

Il y a deux aspects problématiques dans ce type d'affirmation. La première concerne le statut d'injonctions des demandes des instances internationales (ou, *a fortiori*, de tout type d'acteurs). D'une part, il est tout à fait impropre de parler d'injonction de la part des instances internationales. De même, les pressions exercées sur les gouvernants pour influencer des politiques s'inscrivent clairement dans des relations d'influence. D'autre part, il est impropre de considérer que faire appel aux instances économiques ou financières revient à avoir des normes extra-étatiques.

En effet, les décisions et politiques mises en place lors de plan de redressement restent le fait des États (qui, par le biais des procédures qui leur sont propres, ont voté et adopté ces réformes). Il n'y a donc pas imposition d'un nouveau système de norme de l'extérieur, mais une forte incitation à les adopter. Ce sont les États qui transforment leur système de normes afin de pouvoir bénéficier des crédits promis par les instances internationales. En ce sens, les États restent la source du droit en vigueur, tant dans sa formulation que dans son application⁹¹⁰.

De plus, il est impossible de considérer ces demandes comme des injonctions. Il faut se rappeler en effet que Ph. Braud catégorisait bien la sanction positive comme une forme de persuasion et donc d'influence. Or, la conditionnalité des aides ne peut être considérée comme une injonction puisqu'il s'agit alors d'un échange entre une aide (un prêt d'argent, le

⁹⁰⁹ CUBERTAFOND B., « Souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1298.

⁹¹⁰ La question des sources du droit et de la volonté de l'État sera traitée plus en détail ultérieurement (Cf. *infra*). Il faut toutefois déjà préciser que tout droit défini et appliqué par un État lui est, de ce fait, imputé et correspond donc à sa volonté. Indépendamment de celui qui a formulé le texte ou l'idée, c'est celui qui lui confère son statut juridique qui compte.

rééchelonnement d'une dette) et un comportement (l'adoption de réformes économiques). C'est donc bien l'adoption du comportement prescrit qui est ici sanctionné positivement. Il s'agit d'une récompense (prêt) suite à l'adoption d'un comportement (réforme).

Il est vrai que Braud considérait qu'une récompense jugée comme nécessaire (ce qui peut être le cas pour un prêt financier dans une situation de crise) apparaissait comme une injonction. Néanmoins il a été expliqué que cette assimilation ne saurait être acceptée : la nécessité perçue de la récompense ne saurait en effet changer la nature de l'interaction⁹¹¹. Les pressions auxquelles sont soumis les pays cherchant à bénéficier de financement ne saurait en aucun cas s'apparenter à de la coercition. La Grèce n'est pas sanctionnée du fait d'avoir choisi un modèle qu'une puissance normative aurait prohibé, elle adapte son économie afin de pouvoir continuer à bénéficier de capitaux provenant de l'étranger, qui demande en échange des réformes supposées nécessaires au remboursement. Elle est donc demandeuse. Des pays qui n'auraient pas de problèmes financiers et ne chercheraient pas à attirer des capitaux étrangers pourraient adopter le modèle économique de leur choix. Il ne s'agit donc pas de la sanction négative d'un comportement. La sanction n'intervient pas parce que les États auraient une mauvaise gestion, ni même parce qu'ils seraient surendettés. La sanction intervient dans le cadre d'un échange où c'est l'État qui est demandeur. La souveraineté des États est donc préservée. Par contre, il est vrai que les instances internationales, en conditionnant leurs aides, apparaissent comme la cause du comportement des États bénéficiaires.

Il apparaît donc bien que les conditions de marchandage entre les États bénéficiaires des aides et les entités attribuant ces aides ne sauraient être assimilées à une injonction, notamment dans l'espace mondial où la liberté de choix, similaire à celle de l'État de nature, est posée comme absolue. Il en est de même pour les entreprises. Elles proposent un avantage (investissement ou maintien de l'investissement) contre certaines politiques. De plus, la possibilité de départ qui leur est offerte est le fait de la législation des États et s'inscrit dans un cadre légal : une entreprise qui délocalise dans une économie ouverte respecte les injonctions du souverain (et donc la volonté de l'État qui lui offre cette opportunité).

Ainsi, il est impropre de poser l'existence des aides conditionnées comme négateur de la souveraineté des États en bénéficiant. Si ces instances peuvent effectivement être perçues comme influençant les États, par la proposition d'un marchandage défini comme persuasion, elles ne peuvent contraindre les États. À aucun moment l'autonomie des États est remise en

⁹¹¹ Cf. *supra*.

cause puisqu'ils restent formellement libres de leurs politiques économiques. Or, il semble bien que les États acceptant de se plier aux exigences des instances internationales souhaitent bénéficier de capitaux extérieurs. Il s'agit alors bien d'un choix politique visant à permettre une politique de développement.

Certes, cette liberté formelle des acteurs souverains peut sembler bien fictive, dans la mesure où certains choix semblent apparaître comme clairement préjudiciables. Il faut toutefois rappeler qu'elle est tout à fait conforme à la liberté telle que pensée à l'état de nature.

Parallèlement au pouvoir d'influence des Organisations internationales, certains auteurs mettent en avant le pouvoir qu'auraient les ONG sur les États. Or, il apparaît que ce pouvoir est également un pouvoir d'influence, minime qui plus est.

1.3.2.2 Le pouvoir d'influence des ONG : un pouvoir d'influence minime

Les autres acteurs réputés nuire à la souveraineté des États sont les ONG. Or, ici encore, s'il est possible de considérer que celles-ci ont une influence sur les gouvernants, elles n'ont aucun pouvoir d'injonction.

Il existe sur la question du pouvoir des ONG de fortes divergences. De nombreux auteurs vont ainsi mettre en avant le pouvoir que celles-ci auraient sur les États. Ulrich Beck développe ainsi le pouvoir d'opposition des ONG, qui auraient réussi à s'opposer à la volonté des États ou du capital :

La résistance qu'exercent les organisations non gouvernementales, les mouvements sociaux et les mouvements de consommateurs les plus divers n'a jamais été aussi puissante : c'est elle qui a fait échouer l'« accord multilatéral sur l'investissement » (AMI) proposé par l'OCDE, bien trop favorable aux entrepreneurs ; c'est elle qui, en Europe, a fait reculer (pour l'instant) de puissantes entreprises de génie génétique⁹¹²

Bertrand Badie considère également les capacités de lobbying des ONG et n'hésite pas à les considérer comme productrices de normes⁹¹³. Il considère également, de manière ambiguë, que « *tous ces acteurs sociaux ont pourtant dépassé le seuil de la pression sans*

⁹¹² BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 333.

⁹¹³ BADIE B., *La diplomatie des droits de l'homme : entre éthique et souveraineté*, Paris, Fayard, 2002, p. 283.

atteindre pour autant celui de la gestion ou de la cogestion »⁹¹⁴. Il met alors ensuite en avant la présence de plus en plus importante des ONG au sein des conventions internationales⁹¹⁵.

Or, comme pour les instances internationales, il ne s'agit bien que d'influence, que la rémunération soit matérielle (les ONG s'apparentant alors à des investisseurs étrangers) ou symbolique. Bertrand Badie reconnaît pourtant que c'est la volonté des États qui reste déterminante : « *Même si les États impriment en dernier ressort leur propre volonté, ils sont ainsi amenés à le faire en liaison de plus en plus soutenue avec d'autres acteurs qui apprennent ainsi les vertus de l'énonciation internationale* »⁹¹⁶. Il faut donc en conclure que les acteurs n'interviennent qu'en amont de la volonté de l'État, lors du processus de formulation⁹¹⁷, et que celle-ci n'est pas modifiée (puisqu'elle ne préexiste pas à son insertion dans le système juridique).

Il y a donc non pas tant une modification de la volonté des États, qu'une prise en compte par ceux-ci de leur revendication. En ce sens, le pouvoir des ONG doit donc être pensé comme un pouvoir d'influence (ce que reconnaissent ceux-là même qui considèrent leur pouvoir sur les États), qui à ce titre est étranger à la logique de la souveraineté. Par contre, le fait que les ONG soient perçues comme une remise en cause de la souveraineté des États (qui se retrouverait érodée) traduit bien *a contrario* la vision de la souveraineté de ces auteurs. La souveraineté serait remise en cause dès que le processus de décision des États serait influencé par des éléments qui leur seraient extérieurs. Une décision souveraine serait alors une décision prise en dehors de toute influence (pression, monnayage...). Cela traduit bien une lecture du pouvoir en termes d'influence et de cause de comportement : est souverain (c'est-à-dire dispose du pouvoir ultime) celui dont le comportement n'est pas influencé par d'autres acteurs. Cette conception de la souveraineté ne correspond cependant pas à la souveraineté telle qu'elle a été théorisée. Il a en effet été expliqué que la souveraineté ne renvoie pas à un décideur coupé de toute influence sociale. La volonté du souverain s'illustre dans sa capacité à transformer une règle en un droit contraignant, non pas à formuler des conduites ex-nihilo.

⁹¹⁴ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 202.

⁹¹⁵ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 201.

⁹¹⁶ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, p. 202.

⁹¹⁷ Cf. *supra*.

De plus, certains auteurs remettent en cause la forte influence qu'auraient les ONG sur les États. Samy Cohen estime ainsi que « *La plupart des ONG n'exercent aucune influence sur les États* »⁹¹⁸. Il catégorise en effet les ONG en trois types, en fonction de leur taille. Il distingue ainsi les majors, constitués de quelques grandes ONG internationales dont les ressources sont considérables (Greenpeace, WWF, Oxfam...). Ensuite, il existerait des ONG très efficaces sur le terrain mais moins à même de se financer à partir de dons privés et donc obligées de se tourner vers des sources institutionnelles ou étatiques, ce qui réduit leur marge d'indépendance. Enfin, il existerait des mini-ONG, totalement dépendantes des États et institutions internationales pour le financement et soutien de leur projet. Celles-ci n'auraient aucune marge de manœuvre⁹¹⁹. Or, S. Cohen considère que « *Seules les grandes ONG de la première catégorie peuvent prétendre exercer de l'influence sur les États* »⁹²⁰. Ainsi, seule une infime minorité des ONG aurait réellement une influence sur les États.

De plus, l'influence de ces ONG (donc très minoritaire) serait variable en fonction du type d'État. Il distingue ainsi avec Robert Cooper les États « prémodernes », « modernes » et « post-modernes »⁹²¹.

Or, si les ONG peuvent avoir une influence dans certains États modernes relativement ouverts aux échanges et ainsi impacter les politiques publiques et aider, par leurs moyens, à leur mise en œuvre, « *en Russie, en Corée du Nord, à Cuba, en Chine, dans la majorité des pays arabes et islamiques, elles ne jouent pratiquement aucun rôle* »⁹²². De même, il constate que pour les États post-modernes, les rapports sont ambigus :

Si les grandes ONG sont capables de compliquer le jeu diplomatique international de ces États, elles ne sauraient les pousser à modifier de manière substantielle leur politique étrangère ou à prendre une décision qui serait contraire à ce qu'ils considèrent comme leurs intérêts nationaux. Sur toutes les questions relatives aux noyaux durs de la souveraineté nationale, la sécurité, le modèle de développement économique, les intérêts stratégiques, les ONG, en dépit de leur savoir-faire et le dévouement de leurs militants, n'ont d'autre poids que celui que les États veulent bien leur concéder⁹²³

Samy Cohen explique donc que seule une minorité d'ONG a un pouvoir d'influence, et que ce pouvoir d'influence est en plus très faible, puisque limité aux États qui les acceptent, sur les sujets qu'ils acceptent. Prenant l'exemple du traité d'interdiction des mines antipersonnelles, il

⁹¹⁸ COHEN S., *La résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, p. 78.

⁹¹⁹ COHEN S., « Le pouvoir des ONG en question », *Le Débat*, 2004/1, n°128, pp. 64-65.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 65.

⁹²¹ COHEN S., « Les États face aux « nouveaux acteurs », *Politique internationale*, no. 107 (printemps 2005), pp. 409-424, [en ligne] < www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0204-Cohen-FR-1-3.pdf >, p. 4.

⁹²² *Ibid.*, p. 4.

⁹²³ *Ibid.*, p. 5.

montre que le rôle des ONG est exagéré et que cet exemple de réussite est difficilement transposable. Ce serait alors parce que nombre d'États puissants n'en utilisaient déjà plus et ont appuyé le processus qu'il aurait abouti. Il en conclut alors que l'apparition des ONG ne bouleverse pas fondamentalement le jeu de puissance entre États : « *Des « nouveaux » acteurs, les ONG, interviennent dans les négociations qui se déroulent d'État à État et bousculent l'agenda international, mais leur influence ne s'exerce véritablement que sur les États déjà convaincus ou n'ayant rien à perdre à suivre le mouvement* »⁹²⁴. Il n'est donc même pas certain que les ONG aient d'autres pouvoirs que celui d'influencer l'ordre du jour des négociations internationales (ce qui reste malgré tout un pouvoir d'influence), principalement grâce au soutien de gouvernements qui leur sont favorables.

La capacité des ONG à imposer une transformation de l'action des États serait donc limitée. Il ne s'agit que d'un pouvoir d'influence minime sur les décisions des États.

Le pouvoir des entreprises, des Organisations internationales et des ONG n'est donc qu'un pouvoir d'influence, dont l'importance est sujette à caution. Or, indépendamment de son intensité, l'influence traduit une relation entre individus qui ne peut réellement être appliquée à l'État du fait de sa nature juridique.

1.3.2.3 Le pouvoir d'influence : un pouvoir impropre à s'appliquer à la nature juridique de l'État

La question des rapports d'influence sur les détenteurs du pouvoir politique n'est absolument pas nouvelle. Même au temps de la monarchie absolue en France, où la théorie accordait au roi un pouvoir souverain absolu et illimité, l'existence d'influences s'exerçant sur le monarque était parfaitement admise et reconnue sans que sa souveraineté soit remise en cause. La mise en avant des logiques d'influence traduit donc bien une évolution dans la conception de la souveraineté et non son inadéquation. Les influences sur les membres constituant le souverain ne sont ni un phénomène nouveau, ni une découverte : elles n'étaient pas considérées comme négatrice de la souveraineté. C'est donc un bon exemple pour illustrer les changements de paradigme qui ont obscurci le discours sur la souveraineté.

⁹²⁴ COHEN S., *La résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, pp. 91-92.

L'exemple des favorites est sur ce point très significatif. Benedetta Craveri rappelle ainsi que, indépendamment de tout statut officiel, la marquise de Pompadour disposait d'un grand pouvoir⁹²⁵. La Cour se divisait en partis dont les favorites étaient un élément clef pour obtenir l'oreille et la bienveillance du roi (qui se traduisaient en postes et rentes). Les oppositions entre la marquise de Pompadour et Maurepas ou entre la comtesse du Barry et Choiseul sont connues⁹²⁶. Il y avait donc tout un système d'intrigues visant à influencer le roi et à placer les membres de son parti pour maximiser le pouvoir de ses membres. Toujours à propos de la marquise de Pompadour, B. Craveri explique que l'arrivée de Madame de Lenormant d'Étiolles dans le lit de Louis XV fut probablement le résultat d'une stratégie élaborée visant à renforcer un camp :

Nous ne savons pas, cependant, comment Reinette réussit à entrer en contact avec le souverain. Il est probable que ces premiers tête-à-tête avec Louis aient été le résultat d'une vaste conspiration qui comprenait les frères Paris, Lenormant de Tournehem, Madame de Tencin – encore elle ! –, Binet de Marchais, cousin de Reinette et valet de chambre du dauphin, et, le plus important de tous, Dominique-Guillaume Le Bel, premier valet de chambre du roi et ancien amant de Madame Poisson [la mère de la future Marquise]. Chacun d'eux avait de bonnes raisons de souhaiter qu'une personne de leur clan occupât la place de Madame de Châteauroux.⁹²⁷

L'importance des stratégies d'influence dans les luttes de pouvoir entre différents clans se déroulant à la Cour dans le cadre des monarchies absolues interdit donc de supposer que l'influence sur le souverain puisse être pensée comme une entorse à la souveraineté. Sa théorisation fut en effet effectuée alors que ces jeux d'influence étaient fréquents et connus (à moins de considérer que ni Bodin ni Hobbes — de même que Charles Loyseau ou Cardin Le Bret — ne savaient que le monarque pouvait être influencé dans ses décisions). L'exemple des courtisanes illustre bien la transformation du paradigme de recherche : ce qui à l'époque n'était pas considéré comme une remise en cause de la souveraineté (la mise sous influence du souverain) l'est actuellement. Ce n'est donc ni un approfondissement de la connaissance des mécanismes du fonctionnement des sociétés politiques ni une transformation de ces sociétés qui amène à la dénonciation de la souveraineté, mais bien une transformation des interrogations et du cadre d'analyse. C'est parce que la question politique du pouvoir n'est plus posée dans les mêmes termes (parce qu'elle s'intéresse à d'autres réponses) que la souveraineté peut être dénoncée au nom de l'influence que subissent les membres des organes politiques.

⁹²⁵ CRAVERI B., *Reines et favorites : le pouvoir des femmes*, Paris, Gallimard, 2009 [2005], p. 346. À titre d'exemple, elle rappelle ainsi que « *Philibert Orry, le plus intègre des contrôleurs des finances, qui avait eu des mots désobligeants pour les frères Paris, fût sacrifié au ressentiment des amis de la favorite* » (*Ibid.*, p. 347).

⁹²⁶ *Ibid.*, pp. 350-351 et 380-384.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 343.

Dans la conception originare de la souveraineté et du pouvoir de l'État, le fait que certains partis ou personnes arrivent à influencer le souverain (mais également les organes de l'État qui parlent en son nom) ne modifie pas le fait que ce n'est que celui-ci qui peut effectivement poser des commandements. En ce sens, il reste la source des commandements et du pouvoir d'injonction, indépendamment du processus survenant en amont de leur formulation. Il serait donc impropre de considérer que la marquise de Pompadour, la comtesse du Barry, (ou Raspoutine ou tout autre personne ayant l'oreille du monarque) étaient souveraines, même si le roi s'en remettait totalement à elles pour ses décisions (ce qui n'était pas le cas). L'évolution des régimes politiques et des modalités d'influence au cours de l'histoire ne modifie pas cette idée que le titulaire de la souveraineté reste le souverain indépendamment des relations de pouvoir d'influence pesant sur lui. Cela est lié à la particularité du pouvoir politique qui fait que le caractère contraignant des injonctions dépend bien de l'autorité qui les édicte (et non de celle qui les formule)⁹²⁸. Cette particularité du pouvoir du souverain est généralisable à l'ensemble des acteurs disposant d'un pouvoir politique (c'est-à-dire d'injonction) : ils sont la source du pouvoir d'injonction même si leurs décisions sont soumises à influence.

Il ne faudrait toutefois pas considérer que le changement des cadres d'analyse du pouvoir politique et la modification des interrogations autour de celui-ci, a totalement rendu inadéquate la grille de lecture de la souveraineté. La spécificité du pouvoir de l'État reste admise aujourd'hui par certains auteurs contemporains.

Cette question des rapports de pouvoir entre les gouvernants et d'autres types d'autorité est notamment évoquée par G. Burdeau. Lorsqu'il traite des gouvernants, il s'interroge sur la question des rapports de pouvoir réels, afin de savoir si ce sont bien les Hommes politiques qui détiennent effectivement la puissance politique⁹²⁹. Il s'agit donc bien de déterminer si les réseaux d'influence permettent toujours d'attribuer aux organes de l'État le pouvoir politique. Il rappelle alors que même en admettant que les gouvernants sont instrumentalisés, il est toutefois nécessaire de passer par ces organes pour agir : « *quand bien même les tireurs de ficelles demeureraient dans la pénombre, ils ne peuvent agir que par l'entremise de ceux que leur qualification juridique met en pleine lumière* »⁹³⁰. Ainsi, s'il est nécessaire et légitime à la compréhension de la société et de la forme qu'elle prend que la

⁹²⁸ Cf. *infra*.

⁹²⁹ BURDEAU G., *L'État*, Paris, Seuil, 2009 [1970], p. 68.

⁹³⁰ BURDEAU G., *L'État*, Paris, Seuil, 2009 [1970], p. 68.

Science Politique s'intéresse aux questions d'influence, elle ne doit pas totalement ignorer le fait que la mise en œuvre des outils de contrainte légitime ne peut se faire que par les organes habilités. L'instrumentalisation des individus composant l'État est donc possible, l'État reste néanmoins l'origine des normes, car ce n'est que lui qui peut émettre des injonctions légitimes. La spécificité artificielle du pouvoir politique occulte ainsi la question des motivations des acteurs physiques qui ne sont que les raisons qui les font agir pour l'État. Du point de vue de la théorie de l'État et de la souveraineté, la question des motivations des individus n'a pas de sens : qu'une injonction soit émise pour satisfaire une maîtresse, calmer une manifestation, obtenir un avantage personnel ou pour raison d'État n'a aucune importance. Comme norme juridique elle reste la volonté de l'État et du souverain. En effet, il a déjà été dit avec M. Troper que les motivations personnelles des individus incarnant le pouvoir politique ne sauraient être considérées comme une limitation de la volonté de l'organe⁹³¹. Or, de même que les sentiments et préférences des membres d'un organe ne sont pas pertinents pour considérer que l'organe n'est pas souverain, les relations d'influence s'exerçant sur ces membres ne le sont pas non plus⁹³². Les relations d'influence ne sont qu'un des éléments qui permettent d'expliquer pourquoi telle personne a pris telle décision. La volonté de l'organe reste toutefois la volonté de l'organe, indépendamment des motivations des individus qui le composent.

Il y a donc toujours une spécificité du pouvoir étatique qui, du fait de la dimension artificielle de l'État, se situe dans un univers juridique artificiellement séparé des autres relations de pouvoir. Lorsqu'il traite du pouvoir politique du juge, Michel Troper explique qu'il ne faut pas confondre l'autonomie et l'absence de déterminisme. En effet, l'autonomie du pouvoir politique, pouvoir d'injonction s'exprimant sous forme juridique, signifie uniquement l'absence d'obligation et non pas l'absence de contraintes :

Si le pouvoir politique est un fait social soumis à un déterminisme, comment est-il encore un pouvoir ? Dans la mesure où ce pouvoir s'exprime en forme juridique, la science du droit peut contribuer à poser en des termes nouveaux ce problème. Il ne faut pas opposer détermination et autonomie. L'autonomie n'est pas ici absence de détermination. Ce qu'il convient d'opposer par contre, c'est l'« obligation » et la « détermination ». Le pouvoir politique n'est pas celui qui peut tout faire. Ce n'est pas celui qui agit sans contraintes. C'est seulement celui qui agit sans obligation. Il y a des contraintes qui pèsent sur le juge

⁹³¹ Cf. *supra*.

⁹³² La question peut toutefois apparaître plus complexe. En effet, il est possible, lorsqu'un organe se voit attribuer un pouvoir politique, de considérer que certaines relations d'influence s'exerçant sur ces membres soient proscrites (par exemple, la rémunération matérielle de certaines personnes dans le cas de la corruption). Néanmoins, cette interdiction reste une interdiction légale.

comme le législateur : celles qui tiennent à l'objet qu'ils cherchent à régler, celles qui sont exercées par les forces sociales ou économiques. Il y a en outre pour le juge celles qui découlent de la nature de son activité.⁹³³

Cette distinction qu'établit M. Troper entre *obligation* et *détermination* est particulièrement utile pour la théorie de la souveraineté. La décision politique est ainsi déterminée par différentes contraintes. Il faut alors considérer qu'il existe des contraintes internes (psychiques) et des contraintes externes (sociales). Le fonctionnement d'une économie mondialisée s'inscrit ainsi parmi les contraintes « *qui tiennent à l'objet qu'ils cherchent à régler* » ; les pressions des ONG, multinationales, ou des organisations internationales parmi « *celles qui sont exercées par les forces sociales ou économiques* ». Ce sont des contraintes externes. De la même manière, les croyances, désirs et préférences des personnes prenant les décisions font partie des contraintes internes.

Si les contraintes peuvent être un obstacle au gouvernement de la communauté politique (en empêchant le succès de certaines politiques), elles renvoient à l'Art du gouvernement (qui consiste justement en la gestion de ces contraintes). Elles ne sauraient donc être considérées comme une limite du pouvoir du souverain, qui est un pouvoir injonctif se situant dans l'univers du droit. Seules les obligations (juridiques) doivent être considérées comme une limitation de la souveraineté, indépendamment de tout obstacle matériel. Le contexte matériel (sociologique, économique et psychologique) en fonction duquel est prise la décision n'est donc ni obstacle ni une limite, ce qui explique qu'un traité de paix est considéré comme le libre exercice de la volonté du souverain, même pour le perdant dont les gouvernants peuvent pourtant être estimés sous contrainte.

Or, la plupart des critiques de la souveraineté mettent en avant, pour dénoncer son absolutité et son caractère illimité, l'existence de contraintes sociales (que ce soit l'existence de contraintes liées à l'objet devant être modifié – le fonctionnement d'une économie mondialisée – ou l'existence de forces économiques et sociales – les autorités influençant les gouvernants). En se fondant sur les difficultés des gouvernants à produire les effets sociaux voulus du fait de ces contraintes, elles occultent la dimension proprement juridique de l'État et confondent bien l'Art du gouvernement et la théorie de l'État.

La souveraineté renvoie à un pouvoir absolu et illimité. En ce sens, le souverain n'est pas censé être soumis à quelque autorité que ce soit puisqu'il est posé comme

⁹³³ TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF Léviathan, 1994, pp. 104-105.

la source du pouvoir d'injonction. En adoptant une conception large du pouvoir, notamment comme cause de comportement, l'État peut être pensé comme étant le dominé au sein d'une relation de pouvoir, c'est-à-dire justement soumis à une autre autorité. Il ne disposerait alors plus d'un pouvoir absolu et illimité : l'État ne serait donc plus souverain. Les différentes analyses précitées s'inscrivent précisément dans ce cadre. L'existence de contraintes économiques, d'acteurs qui négocient avec les gouvernants ou les influencent, ou dont même les capacités d'action (qu'elles soient ou non réalisées), sont prises en compte par les gouvernants dans la formulation de la volonté de l'État, est pensée comme cause du comportement des États. En ce sens, il y aurait des autorités exerçant un pouvoir sur l'État (puisque leurs préférences l'emporteraient), ce qui nierait sa souveraineté. Néanmoins, ces approches occultent la spécificité du pouvoir politique pourtant au cœur de la théorie de la souveraineté, qui est de considérer le pouvoir du souverain comme un pouvoir d'injonction. Or, la mise en avant des différentes modalités d'exercice du pouvoir permet de ressaisir la spécificité de l'État et de le réaffirmer comme souverain. En effet, la mise en avant du caractère proprement juridique du pouvoir du souverain permet d'isoler conceptuellement les rapports juridiques d'injonctions légitimes des autres rapports de pouvoirs.

Il a déjà été expliqué que le pouvoir est une interaction entre un acteur *A* et un acteur *B* où *A* modifie la volonté de *B*. La difficulté d'appliquer des relations de pouvoirs d'influence à l'État provient de la spécificité de celui-ci qui est une construction artificielle et ne dispose donc pas de volonté propre. La volonté de l'État est également une construction qui n'existe qu'à travers ses actes. En ce sens, tout acte de l'État est par définition volontaire. Un acte contraire à la volonté de l'État supposerait une volonté autre que celle formulée par le droit, vis-à-vis de laquelle une différence pourrait être observée. Cela implique une personnification abusive de l'État⁹³⁴. La volonté de l'État, création artificielle identifiée au droit, est par définition construite en fonction de procédures. C'est l'application de ces procédures qui crée la volonté de l'État. La nature de la volonté de l'État est donc purement juridique : la volonté d'un État est le droit de cet État. Parce que la volonté de l'État est une construction qui prend une forme juridique, le pouvoir de l'État constitue un système clos qui ne prend en compte que les rapports de droit.

⁹³⁴ Sur la question de la volonté de l'État, Cf. *supra*.

Ainsi, parce que la souveraineté est un pouvoir de commandement, identifié au droit, la question de l'absoluité et du caractère illimité de ce pouvoir ne peut se poser que juridiquement. La question des motivations est étrangère à la question de l'effectivité de l'ordre juridique, qui seule est déterminante du point de vue de la souveraineté. Les gouvernants, chacun des individus qui composent les différents organes de l'État, peuvent être sujets d'influences multiples et variées, il n'en reste pas moins que l'imposition de normes contraignantes ne peut se faire que par l'État et que celui-ci est l'origine juridique des commandements, indépendamment de leur origine sociale. L'État et le souverain restent la source des normes, même lorsque les individus qui le composent sont influencés et que l'origine sociologique des normes est extérieure à l'État.

La théorie de la souveraineté implique donc une rupture dans les relations de pouvoir. Il ne s'agit pas de nier l'existence des autres sources de pouvoir et l'impact qu'elles peuvent avoir sur les individus qui composent l'État et le souverain, mais de considérer qu'il existe au sein de la société un système artificiel autonome d'injonctions légitimes, trouvant sa source dans le souverain. C'est précisément ce que signifie l'auto-nomie du souverain : la validité de la norme procède du souverain, en dehors de toutes normes juridiques préalables, de toute autorisation. La volonté de tout individu est nécessairement déterminée par tout un système de conceptions personnelles socialement construites et d'influences multiples, plus ou moins fortes. En ce sens, l'autonomie de la volonté ne renvoie pas à la fiction d'une décision détachée de toute influence ou déterminisme. Elle renvoie à une décision dont la justification n'a d'autre raison d'être que d'être celle de l'organe qui l'édicte. Si sociologiquement le contenu d'une norme peut s'expliquer par des relations d'influence, le statut juridique qui lui est attaché, ce qui la transforme en norme impérative, reste la volonté autonome du souverain.

La mise en avant du pouvoir d'influence comme limite de la souveraineté traduit ainsi une double confusion : d'une part entre l'État, entendu comme système artificiel de normes et de commandements, et les gouvernants ; d'autre part entre ce qui relève de la pensée de l'État et ce qui relève de l'Art du gouvernement.

Si l'État est effectivement composé matériellement des gouvernants, qui sont son *träger*, il ne s'y réduit pas. Il existe ainsi une différence entre ces deux niveaux d'analyse, du fait de l'artifice qu'est l'État et des fictions qu'il recouvre. Le statut des gouvernants au sein d'une communauté politique est fondamental pour la compréhension du système de domination et de légitimation au sein de cette communauté. Parce que l'État est un artifice, la question de l'influence est délicate. Il est possible d'influencer un organe, c'est-à-dire d'influencer tout ou partie des individus le composant. Néanmoins, cette action est indépendante du fait que les actes pris par cet organe restent *in fine* le résultat de la procédure de décision au sein de cet organe et donc la volonté de cet organe. Il n'est pas question de nier l'existence de relations de pouvoir s'exerçant sur les gouvernants, du fonctionnaire au souverain, qui orientent et déterminent les politiques et législations mises en place, mais d'une incommensurabilité entre ces deux niveaux d'analyse. De même, les contraintes sociales, liées au fonctionnement des rapports sociaux au sein d'une société donnée et à la manière dont ils réagissent aux *stimuli* gouvernementaux ne sauraient être considérées comme une limitation du pouvoir de l'État.

Cette exclusion des déterminismes sociaux et des relations d'influence vis-à-vis de la spécificité du pouvoir politique traduit bien la distinction entre ce qui relève de l'État et ce qui relève de l'Art du gouvernement, entre ce qui relève de l'analyse et de la compréhension des décisions et choix des gouvernants.

L'État constitue donc un système hiérarchisé d'organes injonctifs à sens unique. Il est possible d'influencer ceux qui ont la qualification pour émettre des injonctions, mais seuls les organes de l'État (c'est-à-dire habilité par l'ordre juridique étatique) ont habilitation à poser des commandements et des sanctions.

Le fait de considérer la souveraineté comme une puissance normative autonome conduit alors logiquement à adopter une conception strictement négative de la liberté. Or, les critiques ici évoquées sont construites sur une conception positive de la liberté.

1.3.2.4 États et souveraineté : une liberté strictement négative

La volonté de l'État est donc une volonté artificielle, construite par l'application d'une procédure. L'État étant un artifice, il n'a ni désir, ni sentiment, et ne peut avoir d'autre volonté que celle exprimée par l'application de la procédure de décisions. Les relations d'influence s'appliquent alors aux individus qui composent l'État et non à l'État lui-même. Toutefois, de nombreux auteurs se servent de conceptions élargies du pouvoir et de la volonté pour mettre en cause l'indépendance des États et leur liberté (et donc leur souveraineté). La question de la non-limitation du pouvoir du souverain renvoie alors à la question de sa liberté. Or, la question de la liberté est une question philosophiquement débattue : il en existe différentes définitions. Différentes définitions de la liberté traduisent alors différentes définitions de ce qui limite la liberté.

La théorie de la souveraineté, lorsqu'elle affirma le caractère absolu et illimité de la souveraineté s'inscrivait également dans une conception particulière de la liberté. Il est possible de critiquer cette conception de la liberté, et de lui en préférer d'autres. Aussi pertinentes que soient ces critiques et débats sur la notion de liberté, il est toutefois impropre de juger la théorie de la liberté en se servant d'une autre définition de la liberté pour montrer que le souverain n'est pas libre. Un tel jugement ne peut en effet avoir de sens que vis-à-vis de la conception de la liberté utilisée par les théoriciens de la souveraineté. Il serait alors possible de considérer effectivement que le souverain n'est pas libre (selon telle définition) mais sans toutefois remettre en cause la théorie de la souveraineté. Or, il apparaît qu'une conception positive de la liberté est difficilement applicable à l'État du fait de sa nature artificielle et juridique.

Une part importante de la Science Politique pense le pouvoir en termes de cause de comportement et analyse les relations de pouvoir par rapport au succès des préférences. Cette approche est délicate à transposer à l'État, puisque cela impliquerait que l'État, construction artificielle, ait des préférences, conception psychologique difficile à appliquer à une institution juridique. Elle permet toutefois de considérer que lorsqu'une action de l'État ne correspond pas à son intérêt, alors sa liberté a été mise à mal :

Situations in which one state is made worse off are problematic for international legal as well as Westphalian sovereignty. Only voluntary acts are consistent with the norms of

international legal sovereignty. Each state is conceived of as a freely willing autonomous entity. Such an entity would not reduce its own utility⁹³⁵.

De manière similaire, Bertrand Badie considère que « *la souveraineté du plus faible n'est plus crédible pour personne* »⁹³⁶. Cette absence de crédibilité de la souveraineté du plus faible proviendrait de l'incapacité de leurs gouvernants à réaliser leur désir, que ce soit sur la scène internationale ou même parfois en interne. Or, la question de l'intérêt de l'État est une question délicate dont la pertinence est remise en cause par de nombreux auteurs (par exemple R. Aron ou D. Battistella)⁹³⁷.

Pour illustrer la contrainte dont seraient victimes les États et qui mettrait à mal leur souveraineté, plusieurs types d'exemples sont utilisés. Il s'agit principalement d'exemples montrant que telle décision étatique a été prise du fait d'influence ou de menace extérieure.

Stephen D. Krasner met en avant les pressions que subissent les pays faibles et le fait que la souveraineté westphalienne soit régulièrement violée. Il considère ainsi comme élément déterminant que certains pays prennent des mesures concernant les droits des minorités qu'ils n'auraient pas prises sans pressions extérieures. De ce fait, il n'y aurait pas autonomie des structures internes⁹³⁸. Il considère en effet que les pressions sont une remise en cause de l'autonomie interne :

The rulers of more powerful states have used their resources to pressure or compel their weaker counterparts to accept unwanted domestic institutional arrangement. In some case the targets have had no real choice; for the would-be rulers of new states, the threat of nonrecognition has sometime been the equivalent of "your money or your life".⁹³⁹

Certains vont plus loin. En effet, Bertrand Badie considère que la mondialisation, par les contraintes systémiques qu'elle impose, nuit à la souveraineté des États :

la mondialisation vient rompre ainsi doublement [à cause de l'interdépendance] avec la théorie de la souveraineté : non seulement chaque État est réputé dépendant des autres, mais les individus sont censés interagir et affecter mutuellement leur comportement au-delà même des frontières qui les séparent⁹⁴⁰.

⁹³⁵ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 224.

⁹³⁶ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 217.

⁹³⁷ ARON R., *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calmann-Lévy, 2004 ; BATTISTELLA D., « L'intérêt national : Une notion, trois discours », in CHARILLON F., *Politique étrangère : Nouveaux regards*, Paris, Presses de Science Po, 2002, pp. 139-166.

⁹³⁸ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 237-238.

⁹³⁹ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 224.

⁹⁴⁰ BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, p. 97.

Ce ne sont plus seulement les pressions dont sont victimes les États faibles qui sont ici en cause, mais le simple fait de devoir adapter son comportement aux autres. C'est également la position de S. Strange, qui sera approfondie au point suivant. Ici, l'indépendance qui serait la conséquence de la libre volonté du souverain s'apparente à l'autarcie. À partir du moment où les décisions souveraines seraient conditionnées par des éléments extérieurs, c'est-à-dire hors du champ de puissance de la souveraineté, alors le souverain ne serait plus réellement libre, puisque ses choix dépendent d'un contexte sur lequel il n'a pas de prise.

La question renvoie alors à celle de la liberté et de ce que signifie un souverain libre. Or, la critique d'une pensée ou d'un concept ne peut se faire qu'en intégrant la totalité du vocabulaire utilisé pour les décrire. La polysémie de nombreux termes couramment utilisés en Science Politique rend ainsi délicate la critique des textes car la substitution (plus ou moins consciente) d'un sens à un autre (jugé – à tort ou à raison – plus correcte) modifie de ce fait toute l'architecture intellectuelle. À titre d'exemple, il est ainsi tout à fait possible de contester la conception hobbesienne de la liberté, mais il est impropre de considérer sa théorie de la souveraineté en fonction d'une autre définition de la liberté que la sienne.

Il est donc nécessaire de se pencher sur les conceptions de la liberté et de la volonté chez Hobbes. Lorsque Hobbes affirme le pouvoir absolu et la liberté du souverain, c'est bien au sens de liberté négative qu'il l'entend : « *Un Homme libre est celui qui, pour ces choses que selon sa force et son intelligence il est capable de faire, n'est pas empêché de faire ce qu'il a la volonté de faire* »⁹⁴¹. La liberté du souverain est donc la liberté d'utiliser les moyens dont il dispose, afin de faire ce qu'il a la volonté de faire. Il y a une unité chez Hobbes entre la volonté et l'action : la volonté est l'acte qui donne corps à l'action. Tout acte est donc par définition volontaire :

Dans la délibération [succession alternée d'appétits, d'aversion, d'espairs et de craintes], le dernier appétit ou la dernière aversion, qui se trouve en contact immédiat avec l'action ou son omission, est ce qu'on appelle la VOLONTE : c'est l'acte (non la faculté) de *vouloir*. Les bêtes, qui ont de la délibération, doivent nécessairement avoir aussi la volonté. [...]. Et quoiqu'on dise, dans la conversation courante, qu'un homme a eu la volonté de faire une chose que néanmoins il s'est abstenu de faire, cela n'est à proprement parler qu'une inclination, chose qui ne rend volontaire aucune action, puisque l'action ne dépend pas d'elle, mais de la dernière inclination, du dernier appétit.⁹⁴²

⁹⁴¹ Hobbes Th., *Léviathan*, XXI, p.337. Il affirme également à propos de la liberté de la volonté : « *De l'expression libre volonté, on ne saurait inférer aucune liberté de la volonté, du désir, ou de l'inclinaison, mais seulement la liberté de l'Homme, qui consiste en ce qu'il ne se trouve pas arrêté quand il fait ce à quoi le porte sa volonté, son désir, ou son inclinaison.* » (Hobbes Th., *Léviathan*, *Op. cit.*, (Tricaud), p. 222).

⁹⁴² Hobbes Th., *Léviathan*, *Op. cit.*, (Tricaud), p. 56.

Aussi, l'obstacle à la liberté ne peut concerner la volonté qu'une fois celle-ci formulée. Les éléments qui interviennent dans le processus de délibération, aussi contraignants qu'ils puissent apparaître dans une conception positive de la liberté, ne peuvent donc en aucun cas être considérés ici comme des entraves à la liberté. Il précise en effet que les actions produites sous l'emprise de la peur ou de la nécessité (ce que sont tous les actes) sont également des actes libres (à moins de considérer qu'aucun acte n'est libre).

La conception de la liberté et de la volonté de l'Homme chez Hobbes est particulièrement utile pour rendre compte de la volonté de l'État. En effet, il adopte une métaphysique matérialiste et un mécanisme déterministe qui lui font considérer l'Homme comme une machine : tout acte de volonté est inscrit dans une chaîne de causalité et donc toutes les actions humaines sont posées comme nécessaires⁹⁴³. La transposition à l'État de ce schéma apparaît pertinente : il est possible de métaphoriser la procédure de décision par la délibération. La volonté de l'individu de même que la volonté de l'État s'infèrent de leurs actes. C'est en lisant la métaphore hobbesienne de l'État comme personne et de la souveraineté comme âme à travers l'anthropologie cartésienne que la question de la liberté du choix se pose. Elle est totalement étrangère au paradigme de la souveraineté dans sa conception originaire.

La volonté de faire est donc nécessairement inscrite dans un contexte (vis-à-vis duquel le sujet emploiera sa force et son intelligence), et il est alors impossible de considérer un contexte différent (et donc fictif) pour évaluer la liberté d'une décision.

Car, dans la conception de Hobbes ces choix ne sont pas contraints, il s'agit de choix rationnels faits en fonction d'un calcul coûts/avantages qui participe au processus de délibération. La volonté est nécessairement libre pour Hobbes (il nie d'ailleurs le libre arbitre). Cette inscription de la décision libre dans un contexte déterminé est d'ailleurs confirmée par S. D. Krasner : « *borrowers have accepted these terms because they are better off with the money and with some loss of autonomy than without the money and a higher level of autonomy* »⁹⁴⁴. Le fait que certaines décisions soient monnayées n'est pas en soi un

⁹⁴³ Hobbes Th., *Léviathan*.

⁹⁴⁴ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 226. Le terme autonomie est ici ambigu. Il est délicat de comprendre en quoi il s'agit d'une perte d'autonomie, puisqu'il admet que ce changement volontaire, et issu d'un calcul rationnel. L'autonomie renvoie alors bien à l'origine

obstacle au principe de souveraineté : c'est simplement une donnée de plus à prendre en compte dans le processus de délibération.

Ainsi, lorsque dans sa thèse, Jean-Philippe Merciris rappelle que certains pays monnaient leur vote (il reprend l'exemple du lobbying du Japon au sein de la Commission baleinière) pour illustrer une logique de marchandage de la souveraineté, cela n'en constitue absolument pas une remise en cause⁹⁴⁵. Ils auraient pu voter différemment (leur vote n'aurait pas été invalidé), mais les organes habilités à prendre la décision ont souverainement estimé que la cause des baleines avait un prix. Dans la même optique, la menace est également une donnée à prendre en compte dans le processus délibératif.

Or, fondamentalement, il n'y a pas de différence entre monnayer un vote et monnayer une réforme institutionnelle. Stephen Krasner estime en effet que la souveraineté westphalienne est mise à mal par les aides et contrats conditionnés à des réformes internes⁹⁴⁶. Néanmoins, dans les deux cas, il s'agit de décisions souveraines. Il faut d'ailleurs préciser que la plupart des traités de paix sont élaborés sous la contrainte. Puisque par définition, la volonté de l'État est son action, l'idée même d'acte étatique contraire à la volonté de l'État est un non-sens⁹⁴⁷ (mais également chez l'individu pour Hobbes).

Dans la même optique, les pressions effectuées sur les gouvernants ne sont pas une atteinte à la souveraineté de l'État. Pour bien montrer que les États ne seraient pas libres en fonction du contexte, il faut mettre en avant l'existence d'une alternative qui aurait été préférable. C'est ce que fait S. D. Krasner : « *The rulers of weaker state would have preferred some alternative arrangement but they could not secure their desired preferences with regard to their own domestic political structures without being threatened with nonexistence or bearing the cost of sanction* »⁹⁴⁸.

Le problème ici est double. D'une part, il parle bien des gouvernants. Or, les préférences des gouvernants ne sauraient être considérées comme la volonté de l'État. Un État est une personne morale. Il ne préfère pas, il ne désire pas et ne souhaite pas non plus. De même, il ne peut éprouver de regrets, ou être malheureux et triste. L'État en tant que fiction, n'éprouve pas. Les gouvernants le peuvent, mais pas l'État. La volonté de l'État, comme celle du souverain, est la loi. Un État ne peut pas vouloir autre chose que ce qu'il fait. De ce fait,

strictement interne du changement. Comme il sera expliqué à la fin du point, cette vision traduit une conception autarcique de l'indépendance.

⁹⁴⁵ MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, p. 65.

⁹⁴⁶ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 225.

⁹⁴⁷ Ce point sera largement démontré ultérieurement.

⁹⁴⁸ KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 224.

toute action de l'État est volontaire. Un État ne peut pas agir contre sa volonté puisque son action est sa volonté⁹⁴⁹.

Il faut de plus admettre que par définition, tout choix est contextualisé. La question de savoir si ce contexte est interne ou externe n'est finalement pas très importante, surtout si l'on se rappelle que de nombreux auteurs rejettent à raison la distinction classique entre interne et externe. Il n'y a pas de différence fondamentale à prendre une décision pour faire plaisir à une part conséquente de la population ou à une multinationale. Il est vrai que dans un *ethos* démocratique, il est possible de regretter que certaines décisions soient prises en fonction de contingences économiques. Mais cela n'enlève rien au caractère souverain des décisions.

De ce fait, il est impossible de considérer que les pressions subies par les petits États sont une remise en cause de leur souveraineté puisque le choix sous pression fût théorisé comme un choix libre. Dans la même optique, l'adaptation à un contexte extérieur ne peut être posée comme une restriction de la liberté.

Le problème est alors double. Il renvoie d'une part à une conception erronée de l'autonomie, qui est pensée comme ne relevant d'aucun élément extérieur. Cela implique une conception abstraite et désincarnée de la liberté qui est fictive : elle est fondée sur une conception cartésienne de l'âme.

Il est possible que dans une situation autre, un choix différent ait été fait. Par exemple, il est possible que la Grèce n'aurait pas adopté de nombreuses réformes qu'elle a adoptées ces dernières années sans de très fortes pressions de ses voisins. C'est possible. Mais cette situation n'existe pas : il ne s'agit que d'une construction fictionnelle. Les choix sont toujours faits en fonction d'un contexte, et les éléments de ce contexte, ainsi que les diverses conséquences des choix sont nécessairement pris en compte dans le processus de décision. Le fait de mettre en place des situations fictives, irréelles, avec lesquelles Paris serait mis en bouteille, ne peut pas servir d'élément de comparaison.

La liberté ne peut pas consister en la liberté de faire des choses, la liberté ne peut avoir de sens que dans la liberté d'utiliser les moyens à sa disposition en vue de faire des choses. L'absence de moyen n'est donc pas une restriction de la liberté. Une différence de puissance

⁹⁴⁹ Ce point sera largement démontré ultérieurement.

n'implique pas une différence de liberté, puisque la liberté consiste en l'utilisation de la puissance. Les USA ne peuvent pas être considérés comme plus libres que le Vanuatu, mais comme plus puissants : leurs choix s'inscrivent dans une gamme plus grande de possibilités.

Enfin, quand bien même il serait possible de considérer que les décisions prises par les petits États ne traduisent pas leur volonté, cela ne remettrait pas en cause le principe de souveraineté en tant que tel. Cela signifierait simplement que certains États ne sont pas assez puissants pour imposer ce qu'ils désirent et que donc (en acceptant la prémisse selon laquelle la souveraineté implique de pouvoir imposer ses préférences, ce qui n'est pas le cas) ils ne sont pas souverains. En ce sens ce ne serait pas des États.

La conception de la liberté comme positive⁹⁵⁰ et du choix souverain comme devant être détaché de toute influence s'inscrit donc dans une conception désincarnée et décontextualisée du choix. Elle a pour conséquence de confondre l'indépendance à l'autarcie. C'est particulièrement visible chez Bertrand Badie. Celui-ci pointe l'inadéquation entre la souveraineté et la mise en place de communautés d'intérêts. En effet, ces communautés de responsabilité, liées à la croissance des interactions transnationales dans le cadre de la mondialisation, nécessitent une coordination croissante des politiques étatiques et une gestion collectives. Pour B. Badie, cela est contradictoire avec le principe de souveraineté, puisque cela amène le souverain à devoir négocier, ce qui de ce fait soumettrait alors sa volonté à (au moins) une volonté autre :

La logique souveraine conduit à une politique publique qui est produite hors de tout « consentement du plus grand, du plus petit ou d'égal de soi », comme le suggérait Jean Bodin. L'interdépendance décrit au contraire un mode d'élaboration qui fait de l'adaptation à l'autre la règle fondamentale de tout bon gouvernement. Non seulement alors l'interdépendance habilite l'idée de pouvoir commun, fortement condamné par Hobbes, mais elle érode inévitablement la notion même de puissance publique.⁹⁵¹

L'adaptation de la règle à l'autre est donc explicitement posée comme une remise en cause de la souveraineté. Seraient donc souverains les États n'ayant pas à prendre en compte des considérations extérieures. Cela implique donc de fait non seulement une totale autarcie mais même probablement un isolement total (les politiques publiques de sécurité —

⁹⁵⁰ Isaiah Berlin définit la liberté négative comme la liberté de ne pas être entravé et la liberté positive comme le fait d'être son propre maître, puis maître de ses choix. Néanmoins il explique ensuite que la liberté positive se construit vis-à-vis d'un sujet fictif, auquel il est possible d'attribuer une volonté différente de celle qu'il exprime, du fait d'obstacles intérieurs.

⁹⁵¹ BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, pp. 101-102.

fortifications, armées... — étant souvent prises en fonction de considérations prenant en compte et s'adaptant aux politiques publiques mises en place par les États voisins). Cette conception du choix libre et souverain ne saurait être acceptée.

La conception de la liberté qui a présidé à la théorisation de la souveraineté est donc une conception strictement négative. Celle-ci apparaît particulièrement pertinente pour rendre compte de la liberté de l'État et de la spécificité de son caractère juridique : les éléments qui pourraient être considérés comme des entraves à la liberté dans le cadre d'une conception positive de la liberté interviennent en effet sur les agents de l'État. Or, il a été montré avec M. Troper que les motivations des acteurs ne sauraient être prises en considération pour remettre en cause l'autonomie de la décision politique.

Il est donc impossible de se servir d'une conception positive de la liberté pour dénoncer le principe de souveraineté en considérant que le souverain n'est pas libre. Non seulement la conception positive de la liberté n'est pas celle utilisée pour définir le concept de souveraineté (et, en l'utilisant, il n'y a pas nécessairement de contradiction à dire que la souveraineté peut être contrainte) mais surtout une telle conception s'adapte mal à la nature artificielle et juridique de la souveraineté.

La souveraineté de l'État renvoie à l'effectivité de l'ordre juridique. La souveraineté a été définie comme une puissance normative autonome. Autonome signifie ici que les actes du souverain n'ont d'autre justification que la volonté propre du souverain, c'est-à-dire qu'ils ne procèdent pas d'une norme supérieure. Cela ne signifie pas que la décision est prise en dehors de toute influence, mais que ces influences n'ont pas d'importance vis-à-vis de la décision. Indépendamment de leur relative importance, la prise en compte de ces influences s'inscrit dans une conception du pouvoir en termes de cause de comportement. Elle permet d'expliquer les actes de l'État, mais les causes des actions des États ne peuvent être admises dans la logique de la souveraineté comme une restriction de son autonomie, aussi déterminantes soient-elles.

L'utilisation des rapports d'influence pour dénoncer le principe de souveraineté illustre parfaitement le changement de paradigme utilisé par les penseurs politiques. Il y a

bien une réinterprétation de phénomènes similaires qui sont perçus différemment parce qu'insérés dans des schémas intellectuels différents.

La mise sous influence (plus ou moins ponctuelle) des agents de l'État dans le processus créateur du droit est en effet très connue. Les organes officiels ont toujours été plus ou moins sensibles à toutes formes de lobbying, des grandes familles et corporations sous l'Ancien Régime aux processus de décisions dans les démocraties actuelles. L'origine interne ou externe de ces groupes d'influence n'a aucune importance, surtout à partir du moment où il est accepté qu'une telle distinction n'a plus de réelle raison d'être.

Il s'agit maintenant de voir précisément en quoi la mondialisation entrainerait une baisse du contrôle des États. Il faudra donc voir quelles sont précisément les domaines d'intervention où la mondialisation traduit une baisse de l'effectivité du contrôle étatique et ensuite de voir d'une part, si cette baisse remet en cause le pouvoir de l'État (et est contre sa volonté) et, d'autre part, s'il s'agit effectivement d'une baisse, c'est-à-dire de vérifier que ce qui ne serait plus sous contrôle l'a effectivement été à un moment donné. Il apparaît alors que pour elle les États sont contraints dans le choix de la structure économique mais également dans certaines fonctions considérées comme régaliennes.

1.3.3 La confusion entre État et gouvernement : fondement de critiques de l'État et de la souveraineté

À partir du moment où la souveraineté est identifiée au gouvernement, celle-ci est évaluée par rapport à l'efficacité du gouvernement. Rappelant le lien qui est aujourd'hui fait entre souveraineté et bonne gouvernance, Xavier Mathieu constate ainsi que « *Il n'est donc pas rare de retrouver dans la littérature des mentions de cette relativité de la souveraineté établie par rapport aux capacités de l'État à fournir à sa population une bonne gouvernance* »⁹⁵². La mise en avant du retrait de l'État se caractérise donc régulièrement par les difficultés des gouvernements de réussir certaines politiques publiques. Cette mise en avant de la gouvernance et de l'art de gouverner dans la critique de la souveraineté traduit bien l'évolution de la notion de pouvoir vers celle de contrôle.

⁹⁵² MATHIEU X., « Souveraineté : évolution conceptuelle d'une notion clef », in. BATTISTELLA D., *Relations internationales*, Paris, Ellipses, 2013, p. 203.

Cette évolution est actée par S. Krasner, pour qui deux des quatre sens donnés à la souveraineté renvoient à la notion de contrôle : la souveraineté domestique et la souveraineté interdépendance⁹⁵³. Susan Strange est à ce titre un exemple particulièrement saisissant pour voir comment la mondialisation, et à travers elle, le *marché*, remettrait en cause la souveraineté des États, dans ses acceptations domestique et interdépendance⁹⁵⁴. Il peut donc être utile d'accorder une attention particulière à son œuvre, ce qui se justifie tant par la qualité de celle-ci que par l'impact qu'elle a eu sur tout un courant des Relations internationales. De plus, nombres de ces exemples sont très représentatifs (et plus détaillés) de ce qui peut être utilisé par de nombreux universitaires.

Dans son ouvrage *Le retrait de l'État*, elle commence son premier chapitre (*Le déclin de l'autorité de l'État*) par une identification explicite du pouvoir de l'État à la capacité de *maîtrise*, c'est-à-dire de contrôle : « *Les chefs de gouvernements seraient sans doute aujourd'hui les derniers à reconnaître qu'eux et leurs ministres ont perdu l'autorité qu'ils avaient sur les sociétés et les économies nationales. Leur maîtrise de la situation n'est plus ce qu'elle était* »⁹⁵⁵. Elle pose alors comme seconde proposition de son ouvrage que l'autorité des gouvernements de tous les pays est affaiblie par les changements technologiques et financiers, ainsi que par l'intégration au sein d'un marché global unique :

Leur échec [aux gouvernements] à gérer l'économie nationale, à maintenir l'emploi et la croissance, à éviter les déséquilibres des paiements extérieurs, à contrôler les taux d'intérêts et de change, n'est pas dû à une incompétence technique, à une turpitude morale ou une maladresse politique. Ce n'est directement ni leur faute ni celle des autres. Aucun de ces échecs ne peut être reproché à d'autres pays ou à d'autres gouvernements. Ils sont, tout simplement, victimes de l'économie de marché.⁹⁵⁶

L'autorité des gouvernements est donc explicitement rapprochée de leur capacité à produire certains effets économiques. Elle s'inscrit donc toujours dans une logique du pouvoir comme cause de comportement et production d'effet. Sa critique de l'État s'attache à l'efficacité du gouvernement plus qu'à l'effectivité de l'État. L'autorité de l'État est donc bien rapprochée de sa capacité à obtenir des effets sociaux. De plus, c'est toujours le système économique qui réduirait l'autorité des gouvernements, et non pas des acteurs précis : elle confirme donc la tendance à la personnification de la structure économique évoquée précédemment. Il est vrai qu'elle mentionne bien ici le gouvernement, mais elle ne distingue

⁹⁵³ Cf. *supra*.

⁹⁵⁴ Il faut toutefois rappeler que S. Strange n'évoque pas à proprement parler la souveraineté de l'État. Toutefois, tout son ouvrage a pour but de montrer l'impuissance de l'État.

⁹⁵⁵ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 27.

⁹⁵⁶ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 43-44.

pas les deux logiques et cela s'inscrit dans le cadre d'une démonstration expliquant un retrait de l'État.

La critique de la souveraineté de l'État va donc se concentrer sur l'inefficacité de certaines politiques publiques et les difficultés des gouvernants à contrôler leur société. Parce que dans la structure actuelle certaines politiques sont inefficaces, celle-ci limiterait le pouvoir de l'État. La personnification de la structure évoquée précédemment permet en effet de lui attribuer un pouvoir. Il existe ainsi une critique de la souveraineté domestique de l'État, qui montre les difficultés des gouvernants à déterminer l'organisation de la société du fait de l'inefficacité de certaines politiques (1.3.3.1), ainsi que la transformation du rôle social de l'État (1.3.3.2). Il existe également une critique de la souveraineté interdépendance de l'État, qui montre la difficulté des gouvernants à maîtriser les flux liés à la mondialisation (1.3.3.3).

1.3.3.1 La souveraineté domestique pénalisée par le différentiel d'efficacité entre les différents modes d'organisation

La souveraineté domestique renvoie chez S. Krasner à l'organisation des autorités politiques et à la capacité des autorités publiques d'exercer un contrôle effectif au sein des frontières : « *Domestic sovereignty refers to the formal organization of political authority within the state and the ability of public authority to exercise effective control within the borders of their own polity* »⁹⁵⁷. Cette capacité de contrôle des autorités publiques est vivement dénoncée par Susan Strange. Elle observe ainsi une baisse des capacités de contrôle des gouvernants qui s'illustrerait par la difficulté de développer des stratégies générales de développement, la réduction de son rôle dans le développement d'infrastructures et la difficulté de maîtriser les crises économiques. Ces points sont alors à rapprocher de l'incapacité qu'auraient les États à choisir leur modèle d'organisation, non pas tant du point de vue politique qu'économique (ce qui est cohérent dans sa conception extensive de la politique).

Deux éléments qui sont liés peuvent alors être distingués. Elle explique l'incapacité à réaliser certains objectifs particuliers par l'inefficacité de certaines politiques (1.3.3.1.1). Or,

⁹⁵⁷ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 4.

se serait bien cette inefficacité de certaines politiques qui empêcheraient les États de choisir librement leur modèle de développement et d'organisation (1.3.3.1.2).

1.3.3.1.1 L'échec des Gouvernements à réaliser certains objectifs particuliers dans un contexte global

Une part importante des exemples mobilisés par Susan Strange pour illustrer le recul de l'État concerne l'échec des Gouvernements à réaliser certains objectifs politiques. Ces questions sont étrangères à la question de l'effectivité de l'État qui n'est jamais remise en cause et traduit bien l'identification de l'État à un simple outil de gouvernement.

Elle met ainsi en avant la difficulté de développer des stratégies générales de développement⁹⁵⁸. La capacité des États à modeler la société serait ainsi amoindrie (et donc leur pouvoir). Or, une part conséquente de son argumentation consiste à montrer l'échec de certaines politiques publiques et la modification de leur efficacité du fait de l'insertion (volontaire) dans une économie mondialisée. Trois exemples permettent d'illustrer cette tendance : l'incapacité des Gouvernements à réduire certaines importations dans le cadre d'une économie ouverte ; l'incapacité des Gouvernements à maintenir certains tarifs préférentiels pour les infrastructures à fort coût économique et technologique ; l'incapacité des Gouvernements à corriger les cycles de crises et d'expansion de l'économie de marché. Or, dans ces trois exemples, il apparaît que ce qu'elle dénonce est bien l'inefficacité de certaines politiques publiques. De plus, elle isole chacune de ces questions des considérations plus globales et de la législation d'ensemble.

Ces stratégies de développement passeraient principalement par le contrôle du commerce et notamment des importations. Elle considère alors que les États ont très peu de marge sur les importations (et notamment que, contrairement à l'opinion majoritairement admise, les barrières douanières n'ont que peu d'impact). Elle met ainsi en avant le fait que le nombre de réglementations visant à protéger les marchés européens et américains des importations asiatiques n'a cessé de croître, parallèlement à ces importations. Ainsi, la

⁹⁵⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 143-145.

capacité des gouvernements à pénaliser les importations d'origines particulières serait très limitée⁹⁵⁹.

Le problème de cette approche est de plusieurs ordres.

D'abord, elle se sert bien d'échecs de politiques gouvernementales pour mettre en avant une incapacité de l'État. Il y a donc une confusion entre la logique de l'État et la logique du gouvernement, entre l'effectivité des décisions et leur efficacité, c'est-à-dire entre les objectifs (supposés ou affichés) des gouvernants et volonté de l'État dans la mise en place des réglementations. Lorsqu'un gouvernement augmente une taxe (de 7 à 15 % par exemple) sur un certain type de produit, dans l'optique de réduire les importations, mais que cette augmentation ne produit pas les effets escomptés, il est impropre de considérer cela comme une incapacité de l'État ou une limite à sa souveraineté. La volonté de l'État consiste à taxer tel type de produit à 15 %. La baisse des importations est un objectif du gouvernement, c'est une des motivations expliquant que cette décision ait été prise. Comme toute motivation, elle est étrangère à la question de la souveraineté. La question de la capacité de l'État et du pouvoir de l'État s'évalue donc sur sa capacité à taxer effectivement les produits à 15 % : un État, construction juridique artificielle, n'escompte pas d'effet. L'échec de l'État serait alors éventuellement à vérifier dans le développement de la contrebande, c'est-à-dire bien sur l'effectivité de la taxe. Par contre, le gouvernement s'évalue sur sa capacité à produire des effets escomptés (et donc à réussir une politique), c'est-à-dire dire, dans ce cas, sur sa capacité à réduire ou non les importations. L'échec d'une politique publique ne saurait être compris comme une incapacité de l'État : il s'agit bien d'un échec de gouvernement.

Ensuite, elle isole une question d'un ensemble de considérations plus général. Il ne s'agit pas tant de limiter les importations des produits asiatiques que de limiter les importations de produits asiatiques en prenant des mesures qui sont conformes avec le reste de la législation (au sens large) et en maintenant un marché ouvert qui ne risquerait pas de pénaliser les exportations et investissements nationaux dans les pays asiatiques (et en provenance de ces pays). Il y a donc une multitude d'objectifs politiques qui ne sont pas nécessairement compatibles entre eux (la volonté de s'inscrire dans un marché mondialisé pour développer les exportations et de réduire les importations). Il est en effet délicat de considérer que les États veulent limiter les importations alors qu'ils construisent un système

⁹⁵⁹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 144.

visant à favoriser le commerce international. Les importations ne sont ni interdites, ni soumises à quotas.

Cette approche traduit bien une logique de contrôle et donc, indirectement, une logique du pouvoir en termes de cause de comportement. Une fois encore, la capacité matérielle des États à développer les politiques de leur choix est illustrée par des pays comme Cuba ou la Corée du Nord, qui semblent réussir à limiter les importations et à rester à l'écart de l'intégration économique qu'entraîne la mondialisation.

Un autre exemple donné par Susan Strange du recul des capacités de l'État consisterait en son rôle dans le développement des infrastructures territoriales (réseaux de communication, mais également le système éducatif ou le développement du patrimoine...) et sa capacité à proposer des tarifs préférentiels pour les personnes les plus démunies. Elle rappelle le rôle historique des États dans le développement de ces infrastructures. Elle rappelle également que certains États (mais en fait presque tous) ont historiquement fait appel au secteur privé pour trouver les capitaux nécessaires. Ils auraient alors créé un cadre législatif favorable pour leur développement (ici encore, il y a confusion entre la volonté de l'État et les objectifs des gouvernants). Or, la situation serait aujourd'hui différente. En effet, le besoin d'infrastructures à coût élevé se ferait toujours ressentir par les gouvernants. Ceux-ci seraient également prêts à favoriser le développement des infrastructures par une modification des dispositifs législatifs existant. Néanmoins, les gouvernements seraient dans des positions moins favorables pour négocier vis-à-vis des intérêts privés puisque certains de ces intérêts seraient « *des entreprises étrangères qui [...] ont accumulé l'expérience, le capital et les innovations nécessaires au changement technologique* »⁹⁶⁰. De ce fait, ils auraient plus de mal à négocier des avantages tarifaires pour les usagers socialement ou géographiquement défavorisés, avantages qu'elle considère comme relevant de la survie de l'État⁹⁶¹. La nécessité d'avoir recours à des investissements étrangers (tant pour l'accès aux capitaux qu'aux technologies) limiterait la possibilité d'usage de la contrainte (puisque ceux-ci, avant l'investissement, échappent à la puissance de l'État). Cette approche est donc également dans une logique gouvernementale et est donc impropre dans une pensée sur l'État. Mais surtout, il

⁹⁶⁰ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 146-147.

⁹⁶¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 147. Cet aspect nécessaire est totalement injustifié du point de vue de la théorie de l'État.

est impossible de considérer cet exemple comme une limitation du pouvoir de contrôle des gouvernements.

Le problème de cet argument chez Susan Strange est double : le développement d'infrastructures par des capitaux étrangers n'est pas une nouveauté et ne modifie pas fondamentalement les rapports entre acteurs privés et acteurs publics ; l'apport de capitaux et savoir-faire étrangers augmente le champ des possibles du gouvernement et ne saurait donc être considéré comme une restriction du pouvoir de gouvernement.

L'erreur de S. Strange est d'opposer un cas sans mondialisation où les gouvernants pouvaient alors développer des infrastructures ET imposer des tarifs préférentiels (même si cette conception est sûrement critiquable) à un cas avec mondialisation où les gouvernants peuvent développer des infrastructures mais ne pourraient plus imposer ces tarifs préférentiels. La mondialisation semble alors réduire la capacité des États d'imposer des tarifs préférentiels : il y aurait alors effectivement une réduction des alternatives du gouvernement. Or, il y a un vice de raisonnement puisque l'apport de la mondialisation est négligé. À partir du moment où elle permet l'apport de capitaux et techniques dont ne dispose pas l'État, il faut opposer un cas sans mondialisation où l'État ne peut pas développer des infrastructures (et donc proposer un tarif préférentiel sur des services qui n'existent pas) et un cas avec mondialisation où l'État peut développer des infrastructures mais sans pouvoir imposer des tarifs préférentiels. La mondialisation traduit alors un gain, une augmentation du pouvoir du gouvernement, puisqu'elle lui permet d'augmenter son champ de possibles. Cet argument est d'autant plus étrange que S. Strange a conscience de l'augmentation des possibles permis par la mondialisation. Elle explique ainsi que les multinationales séduisent par leurs capacités à injecter des capitaux et des technologies nécessaires au développement et à l'emploi (d'où changement d'attitude des PVD et anciens pays socialistes à leur égard)⁹⁶². Elle admet même que ces investissements massifs au sein des infrastructures furent dépendants d'un marché capitaliste mondialisé :

En résumé, il aurait été absolument impossible de faire face à l'explosion des dépenses d'investissement dans les nouvelles technologies sans, premièrement, certains changements tout à fait fondamentaux dans le volume et la nature du crédit créé par l'économie de marché capitaliste, et sans, deuxièmement, la mobilité très accrue qui caractérise depuis peu ce genre de crédit.⁹⁶³

⁹⁶² STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 36. Sur ce point, voir également FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier Homme*, Paris, Flammarion, 1992.

⁹⁶³ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 38.

Il est donc très étonnant de considérer comme une limite de l'action des gouvernants un phénomène qui augmente leurs possibilités. Ce qui apparaît ici n'est donc pas tant une limitation des possibilités offerte aux Gouvernements que l'impossibilité de combiner à leur guise les différents aspects d'une politique de développement (par exemple l'appel à des capitaux privés étrangers pour réaliser des infrastructures sans objectif de rentabilité⁹⁶⁴)

Un autre exemple de la baisse de capacité de l'État chez S. Strange concernerait sa responsabilité dans la correction des cycles de crise et d'expansion de l'économie de marché (il s'agit donc encore d'une politique, relevant de la logique de l'art de gouverner). Elle donne en exemple l'échec des politiques de relance mises en place en France par le président François Mitterrand. Or, l'échec de politiques publiques ne peut en aucun cas signifier une baisse de pouvoir de l'État (d'autant plus que les politiques de relance furent mises en place : l'effectivité de l'ordre juridique n'est donc pas en cause), simplement que la (ou les) politique publique en question n'était pas adaptée à la résolution du problème visé. Le fait que, comme elle l'affirme, « *les mesures contra-cycliques keynésiennes ne marchaient plus au niveau national* »⁹⁶⁵ ne signifie rien d'autre que le fait que les mesures contra-cycliques keynésiennes ne fonctionnaient plus au niveau national (et donc, en l'occurrence, que d'autres mesures eurent été plus pertinentes, parce que plus efficaces). Cela ne signifie en aucun cas que l'État a perdu du pouvoir. L'incapacité des gouvernants à réaliser, par le biais de certaines politiques publiques, des effets souhaités au plan économique ou social est plus une preuve de la complexité sociale et de la difficulté de manipuler le biopouvoir (au sens foucauldien⁹⁶⁶) qu'une preuve de manque de pouvoir. Hayek avait déjà pointé, sur un plan philosophique, la difficulté d'anticiper la manière dont les individus réagissent à une nouvelle norme pour la poursuite de leurs objectifs personnels. De manière plus pratique, la Science Politique a montré, à travers les effets pervers, qu'une politique publique peut donner des

⁹⁶⁴ De plus, l'appel à des investisseurs privés s'est toujours accompagné d'une exigence, de la part de ceux-ci, de rentabilité et les États peuvent tout à fait, à terme, reprendre la main sur les infrastructures jugées stratégiques (comme le canal de Suez). En ce sens, l'appel aux capitaux étrangers ne modifie pas profondément les rapports entre privé et public, exceptées les pressions que pouvaient exercer les gouvernants pour inciter des investisseurs privés septiques vis-à-vis de la rentabilité d'un projet (la Compagnie française des Indes Orientales en est un bon exemple). La présence d'investisseurs étrangers dans le développement des infrastructures nationales n'est d'ailleurs absolument pas une nouveauté historique. La mondialisation ne change donc pas fondamentalement le rapport de l'État vis-à-vis du développement des infrastructures, excepté justement qu'elle augmente les possibilités de développement pour les États, en important capitaux et savoir-faire qu'ils ne pourraient obtenir autrement. La mondialisation apparaît alors augmenter le champ des possibles pour les Hommes politiques et donc augmenter leur capacité de gouvernement.

⁹⁶⁵ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 141.

⁹⁶⁶ FOUCAULT M., « *Il faut défendre la société* », Paris, Seuil Gallimard, 1997, pp. 216-219.

effets imprévus. Le fait que des politiques, qui à un moment donné dans un contexte particulier, aient pu sembler fonctionner, ne fonctionnent plus dans un contexte différent ne saurait en aucun cas signifier une baisse du pouvoir de l'État. Une erreur politique est bien un échec des gouvernants, mais pas de l'État.

Elle regrette alors l'absence d'un niveau global de coordination des mesures contra-cycliques, mais il faut ici encore rappeler que ce sont les États qui peuvent décider (ou non) de telles mesures, que ce sont les États qui décident (ou non) de coordonner leurs actions. Les États ne mettant pas en place les éléments permettant une telle coordination, il est alors impropre de considérer qu'ils le veulent.

C'est donc bien l'incapacité de certains gouvernements à produire certains effets sociaux dans un contexte donné qui est dénoncée par Susan Strange comme un recul des capacités de l'État. Celui-ci est donc bien pensé comme outil de contrôle et évalué à travers sa capacité à produire les effets escomptés, c'est-à-dire à réussir des politiques publiques. C'est également la logique de Habermas, qui met en avant les difficultés de réalisation de certaines politiques pour illustrer la « *restriction de la souveraineté interne* »⁹⁶⁷

Cette prégnance du contrôle dans la conception du politique chez Susan Strange s'illustre par le fait que sa dénonciation de l'échec des gouvernants à réaliser certains objectifs est liée au différentiel d'efficacité des différentes politiques publiques.

1.3.3.1.2 Le différentiel d'efficacité entre politiques comme limite de l'action de l'État : le pouvoir de la structure

Susan Strange considère également que le recul des capacités de l'État se traduit par le fait que celui-ci ne serait pas libre de déterminer l'efficacité des politiques mises en place ou, *a minima*, qu'il doit tenir compte de leur efficacité respective dans ces choix. En effet, ce différentiel d'efficacité des différentes politiques possibles traduirait alors une limitation de l'éventail de choix des États. Cette approche nie la spécificité de l'art de gouverner qui est justement de choisir entre des politiques dont le degré d'efficacité est incertain et inégal.

⁹⁶⁷ HABERMAS J., *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998 [1996], pp. 111-115.

Cela s'illustre lorsqu'elle considère que les États n'auraient plus la capacité de choisir la forme adéquate de développement capitaliste, c'est-à-dire la forme qu'ils peuvent donner à celui-ci. De ce fait, elle considère que les États (mais en fait les gouvernants) devraient être libres de déterminer leur degré d'intervention et de régulation. Or, indépendamment de la pertinence de tel ou tel modèle, se poserait la question de la réalité du choix. Pour Susan Strange, une harmonisation des différentes formes de capitalisme à l'échelle de la planète serait le signe que la liberté de choix des États serait contrainte par les forces structurelles.

Observant cette harmonisation, elle en déduit que « *la liberté et la responsabilité des États de choisir entre des variantes du développement capitaliste sont réduites* »⁹⁶⁸. Puisque les options disponibles se seraient réduites, elle en déduit l'existence d'un pouvoir structurel (qui a réduit les options – puisque la réduction d'options traduit l'existence d'un pouvoir qui se serait exercé sur la structure). Elle rejoint ainsi les constats mettant en avant la similitude des politiques mises en place par les États dans le cadre d'une économie mondialisée et en déduit également l'existence d'un pouvoir⁹⁶⁹.

Or, la possible non-équivalence entre ces différentes formes en termes d'efficacité n'est jamais évoquée. Ce n'est pas la même chose de considérer que différents acteurs (ou le *marché*, ou la structure) contraignent les États à adopter une forme de modèle économique donné, que de considérer que, dans un contexte donné (choisi et organisé par les États – ou qui du moins résulte de leur actions), telle forme d'organisation politique répond mieux aux attentes des gouvernants parce que plus propices à la réalisation de leurs objectifs (et donc plus efficaces). Si certains modes d'organisation sont perçus comme plus efficaces que d'autres (et ce globalement, malgré des effets négatifs induits), il peut sembler logique de la part des gouvernants de les choisir, sans pour autant y voir une perte de contrôle ou de liberté : ils n'y sont pas empêchés, ils font ce choix rationnellement, après observation (plus ou moins pertinente) du succès ou de l'échec de différents types d'organisation économique. Le fait que le monde ne corresponde pas aux souhaits de certains gouvernants (qui aimerait que certaines politiques et certains modes d'organisation soient plus efficaces) ne modifie en rien la capacité des États d'édicter des normes contraignantes pour les populations qui sont sous leur contrôle. Ce qui disparaît (mais qui en fait n'a jamais existé), c'est la capacité d'édicter des normes indépendamment des conséquences néfastes (ou supposées telles) que celles-ci peuvent avoir sur l'état général de la société dans un contexte donné, en fonction

⁹⁶⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 139.

⁹⁶⁹ Cf., *supra*.

d'objectifs politiques donnés. Que certaines conséquences soient déplaisantes ne peut en aucun cas être analysé comme une perte d'autonomie. Les gouvernants ne maîtrisent pas nécessairement l'intégralité des conséquences de leurs actes. Ils ne peuvent pas être préalablement certains de l'efficacité d'une politique. De même, rien ne garantit qu'une politique efficace sur certains aspects ne soit pas problématique sur d'autres aspects.

C'est un non-sens de considérer que le pouvoir de l'État puisse consister à déterminer (ou imposer) une efficacité ou une efficience. Le choix entre différentes politiques (dont le mode d'organisation économique) se fait donc entre différentes options plus ou moins efficaces en fonction du contexte⁹⁷⁰. La non-égalité de l'efficacité perçue des différentes politiques dans un contexte donné ne peut alors servir de base à une baisse de la capacité de gouvernement puisque l'action du gouvernement est justement de déterminer les fins et de choisir les moyens les plus efficaces pour y arriver. Tout l'art du gouvernement consiste à choisir judicieusement entre des politiques dont l'efficacité diffère, sans réellement pouvoir savoir si ce choix est ou non le plus pertinent et sans maîtriser toutes les conséquences de ces choix. L'échec de certains gouvernements à produire les effets voulus peut même apparaître comme une preuve de leur liberté : ils peuvent très bien mettre en place des mesures inadéquates.

Susan Strange donne d'ailleurs comme exemple de l'harmonisation des modes de production la généralisation de la gestion des stocks à flux tendu au sein des entreprises. Le fait est que toute entreprise reste libre de ne pas adopter ce mode et d'emmagasiner les produits dans l'espoir de les vendre ultérieurement. La généralisation de ce mode de gestion par les entreprises provient (probablement) de sa plus grande efficience : il s'agit d'un choix rationnel entre plusieurs modes de gestion non équivalents. Il est donc plus efficace vis-à-vis de l'objectif d'augmenter les bénéfices (en réduisant les coûts). C'est justement parce que le mode d'organisation économique n'est pas pensé comme une fin en soi mais comme le moyen d'obtenir certains effets sociaux que se pose la question de son efficacité et de son efficience⁹⁷¹. Or, l'efficience et l'efficacité, dans un contexte social donné, se mesurent mais ne se décident pas.

⁹⁷⁰ Le fait de savoir si le modèle de développement qui semble s'imposer est réellement le plus efficace est hors de propos : il suffit qu'il soit perçu comme tel par les gouvernants (ce que semble indiquer sa généralisation).

⁹⁷¹ L'efficience peut être liée à l'efficacité (surtout dans le champ économique) puisqu'une efficience accrue de certaines politiques peut permettre, à coût constant, d'augmenter le nombre de politiques et donc l'efficacité du gouvernement.

Dans une logique similaire, elle considère la possibilité pour un État d'instaurer des monopoles. Elle explique alors que la mise en place (ou non) de ceux-ci était une des prérogatives fondamentales de l'État. Or, les monopoles se seraient avérés peu compétitifs parce que rétifs au changement⁹⁷². De ce fait, l'attribution de monopole ou même la protection des champions nationaux n'est plus aussi intéressante pour les États⁹⁷³. La transformation de l'économie, c'est-à-dire le changement structurel, « *a fortement accru les coûts – à défaut d'en avoir fait totalement disparaître l'option – en matière de protection des champions nationaux et d'attribution de privilèges et de monopole* »⁹⁷⁴. Cette transformation de la forme de l'économie mondiale ne serait pas le fruit d'une norme contraignante édictée par une instance ou un régime international, mais serait le simple fait de l'économie mondiale qui aurait rendu de telles options plus coûteuses. C'est donc un exemple parfait de la manière dont le pouvoir structurel des acteurs économiques (*l'économie, le capital ou le marché*) contraindrait les États. Il a déjà été précisé que la mise en place d'une économie monde est principalement le fruit de politiques étatiques (et donc *in fine*, ce qui dérive de l'économie monde dérive de décisions étatiques). L'aspect intéressant ici du raisonnement de Susan Strange est que ce qui est perçu comme une limite du pouvoir étatique est bien la modification du coût d'une alternative et l'évolution de son efficacité. Parce que ce qui était efficace dans un contexte donné ne l'est plus, elle en déduit l'exercice d'un pouvoir et une limitation de la liberté de choix. Le fait que la mise en place de monopoles ne soit plus intéressante économiquement parlant rend effectivement cette option obsolète, non pas matériellement (les États peuvent toujours instaurer des monopoles⁹⁷⁵), mais par rapport aux effets escomptés des monopoles. Susan Strange reconnaît donc qu'il s'agit bien d'un problème d'efficacité de ces politiques. Néanmoins, il n'est resté pas moins que ce qui est dénoncé comme une baisse du pouvoir de l'État est bien l'inefficacité de certains modes d'organisation.

Cet aspect est en soit étranger à la mondialisation. De tout temps les gouvernants (mais comme tout acteur) ont dû adapter leurs politiques à l'environnement au sein duquel ils évoluent. Certes, la mondialisation, en homogénéisant la structure économique des différents pays à l'échelle du globe (par le fait de l'action des États), fait que les différents États sont

⁹⁷² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 148 ; reprenant la théorie d'Olson Mancœur.

⁹⁷³ Cette thèse est toutefois contestée. Samy Cohen montre ainsi la permanence du soutien des États aux entreprises nationales : COHEN S., *La Résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, p. 229.

⁹⁷⁴ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 149.

⁹⁷⁵ Il est possible de rappeler, même si ce n'est pas la question (car ici c'est plus la nature de l'argumentation que sa justesse qui est intéressante), qu'il existe encore des monopoles (par exemple, en France, la vente de tabac – art. 568 du Code général des impôts)

soumis à la même structure économique. Évoluant dans une structure économique similaire, il est normal d'observer une tendance à l'homogénéisation de certains types de comportements. C'est ce que constate Robert Cubertafond, qui estime ainsi que la politique économique de certains États n'est plus souverainement déterminée : « *les verdicts des marchés des changes imposent des changements de cap et les États membres du système monétaire européen doivent aligner leur gestion sur celle de la R.F.A.* »⁹⁷⁶. Cette phrase montre très clairement une vision particulière de la souveraineté qui est similaire à celle de S. Strange. Il ne s'agit pas ici de considérer que la souveraineté des États est niée par une instance qui invaliderait une décision d'un État parce que considéré comme illégale, mais bien du fait que les politiques voulues par ces États se soient avérées moins efficaces et qu'ils aient donc dû en changer. C'est parce qu'alors les gouvernants voulaient obtenir les mêmes résultats que la RFA qu'ils ont dû aligner leur gestion sur celle de la RFA (qui apparaissait, vis-à-vis des objectifs poursuivis par les gouvernants, comme plus efficace). Le devoir dont il est fait mention ici n'est que l'adaptation des moyens à la poursuite d'une fin. L'expression *les verdicts des marchés* traduit bien la personnification de la structure économique dénoncée précédemment⁹⁷⁷ : l'inefficacité des politiques est pensée comme le fait d'un pouvoir de la structure.

Il est alors possible de faire avec F. Fukuyama un parallèle entre la généralisation d'un certain mode d'organisation économique et la modernisation défensive. Il estime ainsi que la généralisation de l'économie de marché provient justement de sa plus grande efficacité et la relie explicitement à la modernisation défensive⁹⁷⁸. Or, en admettant que certaines formes d'organisations économiques soient plus efficaces que d'autres, il apparaît logique d'observer une tendance à la généralisation des premières. Les évolutions techniques et sociales ont toujours eu un impact sur le coût des différentes alternatives en termes de développement, sur leur efficacité et sur leur efficience. Les (infra-)structures, économique, sociale ou technologique, ne sauraient être assimilées à une contrainte limitant le pouvoir des États. Un État (comme tout acteur) est par définition inscrit dans une telle structure qui participe de son identité. La disparition (généralisée) des compagnies d'archers (ou des samouraïs) au sein des

⁹⁷⁶ CUBERTAFOND B., « Souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1298.

⁹⁷⁷ Cf. *supra*.

⁹⁷⁸ La modernisation défensive consiste pour un État à moderniser son État, son économie et son appareil industriel afin de pouvoir produire une armée moderne dans l'optique d'assurer sa défense. C'est par exemple le cas du Japon sous l'ère Meiji.

armées modernes ne peut être posée comme la conséquence d'un pouvoir qui aurait réduit la souveraineté des États, ni d'une limite à leur liberté de choisir leur système de défense.

Il apparaît donc bien que ce que S. Strange considère comme une baisse de l'autorité des États est en fait simplement l'inefficacité de certaines politiques gouvernementales. Cela traduit bien sa perception du pouvoir de l'État comme un pouvoir de contrôle : l'inefficacité d'une politique traduit alors une incapacité à produire les comportements souhaités et les effets sociaux espérés. Le fait que l'échec de politiques publiques lui serve à justifier un retrait de l'État traduit bien une confusion entre souveraineté et art du gouvernement.

De même, considérer la différence d'efficacité entre politiques comme une restriction de la liberté, et donc l'impossibilité de choisir à la carte, s'inscrit dans une conception de la liberté qui isole les éléments du choix de leurs conséquences et coûts respectifs. La liberté n'étant alors pour elle pas de choisir entre des options dont les coûts et conséquences diffèrent, mais de choisir entre des options désincarnées, dont les coûts et conséquences viennent limiter le choix.

Les critiques de Susan Strange traduisent donc une conception du pouvoir de l'État comme disposant d'un pouvoir (de contrôle) absolu, pouvant choisir indépendamment de toutes contraintes (même matérielles) différents types de politiques pour différents effets, lui permettant de modeler à l'envie la société. Elle reproche ainsi que le choix des moyens, dans un contexte donné, soit déterminé par les fins et qu'il ne soit pas possible de déterminer arbitrairement les moyens d'obtenir une fin. Incidemment, elle tombe dans le travers que F. A. Hayek dénonçait : « *L'homme moderne ne semble pas tolérer l'idée que nous ne sommes pas libres de choisir à volonté n'importe quelle combinaison de caractères que devrait présenter la société, et de les assembler en un tout viable ; autrement dit que nous ne pouvons bâtir un ordre social désirable à la façon d'une mosaïque, en triant et retenant à notre gré les aspects particuliers qui nous plaisent le mieux* »⁹⁷⁹.

Dans une optique similaire elle considère comme un paradoxe l'augmentation de revendications étatiques alors même que l'autonomie ne serait que fictive. Or, cette autonomie est pensée comme capacité à inventer des modèles sociaux ou économiques : « *Mais cela [l'obtention d'un État] ne semble pas leur donner une maîtrise réelle sur le genre de société ou la nature de l'économie qu'ils préféreraient. En bref, le désir d'une autonomie*

⁹⁷⁹ HAYEK F-A., *Droit, Législation et Liberté*, Paris, PUF Quadrige, 2007, p. 166.

ethnique ou culturelle est universel, mais non les moyens politiques de le satisfaire au sein d'une économie de marché mondiale intégrée »⁹⁸⁰.

Le fait de penser le pouvoir comme cause de comportement induit donc un déplacement de la question de la souveraineté, qui la fait sortir de son cadre d'origine. La question de la souveraineté n'est donc plus de savoir s'il existe ou non un pouvoir ultime de commandement absolu mais devient double.

Il s'agit d'une part de savoir si les politiques mises en place par les gouvernants produisent les effets désirés, c'est-à-dire si les politiques mises en place par les gouvernants sont efficaces. Or, l'inefficacité d'une politique publique traduit un échec du gouvernement à contrôler la société. Elle ne nous apprend rien sur l'État.

Il s'agit d'autre part de savoir si les gouvernants peuvent choisir la manière de produire des effets indépendamment de toute détermination entre les moyens. Si les options ne sont pas équivalentes, alors la liberté de choix des gouvernants serait réduite. Or, la non-équivalence entre les options politiques est précisément ce qui constitue l'art de gouverner. Poser la liberté dans des choix désincarnés, donc fictifs, revient à la réduire à la fiction.

Ces critiques de l'absence du pouvoir de l'État à réaliser certains objectifs donnés avec certaines politiques traduisent donc une conception du pouvoir de l'État, où celui-ci devrait pouvoir déterminer lui-même l'efficacité des politiques qu'il met en place, ce qui traduirait effectivement un pouvoir de contrôle absolu et illimité. Il s'agit toutefois d'une fiction qui, de plus, ne correspond pas à la théorie de la souveraineté qui ne concerne que l'effectivité des commandements.

Cette approche est toutefois parfaitement cohérente avec les postulats scientifiques de Susan Strange, notamment de sa conception du pouvoir comme cause de comportement et sa focalisation sur les effets produits, c'est-à-dire sur les logiques du gouvernement. L'évolution du monde et des sociétés a un impact sur la manière de réaliser des politiques publiques et sur leur efficacité. Les options des gouvernants évoluent donc. De cette évolution des options, elle en déduit alors logiquement l'exercice d'un pouvoir : « *Que ces options soient étendues ou restreintes, de manière à ce que plus ou moins de choix soient disponibles, alors il est*

⁹⁸⁰ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 31.

probable qu'une autorité s'est exercée structurellement pour produire ce changement »⁹⁸¹. Mais l'emploi du terme *probablement* illustre bien la tendance à occulter, dans le cadre du pouvoir comme cause de comportement, celui qui exerce le pouvoir. C'est donc bien la personnification de l'économie qui permet de poser le cadre structurel comme limitant les possibilités des États.

Ainsi, alors que la souveraineté domestique suppose une capacité de contrôle effective sur la société, il existerait (probablement) des autorités qui par leurs actions auraient fait évoluer ces options et donc limiteraient les choix des États. Le pouvoir de ces derniers de modeler la société serait donc limité puisque, par l'action d'autres autorités, certaines options sont devenues inefficaces.

La critique de la souveraineté domestique ne s'appuie pas seulement sur l'incapacité des gouvernants à produire les effets sociaux désirés, mais également sur une transformation de l'État providence.

1.3.3.2 La souveraineté domestique pénalisée par la transformation de l'État.

Parmi les exemples de l'affaiblissement de l'État, certains auteurs comme S. Strange mettent en avant l'affaiblissement de son rôle de protection sociale des groupes défavorisés. Il y a alors une identification de l'État comme organisation politique à l'État providence. Cette fonction serait donc devenue un élément essentiel de sa définition. Or, la fonction sociale de l'État, qui est un élément fondamental des politiques mises en place avec la naissance de la bio politique, ne reste qu'une politique (ou un ensemble de politiques). Elle va alors tenter de montrer le recul de l'État en mettant en avant l'impossibilité pour l'État de développer sa mission de soutien aux éléments défavorisés de la société. Ce phénomène est accompagné d'un recul qui s'illustrerait alors à la fois par la difficulté de maintenir une politique sociale et par le fait que les négociations salariales se dérouleraient désormais au

⁹⁸¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 162. (Cf. *supra*.).

sein des entreprises (ce qui traduit une baisse du pouvoir d'influence des syndicats, autrefois soutenus par les États).

Ces éléments traduisent bien une certaine conception matérialisée de l'État et de ses missions, ce qui fait qu'un changement de politique lié à une évolution des rapports de force est perçu comme un recul.

Dans les éléments illustrant le recul de l'État, Susan Strange considère donc le rôle qu'il aurait de fournir un « filet de sécurité » à ceux qui s'intégreraient mal dans le système économique⁹⁸². Elle constate que la fonction de protection sociale des individus est la principale cause du développement de la bureaucratie et de l'augmentation des dépenses publiques. Elle reconnaît également que le développement de cette fonction sociale participe grandement au sentiment d'intervention accrue de la part de l'État (sentiment qu'elle estime, il faut le rappeler, erroné). Or, cette fonction sociale est selon Mme Strange une des missions fondamentales de l'État⁹⁸³. Néanmoins, elle pose comme postulat que le niveau de prélèvement est tel qu'il lui semble difficile de la développer. Elle considère alors que puisque la fonction de défense n'est plus jugée fondamentale (ce qui est censé amener son déclin) et que celle de protection sociale ne pourrait plus croître, alors « *il se pourrait bien que la valeur nette du gouvernement national pour la société soit orientée à la baisse* »⁹⁸⁴. Insidieusement, Susan Strange passe donc d'une analyse de l'État et de son repli à une analyse de la perception de son utilité par les populations⁹⁸⁵. De plus, la baisse de l'importance des fonctions de défense au sein des populations est une thèse que semble avoir démenti les événements du 11 septembre 2001. Enfin, elle occulte encore la fonction normative de l'État et la nécessité d'une instance créatrice de normes.

Se penchant sur la gestion des relations « *travail-patronat* » (qualifié d'« *important domaine* »⁹⁸⁶ de l'État), elle estime que les sociétés transnationales auraient pris aux États le premier rôle dans la gestion et résolution des conflits d'intérêt. Ainsi, « *l'essentiel des marchandages sur les salaires et les conditions de travail se déroule désormais au sein de*

⁹⁸² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 141-142.

⁹⁸³ Il faut se rappeler qu'elle considère ainsi la fourniture de service aux éléments socialement défavorisés comme relevant de la survie de l'État. La dimension redistributive est souvent présentée comme une des fonctions de l'État. Cf. *supra*.

⁹⁸⁴ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 142.

⁹⁸⁵ Il faut néanmoins admettre que si une part conséquente de la population d'un État ne perçoit plus son utilité alors effectivement cela peut nuire à sa légitimité et donc à terme à son effectivité.

⁹⁸⁶ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 105.

l'entreprise »⁹⁸⁷. Il y aurait donc bien eu un recul de l'État, puisque celui-ci, après s'être saisi de ce champ d'interactions sociales l'aurait délaissé (elle ne prend pas en compte le fait que ces négociations doivent toutefois s'inscrire dans un cadre légal). Or, elle-même reconnaît que cet *important domaine* n'a été que peu de temps réellement géré directement par l'État : « *Selon la sagesse politique communément partagée en Europe et en Amérique depuis les années 1930 (et parfois avant) jusqu'au moins les années 1960, protéger les salariés de leurs employeurs était une des responsabilités majeures incombant à un État moderne* »⁹⁸⁸. Cette citation est doublement intéressante puisqu'elle montre bien à la fois le caractère conjoncturel de l'idée que l'État doive gérer ce type de rapports (idée qui aurait été dominante à peine un tiers-siècle – qui ne peut alors être considérée comme un élément fondamental de l'action de l'État moderne), mais également le fait que Susan Strange semble bien la considérer comme un élément fondamental (reconnu par la *sagesse politique communément partagée*). Elle s'inscrit donc dans un cadre où les fonctions de l'État sont matériellement déterminées, ce qui est contraire à la théorie de l'État. Il faut toutefois reconnaître que la promotion de la dimension sociale (et économique) de l'État est régulièrement mise en avant par les économistes⁹⁸⁹. De même, lorsqu'il aborde le fonctionnement de l'État, Ph. Braud met en avant l'approche systémique qui distingue les activités extractives, dispensatrices et responsives. Dans l'activité dispensatrice, il reprend la distinction de G. Almont et met sur le même plan la capacité régulatrice (qui correspond à l'établissement de normes de comportement) et la capacité distributive (qui correspond à l'octroi de prestations et ressources et est liée à l'État providence)⁹⁹⁰. À partir du moment où la grande majorité des États développés assure une fonction redistributive, il est normal que, dans une approche constructiviste qui nie toute définition *a priori* de l'État, celle-ci lui soit posée comme consubstantielle.

Ce rôle est donc posé comme étant fondamental pour l'État. Cette diminution de l'État dans son rôle social s'illustrerait alors notamment par la baisse de soutien dont auraient bénéficié les syndicats :

⁹⁸⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 105.

⁹⁸⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 113.

⁹⁸⁹ Jacques Généreux rappelle ainsi que pour Paul Anthony Samuelson « *la fonction essentielle de l'État consiste à produire des « bien collectifs* » » (in. GENEREUX J., *L'économie politique*, Paris, Larousse, 1996, p. 55). Il rappelle également que Richard Abel Musgrave définit trois fonctions de l'État : une fonction d'allocation, de distribution et de stabilisation (*Ibid.*, p. 91).

⁹⁹⁰ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, Lextensoéditions, 9^e éd., 2008, pp. 220-233.

Une indication de ce rétrécissement est que certains groupes sociaux que les États en général ou certains États en particulier avaient l'habitude de protéger et de soutenir sont désormais beaucoup plus exposés aux forces structurelles de changement. Les syndicats ouvriers en sont un exemple évident, du moins dans les démocraties sociales⁹⁹¹

Elle explique alors que dans de nombreux pays, les États protégeaient le droit de grève et soutenaient les syndicats (même lorsque ceux-ci pouvaient être reconnus comme étant liés à des activités criminelles), en allant jusqu'à les incorporer (notamment en Europe) dans l'élaboration des politiques sociales et économiques. Or, la mondialisation aurait permis aux entreprises de s'émanciper de l'emprise des syndicats et donc l'État n'aurait pu maintenir ce « *bouclier protecteur* »⁹⁹². Ici encore, Susan Strange semble considérer que le soutien aux syndicats et aux travailleurs est une mission fondamentale de l'État. En effet, c'est parce que cette mission est fondamentale que le fait que les États semblent s'en dégager apparaît comme un recul. Le plus étrange, c'est que Mme Strange admet très bien que ce n'est pas la première fois que les États ne soutiennent plus un groupe auquel ils apportaient leur soutien :

On peut établir un même constat en ce qui concerne le pouvoir déclinant de l'État à protéger les intérêts de groupes sociaux particuliers –propriétaires fonciers, retraités ou actionnaires par exemple – ou de certaines professions jadis considérées comme les piliers de la société nationale – l'armée ou l'Église en Europe. Aucun de ces groupes n'a été à l'abri des forces du changement structurel dans l'économie et la société mondiale. Pas plus que les gouvernements n'ont été capables de les protéger contre l'érosion de leur pouvoir, de leurs privilèges ou de leurs prérogatives.⁹⁹³

Ainsi, ce qui apparaît à Susan Strange comme un recul de l'État ne semble bien n'être qu'une reconfiguration de ces appuis sociaux. Si l'on suit sa thèse, il faudrait en déduire que le pouvoir de l'État ne cesse de décliner. Dans une lecture inspirée de Gramsci, il semblerait plus pertinent de considérer que lorsqu'un groupe social (syndicat, armée, Église...) perd en poids matériel et symbolique, son influence sur les gouvernants diminue et il bénéficie moins de sa protection. Il faudrait alors considérer que les évolutions récentes du monde se sont traduites par une baisse de l'hégémonie culturelle (relative) que pouvaient avoir les syndicats et donc un affaiblissement de leur poids sur l'État et dans le processus de création de normes, comme de nombreux groupes avant eux. Il est donc impropre de parler d'un retrait de l'État : il s'agit tout simplement d'une nouvelle reconfiguration des rapports de force au sein de la société, qui se traduit par une évolution des politiques mises en place par les gouvernants. En ce sens, s'il est exact que les gouvernants s'appuient nécessairement sur des groupes dont ils sont en partie dépendant et cherchent à protéger, il est inexact de considérer que la fonction de

⁹⁹¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 151. Il faut une fois de plus rappeler que ce sont les États qui par leurs politiques ont mis en place le cadre structurel permettant à ces forces structurelles de devenir des forces de changement. Ce recul du pouvoir des syndicats est également mis en avant par U. Beck.

⁹⁹² STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 152.

⁹⁹³ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 153.

l'État est de protéger des groupes sociaux (et, *a fortiori*, de protéger tel groupe social particulier).

Le délaissement de tel ou tel groupe social, de même que les évolutions des politiques sociales, ne saurait donc en aucun cas traduire un recul ou une avancée de l'État. Il s'agit clairement ici d'une confusion entre ce qui relève de l'État et ce qui relève du gouvernement. Les appuis sociaux et les politiques mises en place dans un contexte historique donné relèvent de l'art de gouverner, en fonction d'un contexte économique et social par définition mouvant, et non pas de la pensée de l'État. Si la dimension sociale semble effectivement devenue l'une des principales missions de l'État, elle ne reste qu'une politique parmi d'autres et ne saurait, au vu de l'indétermination de la loi, être considérée comme un fondement de la théorie politique. Il est alors imaginable d'inscrire cette évolution dans un cycle de flux et reflux de la prise en charge de l'État de cette question, en fonction de l'idéologie dominante et des rapports de forces entre groupes sociaux. Ce cycle concernerait potentiellement toutes les activités de l'État qui, à certains moments donnés, sont gérées, déléguées ou délaissées, en fonction des priorités, des moyens et de l'idéologie dominante⁹⁹⁴. La seule *responsabilité majeure* qui *incombe* à l'État est le maintien de son ordre normatif, indépendamment de celui-ci. Il est vrai que l'assistance sociale d'une partie de la population peut être perçue comme un moyen pertinent de stabiliser l'État et donc apparaître comme une politique judicieuse, mais cela reste une politique. L'État providence n'est donc qu'une des formes qu'a pris l'État, du fait des politiques mises en place liées à la montée de la biopolitique et de la question sociale. De même qu'il eut été impropre de parler du pouvoir déclinant de l'État lorsque celui-ci fut mis en place (malgré la baisse de soutien apporté à certains groupes sociaux), il est impropre aujourd'hui de considérer que le pouvoir de l'État diminue parce que les syndicats ont moins de pouvoir d'influence sur les gouvernants⁹⁹⁵.

La souveraineté domestique se trouve donc contestée à deux niveaux. D'une part, les gouvernants ne seraient pas libres de déterminer à leur guise les politiques à mettre en place pour produire les effets sociaux espérés. L'inefficacité de certaines décisions

⁹⁹⁴ La question de la recomposition de l'État sera abordée ultérieurement.

⁹⁹⁵ Il est d'ailleurs surprenant de constater que l'influence des entreprises et multinationales est posée comme une limite au pouvoir de celui-ci tandis que la baisse de l'influence des syndicats est posée comme une baisse du pouvoir de l'État. Cela traduit bien une conception idéologique de l'État.

apparaîtrait alors comme une remise en cause du pouvoir de l'État. D'autre part, certaines politiques récentes mises en place par les États, posées comme fonctions propres de l'État, ne seraient plus assurées de manière satisfaisante. Dans les deux cas, c'est l'échec (relatif ou absolu) de certaines politiques gouvernementales qui sert de critique à la souveraineté de l'État. Or, l'échec de certaines politiques ne remet pas en cause la souveraineté de l'État tant que l'effectivité de son ordre juridique n'est pas menacée.

La prise en compte de la dimension de contrôle dans la souveraineté de l'État et l'appréhension du pouvoir comme cause de comportement laisseraient ainsi entendre que sa dimension absolue et illimitée signifierait la capacité de modeler à l'envie la société, indépendamment de toute contrainte même matérielle (puisque toute contrainte est supposée être l'exercice d'un pouvoir). Du fait de cette impossibilité, le pouvoir de l'État serait limité et donc la souveraineté domestique une fiction. Cette incapacité à exercer un contrôle absolu se retrouve alors dans le deuxième aspect de la souveraineté qui concerne le contrôle : la souveraineté interdépendance. Celle-ci serait mise à mal par la multiplication des flux transnationaux

1.3.3.3 La souveraineté interdépendance dénoncée par la multiplication des flux transnationaux

À partir du moment où l'effectivité de la souveraineté est assimilée à l'efficacité du gouvernement et à sa capacité de contrôle de la société, se pose la question de sa maîtrise des flux transfrontaliers. Cette capacité de maîtrise des flux transfrontaliers est d'ailleurs relevée par Stephen D. Krasner comme l'un des sens donnés à la souveraineté⁹⁹⁶. En ce sens, la mondialisation, comme processus de coalescence des sociétés humaines, par les politiques d'ouverture des frontières qui l'ont permise, remettrait en cause la souveraineté des États puisque ceux-ci ne contrôleraient plus ces flux. Or, comme il a déjà été précisé, la souveraineté ne renvoie pas à une capacité de contrôle, mais bien à un pouvoir d'injonction. Néanmoins, cet argument est difficilement compréhensible. En effet, il est souvent double. Il signifierait d'une part qu'il n'existe aucun moyen de maîtriser ces flux ; d'autre part, associé à

⁹⁹⁶ Cf. *supra*.

une rhétorique du déclin, il signifierait qu'il s'agit d'un phénomène nouveau. Or, ces deux aspects apparaissent erronés.

M. S. M. Mahmoud est représentatif des auteurs qui estiment que la mondialisation et le développement des flux transfrontaliers remet en cause la souveraineté des États. Il définit la mondialisation comme l'extension à la planète de l'interdépendance, lié à la multiplication des flux transfrontaliers⁹⁹⁷. Il considère alors « *Le fléchissement de la souveraineté étatique devant les contraintes et les pesanteurs de la mondialisation* »⁹⁹⁸. Un des signes de ce fléchissement serait la faible emprise qu'aurait l'État souverain sur le réel⁹⁹⁹. Il évoque ainsi les domaines significatifs du fléchissement de la souveraineté étatiques que seraient : le contrôle des flux monétaires et financiers ; les problèmes de l'environnement ; le contrôle de l'information et enfin le contrôle des entreprises transnationales. Le fait de parler de fléchissement indique bien que dans l'esprit de l'auteur, il y avait un contrôle effectif de ces domaines avant, et que ce contrôle, du fait de la mondialisation, fléchit. Cela indique également que pour lui, le contrôle est bien un des éléments forts de la souveraineté puisqu'un manque de contrôle traduit une perte de souveraineté.

Le contrôle de l'information comme un domaine significatif du fléchissement de la souveraineté étatique¹⁰⁰⁰ est un exemple très pertinent puisque très lié au développement des nouvelles technologies et à la mondialisation. Susan Strange considère ainsi que « *La censure, le pouvoir de la police et le contrôle étatique sur les flux d'informations, tout cela appartient désormais au passé. Cela est clair.* »¹⁰⁰¹. Or, il faut toutefois rappeler que certains pays comme la Chine¹⁰⁰² ou l'Iran¹⁰⁰³ arrivent à un certain contrôle de l'information tout en se maintenant (dans une certaine mesure) dans la communauté internationale (et en s'isolant, la Corée du Nord, semble y arriver très bien). Le contrôle de l'information n'est donc pas tant un

⁹⁹⁷ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 612.

⁹⁹⁸ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 618. Il s'agit du titre de sa première partie.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 620. Il s'agit de son premier point.

¹⁰⁰⁰ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 625.

¹⁰⁰¹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 103.

¹⁰⁰² http://www.lemonde.fr/week-end/article/2011/06/10/les-differents-visages-de-la-censure-d-internet-en-chine_1534205_1477893.html, [consulté le 28/05/13].

¹⁰⁰³ http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/03/11/l-iran-empeche-le-contournement-de-la-censure_1846123_651865.html, [consulté le 28/05/13].

problème de capacité qu'un problème de volonté politique¹⁰⁰⁴. De plus, dans le cas des pays occidentaux, il est étonnant de considérer une absence de contrôle de l'information alors même que la plupart des gouvernants de ces pays professent leur volonté de laisser libre la circulation des idées et donc de l'information. Celle-ci est souvent constitutionnellement affirmée et constitue donc la volonté de l'État.

Surtout, les États n'ont jamais réussi à réellement contrôler les informations diffusées au sein de leur population. Les exemples historiques ne manquent pas : Radio Free Europe a été créée pour diffuser dans les pays communistes¹⁰⁰⁵. De même, Radio Londres, émission diffusée par la BBC, était reçue sans l'approbation des autorités allemandes. De plus, le fait de publier à l'étranger pour éviter une censure nationale est un phénomène aussi ancien que la censure (par exemple en France sous l'Ancien Régime¹⁰⁰⁶), internet ne constituant donc pas sur ce point une nouveauté. De ce fait, il est très étonnant de supposer que les États aient eu, à un moment donné de leur histoire, un contrôle réel et efficace des idées et écrits se développant dans leur population, qui aurait été récemment perdu. D'ailleurs, M. S. M. Mahmoud en a conscience puisqu'il explique qu'aucun État, même totalitaire, ne peut exercer de contrôle effectif sur la circulation de l'information à l'intérieur de ses frontières. Il évoque alors une réalité qui est totalement indépendante de la mondialisation. Il est donc impropre de parler comme il le fait de *fléchissement de la souveraineté*.

La baisse de capacité de contrôle n'apparaîtrait alors que pour les gouvernements d'État inscrits dans la mondialisation et donc voulant profiter de ces flux. En rappelant que l'ouverture des frontières est une action des États (et est donc de fait volontaire), il est surprenant de considérer une incapacité à maîtriser des flux vis-à-vis de gouvernements qui s'inscrivent justement dans une logique de maximisation de ces flux (à moins de considérer que le contrôle des flux est l'intérêt objectif des États). Cet argument est de plus totalement irrecevable vis-à-vis d'États qui ont la volonté de laisser libre la circulation des idées et de l'information (volonté souvent affirmée dans les textes constitutionnels).

Il apparaît donc à travers l'exemple de l'information que si un contrôle relatif de celle-ci est toujours possible, l'idée d'un contrôle absolu est et a toujours été impossible. Cette

¹⁰⁰⁴ Même s'il est vrai que les capacités matérielles des États peuvent jouer dans la réussite du contrôle.

¹⁰⁰⁵ <http://www.rferl.org/info/history/133.html>, [consulté le 28/05/13].

¹⁰⁰⁶ NOYE I., art. « Censure », in BELY L. (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, pp. 217b-219b. Elle rappelle ainsi que « les écrits des philosophes et les pamphlets les plus subversifs étaient en fin de compte diffusés sans aucune restriction » (p. 219a).

absence de contrôle ne traduit donc pas un fléchissement ou un recul de la souveraineté puisque cette situation n'a rien de neuf. De plus, il est impropre de considérer cette absence de contrôle absolu comme une limite de la souveraineté puisque la souveraineté ne se situe pas dans une logique de contrôle : il s'agit encore d'une question propre à l'art de gouverner.

Ce qui est ici développé à travers l'exemple du contrôle de l'information est d'ailleurs généralisable aux autres flux. Stephen D. Krasner montre très bien comment les éléments qui participent à considérer qu'il existe une rupture liée à la mondialisation dans la capacité de contrôle des États sont largement fictifs, même dans le domaine économique : « *Even for international capital flows, an area where the contemporary challenge state control has frequently been emphasized, the degree of change from the past and the extent to which global capital markets have become fully integrated have often been overstated* »¹⁰⁰⁷. Les exemples mobilisés concernent à la fois les établissements financiers au XVIe siècle, les investissements directs à l'étranger et la dépendance des banques au contexte international... Il montre également que la diffusion des idées (en prenant l'exemple des religions) et des maladies (en prenant l'exemple de la peste noire – mais la grippe espagnole, eût peut-être été plus pertinente¹⁰⁰⁸) ont toujours existé. De ce fait, la mondialisation ne modifierait pas profondément les modalités de gouvernement :

I do not want to claim that globalization has had no impact on state control, but these challenges are not new. Rulers have always operated in a transnational environment; autarky has rarely been an option; regulation and monitoring of transborder flows have always been problematic.¹⁰⁰⁹

Il conteste alors l'idée que la mondialisation entraînerait une diminution des capacités de contrôle des États :

In sum, global flows are not new. In some areas, such as migration, movements were higher in the nineteenth century than a hundred years later. Transnational activities have challenge state control in some areas, but these challenges are not manifestly more problematic than in the past.¹⁰¹⁰

Il n'y aurait donc pas de changement drastique entre l'époque contemporaine et les époques antérieures. Max Weber considérait déjà la difficulté de taxer les capitaux mobiliers (du fait

¹⁰⁰⁷ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 220-221.

¹⁰⁰⁸ Pandémie mondiale du début du XXe, la grippe espagnole aurait fait entre 20 et 30 millions de morts (néanmoins, l'absence d'information sur l'Asie, l'Inde ou l'Afrique font que certains parlent d'une estimation basse de 50 millions) sur l'ensemble du globe, à une époque où les États étaient considérés comme souverains. Cf. NOWAK M. « Les mystères de la grippe espagnole », *La recherche*, déc. 2005, n°385, p. 52.

¹⁰⁰⁹ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 223.

¹⁰¹⁰ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 223.

justement de leur mobilité) et de l'impact que cela avait sur les politiques fiscales (sans jamais évoquer une perte de pouvoir de l'État)¹⁰¹¹.

Si les situations d'interdépendance et les capacités de contrôle des États n'ont pas profondément évoluées, il est impropre de parler de fléchissement de la souveraineté. De plus, la question des flux est en dehors de la question de la souveraineté entendue comme puissance de commandement. Le fait que les flux transnationaux, qui ont toujours existé, n'ont pas été perçus comme une entrave à la souveraineté montre bien que c'est la perception de la souveraineté qui a changé. L'apparition de l'interdépendance, dont il n'est pas question de faire la généalogie ici, comme acceptation de la souveraineté est un concept différent qui est apparu assez tard. Cette évolution de la souveraineté est alors en effet liée à la modification de la conception du pouvoir et de la politique qui s'est concentré sur les questions de gouvernement et de contrôle. Cette absence volontaire de contrôle de la part des gouvernants, ou la difficulté de contrôler certains éléments spécifiques tout en maximisant les flux ne saurait être considérée comme un manque de souveraineté. C'est uniquement parce que la structure économique et juridique (qui est –au moins en partie– le fait des États) est posée comme source de pouvoir qu'il est possible de dire que le pouvoir des États est limité. Or, il a été expliqué qu'il était impropre de parler du pouvoir de l'*économie* ou du *marché*.

Cette mise en avant d'un fléchissement traduit alors parfaitement l'évolution du concept de souveraineté, qui est perçu comme identique et donc ne rendant plus compte de la réalité des sociétés actuelles. Une étude précise nous montre toutefois qu'il n'y a pas tant un fléchissement de la souveraineté de l'État qu'une inflation de ce que la souveraineté est censée pouvoir régler. C'est parce que le concept s'est surchargé sémantiquement à travers l'évolution des concepts de pouvoir et des préoccupations des auteurs de Science Politique

Une part importante des critiques du pouvoir de l'État occulte la question de l'effectivité de l'ordre juridique pour se concentrer sur ses capacités de contrôle et la réalisation d'une bonne gouvernance. Stephen Krasner a donc raison d'affirmer que le contrôle fait désormais partie des acceptations de la souveraineté. Cela montre bien la confusion entre ce qui relève de la logique de l'État (la souveraineté) et ce qui relève de la logique du gouvernement (l'art de gouverner). Les questions liées à la capacité de réaliser certaines politiques, de maintenir certaines fonctions de l'État ou de gérer les flux

¹⁰¹¹ Cf. WEBER M.

transnationaux, renvoient à des choix politiques, qui sont arbitraires vis-à-vis de l'existence de l'État, qui doit être pensé comme un système de normes effectives. C'est uniquement parce qu'on observe une personnalisation de l'économie, que celle-ci (ou la mondialisation) est pensée comme disposant d'un pouvoir qui viendrait limiter celui de l'État.

La souveraineté de l'État est donc dénoncée par rapport à sa capacité à produire certains effets sociaux dont les auteurs présument qu'ils sont voulus par l'État. Cela montre bien que la volonté de l'État est analysée à travers les objectifs des gouvernants et se pose donc en termes d'efficacité des politiques publiques. La maîtrise des flux, la difficulté de maintenir un certain type de modèle social, tout en s'inscrivant dans une société mondialisée afin de bénéficier des avantages d'une société industrielle intégrée, ou tout simplement le coût de certaines politiques publiques et les effets pervers qu'elles peuvent entraîner, apparaissent alors comme une limitation du pouvoir de contrôle de l'État et est pensée comme un fléchissement de sa souveraineté.

Cette assimilation du pouvoir de l'État à sa capacité à produire certains effets sociaux s'illustre chez Samy Cohen lorsque celui-ci s'interroge à juste titre sur la notion d'impuissance de l'État :

La notion même d'« impuissance » de l'État mérite d'être clarifiée. S'agit-il d'une incapacité « structurelle », par insuffisance de moyens ou d'une panne de volonté ? Pour comprendre la complexité qui caractérise la lutte contre les problèmes globaux tels que le blanchiment d'argent sale, le trafic de drogue ou le terrorisme, la grille d'analyse appliquée par les transnationalistes se révèle largement insuffisante. La politique et la diplomatie étatique sont des facteurs qu'il convient de réinsérer dans la réflexion. La manière dont les États et leurs dirigeants perçoivent ces menaces, le prix qu'ils sont prêts à payer pour lutter contre ces phénomènes, les dilemmes internes auxquels ils se heurtent ne peuvent être ignorés. Font-ils tout ce qui est en leur pouvoir pour déjouer les menaces sécuritaires ? Rien n'est moins sûr.¹⁰¹²

Il reste certes dans le cadre qui consiste à penser la volonté de l'État à travers les effets produits, mais il montre bien que l'impuissance de l'État est bien un échec de politiques publiques.

¹⁰¹² COHEN S., « Les États face aux « nouveaux acteurs », *Politique internationale*, no. 107 (printemps 2005), pp. 409-424, [en ligne] < www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0204-Cohen-FR-1-3.pdf >, p. 7.

La mondialisation et la recomposition des relations de pouvoir qu'elle implique ne traduit donc aucunement une remise en cause de la souveraineté des États telle qu'elle fut théorisée par Hobbes ou Bodin. Ceux-ci s'interrogeaient sur les modalités de cohésion de la communauté humaine. En effet, ces deux auteurs écrivent dans des périodes de fortes tensions sociales qui ont débouchées sur des guerres civiles (guerre de religion en France, guerre civile en Angleterre). La question qu'ils se posent renvoie donc bien à la paix civile et à l'effectivité de l'ordre juridique synonyme de paix. La théorie de la souveraineté s'inscrit donc bien dans ce contexte d'affirmation de la paix civile et du respect de l'ordre légal. La construction des États, qui s'est faite à partir du principe de souveraineté, semble avoir parfaitement rempli cet objectif. Néanmoins la disparition des problématiques sécuritaires au sein de la plupart des États souverains (et notamment des États dits post-modernes) a favorisé l'émergence de la notion de contrôle dans la pensée du pouvoir et surtout dans la pratique du pouvoir politique décrite par Michel Foucault. La réflexion politique s'est donc concentrée sur les logiques de gouvernement. Parallèlement à ce recentrage sur le contrôle, cette évolution des conceptions de pouvoir est aussi liée au développement d'une métaphysique cartésienne et la question démocratique (notamment à travers l'épineuse question de la volonté du peuple). Le développement d'une part conséquente de la philosophie et de la sociologie sur les rapports de domination peuvent également expliquer cette évolution.

Indépendamment des multiples raisons qui expliquent cette transformation des questionnements politiques et de leur cadre d'analyse, le rapide survol de différentes critiques, pourtant fréquentes dans la littérature scientifique, illustre bien le changement de paradigme. Le concept de souveraineté dénoncé par ces auteurs et la critiques du pouvoir de l'État s'appuie sur des conceptions totalement étrangères à la théorie de la souveraineté. Il y a donc une reprise du vocabulaire de la souveraineté (pouvoir absolu et illimité) mais dans un sens complètement différent puisque pensé en termes de contrôle et de réussite des politiques publiques. Les critiques de la souveraineté manquent donc ici leur objet, car elles ne parlent pas du même pouvoir.

Cette première partie a permis de mettre en avant plusieurs changements fondamentaux qui ont affecté la pensée de l'État et ont donc profondément modifié l'acception du concept de souveraineté. Ces changements concernent la définition du pouvoir politique et du droit, ce qui a un impact sur la manière de percevoir la volonté de l'État et donc sur ce qui limite cette volonté.

D'une part, la volonté de l'État est détachée du droit positif, qui n'est plus pour l'État qu'un moyen, parmi d'autres, de réaliser sa volonté. Le pouvoir étant pensé en termes de cause de comportements, l'État semble, par l'exercice de son pouvoir, vouloir modeler des comportements et produire des effets sociaux. Il y a donc une réduction de la pensée de l'État à l'art du gouvernement. Le fait de détacher la volonté de l'État du droit positif appliqué pose alors immédiatement la question d'identifier cette volonté. Les différents exemples mobilisés montrent que cela peut à la fois être les objectifs politiques des gouvernants mais également des objectifs supposés être ceux de l'État (intérêt national, volonté générale...).

D'autre part, le pouvoir de l'État étant pensé en termes de cause de comportements et de production d'effets sociaux, la souveraineté de l'État semble alors impliquer son omnipotence. Les exemples mobilisés de limitation de la souveraineté de l'État peuvent en effet se ranger en trois catégories : son ancrage social, qui l'empêche de vouloir autrement ; les relations d'influence dont sont objet les individus incarnant l'État, qui montrent sa soumission à d'autres relations de pouvoir ; l'inefficacité de certaines politiques publiques.

La focalisation sur les pratiques de gouvernement et le fait d'aborder le pouvoir comme cause de comportements amènent à penser la souveraineté comme un pouvoir absolu et illimité de contrôle. La question de la limitation de la souveraineté ne se pose donc plus en termes d'effectivité du droit, mais par rapport à tout ce qui empêcherait un État de modeler à sa guise l'ordre social (le système économique, l'inefficacité de certaine politique, etc.). Ces critiques traduisent donc bien une profonde modification de l'acception de la souveraineté : ce n'est pas la souveraineté telle qu'elle fut pensée par Hobbes et Bodin qui est critiquée, mais une réinterprétation de leur théorie hâtivement transposée aux vocabulaires et problématiques contemporains.

2 L'inversion du rapport entre souveraineté et État fait apparaître la souveraineté comme limitée par le droit.

Les critiques de la souveraineté abordées en première partie étaient donc construites sur une conception différente des rapports de pouvoir. Les critiques qui seront abordées dans cette seconde partie seront construites sur une conception différente de l'État.

La république de Bodin, le *Common-Wealth* de Hobbes, désignent une communauté humaine politiquement organisée, *un droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine*. L'État est alors pensé comme la conséquence de la souveraineté : c'est la souveraineté qui lui donne forme. En ce sens, la souveraineté est première, et c'est à partir d'elle qu'il est possible de penser la communauté, l'État : l'État est la communauté humaine juridiquement organisée par la souveraineté. Néanmoins, la construction des États et la judiciarisation de leurs rapports ont complètement inversé cette relation. L'État est une personne morale désignant un ensemble prédéterminé d'institutions dont il faut définir si elles constituent un ensemble autonome ou non. Il y a ainsi une calcification du concept d'État autour des formes qu'il a prises au XX^{ème} siècle, lors de sa phase expansive : l'État est abusivement identifié à l'État-Nation légal-rationnel ; il est nécessairement inséré dans un système d'États westphalien entretenant des rapports juridiquement codifiés. Toute modification de ce modèle est alors dénoncée soit comme une atteinte, soit comme une remise en cause, du principe de souveraineté. Or, il faut rappeler que ni l'État-Nation, ni l'État légal-rationnel, ni le système interétatique juridiquement codifié n'existaient lors de la formulation du concept de souveraineté par Hobbes et Bodin. Il est donc impossible d'y rattacher ces notions de manière nécessaire. Ce sont donc des cas parfaits pour illustrer le processus décrit avec Th. S. Kuhn dans l'introduction de réinterprétation des anciennes découvertes à l'aune des paradigmes actuels.

Un premier chapitre montrera cette inversion du concept de souveraineté et les critiques qu'elle entraîne. Elle est liée à la dichotomie entre souveraineté interne et souveraineté externe née au XIX^{ème} siècle. Il apparaîtra en effet que la souveraineté est de plus en plus pensée comme un attribut juridique de l'État, qui lui est reconnu par l'ordre juridique international et qui définit les compétences de l'État dans ses rapports avec les autres mais également vis-à-vis de sa population. Cette acception de la souveraineté comme

normalisant les rapports entre États va alors entraîner deux principaux types de critiques, construites sur l'idée que la souveraineté est le principe d'organisation de la scène interétatique. Le premier type de critiques de la souveraineté va considérer les évolutions des rapports entre États pour montrer que la souveraineté, soit est une fiction, soit n'est plus d'actualité. Le second type de critiques dénoncera le principe de souveraineté des États au nom d'une meilleure organisation de la société mondiale.

Un second chapitre montrera comment cette inversion du rapport entre État et souveraineté permet de considérer l'État comme soumis à des normes juridiques posées comme appartenant à d'autres ordres juridiques que le sien. En effet, l'État étant prédéfini comme un ensemble donné d'institutions publiques, il est possible de considérer que les normes posées par d'autres institutions, pourtant habilitées par lui, limitent son autonomie. Il s'agira alors de montrer que, en considérant l'État à partir de la souveraineté, les organes internationaux comme les personnes privées participant à l'élaboration du droit doivent être considérés comme faisant partie de l'État.

2.1 L'État comme personne morale : la critique de la souveraineté comme attribut juridique de l'État

Une part très importante des travaux en droit international ou en théorie des Relations internationales considère la souveraineté comme le principe organisateur de la scène internationale. De ce fait, et considérant leur objet d'étude, cela concerne principalement la dimension externe de la souveraineté.

Or, une rapide étude des rapports entre souverainetés interne et externe montre bien que ces deux concepts sont totalement disjoints et renvoient à des univers conceptuels différents. La scène interétatique s'est constituée comme une scène où interagissait des États souverains. De ce fait elle était bien organisée par le principe de souveraineté. Il est donc possible de considérer que la souveraineté est le principe d'organisation de la scène interétatique. Néanmoins, ce qui était une incidence est devenu un élément essentiel de la définition de la souveraineté : d'un concept qui visait à expliquer l'organisation d'une communauté humaine par une puissance normative autonome, la souveraineté, est devenu un concept visant à expliquer l'organisation de la scène interétatique. Il semble bien qu'avec le développement de la société internationale, un retournement de perspectives se soit effectué. Ainsi, alors que les logiques premières de l'État et de la souveraineté, tant chez Hobbes que chez Bodin, sont purement internes, il semblerait maintenant que celles-ci soient perçues comme des institutions du système international, dont il tirerait leur signification.

Il faudra d'abord montrer que l'insertion du concept de souveraineté au sein de disciplines telles que le Droit international ou les Relations Internationales a entraîné une profonde modification du concept de souveraineté, liée à une acception différente du concept d'État, ce qui entraîne de multiples confusions (2.1.1). De ce fait de nombreux auteurs vont dénoncer le principe de souveraineté du fait d'une évolution de la constitution internationale (2.1.2). D'autres auteurs critiqueront la souveraineté au nom d'une dénonciation de l'organisation actuelle de la scène interétatique et des problèmes que cela pose du point de vue du gouvernement d'une société monde (2.1.3).

2.1.1 La dissociation non finalisée entre souveraineté interne et souveraineté externe source de confusions multiples.

Il existe une longue tradition intellectuelle estimant que la souveraineté a deux faces : l'une interne et l'autre externe. Cette tendance semble avoir été renforcée par les théories des Relations internationales qui pendant longtemps ont séparé les relations entre États (spécificités de leur champ disciplinaire – et du droit international) de ce qui se passait au sein des États (spécificités des autres champs disciplinaires). Or, à l'origine, une telle distinction est inexistante (2.1.1.1). La souveraineté renvoie à l'existence d'un pouvoir normatif autonome au sein d'un groupe humain. Toutes les normes posées concernent alors les individus qui y sont soumis. Le fait que ces règles ne concernent que les individus du groupe ou les relations des membres de ce groupe avec d'autres ne change pas fondamentalement la nature de ces normes. Cette distinction entre souveraineté interne et externe va créer un glissement sémantique du concept de souveraineté. Celle-ci est ainsi identifiée au principe de reconnaissance (2.1.1.2.). Le principe de reconnaissance permet alors de penser la souveraineté comme principe d'organisation de la scène internationale (2.1.1.3.).

La présentation qui est ici offerte de la différence entre la souveraineté telle que définie par les théoriciens classiques de la souveraineté (la souveraineté comme puissance de la République) et telle qu'elle est aujourd'hui pensée en théorie internationale et droit international ne cherche absolument pas à retranscrire l'évolution historique du concept. Si un travail de ce type serait effectivement intéressant tant du point de vue de l'histoire du droit que de la pensée politique, dans une approche constructiviste, il n'est pas nécessaire ici. Il s'agit simplement de montrer comment le discours actuel autour de la souveraineté est influencé par la conception juridique de l'État, et en quoi il diffère du discours antérieur.

2.1.1.1 Souveraineté interne et souveraineté externe : une distinction à l'origine inconnue.

Il faut ainsi préalablement rappeler que tant Hobbes que Bodin théorisent la souveraineté au sein de la République. Celle-ci est alors considérée comme une puissance de commandement indivisible, absolue et perpétuelle, sans distinction d'interne ou d'externe.

C'est ce que reconnaît M.-C. Ponthoreau lorsqu'elle affirme que « *Dans la pensée absolutiste ces deux faces coïncidaient* »¹⁰¹³. Il n'y a d'ailleurs que très peu d'éléments chez ces deux auteurs concernant les relations internationales (mais, comme le rappelle Pierre Hassner, c'est une tendance très partagée dans la philosophie politique classique¹⁰¹⁴). Cette lecture est encore présente aujourd'hui. Ainsi, pour F. H. Hinsley, la souveraineté renvoie principalement à l'idée qu'il existe une autorité finale et absolue au sein de la communauté politique : « *the idea of sovereignty was the idea that there is a final and absolute political authority in the political community; and everything that need to be added to complete the definition is added if this statement is continued in the following word: "and no final and absolute authority exists elsewhere".* »¹⁰¹⁵. De manière similaire, Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel définissent la souveraineté comme pouvoir de l'État : « *Ramenée à l'essentiel, la souveraineté s'identifie ainsi à un pouvoir particulier : le pouvoir ou la puissance d'État* »¹⁰¹⁶. De manière encore plus flagrante, Pierre Pescatore montre bien que Bodin ne traite que de la souveraineté interne. Il en conclut donc qu'il ne saurait être cité comme autorité dans le contexte du droit international (« *Il ne peut pas être cité comme une autorité dans le contexte du droit international, qui n'existait pas encore comme catégorie intellectuelle à son époque* »). Ainsi, l'aspect indivisible et absolu de la souveraineté ne concernerait que la dimension interne de la souveraineté et ne pourrait pas être automatiquement transposée à la souveraineté externe¹⁰¹⁷. Toute affirmation qui transpose automatiquement les éléments actuellement associés à la souveraineté externe en droit international à la théorie de Bodin (mais aussi de Hobbes) doit donc être considérée avec circonspection.

Il n'y a donc pas directement, chez les auteurs de l'époque moderne, de distinction entre souveraineté interne et externe. En effet, si la souveraineté est la puissance de l'État, celle-ci ne peut par définition que s'appliquer en interne, puisque c'est l'exercice de la puissance qui définit l'État (l'État est défini comme le cadre d'application de la puissance). Louis Le Fur rappelle ainsi « *qu'il n'existe pas à proprement parler de souveraineté internationale ou extérieure* »¹⁰¹⁸. Il précise alors que la souveraineté extérieure ne sert qu'à

¹⁰¹³ PONTTHOREAU M.-C., *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 325.

¹⁰¹⁴ HASSNER, P., *La violence et la paix*, Paris, Le Seuil, 1995, p. 28.

¹⁰¹⁵ HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 2nd Ed. [1966], p. 26. Il précise toutefois dès la première page que ce complément n'ajoute rien d'essentiel à la notion.

¹⁰¹⁶ GICQUEL J., GICQUEL J.-É., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Montchrestien, 2010, 24^e Ed., p. 63.

¹⁰¹⁷ PESCATORE P., « La souveraineté dans une société d'inégaux ?, pouvoir suprême... Coalisable, partageable, divisible, intégrable... Responsable ? Justiciable ? » in. *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélange en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pédone, 2008, pp. 233-234.

¹⁰¹⁸ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 443.

rappeler l'indépendance de l'État ou à désigner les droits positifs par lesquels se manifeste la souveraineté dans ces rapports aux autres.

Cette absence de distinction n'est donc pas un oubli : pour la souveraineté entendue comme puissance de l'État, elle est inutile¹⁰¹⁹, puisque la souveraineté ne diffère pas en fonction de là où elle est observée et ne peut par définition ne s'appliquer qu'en interne. C'est bien ce qu'avait compris Carré de Malberg, alors même qu'il évoque les deux faces de la souveraineté.

Raymond Carré de Malberg fait partie de ceux qui ont identifié durablement souveraineté interne et souveraineté externe : « *la souveraineté de l'État est habituellement présentée comme double : on la divise en souveraineté externe et interne* »¹⁰²⁰ ; « *Ainsi, la souveraineté a deux faces* »¹⁰²¹. La souveraineté externe pour Carré de Malberg renvoie à l'indépendance, tandis que la souveraineté interne renvoie à l'existence dans l'État d'un pouvoir suprême. Néanmoins, il précise bien que tout en ayant deux faces, ces deux concepts sont absolument équivalents et n'en font donc qu'un : « *Et toutefois, il ne faut pas voir dans la souveraineté intérieure et extérieure deux souverainetés distinctes. L'une et l'autre se ramènent à cette notion unique d'un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au-dessus de lui* »¹⁰²². Il explique alors qu'il ne saurait y avoir de souveraineté interne sans souveraineté externe (absence de sujétion), ni (et surtout) de souveraineté externe sans souveraineté interne (la première n'étant que l'expression, au regard des autres États) de la seconde.

Il continue alors en montrant que si l'habitude fait que la souveraineté externe est analysée en termes d'indépendance (conception négative) et la souveraineté interne en termes de supériorité (conception positive), cela reste le même concept : « *Le mot souveraineté n'exprime donc jamais qu'une idée négative : la souveraineté c'est la négation de toute entrave ou subordination* »¹⁰²³. Il explique ensuite que c'est une des erreurs de J. Bodin d'avoir voulu donné un contenu positif à la souveraineté (les « *vraies marques de la souveraineté* »). Pour lui, il s'agit d'une confusion entre souveraineté et puissance publique

¹⁰¹⁹ Et, comme il sera expliqué ensuite, conceptuellement très problématique (Cf. *infra.*).

¹⁰²⁰ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 70.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 71.

¹⁰²² *Idem.*

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 72.

(deux concepts qu'il sépare)¹⁰²⁴. Si effectivement il est vain de vouloir donner un contenu positif à la souveraineté, le lien entre puissance et souveraineté doit être maintenu.

La distinction existe donc bien chez Carré de Malberg, et il est même possible de considérer qu'il l'a popularisée. Néanmoins, il apparaît bien que cette distinction est fictive, voir source potentielle de confusion. En effet, maintenir deux approches pour le même concept risque de voir celles-ci diverger, notamment si elles sont utilisées dans des champs disciplinaires différents. Il faut alors bien préciser les choses : soit il y a une identité stricte entre souveraineté interne et externe, et dans ce cas la distinction est inutile ; soit il n'y a pas identité stricte, et dans ce cas au moins l'un des deux ne désigne plus la souveraineté.

Or, à partir du XIXe siècle, le désir de penser l'État fédéral comme un État composé d'États va entraîner, d'abord en Allemagne puis partout, une modification de la notion de souveraineté. Celle-ci ne sera plus identifiée à la puissance de l'État mais à une qualité de cette puissance : son caractère suprême. En France, c'est notamment visible chez R. Carré de Malberg :

Pris dans son acception précise, le mot souveraineté désigne non pas une puissance, mais bien une qualité, une certaine façon d'être, un certain degré de puissance. La souveraineté, c'est le caractère suprême d'un pouvoir : suprême, en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui. Quand donc on dit que l'État est souverain, il faut entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir.¹⁰²⁵

Cette distinction permet ainsi de considérer théoriquement des États non souverains, c'est-à-dire disposant de la puissance publique, mais soumis à une autre puissance¹⁰²⁶. Cette conception de la souveraineté, qui est non plus perçue comme une puissance mais comme une qualité de la puissance peut être supposée comme un des prélude à sa transformation comme attribut juridique. Une évolution similaire semble observable chez Léon Duguit. Lui aussi distingue la souveraineté de la puissance publique. Elle ne désigne pas pour lui un degré de puissance, mais un titre à exercer la puissance. La souveraineté chez L. Duguit est en effet un droit subjectif :

Je crois pouvoir dire qu'après quarante années d'études de droit public, je reste convaincu que toutes ces discussions sur le sens et la portée du mot souveraineté sont purement oiseuses, que les expressions souveraineté, pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes et que l'on peut dire aussi dans le même sens puissance publique. Cependant il vaut mieux réserver l'expression puissance publique pour désigner la force de contraindre qui intervient légitimement, parce qu'elle serait la mise en œuvre du droit subjectif que

¹⁰²⁴ *Ibid.*, pp. 76-78. Cette question de l'identité ou non entre souveraineté et puissance publique sera discutée plus en avant dans la partie III (Cf., *infra*.)

¹⁰²⁵ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 70.

¹⁰²⁶ Olivier Beaud montre toutefois que cette distinction est inopérante.

serait le pouvoir politique ou le pouvoir de domination ou la souveraineté, ces trois expressions étant employées exactement dans le même sens.¹⁰²⁷

La notion de souveraineté évolue donc au cours du XIX^{ème} siècle. De nombreux théoriciens de l'État ne vont donc plus la considérer comme la puissance autonome de commandement de la République, mais comme un caractère de cette puissance ou le droit d'exercer cette puissance. Cette évolution permettra alors de considérer la souveraineté comme l'attribut juridique d'une personne morale.

La souveraineté fut donc théorisée comme la puissance de commandement de l'État. Elle n'était entendue que dans sa dimension strictement interne. À l'origine, souveraineté interne et souveraineté externe étaient entendues de manière synonyme et désignaient encore le même objet considéré sous des angles différents (il n'est malheureusement pas possible de faire une généalogie de l'apparition de la distinction entre souveraineté externe et souveraineté interne dans le cadre de cette thèse).

Or, de nombreux juristes et théoriciens des Relations internationales ne les utilisent plus comme synonymes. La souveraineté externe ne désignera plus la simple indépendance, mais sa reconnaissance par les autres. Elle pourra alors également désigner soit la reconnaissance de l'indépendance, soit le principe qui structure les relations internationales. Toutefois, dans ces deux cas, puisque la souveraineté au sens externe n'est plus totalement identifiable à la souveraineté interne, il faudra alors logiquement considérer que ces deux souverainetés renvoient bien à deux concepts distincts.

¹⁰²⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 544.

2.1.1.2 Un premier type de dissociation entre souveraineté interne et souveraineté externe : la souveraineté externe comme principe de reconnaissance.

Jusqu'au début du XXème siècle, la souveraineté dans sa face externe ne semble désigner que le fait de l'indépendance. Néanmoins, l'institutionnalisation de la scène internationale au cours du XXème siècle a profondément modifié le sens de la souveraineté externe, qui pourtant continue d'être présentée comme attachée à la souveraineté interne. La souveraineté externe désigne en effet non plus l'indépendance, mais le droit à l'indépendance. Comme droit à l'indépendance, la souveraineté va alors être liée à la reconnaissance. De nombreux théoriciens de Relations internationales vont alors chercher à définir la souveraineté à travers les pratiques de reconnaissance (2.1.1.2.1), tandis que les théoriciens du Droit international vont la considérer comme un attribut juridique conféré par la reconnaissance (2.1.1.2.1).

2.1.1.2.1 Chez les théoriciens des Relations internationales

Selon J. Bartelson, un des manquements des Sciences Sociales serait le retard pris dans l'intégration du tournant linguistique (*linguistic turn*)¹⁰²⁸. Cela est d'autant plus exact que la souveraineté est plus une notion qu'un concept : son utilisation dans différents champs disciplinaires a réellement complexifié sa compréhension, et qu'une étude rigoureuse et critique sur une base sémantique serait plus que nécessaire. Or, justement, le courant constructiviste essaye de se détacher des définitions *a priori* pour se concentrer sur les pratiques et discours des auteurs. C'est en effet la démarche qu'adoptent respectivement Th. J. Biersteker ou Stephen Krasner, mais qui a tendance à se généraliser. La souveraineté va donc être abordée à travers les pratiques et discours des acteurs étatiques (2.1.1.2.1.1), ce qui va entraîner un recentrement de celle-ci sur les modalités de reconnaissance (2.1.1.2.1.2).

¹⁰²⁸ BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 241-256.

2.1.1.2.1.1 L'État et la souveraineté appréhendés à travers les pratiques des acteurs

La démarche constructiviste, qui est celle adoptée par Badie, s'attache ainsi à étudier les concepts non pas en tant qu'objet prédéfinis mais à partir des pratiques et discours. De ce fait, le courant constructiviste va critiquer les concepts de souveraineté et d'État, jugeant non seulement que les différentes pratiques engendrées par ces concepts sont trop différentes pour renvoyer à une même réalité, mais surtout que les réalités désignées par ces concepts sont trop floues¹⁰²⁹. Il y a donc bien, de la part des constructivistes, une tentative de redéfinition des termes :

One of the most important analytical challenges for scholars of international relations is to identify different meanings of state, sovereignty and territory, and to understand their origins, comprehend their changes of meaning, analyse their interrelationships, and characterize their transformations.¹⁰³⁰

Parce que les notions sont posées comme des constructions sociales, elles seraient dépendantes de la manière dont elles sont perçues et utilisées. Il va donc s'agir pour le courant constructiviste d'identifier ces différents sens : « *The concept of state, sovereignty and territory are each socially constructed. They are defined, and redefined, by the rules, actions and practices of different agents, including in the case of states, by themselves* »¹⁰³¹. Biersteker estime donc nécessaire de définir la souveraineté en la considérant à travers les pratiques des États¹⁰³². Cette importance accordée aux principes et aux discours est également présente chez S. Krasner, lorsqu'il définit les régimes internationaux comme : « *implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations* »¹⁰³³.

Cette approche constructiviste est ainsi censée permettre de dépasser les débats doctrinaux sur ce en quoi consisterait la souveraineté (et l'État) en se concentrant sur des phénomènes observables, sur la manière dont elle est utilisée. Néanmoins, si cette approche permet effectivement de dire comment les États se comportent et se définissent, comment la souveraineté est perçue, pratiquée et utilisée, elle est incapable de renseigner sur ce qu'ils

¹⁰²⁹ Sur ces questions, Cf., *infra*.

¹⁰³⁰ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 157a.

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 157b.

¹⁰³² *Ibid.*, p. 162a ; KRASNER S. D., *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 3.

¹⁰³³ KRASNER S. D., « Regimes and the limits of Realism: Regimes as Autonomous Variable », *International Organisation*, n°36, spring 1982, pp. 497-510.

sont, par-delà la diversité des formes. Il ne s'agit pas de repenser une théorie des essences, mais plutôt de considérer que la recherche doit avoir la prétention de créer des invariants¹⁰³⁴. En effet, une démarche analytique ne saurait s'en dispenser : si la démarche scientifique se limite à l'étude sociologique des concepts, elle reste alors dépendante pour ses définitions de la manière dont les concepts sont utilisés politiquement par les différents acteurs. Elle se résumerait alors à une typologie des différents sens utilisés et des différentes configurations qu'elle observe et s'interdirait toute approche visant à considérer un mésusage de la notion étudiée (puisque le sens devient celui qui lui est donné). Les concepts se retrouvent alors, au cours du temps, surchargés sémantiquement et de ce fait analytiquement inopérants, puisque les différents auteurs n'emploient pas nécessairement les mêmes termes dans le mêmes sens (chaque acteur employant le terme en fonction de stratégies qui lui sont propres).

Il y a donc réduction chez les constructivistes de l'objet à la manière dont cet objet est considéré. Ce phénomène est fortement lié à l'approche constructiviste et notamment à sa dimension nominaliste. En effet, I. Hacking, dans son étude sur le constructivisme considère trois éléments structurants, qui sont des « *points de blocage* »¹⁰³⁵ avec les non-constructivistes. Ces points de blocage sont la contingence (les concepts et théories scientifiques auraient pu évoluer différemment et aboutir à une conception alternative du monde, tout aussi « réussie ») ; le nominalisme (le refus d'une structure inhérente au monde) et l'explication de la stabilité scientifique (qui s'expliquerait, au moins en partie, par des éléments externes au contenu scientifique). Or, les nominalistes, en refusant l'idée de structure inhérente au monde, développent nécessairement une approche qui tend plus vers l'histoire des représentations que vers l'analyse essentialiste. Il n'existe donc pas chez les constructivistes d'objet État qui aurait une structure constante dont aurait à rendre compte la théorie¹⁰³⁶. De cette inexistence d'une structure intrinsèque de l'objet État, qui lui serait inhérente, les constructivistes se retrouvent alors nécessairement obligés de se rabattre, pour penser et analyser l'État, sur l'analyse des discours concernant l'État et donc sur l'histoire des représentations de l'État (mais également de la souveraineté ou de tout autre objet).

¹⁰³⁴ Ainsi que l'affirme Paul Veyne pour l'histoire. VEYNE P., *L'inventaire des différences. Leçon inaugurale au collège de France*, Paris, Seuil, 1976.

¹⁰³⁵ CF. HACKING I., *Entre science et réalité*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 98-128.

¹⁰³⁶ Jens Bartelson accepte totalement cette dimension nominaliste du courant constructiviste (BARTELSON J., « The Concept of Sovereignty Revisited », *The European Journal of International Law*, vol. 17, n°2, 2006, p. 465).

C'est ce qui ressort de nombreux travaux de constructivistes. La souveraineté se trouve pensée de la même manière : elle ne recouvre que le sens que lui donnent les différents acteurs, en fonction de leur croyance et de leur intérêt. Il y a alors une accumulation pêle-mêle de définitions et de conceptions, sans réelle tentative d'homogénéisation autre que purement classificatoire (ce qui supposerait une définition inhérente au concept, ce qui justement est nié). C'est également la démarche, par exemple, de Stephen Krasner : il relève les différentes acceptions du concept de souveraineté et voit leurs applications, sans chercher à les discuter. Il distingue ainsi quatre différentes acceptations de la souveraineté. Il y aurait ainsi la souveraineté légale (*international legal sovereignty*), la souveraineté westphalienne (*Westphalian sovereignty*), la souveraineté domestique (*domestic sovereignty*) et la souveraineté interdépendance (*interdependence sovereignty*)¹⁰³⁷. La souveraineté légale renverrait aux pratiques liées à la reconnaissance mutuelle. Il s'agit donc de la souveraineté telle que perçue par le droit international (mais aussi par toute une part des théoriciens des Relations internationales – voir le point suivant). La souveraineté westphalienne renverrait à l'absence d'acteurs extérieurs dans les structures d'autorité d'un territoire donné. Ces deux types de souveraineté s'inscrivent dans des logiques d'autorité et de légitimité, sans impliquer de notion de contrôle. La souveraineté domestique renverrait à la capacité des autorités publiques à exercer un contrôle sur leur territoire et à déterminer la forme de ses institutions. Elle implique donc à la fois contrôle et autorité. La souveraineté interdépendance renverrait à la capacité des autorités publiques de maîtriser les flux transfrontaliers (personnes, capitaux, idées, informations, polluants...). Mais surtout, S. Krasner reconnaît que ces différentes acceptations de la souveraineté n'interagissent pas forcément ensemble et peuvent ainsi être totalement détachées les unes des autres : une entité peut en avoir une, plusieurs ou toutes. Elles ne sont donc pas équivalentes. Si ces différents aspects ne sont pas équivalents, il n'y a aucune raison de considérer qu'ils concernent le même concept. Il faut alors considérer que le vocable de souveraineté est utilisé pour recouvrir différents caractères de l'État, indépendants les uns des autres : non pas plusieurs aspects de la même notion, mais bien plusieurs concepts.

Il n'est bien entendu pas question de nier l'intérêt d'une telle démarche : l'étude du système international (et même du système politique) à une époque donnée ne saurait faire l'économie, dans une approche compréhensive, d'une analyse de la manière dont les acteurs comprennent

¹⁰³⁷ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 4 ; pp. 9-25. Ces distinctions sont également reprise dans KRASNER S. D., « Problematic Sovereignty », in. KRASNER S. D. (dir.), *Problematic Sovereignty*, New York, Columbia University Press, 2001, pp. 5-12.

et utilisent les concepts. En ce sens, il faut effectivement considérer la souveraineté et l'État comme des concepts mouvants, qui construisent des mondes et permettent de rendre compte des pratiques. Mais si cette approche est certes nécessaire, elle ne saurait se confondre avec une démarche analytique qui cherche à fournir une analyse des processus et des structures. Il pourrait même être intéressant de dresser un parallèle entre cette dimension de la démarche constructiviste et le béhaviorisme, qui se concentrait également sur les comportements observables (la démarche quantitative en moins).

Le courant constructiviste a donc mis en avant la nécessité de considérer la souveraineté à travers les pratiques qu'elle engendre. Sur la scène internationale, cette approche facilitera l'identification de la souveraineté à la reconnaissance (ainsi qu'à l'institution du système international).

2.1.1.2.1.2 La souveraineté comme pratique de reconnaissance

La souveraineté, dans sa dimension externe, est identifiée à l'indépendance. Or, tout un courant de pensée met l'accent sur les pratiques des acteurs plutôt que sur les définitions *a priori*. L'étude de la souveraineté en Relations internationales devient donc l'étude des pratiques et discours des acteurs se considérant comme indépendants, puis, du fait de la dimension interactive qui semble liée à l'idée même de relations, aux pratiques et discours des acteurs se reconnaissant mutuellement comme indépendants. L'indépendance se traduit alors concrètement par la reconnaissance de cette indépendance, principalement dans le domaine des Relations internationales, qui s'intéresse aux relations entre acteurs.

Cette évolution implique la nécessité de séparer les notions de souveraineté interne et de souveraineté externe, chacune renvoyant alors à deux conceptions différentes de l'État.

Il y existe ainsi une tendance forte à identifier la souveraineté au principe de reconnaissance. L'exemple de Bertrand Badie a déjà été développé¹⁰³⁸, mais c'est ce que fait par exemple Biersteker :

¹⁰³⁸ Cf., *supra*.

States define the meaning of sovereignty through their engagement in practice of mutual recognition, practice that defines both themselves and each other. At the same time, the mutual recognition of claims of sovereignty is an important element in the definition of the state itself (although there is a school of thought within international law that maintains that states can exist without formal recognition by other states) (Shaw, 1997: 146-7)¹⁰³⁹.

Ainsi, parce que les États se reconnaissent mutuellement, il serait alors possible de les définir par rapports à la manière dont ils se définissent : est un État tout ce qui est reconnu comme État par ceux qui sont déjà reconnus comme États. Puisque la souveraineté est le critère de l'État, et que ce qui caractérise l'État est d'être reconnu comme État, il semble logique de considérer que la souveraineté, critère de l'État, devienne la reconnaissance. Il y a ainsi une réduction de la souveraineté à ce que S. Krasner identifie comme la souveraineté légale. De ce fait, si les pratiques de reconnaissance évoluent, alors cela signifie que la souveraineté évolue également.

Or, restreindre la définition de l'État à la manière dont ils se définissent eux-mêmes est problématique. Par analogie, il serait délicat de définir l'être humain simplement de la manière dont ceux-ci se considèrent, et de ce fait considérer alternativement l'Homme comme créature divine puis comme fruit de l'évolution (c'est d'autant plus délicat si l'on se rappelle que de nombreuses sociétés étaient assez restrictives sur ce statut). Cela est certes intéressant du point de vue de l'histoire des Relations internationales ou de l'histoire des mentalités, et aide indéniablement à comprendre les politiques développées par les États. Toutefois, cela ne renseigne en rien sur les conditions de possibilité d'une communauté politique stable (ce qui est l'origine des théories de la souveraineté¹⁰⁴⁰). Surtout, la reconnaissance d'un État par les autres États ne dépend pas seulement de critères objectifs (quand bien même ils seraient changeants) et répond également à des objectifs politiques¹⁰⁴¹. De ce fait, considérer l'État par la manière dont il est accepté revient à dire qu'un État est ce qui est considéré comme État. Or, cette position est la conséquence logique du nominalisme inhérent au constructivisme : puisque les concepts n'existent pas en soi, la seule manière légitime de les aborder n'est pas de partir de définition *a priori*, mais bien de ce qui est empiriquement observable de la part des entités considérées comme États (d'autant plus que ceux-ci, comme seul interprète authentique du droit international, sont les seuls habilités à le dire).

¹⁰³⁹ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 157b.

¹⁰⁴⁰ Cf. *supra*.

¹⁰⁴¹ JOLICOEUR A., « De la reconnaissance en droit international », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965, p. 86. Pour une discussion plus approfondie sur les mécanismes et effet de la reconnaissance, Cf. *infra*.

De ce fait, se concentrer sur les discours des acteurs politiques pour saisir le sens de la souveraineté amène logiquement à lier celle-ci à la reconnaissance. Les acteurs politiques vont en effet mobiliser des rhétoriques utilisant la souveraineté dans deux principaux cas : soit pour affirmer celle-ci face à ce qui est considéré comme une menace ou pour revendiquer la légitimité d'une action ; soit pour demander l'obtention d'un statut ou d'un avantage. Elle apparaît alors plus comme une revendication dont il est demandé aux autres de prendre acte. À ce titre, elle est bien liée à la reconnaissance, puisqu'il s'agit de la faire reconnaître ou admettre aux destinataires du discours. C'est d'ailleurs ce qu'affirme B. Badie : « *Repérable comme revendication, c'est-à-dire comme attente vis-à-vis de l'autre, elle est décidément un principe d'organisation particulièrement fragile* »¹⁰⁴². Néanmoins, cela est plus lié à la logique du discours, qui s'adresse nécessairement à un destinataire, dont on attend quelque chose. En ce sens, la souveraineté devient juste un outil rhétorique dont se servent les acteurs en vue de réaliser leurs objectifs propres. Il y a toutefois une confusion flagrante entre l'outil de revendication et le principe d'organisation. L'identification de la souveraineté à la reconnaissance à travers l'analyse des discours et pratiques des acteurs est alors la conséquence logique du choix méthodologique consistant à l'étudier à travers les discours d'acteurs politiques.

Dans un souci de cohérence, à partir du moment où la souveraineté externe est identifiée à la reconnaissance de l'indépendance, il faut la distinguer de la souveraineté interne, qui conserve l'idée d'un pouvoir ultime. Ainsi, à titre d'exemple, Thomas J. Biersteker et Cynthia Weber séparent le concept de souveraineté de celui de République :

we separate concepts like state and sovereignty analytically, rather than collapse the two into a single ideal concept of "state sovereignty". As a starting point, therefore, we provisionally defined the "territorial state" as a geographically-contained structure whose agents claim ultimate political authority within their domain. We consider "sovereignty" as a political entity's externally recognized right to exercise final authority over its affairs.¹⁰⁴³

Ces deux formulations semblent assez proches de celles définies par Carré de Malberg. D'ailleurs, ils reprennent cette distinction : « *we recognize the importance of both the internal and the external dimension of sovereignty (where "internal" refers to the existence of some ultimate authority over a particular domain and "external" refers to the*

¹⁰⁴² BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁴³ BIERSTEKER Th. J., WEBER C., « The social construction of state sovereignty », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 2.

recognition of that authority by the other) »¹⁰⁴⁴. Il y a toutefois un double glissement. D'une part, si effectivement la dimension interne de la souveraineté est similaire, la souveraineté externe n'est bien plus le simple fait de l'indépendance, mais sa reconnaissance par les autres. Or, l'indépendance de fait est une chose, son acceptation (c'est-à-dire la reconnaissance) par les autres en est une autre (comme l'illustre la célèbre phrase de Napoléon Bonaparte à l'ambassadeur de l'empire des Habsbourg lors de la conférence de CampoFormio : « *La République française ne veut point être reconnue ; elle est en Europe ce qu'est le Soleil sur l'horizon ; tant pis pour qui ne veut pas la voir et en profiter* »¹⁰⁴⁵). D'autre part, alors que c'est la souveraineté externe qui est modifiée (en étant identifiée à la reconnaissance), c'est elle qui garde la dénomination de souveraineté. Cela se retrouve chez B. Badie lorsqu'il affirme que « *on ne saurait trop rappeler la nature intersubjective de la souveraineté : celle-ci existe, à l'échelle internationale, si elle est reconnue par les autres* »¹⁰⁴⁶. Il y a donc bien ici un glissement sémantique du concept de souveraineté qui, à partir d'une distinction purement formelle entre souveraineté interne et souveraineté externe, s'attache à la souveraineté externe lorsque celle-ci change de signification. Cette distinction entre la souveraineté puissance et la souveraineté statut renvoie à la distinction entre la souveraineté légale et la souveraineté opérationnelle. Or, seule la souveraineté opérationnelle est traitée par Jean Bodin et Thomas Hobbes.

Ce glissement pose toutefois certains problèmes logiques, principalement à cause du lien maintenu entre souveraineté interne et souveraineté externe, posé comme deux dimensions du même objet. Si la définition de la souveraineté externe correspond tout à fait avec la définition donnée préalablement de la souveraineté comme droit reconnu par les autres, la souveraineté interne renvoie à la définition, pourtant posée comme différente, de la République (surnommée *territorial state*). Il est vrai que l'ambiguïté du terme domaine, qui peut à la fois désigner un champ de compétences et un espace géographique est ici problématique¹⁰⁴⁷. Il semble bien néanmoins que la dimension interne de la souveraineté renvoie à ce qui était analytiquement séparé de la souveraineté : le *territorial state*. Le fait que dans leur définition du *territorial state*, l'autorité ultime ne soit que revendiquée (*claim*) alors

¹⁰⁴⁴ *Idem.*

¹⁰⁴⁵ BONAPARTE N., cit. in. SOREL A., « De Leoben à CampoFormio », *Revue des deux mondes*, T. 128, 1895, p. 309. Il semblerait toutefois que cette remarque fut plus liée à la spécification de la forme républicaine dans le traité qu'au principe même de la reconnaissance. Toutefois, cela n'ôte rien à la pertinence du propos.

¹⁰⁴⁶ Badie B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 117.

¹⁰⁴⁷ Pour les problèmes que pourrait traduire l'emploi du terme domaine, cf. *infra*.

que dans leur définition de la souveraineté interne elle existe (*existence*), ne doit pas égarer. D'une part parce qu'il est inimaginable de pouvoir considérer comme seul critère de l'État territorial la simple existence d'une revendication du pouvoir ultime. D'autre part parce que la distinction entre État territorial et souveraineté ainsi que le fait qu'ils considèrent qu'il existe des souverainetés sans État territorial n'a de sens que si l'autorité ultime est effective. La dimension interne de la souveraineté renvoie donc bien à l'existence effective d'un pouvoir ultime tandis que la dimension externe de la souveraineté renvoie à la reconnaissance. En affirmant la possibilité (et la pertinence) de séparer les concepts d'État et de souveraineté, ce sont bien les dimensions interne et externe de la souveraineté qui se trouvent séparées. En effet, la dimension interne de la souveraineté et l'État territorial renvoient alors à l'existence effective d'une autorité ultime ; tandis que la dimension externe de la souveraineté et la souveraineté renvoient à la reconnaissance par les autres du statut d'État. Or, l'existence effective d'une autorité ultime, c'est-à-dire d'une puissance normative (puisque l'autorité se fait par le droit et que l'effectivité passe par la puissance), comme critère de l'État revient à affirmer que la souveraineté, entendue comme puissance normative autonome, est le critère de la République. Il faut donc séparer analytiquement l'État souverain du principe de reconnaissance.

La pertinence d'une distinction entre souveraineté et reconnaissance n'est pas à remettre en cause. Elle leur permet ainsi de considérer les Républiques (*territorial state*) effectives mais non reconnues (tel Taiwan), et les entités reconnues (donc, dans leur logique, souveraines) mais ne disposant pas d'un territoire (tel la Palestine)¹⁰⁴⁸. Ainsi, la souveraineté n'est plus la puissance autonome constituant la République, mais bien un droit à exercer une puissance (indépendamment, semble-t-il, du fait de disposer ou non de cette puissance), reconnu de l'extérieur. Le fait qu'il puisse y avoir des Républiques sans souveraineté et des souverainetés sans République montre bien le caractère non équivalent de ces deux concepts. La souveraineté interne et externe ne désigne donc plus le même objet. Or, le maintien d'un terme similaire pour désigner deux choses différentes ne peut qu'être source de confusion, surtout en maintenant l'idée de deux dimensions du même concept. De plus, il apparaît bien qu'il y a un retournement complet vis-à-vis des théories de Jean Bodin ou de Thomas Hobbes,

¹⁰⁴⁸ BIERSTEKER Th. J., WEBER C., « The social construction of state sovereignty », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *Op. cit.*, p. 19. Le choix de la Palestine, posée comme souverain non-étatique, n'est pas forcément des plus adroits, justement parce que la Palestine n'est pas reconnue comme État par tous les autres États. La Somalie eût probablement été un exemple plus pertinent.

puisque est séparé analytiquement de la souveraineté ce qui la définissait (l'existence d'un pouvoir ultime.

Cette difficulté à maintenir un lien fictif entre souveraineté interne et souveraineté externe est particulièrement visible chez Daniel Philpott. Celui-ci affirme bien qu'il ne s'agit pas de deux types de souveraineté mais bien de deux aspects complémentaires de la souveraineté, qu'il affirme « *always coexistent* »¹⁰⁴⁹. Il se contredit alors immédiatement en note de bas de page, pour affirmer qu'elles peuvent ne pas coexister, mais que lorsque la souveraineté est réalisée, les deux aspects sont présents. De ce fait, il ne s'agit plus de deux dimensions du même concept, mais bien de deux éléments différents de la souveraineté, qui ensemble la constitue.

Il y a donc une vraie difficulté, chez les auteurs qui identifient la souveraineté externe à la reconnaissance, à consommer la rupture entre souveraineté interne et externe. Pour maintenir ce lien, l'identité de définition sera remplacée par un lien logique. La souveraineté externe sera alors posée comme la conséquence logique de la souveraineté interne. Cela est particulièrement visible chez F. H. Hinsley (qui pose l'apparition de la souveraineté interne dans l'empire romain) :

The idea that there is a sovereign authority within the community carries with –at least it leads to– the idea that this authority is one among other authorities ruling in other communities in the same sovereign way: a state which claims to be free of limit and control within its community is bound in logic to concede the same freedom to other state in theirs.¹⁰⁵⁰

Ainsi, admettre la souveraineté de sa communauté impliquerait de reconnaître la souveraineté des autres communautés. De ce fait, il apparaît bien que Hinsley estime le principe de reconnaissance comme lié au principe de souveraineté. Or, ce lien posé comme logique, même chez lui, ne l'est pas¹⁰⁵¹. Il précise d'ailleurs aussitôt que l'existence d'une communauté politique souveraine non seulement ne présume en rien de l'état des autres communautés ; mais surtout ne saurait aucunement impliquer la reconnaissance du droit de ces communautés à être souveraines. C'est ce que montre à très juste titre Bertrand Badie, lorsqu'il explique que les empires ne s'inscrivent pas dans cette logique de reconnaissance mutuelle. Son erreur ne consiste donc pas en la méconnaissance de ce fait, mais dans

¹⁰⁴⁹ PHILPOTT D., *Revolutions in sovereignty*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 18.

¹⁰⁵⁰ HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 2nd Ed. [1966], p. 158.

¹⁰⁵¹ Cf., *infra*.

l'assimilation qu'il fait entre souveraineté et reconnaissance mutuelle¹⁰⁵² (ce qui lui fait dire que les empires sont un exemple de non application de la souveraineté non pas parce qu'ils ne sont pas reconnus, ni parce qu'ils ne disposent pas en leur sein d'une puissance ultime, mais parce qu'ils ne reconnaissent pas les autres). Si une entité souveraine a une prétention à l'hégémonie universelle, elle dénie de fait aux autres communautés politiques le droit à être souveraines, elle ne les reconnaîtra donc pas¹⁰⁵³. Mais cela n'a aucune conséquence sur sa souveraineté propre (ni, fondamentalement, à celle des entités qui échappent à sa domination). Il n'y a donc pas de contradiction en soi entre la souveraineté d'un État et le refus de reconnaissance de cet État du droit des autres communautés politiques à l'indépendance.

Cette distinction que font Th. J. Biersteker et C. Weber entre État territorial et souveraineté renvoie à deux sens bien différents du terme État. Il y a d'un côté l'État territorial au sens de République chez Bodin ou de *Common-Wealth* chez Hobbes, c'est-à-dire effectivement un droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine. De l'autre côté, il y a l'État au sens de personne morale sujet de droit international, tel qu'il apparaît dans les théories du droit international, qui est ici un simple statut juridique permettant de jouir de certaines prérogatives. Cette distinction des différents sens du concept d'État transparaît chez J-J Roche, qui rappelle que « *L'existence politique d'un État est indépendante de sa reconnaissance par les autres États (cas d'Israël ou de Taïwan)* »¹⁰⁵⁴. Il y a alors la définition politique de l'État (*droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine*) et la définition juridique de l'État (personne morale). À ces deux conceptions différentes de l'État correspondent alors deux conceptions différentes de la souveraineté : la souveraineté reconnaissance et la souveraineté puissance normative autonome. Il apparaît donc que les théories juridiques ont eu un rôle considérable dans cette évolution du concept d'État et de souveraineté.

¹⁰⁵² Cf., *supra*.

¹⁰⁵³ Les modalités de reconnaissance et leur lien avec l'identité et la puissance seront abordées ultérieurement (Cf., *infra*).

¹⁰⁵⁴ ROCHE J.-J., *Relations internationales, Op. cit.*, p. 88.

2.1.1.2.2 La souveraineté en droit international : les attributs légaux de l'État.

Les théories de droit international ont également effectué le glissement sémantique observé chez Th. J. Biersteker et C. Weber (et ont probablement aidé les politistes dans cette voie). La souveraineté se retrouve alors également identifiée à la reconnaissance et est pensée soit comme un attribut juridique de l'État, soit comme une liberté légale de l'État, celui-ci étant défini comme sujet de droit international. En effet, les juristes du droit international travaillent dans le cadre de l'ordre juridique international¹⁰⁵⁵. De ce fait, ils auront une certaine tendance naturelle non seulement à considérer les différentes entités comme des sujets de droit mais en plus à faire dériver ces entités et leurs attributions alors juridiquement définies comme dérivant de cet ordre juridique international. Ainsi, alors que la plupart des théoriciens de Science Politique buttent sur la séparation entre souveraineté interne et souveraineté externe, la perception de l'État comme personne morale sujet de droit international permet aux juristes de recréer ce lien. La souveraineté est alors définie comme l'ensemble des compétences que l'ordre juridique international attribue à l'État.

Le droit international a ainsi profondément modifié le principe de souveraineté. En effet, les juristes ne vont plus considérer la souveraineté comme l'indépendance de l'État, mais comme la formalisation juridique de cette indépendance au sein de l'ordre international (2.1.1.2.2.1). Elle apparaît donc liée à la reconnaissance des autres États mais elle devient alors l'attribut juridique qui confère à l'État sa personnalité morale au sein de l'ordre juridique interétatique (2.1.1.2.2.2). Attribut juridique caractérisant l'État, et l'État se caractérisant par l'indépendance, la souveraineté peut alors être pensée comme la liberté légale de l'État au sein de l'ordre juridique international (2.1.1.2.2.3). Liberté légale de l'État, il sera alors possible de réunifier les concepts de souveraineté interne et externe en considérant que la souveraineté interne de l'État et les compétences de celui-ci sont attribuées par l'ordre juridique international (2.1.1.2.2.4). Cela traduit ainsi une inversion complète de la notion de souveraineté : alors que la souveraineté externe était originellement pensée comme la conséquence de la souveraineté interne, certains auteurs vont considérer que c'est la souveraineté interne qui est la conséquence de la souveraineté externe.

¹⁰⁵⁵ L'incompatibilité d'une telle notion avec le concept de souveraineté entendu comme puissance normative autonome sera montrée au chapitre suivant (2.2.1).

2.1.1.2.2.1 La souveraineté comme formalisation de l'indépendance d'un État

Dans les manuels de Droit international public, la souveraineté n'est plus comme chez Hobbes et Bodin ou même Carré de Malberg la simple existence au sein d'une collectivité d'un pouvoir autonome, c'est-à-dire l'indépendance, mais sa formalisation juridique au sein de l'ordre international : « Celle-ci [l'indépendance] constitue une situation de pur fait dont la souveraineté réalise la formalisation juridique »¹⁰⁵⁶. Il y a donc bien une différence entre l'indépendance et la souveraineté, puisque l'une est la formalisation juridique de l'autre. Cette lecture est également confirmée par Jean Combacau et Serge Sur :

La notion de souveraineté internationale, ainsi définie, ne semble en rien différer de la notion d'indépendance, dont on sait qu'elle est une des conditions de l'apparition de l'État sur la scène internationale. Et il est vrai qu'elles ont exactement le même compas ; toutefois elles appartiennent à deux ordres différents, l'indépendance à celui du fait, la souveraineté à celui du droit ; la souveraineté internationale n'est ainsi que la formalisation légale d'une indépendance de fait ou, si l'on veut, le droit au maintien de l'indépendance¹⁰⁵⁷

Cette idée que la souveraineté est un droit à l'indépendance est également présente chez P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat¹⁰⁵⁸. Cette position n'a pas toujours été consensuelle au sein de la théorie juridique, et Jean Charpentier rappelle que certains affirmaient que c'était l'indépendance qui était l'expression juridique de la souveraineté¹⁰⁵⁹. Cette position semble toutefois avoir disparue (il les oppose par une référence de 1993 –J. Touscoz– et une de 1976 –Ch. Rousseau).

Il y a bien ici une opposition d'ordres entre celui des faits et celui du droit. Ce qui est en jeu ici, c'est la description du monde en termes juridiques, où des acteurs juridiquement définis entretiennent des rapports juridiquement codifiés au sein d'un ordre juridique. Or, la reprise d'un terme déjà sémantiquement chargé et source de débats doctrinaux centenaires pour désigner non pas plus une puissance mais la formalisation juridique de son indépendance ne peut qu'ajouter à la confusion. La souveraineté n'est donc plus l'existence d'une puissance normative autonome, mais un droit reconnu et garanti à l'indépendance.

Le lien entre souveraineté et reconnaissance est alors ici évident et effectivement logique. Puisque la souveraineté est devenue chez les juristes à la fois la formalisation de l'indépendance (ce qu'elle était strictement auparavant) et un droit subjectif à cette

¹⁰⁵⁶ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, p. 31.

¹⁰⁵⁷ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 236.

¹⁰⁵⁸ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁰⁵⁹ CHARPENTIER J., « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in. *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de la SFID, Paris, Pedone, 1994, p. 19.

indépendance, cette indépendance et ce droit doivent donc être formalisés. Or, ce qui formalise cette indépendance et qui la transformerait en souveraineté est justement la reconnaissance. Cela est particulièrement visible lorsque J. Combacau et S. Sur abordent le processus d'acquisition de la souveraineté, puisque la section qui y est consacrée s'intitule « *L'acquisition de la souveraineté : formation et reconnaissance de l'État* »¹⁰⁶⁰. La formation, qui renvoie alors à l'existence d'une puissance organisée et indépendante (donc d'une souveraineté interne) n'est donc qu'un élément de l'acquisition de la souveraineté : c'est bien la reconnaissance qui finalise l'acquisition de la souveraineté.

Le fait de lier la souveraineté à la formalisation juridique de l'indépendance (et donc à la reconnaissance qui la permet) inscrit automatiquement celle-ci dans la sphère du droit. Cela est lié à l'approche juridique de l'État qui est défini comme personne morale dont la souveraineté devient un attribut

2.1.1.2.2.2 De l'État comme entité politique à l'État comme personne morale : la souveraineté comme attribut juridique conférant la personnalité.

Il existerait un débat doctrinal entre une conception déclarative et une conception constitutive de la reconnaissance de l'État en droit international. Or ce débat n'a de sens que dans le cadre d'une assimilation de l'État comme communauté politiquement organisée (République) à l'État comme personne morale sujet de droit international. Cela est particulièrement visible dans un article d'André Jolicoeur¹⁰⁶¹. Il montre bien que la reconnaissance est un acte juridique qui est de fait constitutive de l'identité juridique de l'État du point de vue du droit international. Or, pour lui, l'État est une personne juridique, sujet du droit international. Cela est particulièrement visible lorsqu'il assimile les deux : « *une communauté qui se dit un État, c'est-à-dire qui se prétend sujet du droit international* »¹⁰⁶² ; ou encore lorsqu'il dénie aux communautés politiques indépendantes le statut d'État : « *Une communauté possédant un ordre juridique coercitif centralisé et indépendant n'est pas juridiquement parlant, un État par rapport à une autre communauté* »¹⁰⁶³. Il y a donc bien la définition juridique de l'État et la définition politique de l'État. Alors que les théories de la

¹⁰⁶⁰ COMBACAU J., SUR S., *Op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁶¹ JOLICOEUR A., « De la reconnaissance en droit international », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 85.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 87.

souveraineté classiques concernaient la définition politique de l'État, les juristes vont s'attacher à sa définition juridique. Or, il est évident que si on lie souveraineté et État, la transformation d'un des termes implique nécessairement une transformation de l'autre. Penser l'État comme hiérarchie de commandement ou comme personne morale entraîne nécessairement des conséquences sur son critère d'existence.

Yann Kerbrat et Pierre-Marie Dupuy affirment *la stérilité du débat doctrinal classique*¹⁰⁶⁴, qui opposait ceux qui considéraient que la reconnaissance était constitutive de l'État et ceux qui considéraient que la reconnaissance était déclarative. Ils estiment ainsi qu'il y a à la fois un *effet déclaratif et constitutif de la reconnaissance*. Les formules employées pour décrire les effets constitutifs montrent ainsi qu'effectivement, la reconnaissance a pour principal effet d'introduire la nouvelle entité dans la société juridique des États, c'est-à-dire de lui donner la personnalité juridique¹⁰⁶⁵ :

Constitutive, la reconnaissance l'est cependant aussi, puisque l'auteur de la reconnaissance ne peut plus ensuite contester la réalité du nouvel État. Il doit donc traiter la collectivité concernée comme un État souverain et ne peut plus lui refuser aucun des droits que le droit international attribue à un tel État. [...]

La reconnaissance est, en outre, nécessaire à l'établissement de relations juridiques actives entre les deux États, celui qui l'établit et celui qui en bénéficie. Il est évident qu'un État a besoin des autres pour pouvoir agir juridiquement dans le cadre international

Or, si les avantages évoqués ici sont indéniables, ils ne sont absolument pas liés au simple fait de l'indépendance. En ce sens, ils y ajoutent bien quelque chose. Ils ne peuvent pourtant constituer une preuve du caractère constitutif de la reconnaissance que s'ils font partie de la définition de l'État. Il faut donc en conclure que tous ceux qui admettent ne serait-ce qu'une part de la dimension constitutive de la reconnaissance considèrent que l'État se définit nécessairement comme une personne morale sujet du droit international. La reconnaissance n'est effectivement strictement qu'« *un acte constitutif de droit* »¹⁰⁶⁶. Il est vrai que la commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie présidée par R. Badinter, à la question « *à quelles conditions une entité constitue [-t-elle] un État ?* » répond que l'existence ou la disparition est une question de fait et considère donc que la reconnaissance a un effet purement déclaratif¹⁰⁶⁷. Dans ce cas, le statut international de l'État ne fait pas partie de sa

¹⁰⁶⁴ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, p. 39.

¹⁰⁶⁵ *Idem*.

¹⁰⁶⁶ JOLICOEUR A., « De la reconnaissance en droit international », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965, p. 86.

¹⁰⁶⁷ Cit. in. CHARPENTIER J., « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in. *L'Etat souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de la SFID, Paris, Pédone, 1994, pp. 17-18.

définition, et l'on revient à la distinction entre État comme République et État comme personne morale sujet de droit international.

Le glissement sémantique de l'État comme République à l'État comme personne morale, observé en droit international va alors effectivement avoir des conséquences sur le principe de souveraineté. La souveraineté était le critère de la République parce qu'elle désignait le caractère suprême et autonome de son pouvoir. À partir du moment où l'État est défini comme personne morale, le critère fondamental devient la personnalité juridique :

la souveraineté constitue l'apanage de l'État. Sa possession entraîne automatiquement pour son titulaire une conséquence directe, celui de lui conférer une identité corporative à l'intérieur de l'ordre juridique international. C'est ce qu'on désigne en disant que l'État possède la personnalité juridique internationale. En réalité, autant qu'attribut de la souveraineté, on pourrait dire que cette personnalité lui est quasiment consubstantielle tant l'une et l'autre sont indissociables : pas d'État souverain sans personnalité juridique internationale. Ceci, on le verra ensuite, vaut également à l'État un faisceau de compétences, règlementées par le droit international.¹⁰⁶⁸

Ce passage montre très clairement que P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat réduisent l'État souverain comme République à l'État souverain comme personne morale. Les formules *sa possession* et *l'apanage* permettent bien de dissocier l'État et la souveraineté (puisque celui-ci la possède) et montre que la souveraineté est pensée comme un attribut juridique. La suite du passage identifie clairement la souveraineté à la personnalité juridique internationale d'État souverain. La principale fonction de la souveraineté se trouverait alors dans l'attribution de la personnalité internationale et se voit peu à peu identifiée avec elle. Or l'identité corporative au sein de l'ordre juridique international est dépendante de la reconnaissance. Cela implique bien de considérer que la souveraineté est dépendante de la reconnaissance.

La dimension première de pouvoir suprême et autonome est reléguée à un autre plan. Il n'est plus du tout question ici de souveraineté interne. Or, puisque la souveraineté est liée à la personnalité juridique de l'État, et que cette personnalité juridique est liée à la reconnaissance (puisque c'est la reconnaissance qui permet à une République de devenir un État sujet du droit international) il est alors logique de considérer que la souveraineté est créée par la reconnaissance.

Enfin, et surtout, il n'y a pas de critère objectif de reconnaissance d'un État. De ce fait la souveraineté, au sens de personnalité morale, peut très bien être accordée à une entité ne disposant pas de l'effectivité d'un pouvoir sur le territoire. En ce sens, en reprenant la

¹⁰⁶⁸ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, p. 84, en introduction d'une section sur les attributs de la souveraineté.

distinction entre *territorial state* et *sovereignty* de Biersteker, il ne faut pas considérer que l'une est la formalisation juridique de l'autre, mais bien qu'il s'agit de deux concepts radicalement différents, appartenant à deux ordres distincts. Philippe Braud semble avoir bien saisi cette distinction. Dans le lexique qu'il propose à la fin de son manuel (dont il souligne lui-même l'aspect sommaire des définitions), il donne deux définitions de l'État clairement distinguées : « 1. *Le pouvoir monopolisateur de la coercition légitime au sein de la société globale* ; 2. *Ensemble territorial juridiquement organisé, envisagé comme sujet de droit international (les États membres de l'ONU)* »¹⁰⁶⁹. La dimension concise de ces définitions fait clairement apparaître la non-synonymie des deux définitions, qui sont totalement différentes. Ainsi, parce qu'il existe deux définitions de l'État, chacune appartenant à un univers conceptuel différent, recouvrant des réalités différentes, il est logique qu'il existe deux définitions correspondantes de la souveraineté¹⁰⁷⁰.

La souveraineté apparaît donc en droit international comme l'attribut juridique d'une personne morale, lui conférant son statut. Monique Chemillier-Gendreau la présente clairement comme telle¹⁰⁷¹. Il faut toutefois préciser que la définition de la souveraineté comme attribut de l'État est discutée : ce serait alors pour certains une liberté légale.

2.1.1.2.2.3 La souveraineté comme liberté légale.

Cette idée de la souveraineté comme attribut juridique est également présente de façon similaire (mais non identique) chez Jean Combacau et Serge Sur. Ici, la souveraineté fait partie des attributs légaux de l'État : « *les éléments du statut d'État sont sa personnalité internationale (§1) et un certain nombre d'attributs légaux (§2). Parmi ces derniers, la souveraineté a une importance telle que [...]* »¹⁰⁷². De ce fait, en tant qu'attribut légal d'une personne morale, elle reste lié à la personnalité juridique et donc à la reconnaissance.

¹⁰⁶⁹ BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, lextensoéditions, 9^e éd., 2008, p. 785.

¹⁰⁷⁰ La non concordance entre État personne morale et Etat au sens de République sera développée plus en avant dans la suite de ce travail.

¹⁰⁷¹ CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », in. MAILLARD DESGREES DU LOU D., (s.d) *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 128. ; *Ibid.*, p. 129.

¹⁰⁷² COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 229.

Néanmoins, ils précisent ensuite que la souveraineté doit se penser comme définie négativement comme liberté : « Dans l'ordre international *au contraire, affirmer de l'État qu'il est souverain signifie qu'on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale* »¹⁰⁷³. Cette idée avait déjà été développée par Jean Combacau dans son article : « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État »¹⁰⁷⁴, où il précise qu'il est impossible d'utiliser « *le vocabulaire de la souveraineté pour exprimer des pouvoirs positifs de l'État* »¹⁰⁷⁵. En effet, pour lui, la souveraineté internationale n'est pas un pouvoir, mais une qualité du pouvoir qui est reconnu à l'État par le droit international, se caractérisant par l'absence de pouvoir supérieur. Elle doit donc être pensée et analysée comme une liberté. Elle se distingue donc de la souveraineté en droit interne, qui devrait être comprise dans son sens positif, c'est-à-dire « *comportant le pouvoir de briser la résistance des sujets et des rivaux potentiels* »¹⁰⁷⁶. Il y a donc ici un retour à la distinction que condamnait R. Carré de Malberg, mais il y a toutefois une différence : alors que chez Carré de Malberg et les théoriciens de la souveraineté classique cette liberté était une liberté naturelle, totale et n'excluant pas la guerre ; elle devient ici, de par la systématisation juridique, une liberté légale, instituée.

Cela est particulièrement visible lorsqu'il reprend une rhétorique proche des théories contractualistes, où il oppose la liberté à l'état de nature de la liberté légale, dont la souveraineté est l'institution sur le plan juridique :

Dans l'état de nature, chacun fait ce qu'il veut, absolument, dans les seules limites de ses possibilités naturelles ; les comportements des individus ne sont pas « réglés » mais décidés par chacun cas par cas en considération de ses intérêts et en pure opportunité ; la légalité y est inconcevable, faute même de la clef de voûte qui validerait en droit les promesses que se feraient les individus relativement à leurs conduites futures. A cette anomie de l'état de nature s'oppose l'autonomie des êtres qui en sont sortis pour reconnaître entre eux un mode légal de régulation des comportements ; il veut d'une part que ceux-ci soient, sinon déterminés de façon complète, du moins encadrés par des règles limitant la possibilité pour les sujets d'agir en pure opportunité (c'est l'*autonomie*) ; d'autre part qu'elles n'émanent pas de l'extérieur mais (et c'est l'*autonomie*) qu'ils en soient eux-mêmes les auteurs ou qu'au moins ils aient eux-mêmes individuellement consenti à se les rendre opposables. C'est dans ce cadre-là que doit se comprendre la souveraineté, institution de la liberté légale des États distinguée de la liberté naturelle dont jouissent les êtres qu'il n'a pas constitués en sujet ; il rend concevable le paradoxe du souverain obéissant qui, « autolimité » par des règles qu'il a consenti à tenir pour obligatoires à son égard, n'obéit qu'à lui-même en s'y conformant.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 236.

¹⁰⁷⁴ COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 47-58.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 50.

¹⁰⁷⁶ *Idem.*

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 51.

Or, si ce passage est très clair sur la différence entre la souveraineté comme liberté dans un cadre légal par rapport à une liberté négative, il l'est moins sur ce qui différencie un cadre légal d'un cadre non légal, sur cette *clef de voûte* qui valide en droit les promesses (surtout si l'on se rappelle que chaque État est l'interprète authentique du droit international et donc de ses engagements). En effet, consentir à se rendre opposable les promesses que l'on a fait est déjà inclus dans l'idée même de promesse (qui n'a de sens que si le destinataire de la promesse pense qu'elle sera respectée). Les théoriciens contractualistes de la souveraineté, notamment Hobbes, considèrent que c'est justement par l'instauration d'une puissance publique que l'on peut donner une force contraignante aux promesses, les transformant en droit (« *covenants, without the sword, are but word* »¹⁰⁷⁸). Néanmoins, indépendamment de la pertinence ou non de ces développements, ce qui est intéressant c'est de voir que la souveraineté est bien comprise comme une liberté légale d'êtres qu'un ordre a constitués en sujets. De ce fait, la souveraineté n'a de nouveau de sens que par rapport à la reconnaissance, puisque c'est la reconnaissance qui constitue une entité concrète en sujet de droit et lui permet de faire partie de l'ordre en question. Or, il y a ici une opposition radicale avec Th. Hobbes, pour qui l'état entre Républiques est similaire à l'état de nature¹⁰⁷⁹, ce qui implique une liberté naturelle. Ainsi, alors que la souveraineté traduisait chez Hobbes une totale liberté de l'ordre juridique, elle devient chez Jean Combacau une liberté encadrée et donc limitée. Il est toutefois délicat de voir en quoi cette autolimitation diffère de l'autolimitation en droit interne : l'État applique souverainement son droit propre.

Cette limitation de la liberté légale (c'est d'ailleurs ce qui la distingue de la liberté naturelle) est la conséquence du fait que l'État est une personne morale sujet de droit. En effet, cela va entraîner pour lui non seulement la mise en place d'obligations qui étaient totalement étrangères aux théoriciens classiques de la souveraineté, mais surtout cela va faire dériver sa liberté et ses compétences de cet ordre juridique.

¹⁰⁷⁸ HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971 [1651], p. 173.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 126

2.1.1.2.2.4 L'État comme sujet de droit d'un ordre juridique supérieur : un renversement de perspective

Le fait de poser l'État comme sujet de droit international traduit un renversement complet de perspective vis-à-vis des théories de la souveraineté. En effet, la souveraineté traduisait l'autonomie de la République, dans sa dimension interne. Or, la juridicisation de la scène internationale fait dépendre cette autonomie non plus de l'existence d'un pouvoir souverain, mais bien de l'ordre international. Il semble ainsi y avoir un consensus autour des développements de H. Kelsen sur le fait que c'est l'ordre juridique international qui habilite les États.

L'État est en effet présenté comme un sujet du droit international. Il s'agit donc d'une entité juridique, définie juridiquement, qui possède une personnalité (morale). Or, en droit, les attributs d'une personne morale (dont fait partie la souveraineté) sont dépendants de l'ordre juridique dont fait partie cette personne : « *On dit d'une entité qu'elle constitue un sujet de droit lorsqu'elle est dotée par les normes d'un ordre juridique déterminé d'un ensemble de droits et d'obligations, ainsi que des capacités nécessaires à leur exercice* »¹⁰⁸⁰. C'est également le cas chez S. Sur et J. Combacau : « *La condition statutaire d'un être individuel, c'est la situation que lui fait un ordre juridique, en tant qu'il appartient à une catégorie dont les attributs légaux sont déterminés collectivement et non au cas par cas. Toute collectivité tire de sa qualification comme « État » un statut défini par le droit international et auquel chacune peut prétendre* »¹⁰⁸¹. La qualification d'État renvoie donc bien en droit international à l'obtention d'un statut. Mais ce statut et les attributs qui y sont liés (dont fait partie la souveraineté) sont dépendants de l'ordre juridique international. Il y a alors primauté de celui-ci sur l'ordre interne. C'est particulièrement flagrant lorsqu'ils déclarent :

La personnalité n'est rien d'autre qu'une aptitude abstraite à se voir conférer des attributs légaux qui érigent ainsi un être en sujet de droit. Aptitude vide d'un sujet passif à se voir destiner des normes ; mais aptitude grâce à quoi celles-ci peuvent désormais conférer ou reconnaître au sujet [...] des droits et des obligations, des compétences et des pouvoirs, que le droit international reconnaît à tout être tenu pour un État et qui constituent ainsi ses attributs statutaires¹⁰⁸²

Les compétences de l'État ne sont donc plus la conséquence du fait premier de la souveraineté, mais sont bien la conséquence de son appartenance à l'ordre juridique international. Il apparaît même ici que l'ordre juridique auquel appartient l'État, dans lequel il disposerait d'une liberté légale, lui *confère* des droits et des obligations. Ceux-ci tirent alors

¹⁰⁸⁰ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, p. 27.

¹⁰⁸¹ COMBACAU J., SUR S., *Op. cit.*, p. 228.

¹⁰⁸² COMBACAU J., SUR S., *Ibid.*, pp. 231-232.

leur validité de l'ordre, plus que du consentement des États, qui ne devient finalement plus qu'une modalité de constitution des normes au sein de cet ordre juridique.

Mais ces droits et obligations que conférerait l'ordre juridique international vont également, dans une conception moniste kelsenienne, concerner la souveraineté dans sa dimension interne. L'inscription de l'État dans un ordre juridique qui lui est supérieur va également avoir des conséquences sur la souveraineté interne de l'État. En effet, la rupture entre souveraineté interne et souveraineté externe, liée à la définition de l'État comme personne morale, n'a pas été conceptualisée. Elles sont toujours pensées comme les deux faces du même concept. Puisque la souveraineté externe, attribut légal d'une personne morale, d'un sujet de droit, est définie par l'ordre international, la souveraineté interne va également être pensée en ces termes. La souveraineté interne, pensée en termes positifs, n'est donc plus le simple fait de l'existence d'une puissance normative autonome. Elle va devenir les compétences dévolues à l'État par l'ordre international sur son ressortissant et sur son territoire :

parce qu'il est doté de la personnalité juridique internationale, et qu'il est sujet du droit international, l'État peut agir dans le cadre des relations internationales à l'égard d'autres sujets de droit. Mais le droit international lui confère également des compétences définies comme des aptitudes juridiques à exercer certains pouvoirs, à la fois à l'égard de l'espace à l'intérieur duquel il exerce sa souveraineté, c'est-à-dire le territoire, et à l'égard des personnes et des biens rattachés à lui par le *lien de nationalité*¹⁰⁸³

L'État souverain, identifié et réduit à un sujet de droit international, dispose de prérogatives conférées par ce droit. De ce fait, un groupe souverain n'est plus autonome, puisque la souveraineté est l'inscription dans un ordre juridique supérieur, et que c'est cet ordre juridique qui détermine ce que ce groupe est ou non habilité à faire.

Le fait de penser l'État comme personne morale sujet de droit international implique alors de penser la souveraineté externe comme la liberté légale de l'État (c'est-à-dire la manière dont il peut agir dans le cadre des relations internationales) et la souveraineté interne comme les compétences que lui accorde le droit international (ou, dans une version moins radicale, que lui reconnaît le droit international). Tant dans sa dimension interne qu'externe, la souveraineté est devenue les compétences que l'ordre international *confère* à une personne morale. Puisque les compétences de l'État (sur le territoire et sur les personnes), sont également rangées dans les attributs de la souveraineté, on observe un renversement de perspective : les compétences de l'État ne sont plus le fait de sa souveraineté interne et du fait qu'il dispose sur ce territoire de la puissance ultime mais deviennent également des

¹⁰⁸³ DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, pp. 88-89. Je souligne.

compétences dévolues par le droit international. Cette évolution traduit bien que le fait premier n'est plus un ensemble d'individus organisés en communauté politique, mais une communauté internationale dont l'État n'est plus qu'un corps intermédiaire¹⁰⁸⁴. Cela constitue un véritable retournement par rapport à la conception hobbesienne qui faisait dériver les pouvoirs du souverain du contrat social et donc uniquement et strictement des individus ainsi constitués en *Common-Wealth*.

Ainsi, parce que l'État est pensé comme une personne morale sujet de droit international, la souveraineté traduit maintenant les compétences légales que l'ordre juridique international accorde à l'État. La réflexion juridique a donc effectué une transition (certes plus ou moins marquée selon les auteurs) entre une souveraineté instituée par les individus pour se gouverner eux-mêmes et une souveraineté instituée par un ordre juridique global pour exercer certaines fonctions. Si la fracture entre souveraineté interne et externe a ainsi pu être réduite, c'est au prix d'une transformation radicale du concept de souveraineté.

Cette transformation radicale du concept de souveraineté et du concept d'État amène alors à considérer qu'ils recouvrent maintenant des réalités radicalement différentes qu'il est nécessaire de dissocier dans l'analyse. Il y a ainsi l'État comme communauté humaine politiquement organisée, le *droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine*, et l'État comme *sujet de droit de l'ordre juridique international*. À ces deux définitions de l'État correspondent alors deux définitions de la souveraineté qu'il s'agit également de distinguer. La souveraineté peut désigner soit, dans le premier cas, la puissance normative autonome qui donne corps à l'État, soit, dans le second cas, l'attribut de la personne morale qui la caractérise en tant qu'État. Or, tout l'objet de cette partie est de montrer que c'est la non distinction entre ces différents sens d'État et de souveraineté qui crée des malentendus, notamment en attribuant à Hobbes ou Bodin des concepts qui ne sont pas les leurs.

¹⁰⁸⁴ Sur la primauté de l'ordre global vis-à-vis des ordres particuliers, Cf. *infra*.

2.1.1.2.3 La nécessaire distinction entre les différents sens d'État et de souveraineté

Il a été montré que les termes États et souveraineté pouvaient renvoyer à des signifiants différents. L'État peut, entre autres, désigner soit une personne morale soit une collectivité humaine politiquement organisée. Dans le premier cas la souveraineté est alors l'attribut juridique, lié à la reconnaissance, de cette personne morale qui définit ses pouvoirs et compétences. Dans le second cas la souveraineté désigne la puissance normative autonome créatrice de cette communauté. Ces deux concepts d'État (et donc de souveraineté) doivent bien être dissociés, même s'ils sont encore souvent pensés comme renvoyant au même objet. Or, la dissociation non finalisée entre souveraineté externe et puissance normative (souveraineté interne) amène alors un problème logique évident si l'on ne distingue pas les différents sens d'État et qu'on applique à un des sens le concept de souveraineté attaché à l'autre sens.

La souveraineté se présente comme le critère de l'État, « *la substance même de la République* » constate B. Badie commentant Bodin¹⁰⁸⁵. Il est alors facile de considérer que toutes les entités disposant du statut d'État ne disposent pas ou peu de la puissance nécessaire, la souveraineté opérationnelle, à leur maintien. De ce fait, considérer qu'il existe des États (*sovereign state* pour Weber et Biersteker) ne disposant pas de la souveraineté interne remettrait en cause l'identité créée par Bodin et Hobbes entre souveraineté et État. Or, Bodin et Hobbes ne considérant pas la question du statut légal de leur République au sein d'un ordre juridique qui n'existait pas encore, ne s'attachaient évidemment qu'aux *territorial state*. Donc, dans leur cadre conceptuel, les États ne disposant pas de la puissance nécessaire pour assurer le maintien de l'ordre ne sont pas des États. Ces deux théoriciens s'intéressent à la question politique de la cohésion de la communauté politique et de son maintien.

La juridicisation du langage international implique une dissociation entre ce qui est de l'ordre du fait et ce qui est de l'ordre du droit (puisque par définition le droit ne peut advenir qu'après coup). Il est donc normal qu'il y ait un différentiel entre les États comme sujets du droit international et les communautés politiquement organisées. À minima ce différentiel doit être temporel puisqu'il faut le temps de la procédure de reconnaissance. Le droit peut

¹⁰⁸⁵ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Op. cit., p. 21.

également anticiper, mais cela ne ferait que créer un décalage dans l'autre sens (avec des entités reconnues comme État qui n'en sont pas encore). De plus, les considérations politiques semblent plus importantes que les considérations strictement juridiques en ce qui concerne les pratiques de reconnaissance. Jean Charpentier rappelle ainsi « *le refus, jusqu'à présent constant de tous les États occidentaux à reconnaître ce qu'ils appellent les « républiques auto-proclamées* », »¹⁰⁸⁶. Or, ce refus est pour lui principalement motivé par le refus de l'émission que pourrait impliquer une application stricte du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La preuve de cette non-concordance entre la reconnaissance et la situation d'entités auto-proclamées est fournie par le Somaliland. Les critères actuels selon Biersteker consisteraient en la stabilité du territoire et la démocratie. Or, il semblerait bien que le Somaliland dispose de ces deux qualités :

Pouvoir et opposition s'accordent sur un point : ces troisièmes élections multipartites en cinq ans sont une nouvelle occasion de prouver la viabilité de cette république auto-proclamée. Pour arriver à leurs fins, les acteurs politiques de l'ancien protectorat britannique disposent d'un atout : le Somaliland est un îlot de relative stabilité alors que les nouvelles institutions fédérales somaliennes sont toujours incapables de faire taire les rivalités entre les différents seigneurs de la guerre contrôlant le pays.¹⁰⁸⁷

De nombreux articles de journaux pointent ainsi le succès des élections et du processus démocratique au Somaliland, ainsi que sa stabilité¹⁰⁸⁸. Indépendamment de son aspect démocratique (qui n'a d'importance qu'en fonction des contextes politiques et culturels actuels), le Somaliland répond à tous les critères pour être un État indépendant. La Somalie, qui dispose pourtant d'un nouvel ambassadeur à l'ONU depuis 2005, ne peut se prévaloir d'être un État fonctionnel. En ce sens, le Somaliland est bien une République selon Bodin ou un *Common-Wealth* selon Hobbes, contrairement à la Somalie (ou le Puntland, ou toutes autres républiques sécessionnistes de Somalie). Toutefois, au vu de la stabilité du continent africain, le signal que constituerait la reconnaissance du Somaliland risquerait d'encourager les mouvements sécessionnistes et de fragiliser de nombreux pays. La reconnaissance d'un État obéit donc principalement à des critères politiques et est évaluée en opportunité.

Le problème est alors bien de considérer comme État au sens de Bodin et de Hobbes toute entité disposant du statut d'État du point de vue du droit international, et de montrer des

¹⁰⁸⁶ CHARPENTIER J., « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », in. *L'État souverain à l'aube du XXI^e siècle*, Colloque de la SFID, Paris, Pédone, 1994, p. 21. Il faut préciser que depuis, le Kosovo est reconnu par près de cent États.

¹⁰⁸⁷ BENSIMON C., http://www.rfi.fr/actufr/articles/069/article_38862.asp

¹⁰⁸⁸ http://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/11/27/routine-electorale-en-somaliland-en-marge-du-chaos-somalien_1796331_3212.html ; <http://www.courrierinternational.com/breve/2010/06/29/bon-deroulement-des-elections-presidentielle-et-legislatives> ; <http://www.monde-diplomatique.fr/2010/10/PRUNIER/19778> ;

contradictions apparentes entre ce qu'ils disent de la souveraineté et son absence chez certains États du point de vue du droit. Lorsque J.-P. Merciris, explique que la souveraineté n'existe pas au même degré chez tous les États¹⁰⁸⁹, et doit donc être perçue comme un idéal ou un modèle conceptuel, il a à la fois tort et raison. Raison parce qu'effectivement, la République de Bodin et le *Common-Wealth* de Hobbes sont des idéaux, au sens où ils ne sont pas nécessaires. Il peut ne pas y avoir de puissance normative autonome et alors il n'y a pas d'État. L'exemple des États faillis le prouve. Il a tort parce qu'il ne sépare pas conceptuellement l'État de personne morale et État au sens de République. Or, un État failli ne peut être considéré comme un État (au sens de Bodin et de Hobbes) sans souveraineté, de même qu'un État fragile ne peut pas être considéré comme un État avec moins de souveraineté. La souveraineté est ou n'est pas. Si elle n'est pas, ce n'est pas un État pour Hobbes et Bodin et il est donc malvenu de montrer une discordance où il n'en existe pas. Il y a donc ici une inversion entre les concepts : l'État est pensé préalablement à la souveraineté alors que c'est la souveraineté qui est première et qui permet de définir l'État.

Pourtant, il reconnaît la distinction entre l'acceptation politique et l'acceptation juridique de l'État, mais il semble considérer que ce sont deux acceptations du même objet. C'est ce qui l'amène à considérer qu'il existe des États dont la souveraineté est relative, et qu'il faut donc renoncer à une conception essentialiste de la souveraineté.

Le point étrange consiste toutefois à critiquer le concept de souveraineté à travers l'exemple des États faillis alors que justement ces États devraient valider la théorie de la souveraineté. La théorie de la souveraineté telle qu'on la trouve chez Bodin et Hobbes postule en effet qu'une République ou un *Common-Wealth* n'est viable qu'à partir du moment où il existe un pouvoir souverain disposant de la plus grande puissance (le monopole de la violence légitime dira Max Weber). Le principal problème des États faillis est justement qu'ils ne disposent pas de la puissance nécessaire à l'instauration d'un ordre juridique. Le terme failli (ou *collapse*, même s'il est différent) semble bien indiquer qu'il ne s'agit pas d'une forme alternative d'organisation politique. Les communautés humaines ne choisissent pas entre un État souverain et un État failli. Il s'agit bien d'un échec de la mise en place d'une organisation politique au sein d'un groupe.

La question qui se pose alors, du point de vue de la souveraineté, est celle du rapport de force. Si une organisation criminelle peut résister à l'État (et toute organisation qui résiste

¹⁰⁸⁹ MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, p. 65-67.

à l'État est criminelle puisque l'État est le créateur du droit), alors celui-ci effectivement ne peut plus être réellement considéré comme souverain, c'est-à-dire qu'il n'est plus une République au sens de Hobbes ou de Bodin. À titre d'exemple, il est effet possible de considérer que la décision de la Jamaïque d'extrader Christopher Coke en mai 2010 a provoqué une guerre civile. Face à la résistance, le gouvernement a dû déclarer l'état d'urgence et déployer l'armée. Le Premier ministre Bruce Golding a déclaré que les autorités « *mettront un terme à l'anarchie et rétabliront l'ordre et le calme* »¹⁰⁹⁰, et Glenmore Hinds, un responsable de la police affirma « *Vous devez vous rendre compte que nous sommes en train de mener une guerre* »¹⁰⁹¹. Il est donc délicat, pendant cette période, de considérer que la Jamaïque fut un *droit gouvernement des ménages avec puissance souveraine* ou encore une *République bien ordonnée*. Néanmoins, il faut reconnaître que la cohabitation entre États et Mafia n'est pas toujours aussi violente. En effet, les mafias ne s'opposent pas toujours aussi frontalement à l'État. Elles n'ont pas pour vocation de renverser l'État ou de se substituer à lui (même s'il est possible de considérer que certaines organisations mafieuses remplissent les mêmes fonctions que lui – impôt, sécurité matérielle, sécurité sociale, police, justice...). De ce fait, elles sont plus comparables à des institutions parasites (ou symbiotiques).

Il n'y a donc pas de problème à considérer que toutes les entités qui disposent au sein de la communauté internationale du statut d'État n'en soient pas du point de vue de la définition politique. De même, il n'y a aucun problème à considérer que toutes les communautés humaines politiquement organisées ne disposent pas du statut d'État, à partir du moment où les deux notions ont été disjointes. C'est bien la confusion entre les deux concepts d'État et le fait d'étudier la souveraineté comme puissance dans les États comme personne morale qui pose problème et faire apparaître des contradictions.

Derrière cette confusion entre les termes États et souveraineté se retrouve la tendance constante à la réification de l'État dans la forme qu'il a prise au XXe siècle. Les États sont ainsi pensés comme existants et prédéfinis, et toute transformation est alors perçue comme une atteinte au concept même d'État : les États sont ceux qui à un moment, ont été qualifiés d'État. Cela est visible chez Th. J. Biersteker, lorsqu'il considère que « *By the century's end,*

¹⁰⁹⁰ Citation prise dans l'article « Jamaïque: au moins 60 morts dans la guerre contre les gangs », <http://www.liberation.fr/monde/0101637522-l-armee-jamaicaine-donne-l-assaut-au-fief-du-narcotrafiquant-christopher-coke>, consulté le 09/12/2012.

¹⁰⁹¹ *Idem.*

we had evidence of both 'failed' states in Africa and the emergence of a distinctly different polity (or a potential 'superstate') in Europe »¹⁰⁹². Or, l'effondrement d'États (qui plus est récents) ne peut en aucun cas être considéré comme une preuve ou même un indice de l'inadéquation du concept d'État, pas plus que l'effondrement d'une maison peut être un signe de l'inadéquation du concept de maison. De plus, il est difficile de saisir ce qui est entendu par « *superstate* ». Si en effet, l'Europe se transforme en « *superstate* », elle ne sera alors plus qu'un simple État puisque les considérations de taille ne comptent pas dans la définition de l'État¹⁰⁹³ (à moins de considérer qu'il existe de nombreux supers États, tels la Chine, les USA, le Brésil, La Russie, le Canada, Le Mexique...).

Les termes État et souveraineté renvoient donc bien à différents sens, qui sont non concordants. Il est possible que le statut d'État au sein de la communauté internationale ne renvoie à aucune communauté politique bien organisée. De même, des États au sens politique peuvent très bien ne pas être reconnus. Ces disjonctions montrent qu'il n'y a pas équivalence des deux termes et qu'ils désignent donc des objets distincts. En fonction du sens du terme utilisé, la souveraineté renvoie alors également à des significations distinctes. La nécessité de dissocier souveraineté légale, qui octroie le statut d'État, et la souveraineté puissance, critère de l'État selon Bodin et Hobbes est donc bien confirmée. C'est sur la base de cette non-distinction que prennent part de nombreuses critiques de la souveraineté.

Il y a ainsi un mouvement général, tant au niveau du droit que de la Science Politique, à penser la souveraineté par rapport à la reconnaissance. Certains juristes vont alors jusqu'à considérer la souveraineté comme une institution de l'ordre international. Si ces deux évolutions ont été séparées à des fins didactiques elles participent d'un même mouvement et ont très probablement eu des influences réciproques. Elles permettent alors une évolution conceptuelle supplémentaire, qui est l'assimilation de la souveraineté non plus à la reconnaissance, ni même à un ensemble d'attribution, mais au principe même d'organisation de la scène interétatique.

¹⁰⁹² BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 160a.

¹⁰⁹³ L'Europe serait alors similaire (voire inférieure) en taille et en population à d'autres États (Chine, Inde, USA, Russie, Brésil, etc.).

2.1.1.3 De la souveraineté reconnaissance à la souveraineté comme institution du système international

Tant en Droit qu'en Sciences Politiques, la souveraineté est attachée à la reconnaissance et devient soit un ensemble de compétences dévolues à l'État par l'ordre international, soit un ensemble de comportements. Parce que les relations interétatiques sont le fait d'États souverains se reconnaissant mutuellement, la souveraineté (principe de reconnaissance) est le principe qui organise un certain type de relations interétatiques (entre État se reconnaissant mutuellement). Il est alors possible de considérer que les relations interétatiques sont organisées *en fonction* du principe de souveraineté. En pensant que les relations interétatiques sont organisées en fonction du principe de souveraineté, il est alors possible, par un glissement sémantique supplémentaire, de considérer que les relations interétatiques sont organisées *par* le principe de souveraineté et que donc la souveraineté est avant tout *le* principe d'organisation des rapports interétatiques. Ainsi, R. Jackson, estime que la souveraineté est aussi une institution juridique « *that authenticates a political order based on independent states whose governments are the principal authorities both domestically and internationally* »¹⁰⁹⁴

Cette assimilation de la souveraineté au principe d'organisation de la scène interétatique induit une identification progressive de la souveraineté aux modes de comportements des États au sein de cette scène interétatique. Cette évolution s'inscrit à la fois dans le cadre de l'évolution de la pensée juridique qui pose la souveraineté comme compétences d'une personne morale conférées par l'ordre international que de l'évolution de la Science Politique qui se focalise de plus en plus sur les comportements des acteurs. La souveraineté n'est donc plus une puissance normative autonome, ni même la reconnaissance d'un statut, mais le principe d'organisation de la scène interétatique que traduit le comportement des États.

Ainsi, la primauté de la souveraineté externe amène à penser l'État comme une unité du système interétatique (2.1.1.3.1). De ce fait, la souveraineté peut désigner une institution du système international westphalien (2.1.1.3.2). Il faudra alors rappeler qu'il ne faut pas confondre le système interétatique de l'espace mondiale (2.1.1.3.2).

¹⁰⁹⁴ JACKSON R., « Sovereignty in World Politics », in. JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 10

2.1.1.3.1 La primauté de la souveraineté externe : l'État comme unité d'un système

La souveraineté, tant chez Hobbes que chez Bodin, fut théorisée en période de guerre civile comme le moyen de garantir la paix et la stabilité de l'État. Il s'agissait d'affirmer la nécessaire soumission des individus à un juge commun afin de résoudre les conflits de valeurs (notamment, à l'époque, les conflits religieux). La question est donc bien pour eux la stabilité de la République.

Or, l'affirmation, particulièrement chez Bodin, de l'absoluité du pouvoir du Prince va avoir pour corollaire la dénonciation des prétentions universalistes que pouvaient encore avoir l'empereur du Saint Empire Romain Germanique ou le Pape (cet élément étant plus qu'anecdotique chez Hobbes). Néanmoins, s'il est indéniable que la souveraineté s'est construite sur l'éclatement de la *Respublica Christiania*¹⁰⁹⁵ et la dénonciation du pouvoir du Pape ou de l'Empereur au profit des monarques, il ne s'agit là que d'un élément conjoncturel qui ne doit pas être considéré comme un élément déterminant de la théorie de la souveraineté. Pourtant, de nombreux auteurs semblent considérer que cette dénonciation conjoncturelle des revendications universalistes pour affirmer l'autorité des Princes équivaut à une condamnation de tout pouvoir universel. De ce fait, l'État ne pourrait avoir de sens que dans un système d'États (au moins de deux) se reconnaissant mutuellement comme États. Cela se retrouve par exemple chez Olivier Beaud, qui considère que « *la logique de l'État, [est une] logique d'une rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national. Il y a donc antinomie évidente entre l'État universel et l'idée même d'État* »¹⁰⁹⁶.

Cette affirmation d'une contradiction intrinsèque entre l'État souverain et l'État mondial est également présente chez A. Pellet, qui considère que « *contrairement à l'Empire, l'État ne se conçoit pas isolé ; l'Empire récuse l'existence juridique des « Barbares » ; l'État ne s'affirme pas contre les autres sociétés humaines mais à côté d'elles ; la notion d'« État mondial » n'a aucun sens* »¹⁰⁹⁷. Il y a donc une opposition entre l'État et l'Empire justement sur la question de la souveraineté et de la reconnaissance. Il a déjà été dit que des auteurs comme Bertrand Badie ou Francis H. Hinsley considéraient justement les Empires comme des entités politiques n'appliquant pas pleinement le principe de souveraineté parce qu'ils ne

¹⁰⁹⁵ Cf., *supra*.

¹⁰⁹⁶ BEAUD O., *La puissance de l'État*, Op. cit., p. 13.

¹⁰⁹⁷ PELLET A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, A. Pedone, 2014, p. 46.

reconnaissaient pas les autres entités. De même, le courant constructiviste qui assimile la souveraineté aux pratiques de reconnaissance et définit l'État par rapport à ses interactions avec les autres ne peut concevoir l'État que dans un système d'État. Bertrand Badie considère ainsi que « *Comme institution et comme groupe d'acteurs, celui-ci [l'État] existe dans la perception de l'autre avant de se définir lui-même* »¹⁰⁹⁸.

Cette approche est alors en contradiction totale avec l'analyse de G. Mairet qui, reprenant alors la théorie d'Éric Weil, expliquait que la logique même de la souveraineté, s'achevait justement dans la mise en place d'un État mondial, imposant une morale et une éthique universelle¹⁰⁹⁹.

Cette conception de la souveraineté, qui considère qu'elle n'a de sens dans un système d'entités se reconnaissant mutuellement traduit ainsi la primauté de la conception externe de la souveraineté sur sa conception interne. En effet, la souveraineté externe est l'institutionnalisation de l'indépendance, le statut d'une personne morale (l'État) au sein d'un ordre juridique qui définit ses attributions et ses relations avec les autres États. Si l'État se définit avant tout comme le sujet de droit d'un ordre juridique global, qui définit les rapports entre ces sujets de droit, alors il ne saurait y avoir un seul État. La souveraineté externe n'a donc de sens que dans un système d'États se reconnaissant mutuellement comme également indépendants. Dans l'hypothèse d'un État universel, celui-ci ne saurait avoir de souveraineté externe. Par contre, il disposerait toujours d'une souveraineté interne, c'est-à-dire d'une puissance normative autonome. C'est donc seulement en considérant que la souveraineté est un élément essentiel de l'État et que la souveraineté a nécessairement une face externe qu'il est possible de considérer que l'État mondial est un contresens.

Or, il a déjà été précisé que Bodin et Hobbes ne s'intéressent qu'à la dimension interne de la souveraineté. Il existe certes chez ces auteurs quelques rares développements sur les rapports entre souverains, mais il s'agit de la prise en compte d'un fait alors existant et non de l'affirmation d'une nécessité inhérente au concept. Si effectivement Jean Bodin dénonce les prétentions impériales sur la France, ce n'est pas pour dénoncer toute idée de monarchie universelle, mais simplement affirmer l'indépendance du royaume.

¹⁰⁹⁸ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁹⁹ Cf., *supra*.

L'affirmation du caractère contradictoire de l'État mondial est donc basée sur la souveraineté externe de l'État qui implique que celui-ci soit inséré dans un système d'États. Elle est donc totalement indépendante de la souveraineté interne de l'État. Cela confirme à la fois la nécessité de dissocier totalement les deux concepts de souveraineté (interne et externe) et les deux concepts d'État.

Cette affirmation du caractère contradictoire de l'État mondial est alors très surprenante chez un auteur comme O. Beaud. Celui-ci explique très bien la thèse de Bodin. Il rappelle ainsi que la souveraineté renvoie à la puissance publique (c'est-à-dire à la souveraineté interne), qui « *seule est juridiquement décisive pour la compréhension de l'État* »¹¹⁰⁰. L'État chez Bodin (mais également chez Hobbes) ne se définit bien que par rapport à la souveraineté interne. Or, absolument rien dans la description qu'Olivier Beaud donne de la souveraineté chez Bodin ne permet de conclure qu'elle s'inscrit nécessairement dans une logique de rétractation (mais c'est parce que rien chez Bodin ne permet de conclure que la souveraineté s'inscrit dans une logique de rétractation).

Il est vrai qu'historiquement, la naissance de l'État moderne est présentée comme la conséquence de l'éclatement de la *Respublica Christiana* et la captation de l'intégralité du pouvoir par les institutions royales¹¹⁰¹. La souveraineté s'est concrétisée dans les monarchies, mettant fin tant aux visées césaro-papiste qu'à celle d'empire universel. Mais ce n'est pas parce qu'historiquement s'est institué un système d'États souverains différenciés que ce système est consubstantiellement lié au concept de souveraineté. Si la question, que confirme O. Beaud, est bien celle de l'unité et de l'absoluité de la puissance publique, alors une puissance unitaire et absolue à l'échelle mondiale, ce que serait une souveraineté mondiale, n'est absolument pas contradictoire. C'est d'autant plus vrai en se rappelant que le peuple (la population) est également formellement définie (le concept de nation n'existant pas encore lors de la théorisation de la souveraineté¹¹⁰²). Cela implique que la forte charge identitaire liée actuellement aux États, qui participe du morcellement du monde, n'est pas originairement liée à l'État et la souveraineté¹¹⁰³.

Le développement des théories de Droit international et de Relations internationales a donc impliqué une profonde modification des concepts d'État et de

¹¹⁰⁰ BEAUD O., *La puissance de l'État*, Op. cit., p. 125.

¹¹⁰¹ Cf. *supra*.

¹¹⁰² Cf. *supra*.

¹¹⁰³ Cf. Chap. *Supra*.

souveraineté. Parce qu'il existait une pluralité d'États se reconnaissant mutuellement comme indépendants et développant des rapports juridiques, a été inventé le concept de souveraineté externe, rattachée à la souveraineté interne. Puis, parce que la souveraineté était théorisée comme disposant de deux faces, il en a été déduit que la souveraineté de l'État impliquait que celui-ci soit inscrit dans un système d'États. Or, si la souveraineté est la simple indépendance de fait, il n'y a pas d'obstacle à une souveraineté mondiale, l'État mondial ainsi créé serait de fait indépendant. Par contre, si la souveraineté est l'attribut juridique de personnes morales, qui se reconnaissent mutuellement, alors effectivement elle suppose une pluralité d'acteurs (au moins deux). Si la souveraineté dispose effectivement nécessairement d'une face externe, alors la souveraineté mondiale est un contresens, puisqu'un État mondial n'aurait pas de face externe.

C'est donc bien en définissant la souveraineté comme le mode d'interaction entre États se reconnaissant mutuellement qu'il est possible d'affirmer l'idée qu'un État mondial est un contresens.

La souveraineté de l'État dans sa conception externe implique donc que l'État soit inscrit dans un système d'États. Elle définit leurs attributions mutuelles ainsi que leurs modalités d'interaction. De ce fait, la scène interétatique est bien structurée par la manière dont est définie la souveraineté externe, ce qui fait que la souveraineté externe devient le principe d'organisation de la scène interétatique. Elle va alors être assimilée à un mode particulier d'organisation interétatique : le système westphalien. L'absence de distinction stricte entre la souveraineté interne et la souveraineté externe, qui les fait penser comme les deux faces du même objet, amène alors à penser que la souveraineté, dans son ensemble, est liée au système westphalien.

2.1.1.3.2 La souveraineté comme institution du système international : l'identification au système westphalien

La souveraineté est en effet souvent décrite comme une institution¹¹⁰⁴. Les institutions sont, pour reprendre les mots d'Ulrich Beck, comme « *des règles de comportement formelles et informelles servant à rendre possibles certaines formes de pratiques politiques nationales ou internationales* »¹¹⁰⁵. De ce fait, la souveraineté est pensée comme servant principalement à définir un set de pratiques et d'identité de certains acteurs de la scène internationale, permettant de distinguer ceux qui la possèdent et ceux qui ne la possèdent pas, ainsi que la manière de se comporter vis-à-vis de chacun. C'est également ce qui est compris par Th. Biersteker et C. Weber lorsqu'ils considèrent que « *traditionally, sovereignty has been characterized as a basic rule of coexistence within the state system* »¹¹⁰⁶. De même, J.-J. Roche dans son manuel de relations internationales, consacre une section à « *la souveraineté, principe d'organisation de la scène interétatique* »¹¹⁰⁷. Philippe Moreau Defarges rappelle lui que « *la souveraineté étatique n'est qu'un produit de l'histoire, moyen commode pour traiter* « la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux » *à une époque donnée* »¹¹⁰⁸. Enfin, R. Jackson lie également la souveraineté à l'organisation du monde : « *Sovereignty is an academic or theoretical subject but it is also a profoundly practical arrangement of world politics* »¹¹⁰⁹. Cette phrase illustre bien la confusion entre les différents sens du mot souveraineté qui ne sont pas distingués.

Cette approche qui consiste à comprendre la souveraineté comme un principe d'organisation de la scène interétatique s'attache donc principalement à la dimension externe de la souveraineté. Elle permet de comprendre que de nombreux travaux vont traiter l'histoire de la souveraineté sous l'angle d'une histoire des principes structurants la scène internationale et des types de rapports qu'entretiennent les États souverains¹¹¹⁰. De ce fait, tout changement dans l'organisation des relations internationales devient un changement du principe de souveraineté, puisque celle-ci est identifiée aux règles de coexistence entre États. Néanmoins,

¹¹⁰⁴ À titre d'exemple : SØRENSEN G., « Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution », *Political Studies*, 1999, vol. 47, pp. 590-604.

¹¹⁰⁵ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 26.

¹¹⁰⁶ BIERSTEKER Th. J., WEBER C., « The social construction of state sovereignty », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 1.

¹¹⁰⁷ ROCHE J.-J., *Relations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2010 (5^e Ed.), pp. 82-94. (Chap. II, Section 1)

¹¹⁰⁸ Moreau Defarge Ph., « Ingérence et souveraineté ».

¹¹⁰⁹ JACKSON R., « Introduction: Sovereignty at the Millennium », in. JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 1.

¹¹¹⁰ Voir l'exemple de Bertrand Badie traité dans le chapitre préliminaire (Cf. *supra*.)

il est évident qu'il y a une grande différence entre la souveraineté comme pouvoir assurant la cohésion de la République, la souveraineté comme la reconnaissance d'un statut légal et la souveraineté comme principe d'organisation de la scène interétatique.

Cette évolution est en partie liée à la dynamique propre des Relations internationales. Dario Battistella rappelle que celles-ci portaient initialement sur les relations entre entités souveraines, puis sur les relations se déroulant en état d'anarchie¹¹¹¹. De ce fait, la souveraineté des États devient le principal critère des théories de Relations internationales (puisque'il y a anarchie dès qu'existent au moins deux États souverains) et s'identifie alors avec la manière dont celles-ci se déroulent.

Assimilée au mode d'organisation des relations internationales, la souveraineté sera alors principalement attachée à un type particulier d'organisation de la scène interétatique : le système westphalien tel qu'il se structure à partir de 1648. Cette assimilation de la souveraineté au système interétatique westphalien s'observe par exemple chez Daniel Philpott. Dans une contribution très intéressante¹¹¹², il s'interroge afin de savoir si les évolutions récentes du monde traduisent ou non une véritable rupture dans l'ordre international, et donc dans le principe de souveraineté qui en est actuellement la base. Pour ce faire, il développe le concept de constitution internationale, afin de voir si celle-ci a subi des transformations majeures qui justifieraient les théories sur un nouvel ordre international radicalement différent. Cette constitution internationale constituerait un ensemble de pratiques et de normes qui définiraient les membres légitimes de cette société (les détenteurs de l'autorité), leurs attributions et leur mode d'interaction légitime¹¹¹³. De ce fait, la constitution internationale chez D. Philpott est assez similaire (sans être tout à fait équivalente) de ce que Krasner qualifie de régime international¹¹¹⁴.

Ainsi, pour D. Philpott, la constitution internationale définit principalement l'autorité, qui aurait trois faces. La première définit les membres de la société internationale (*who are the polities in a given international society?*) ; la seconde, ceux qui ont vocation à y entrer (*who may belong to the society?*) ; la troisième, les attributions de ces membres (*what are the*

¹¹¹¹ BATTISTELLA D., *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Science Po, 2009, 3^e Ed [2003], pp. 21-25.

¹¹¹² PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », in JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, pp. 144-167.

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 145.

¹¹¹⁴ PHILPOTT D., *Revolutions in sovereignty*, Princeton, Princetone University Press, 2001.

*essential prerogatives of these polities?») ¹¹¹⁵. Il apparaît donc bien que la constitution internationale est définie par la manière dont est pensée la souveraineté par les théoriciens du Droit international et des Relations internationales : la première face renvoie à ceux qui possède la souveraineté comme personnalité juridique ; la seconde renvoie aux critères de reconnaissance ; la troisième aux compétences dévolues par l'ordre international aux États. La constitution internationale chez D. Philpott correspond donc bien à la souveraineté externe. Lorsqu'il évoque des changements dans la constitution internationale, il les assimile bien à des changements de souveraineté : « *For instance, the founding of the European Coal and Steel Community in 1950, was, as I will argue, the most sweeping constitutional revision since Westphalia in that it revised all three face of sovereignty* » ¹¹¹⁶.*

La constitution internationale est donc un ensemble de normes, considérées comme légitimes, par les membres de la société ainsi définie. Elle correspond donc bien aux institutions telle que définis par U. Beck et auxquelles la souveraineté est assimilée. Il existerait ainsi un sentiment que ces normes doivent être respectées. Parce qu'elles sont codifiées, elles se distingueraient des règles morales ainsi que de la loi divine ou naturelle. Elle serait similaire à la loi au sens des juristes positivistes ¹¹¹⁷. Ce serait donc à la fois la codification et le sentiment d'obligation qui caractériseraient la dimension juridique de la norme (néanmoins, les normes morales sont souvent considérées comme devant être respectées ; c'est donc principalement la codification qui créerait le caractère juridique de la norme, ce qui est l'approche du Conseil d'État ¹¹¹⁸).

Le concept de constitution internationale permettrait alors de comparer la scène internationale et de voir la permanence des structures de légitimité par-delà les évolutions historiques de dynamique de puissance. Ainsi, une révolution dans la structure des relations internationales se traduirait par un changement radical dans au moins l'une des trois faces de l'autorité. Ce serait seulement à partir de ce moment qu'il serait possible de parler de transformation de la souveraineté. La souveraineté est donc bien pensée comme une forme de constitution internationale. Daniel Philpott récuse alors l'idée d'une baisse de la souveraineté.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 147.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 155.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 152. Il faut en effet rappeler qu'A. Pellet met en avant ce sentiment d'obligation du droit international (en faisant le parallèle avec la coutume) pour justifier son caractère juridique (PELLET A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, A. Pedone, 2014, p. 38).

¹¹¹⁸ Cf., *supra*.

Mais en plus de savoir qu'il considère qu'il y a eu une révolution dans la structure des relations internationales, ce qui est intéressant et symptomatique est bien l'identité créée entre la souveraineté et les principes fondamentaux de cette structure dans sa forme westphalienne. En effet, il dresse un rapide panorama des évolutions de la constitution internationale.

Il explique alors les évolutions qui, à partir du moyen-âge ont permis la mise en place d'un système d'États souverains, assimilés au système westphalien, et les évolutions qui actuellement s'en éloignent. Il considère alors que même si le pouvoir de l'État serait effectivement mis à mal par les corporations, l'immigration ou les flux monétaires, la structure de la constitution internationale reste pour l'instant globalement inchangée, ou en tout cas n'a pas subi de modifications d'ampleur suffisante pour induire une rupture. En effet, s'il existe bien des modifications (notamment l'Union européenne et le développement de l'ingérence), celles-ci ne seraient pas de nature, pour l'instant, à transformer radicalement la constitution internationale. L'Union européenne reste en effet une expérience locale et l'ingérence très limitée¹¹¹⁹.

Il faut alors préciser quels sont les changements, afin de montrer des exemples de principes structurant la scène internationale qui sont assimilés à la souveraineté (« *How each revolution revised sovereignty's three faces* »)¹¹²⁰.

Un des exemples les plus symptomatiques (et le plus important) concerne évidemment les critères de reconnaissance (neutre, ou conditionné à des exigences formelles ou culturelles). La reconnaissance est donc un élément fort parmi les institutions de l'ordre international, puisque c'est elle qui va permettre d'introduire une entité dans le club des États. Elle constitue donc bien un « *ticket d'entrée sur la scène internationale* »¹¹²¹.

Il considère également les critères d'interventions : les questions d'ingérence sont souvent liées à la souveraineté puisqu'il semble admis que le principe de souveraineté entraîne le principe de non-ingérence. Mais ce ne sont pas les seuls. Gérard Dussouy explique ainsi qu'il est prêt, comme R. Aron, à abandonner le concept de souveraineté, notamment parce qu'il est « *que trop assimilé – et c'est ce qui rend si aisé la partie à ses contempteurs – à l'égalité des États* »¹¹²². Or, si l'égalité des États est effectivement très souvent posée

¹¹¹⁹ PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », in. JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 167.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹¹²¹ FOWLER M. R., BUNCK J. M., *Law, Power and Sovereign State*, Cit. in. Lerin F., Tubiana L., « les paradoxes de la souveraineté », in. Jacquet P. (dir.), *Regard sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, Annuels, 2009, p. 99.

¹¹²² DUSSOUY G., *Les théories de l'interétatique*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 43.

comme liée à la souveraineté, elle est bien un principe d'organisation de la scène internationale, et n'est en soi ni liée directement à la souveraineté posée comme puissance normative autonome, ni sa conséquence directe. Par contre, elle est bien la conséquence de la souveraineté externe, qui est l'indépendance reconnue par d'autres entités également indépendantes. Elle est donc liée à la traduction juridique de la souveraineté au sein de l'ordre international (également libre). Il faut également considérer que la séparation entre la face interne et la face externe, qui est à la base de nombreuses théories des Relations internationales, n'est pas en soi liée au principe de souveraineté mais d'une tentative de compréhension du fonctionnement de l'ordre global¹¹²³. Ainsi, Bertrand Badie confond souvent critiques des postulats fondamentaux du réalisme et critiques de la souveraineté, utilisant les premières pour dénoncer le principe de souveraineté¹¹²⁴. C'est probablement lié au fait que la souveraineté, comme le rappelle G. Dussouy, reste liée à la puissance¹¹²⁵. Néanmoins, c'est surtout lié au fait que la souveraineté reste conceptuellement attachée à l'ordre westphalien (par exemple, V. B. Delcourt)¹¹²⁶. Or, comme susmentionné, et comme il sera développé dans le point suivant, ces points ne sont absolument pas impliqués théoriquement par le principe de souveraineté, mais ne sont que la transcription du système westphalien auquel celle-ci est assimilée.

Enfin, et surtout, pour D. Philpott, c'est la constitution internationale qui détermine l'État comme une entité souveraine : « *it is the international constitution which first defines this polity as an entity with the authority to determine further its own constitutional authority. It is the international constitution which defines the very meaning of internal and external realms* »¹¹²⁷. Il y a ici un lien évident avec la pensée juridique qui considère la souveraineté comme un attribut juridique déterminant les compétences de l'État tant externe qu'interne. En effet, même en supposant que dans son domaine interne l'État est totalement libre, à partir du moment où c'est la constitution internationale (l'ordre juridique international) qui détermine ce qui est du domaine de l'interne et du domaine de l'externe, alors le domaine interne n'est

¹¹²³ Ces aspects seront développés ultérieurement (Cf., *infra*).

¹¹²⁴ C'est particulièrement flagrant dans un point intitulé *Heurs et malheurs de la souveraineté*, in. BADIE B., « Chapitre 1. De la souveraineté à la capacité de l'État », in SMOUTS M.-C., *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, p. 38. Il faut toutefois rappeler que réalisme et souveraineté sont clairement opposés dans *Un monde sans souveraineté*.

¹¹²⁵ DUSSOUY G., *Op. cit.*, p. 42.

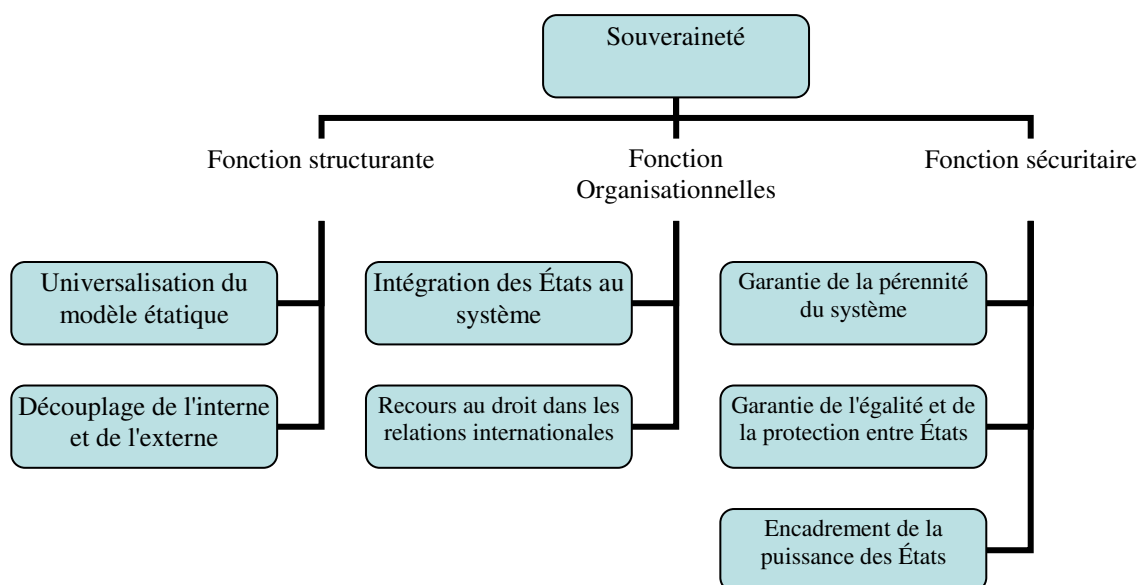
¹¹²⁶ DELCOURT V. B., « Le principe de souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires » in *Pyramides*, n° 9, 2005, §1 [en ligne] < <http://pyramide.revue.org/349#quotation> > [consulté le 07/12/2011].

¹¹²⁷ PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », in. JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 145.

plus qu'un domaine dévolu. Toutefois, il ne faut pas croire que la constitution internationale est identique à l'ordre juridique international. S'ils se recoupent sur de nombreux points, s'ils entretiennent le même rapport avec la souveraineté, ils participent de deux domaines scientifiques différents. Chacune des approches aura donc sa spécificité propre. L'ordre juridique serait en quelque sorte la formalisation de la constitution internationale, mais la Science Politique reste attachée à l'étude de dynamiques plus concrètes, construite sur les rapports de pouvoir.

La souveraineté chez Daniel Philpott est donc bien pensée à travers les institutions du système international. Ce sont les modifications de ce système qui permettent de considérer ou non si la souveraineté est toujours d'actualité, c'est-à-dire si la souveraineté est toujours le principe d'organisation de la scène interétatique.

Cette tendance à assimiler la souveraineté au principe d'organisation de la scène interétatique est flagrante chez J.-Ph. Merciris. En effet, celui-ci considère comme nécessaire de s'attacher à comprendre l'évolution du système international pour comprendre l'évolution du concept de souveraineté. Après avoir rappelé que la souveraineté renvoie à un pouvoir absolu, il présente les différentes fonctions de la souveraineté au sein du système international, qui serait au nombre de trois : structurante, organisationnelle et sécuritaire, qu'il présente dans ce schéma¹¹²⁸ :



¹¹²⁸ MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, p. 59.

Ce tableau montre bien que la souveraineté est perçue comme le mode d'organisation de la scène interétatique. La souveraineté se définit alors par l'ensemble des institutions qui structurent le système mondial. Il se dissocie donc totalement de la souveraineté comme puissance normative autonome pour se concentrer sur les institutions du système international. Les différentes fonctions de la souveraineté apparaissent alors bien comme celles liées au système westphalien, ce qui lui fait considérer que : « *Le modèle westphalien constitue encore aujourd'hui la base de la définition positive de la souveraineté.* »¹¹²⁹. Cette phrase permet de voir l'inversion totale qui est faite par rapport à la souveraineté entendue comme puissance normative autonome. Il n'est plus question de considérer que la souveraineté de l'État est à la base du modèle westphalien, mais bien de considérer que c'est ce modèle qui constitue la souveraineté. La souveraineté est donc de fait assimilée aux institutions de ce modèle.

Il existe donc bien une tendance forte à considérer la souveraineté à travers les institutions du système international, notamment les principes d'égalité entre États, et de non-ingérence. Cela s'observe également chez Robert Jackson, qui lie explicitement les institutions d'un monde d'États souverains aux institutions du système westphalien :

Sovereignty is the basic norm, grundnom, upon which a society of states ultimately rests. If states were not sovereign political life would have to rest on a different normative foundation, such as suzerainty or empire or theocracy as was the case prior to the revolution of sovereignty [...]. A conceivable future world of non-sovereign states would have to be based on an alternative normative foundation of some kind e.g., global federation. But in a world of independent states certain norms are necessarily basic: norms of equal sovereignty, non-intervention, reciprocity, etc. That is the normative logic of the institution¹¹³⁰

La souveraineté est donc pensée comme le principe d'organisation de la scène interétatique. De ce fait, elle est identifiée par certains auteurs aux principes qui ont durablement structuré la scène interétatique. Toutefois, il ne faut pas confondre ces principes qui codifient la scène interétatique avec les principes qui structurent l'intégralité de l'espace mondial.

¹¹²⁹ MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, p. 21.

¹¹³⁰ JACKSON R., « Sovereignty in World Politics », in JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 10

2.1.1.3.3 La scène interétatique : un espace juridique distinct de l'espace mondial

Lorsqu'il évoque la première face de l'autorité, Daniel Philpott considère qu'elle définit les membres de la société des États. De ce fait, la reconnaissance est effectivement un élément clef, puisque c'est elle qui va déterminer de l'appartenance ou non de l'État à cette société. Or, l'appartenance ou non à la société des États (c'est-à-dire la question de la souveraineté externe) est distincte de la question de l'existence d'un pouvoir normatif autonome. Daniel Philpott évoque d'ailleurs l'idée de club (« *Every club has rules for membership, and these rules are tied closely to what is mean to be a member* »¹¹³¹ – ces règles constituant la troisième face de l'autorité définie par la constitution internationale). Cette idée de club est également utilisée par R. Jackson (« *The societas of states is the most exclusive political 'club' in the world and has been so for several centuries* »¹¹³²). Si dans ces deux cas il s'agit d'analogie, celle-ci est particulièrement intéressante.

Elle permet en effet de rendre compte de deux niveaux d'analyse et les rapports entre deux objets conceptuellement différents : l'existence de fait des États et leur appartenance à la *societas* des États, comparable à un club. Le rapprochement de la *societas* des États à un club permet alors de tirer deux conséquences.

D'abord, elle confirme la nécessité de distinguer entre l'État au sens légal et l'État au sens politique. Il existe un nombre considérable d'entités qui effectivement ne font pas parties du club (mafias, multinationales, Églises, ONG, individus...). Elles disposent de moyens de puissance plus ou moins importants, certaines d'entre elles, les Républiques non reconnues (Taiwan, le Somaliland...), possèdent même la souveraineté interne (tandis que certains membres du club non – la Somalie). L'erreur à ne pas commettre est donc de confondre le club des États et la société internationale, au sens d'espace mondial. Si effectivement l'État souverain est bien le seul membre légitime du club, il est faux d'en déduire qu'il est le seul acteur important ou légitime de la société internationale.

Ensuite, les règles du club, ce que Daniel Philpott appelle constitution internationale, ne sont bien qu'un arrangement entre membres de ce club. Elles s'apparentent à un règlement intérieur, définissant effectivement ses membres, leurs statuts et rapports réciproques légitimes. Les États, entendus alors uniquement comme personnes morales, se voient attribuer

¹¹³¹ PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », in JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 149.

¹¹³² JACKSON R., « Sovereignty in World Politics », in JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 27.

un certain nombre de compétences, de droits et de devoirs, qui sont effectivement dépendants de leur appartenance à ce club. Ces attributs ne dépendent donc pas de leur souveraineté interne, mais simplement de leur reconnaissance comme membre du club, et de la manière dont s'organise celui-ci. Parce que la plupart des membres disposent effectivement de la souveraineté interne, et que celle-ci est posée comme une condition d'accès, la souveraineté externe est posée comme liée à la souveraineté interne. Ce n'est toutefois pas le cas, comme le prouve bien les cas de disjonction entre souveraineté interne et externe. Les questions relatives à l'ingérence ou à la non-ingérence, à titre d'exemple, ne sont donc pas une conséquence de la souveraineté interne ou même externe, mais bien simplement une des règles établies entre États au sein du club des États (et qui donc peut changer – ce qu'elle fait).

La souveraineté externe renvoie donc au statut de l'État en tant que personne morale, membre du club des États, de la *societas* des États, de la scène interétatique. En ce sens, elle est exclusivement basée sur la reconnaissance, et toujours en ce sens, c'est bien la constitution internationale ou le droit international qui habilite l'État à exercer certaines compétences sur un territoire défini. Cette assimilation de la souveraineté à sa conception externe chez D. Philpott est flagrante lorsqu'il déclare : « *A state does not practice sovereign power, for instance, unless it is surrounded by a community of state that recognized these powers* »¹¹³³.

Il y a donc bien conceptuellement deux mondes, qu'il est nécessaire de distinguer analytiquement. Il y a la scène internationale (ou mondiale) et la scène interétatique (la société des États). La scène interétatique est un des éléments de la scène internationale, mais il est totalement abusif de réduire la seconde à la première. Cette idée est également présente chez d'autres auteurs. Gilles Bretton voit ainsi le système interétatique comme un système parmi d'autres : « *De même, il n'est pas interdit de penser que la globalisation fait désormais du système interétatique, un système parmi un ensemble d'autre système qui sont par exemple, économiques, technologiques, écologiques, médiatiques ou autres* »¹¹³⁴ et rappelle que Rosenau parle d'une réalité à double niveau : « *les pluralistes comme Rosenau, qui n'hésite plus à parler d'une réalité mondiale à double niveau comprenant le système interétatique traditionnel ainsi qu'une société transnationale ou multiculturelle avec son cortège de*

¹¹³³ PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », in JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millenium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd, 1999, p. 149.

¹¹³⁴ BRETON G., « Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ? », *Études internationales*, vol. 24, n°3, 1993, p. 537.

nouveaux acteurs internationaux non étatiques »¹¹³⁵. Rosenau évoque ainsi l'idée que le système global bifurquerait d'un modèle statocentré à un modèle multicentré. Mais il ne faut pas confondre le modèle et sa réalité. Si effectivement il y eut une époque où la très grande majorité des acteurs capables d'agir à un niveau global était des acteurs étatiques, il n'y a jamais eu adéquation parfaite entre le club des États et l'ordre global. La non-reconnaissance par les États européens des entités politiques non européennes n'impliquait pas nécessairement que ces entités ne fussent pas des communautés politiques structurées par une puissance normative autonome, c'est-à-dire des États au sens de Hobbes et Bodin.

Or, c'est bien cette confusion entre scène interétatique et scène internationale qui semble poser problème à Jens Bartelson dans son article « *Y'a-t-il encore des relations internationales ?* »¹¹³⁶.

Cette appartenance du concept de souveraineté à des ordres conceptuels distincts semble pourtant actée par de nombreux auteurs. Par exemple, François Lerin et Laurence Tubiana reconnaissent la nécessité de prendre en compte des discussions académiques de champs disciplinaires différents, ainsi que le fait que la souveraineté est « *une notion cardinale de la conception de l'État moderne et des relations internationales* ». Ils n'en tirent cependant pas la conclusion qu'il s'agit de concepts distincts puisque insérés dans des champs sémantiques et conceptuels différents. De ce fait, ils la présentent comme une notion issue du réalisme¹¹³⁷. Considérer la souveraineté comme issue du réalisme montre bien que la souveraineté est perçue dans sa dimension externe, alors même qu'elle est directement rattachée à J. Bodin dans leur présentation.

Il y a donc bien un glissement supplémentaire qui fait que la souveraineté, posée comme principe structurant de la scène interétatique s'identifie alors aux modes de comportement et principes d'interaction des États au sein de cette scène. Or, cette scène n'est bien que le cadre mis en place par les États pour définir leurs relations réciproques.

¹¹³⁵ *Idem.* Voir également ROSENAU J., « Les constitutions dans un monde en proie aux turbulences », *Cultures et Conflits*, n°8, hiv. 1992, [en ligne], < <http://conflits.revue.org/533> > [consulté le 28/01/2013], § 35.

¹¹³⁶ BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 241-256.

¹¹³⁷ LERIN F., TUBIANA L., « Les paradoxes de la souveraineté », in JACQUET P. (dir.), *Regard sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, Annuels, 2009, p. 97. Je souligne.

L'insertion de la souveraineté dans les champs disciplinaire du Droit international et des relations internationales ont donc profondément modifié son sens, jusqu'à opérer un retournement complet de la notion. Alors qu'elle désignait une puissance normative autonome, la souveraineté désigne dans ces disciplines soit un ensemble de pratique d'acteurs définissant les critères de reconnaissance, soit un attribut (ou une liberté) légale de l'État, soit une institution du système westphalien. Dans tous les cas, alors que la souveraineté externe, lorsqu'elle ne désignait que l'indépendance, était une donnée de fait qui découlait de la souveraineté interne, celle-ci est maintenant totalement autonome¹¹³⁸, certains juristes allant jusqu'à affirmer, dans une conception moniste, que c'est de l'ordre international que procède la souveraineté interne. Cette judiciarisation de l'État crée alors une calcification de l'État. Celui-ci garde son statut d'État et est pensé comme possédant la souveraineté du simple fait de son statut. Il est alors facile de multiplier les exemples permettant de montrer qu'il existe de nombreux État légaux dont la souveraineté est plus que douteuse.

Pourtant, de nombreuses critiques de la souveraineté, tout en la rattachant explicitement à Hobbes et Bodin, vont considérer que la souveraineté institue le système westphalien et vont donc considérer la remise en cause de certains de ces principe comme une remise en cause du concept de souveraineté, ce qui traduira bien une transposition de leur conception de la souveraineté aux conception de Hobbes et Bodin.

2.1.2 La critique de la souveraineté à travers l'évolution de la constitution internationale

La notion de souveraineté a donc subi des évolutions considérables et renvoie à des univers conceptuels radicalement différents, non seulement vis-à-vis des disciplines qui s'en saisissent, mais également dans ce qu'elle désigne. Or, la non-prise en compte de ce phénomène amène à des malentendus qui nuisent fortement à la compréhension du concept de souveraineté. Le problème n'est pas de considérer que la souveraineté est le principe d'organisation de la scène interétatique. Le problème consiste à analyser ces concepts et ces

¹¹³⁸ L'indépendance, et donc la souveraineté interne, est toujours posée comme une condition de l'acquisition de la souveraineté externe. Néanmoins, le lien n'est plus automatique. La souveraineté externe renvoyant à un statut juridique au sein d'un ordre juridique, (et la reconnaissance étant à la discrétion des États), rien n'interdit théoriquement d'accorder le statut d'État à des personnes morales qui n'en serait pas.

notions à partir de théories qui n'ont absolument pas été pensées dans ce cadre, et d'insérer sans précaution des termes dans un système de pensée différent, avec des concepts différents. Il y a donc, et c'est évidemment lié à l'emploi du terme souveraineté, une transposition maladroite des interrogations que suscite la mondialisation aux théories de Bodin et de Hobbes. De plus, s'il ne s'agissait que d'aller chercher ce que ces auteurs pourraient nous apprendre sur le monde contemporain, ou de voir en quoi leurs théories sont ou non adaptées au monde actuel, ce serait une démarche tout à fait respectable (mais qui ne semble pas très en vogue actuellement). Toutefois, ce qu'on observe est totalement différent. En effet, en l'absence de toute analyse de fond, il n'y a que la condamnation de quelques maximes qui serviraient à montrer le lien entre leur pensée et le système international que de nombreux auteurs cherchent à dénoncer. Cela se fait au mépris total de toute analyse des concepts utilisés, auxquels sont attribués des sens contemporains, de manière tout à fait inappropriée. Il y a donc une erreur logique flagrante. Parce que le système westphalien implique la souveraineté des États (qui est à la base de son fonctionnement réel et de sa conceptualisation théorique), la critique du système westphalien va se poser, par une contraposée erronée, comme une critique du principe de souveraineté. Un pan entier de la théorie politique va alors chercher à renforcer la dénonciation de ce système en y associant certains aspects des théories de ces auteurs. Or, si le système westphalien ne peut se passer de la souveraineté des États, la souveraineté des États peut très bien se passer du système westphalien. Il faudra donc effectivement montrer que la souveraineté, au sens de Bodin et de Hobbes, n'implique pas nécessairement le modèle westphalien.

Ainsi, après avoir montré que la souveraineté est assimilée aux principes d'organisation du système international, il va falloir analyser dans le détail ces différents principes et leur dénonciation afin de voir si oui ou non ils sont compatibles avec le principe de souveraineté tel que posé chez Hobbes et Bodin.

Les critiques du système international se divisent en deux types qui comme le remarque à très juste titre S. Cohen, ne sont pas nécessairement compatibles. D'un côté, la souveraineté est présentée comme une fiction, qui ne correspondrait plus à la réalité du monde contemporain (1.2.1.). De l'autre côté, la souveraineté est présentée comme un obstacle (bien réel en l'occurrence) à la résolution des problèmes du monde contemporain (1.2.2.). Dans les deux types de cas, il sera montré que non seulement les critiques s'adressent à la souveraineté

comme principe d'organisation de la scène internationale et non pas à la souveraineté comme principe d'organisation de la République ; mais qu'en plus le principe de souveraineté permet souvent de résoudre ou de mieux comprendre les problèmes qui lui sont reprochés.

C'est également cette variabilité du système international qui pousse certains auteurs comme B. Badie à dénoncer le concept de souveraineté comme fiction :

Invention complexe, usages ambigus, concept incertain : la souveraineté est loin d'être ce repère stable et rassurant, communément valorisé par les praticiens de la vie internationale. [...] : la fiction est utile et rend beaucoup de services. D'autant que la polysémie et l'ambiguïté sont d'un précieux secours : il y a toujours une acceptation de la souveraineté qui arrange les affaires de celui qui l'évoque. Mieux encore : derrière chaque construction de l'idéal souverainiste, il y a toujours une doctrine de l'intervention qui se cache. La fiction est ainsi opérationnelle jusqu'au bout¹¹³⁹

2.1.2.1 La souveraineté et l'État : des fictions juridiques inadaptées à la réalité du monde contemporain.

La souveraineté est régulièrement présentée comme une fiction, qui ne serait plus apte à rendre compte de la réalité du monde contemporain. Cela est lié au fait qu'un nombre de plus en plus grands d'internationalistes constatent, probablement à juste titre, que les grands principes qui structuraient les relations internationales sont en train de changer. Parce que la souveraineté est assimilée à ces principes, ils en déduisent que celle-ci est, au moins dans sa conception antérieure, un concept dépassé. Or, il faudra montrer que non seulement ces évolutions ne sont pas contraires au principe de souveraineté entendue comme puissance normative, mais qu'au contraire ces évolutions s'inscrivent parfaitement dans le cadre de rapport entre entités souveraines, qui interagissent en fonction de l'évolution du monde, des idéologies dominantes et de leur rapport de force. Les différentes évolutions que subit l'ordre international n'expriment alors que les différentes facettes de ces rapports.

Trois aspects seront principalement traités ici : le caractère fictionnel de la souveraineté et de l'État d'un point de vue constructiviste (3.2.1.1) ; l'évolution des pratiques de reconnaissance (3.2.1.2.) ; la non concordance entre République et États légal ; la séparation entre politique interne et politique externe (3.2.1.3.) ainsi que la question de l'ingérence (3.2.1.4.).

¹¹³⁹ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, Op. cit., p. 111.

2.1.2.1.1 L'évolution des régimes internationaux ou de la constitution internationale mobilisée pour montrer le caractère contingent de la souveraineté et de l'État.

Il existe une volonté certaine chez certains constructivistes à déconstruire la notion d'État. Parmi eux, des auteurs comme Th. J. Biersteker ou B. Badie semblent particulièrement virulents. La critique consiste alors principalement à considérer que puisque que l'État et la souveraineté se définissent à partir des pratiques de l'État et que celles-ci varient, il est impossible d'avoir une définition définitive de l'État ou de la souveraineté par-delà la multiplicité de leur forme historique. Elles sont alors abordées comme de pures constructions sociales sans réalité propre.

Cette affirmation du caractère contingent de l'État et de la souveraineté les fait apparaître comme des genres interactifs selon I. Hacking. Néanmoins, ces critiques relèvent bien non pas de l'État entendu comme communauté politique mais bien comme personne morale membre de la scène interétatique.

2.1.2.1.1.1 La remise en cause des concepts d'État et de souveraineté à travers la multiplicité de leurs formes historiques.

Th. J. Biersteker rejette toute définition *a priori* de l'État qui permettrait de rendre compte à travers l'Histoire (même récente) d'un même type de phénomène : « *Broad generalizations and timeless categorizations of forms of state are highly problematic* »¹¹⁴⁰. Il s'appuie pour cela sur deux types d'arguments : le premier consiste à mettre en avant la multiplicité des conceptions de l'État ; le second à mettre en avant les différentes formes qu'il peut prendre, même sur une petite période. C'est, nous l'avons vu, la conséquence directe du nominalisme inhérent au constructivisme¹¹⁴¹. Il n'y aurait donc aucune réalité derrière les concepts d'État et de souveraineté.

Biersteker oppose la conception wébérienne de l'État et la conception marxiste de l'État (en évoquant les différentes interprétations). De là il en conclut que cela suffit pour dire

¹¹⁴⁰ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 158a.

¹¹⁴¹ Cf., *supra*.

qu'il y eût un nombre significatif de conceptions divergentes de l'État, ce qui est tout à fait exact. Il explique ensuite que cette multiplicité des divergences est suffisante pour rendre problématique la tendance de nombreux auteurs à penser l'État comme entité permanente (*unit*) à travers le temps et l'espace¹¹⁴². Cette inférence n'est cependant pas justifiée, pour au moins deux raisons. La première est que les différentes interprétations ne concernent pas forcément des États temporellement et spatialement très éloignés. Il s'agit alors bien de différences d'interprétation et non d'entité, puisque le même État (au même moment et au même endroit) peut être l'objet d'interprétations différentes. Les divergences d'interprétation ne peuvent donc en aucun cas être une preuve de pluralité de l'objet, puisque le même objet peut être interprété de différentes manières. La seconde est que le seul point commun de tous ces auteurs est justement de poser l'État comme entité continue à travers le temps et l'espace, malgré les désaccords sur la manière de penser la continuité et sur ce qui la constitue. Si l'on admet un minimum de rigueur à tous ces auteurs, on ne peut que conclure qu'il existe de nombreuses manières de penser la permanence de l'État par-delà la multiplicité de ses formes. Ainsi, la multiplicité des interprétations renforcerait (sans valider) l'idée de cette permanence au lieu de l'invalider, ainsi que l'affirme Biersteker, puisqu'il existe de multiples manières de penser cette permanence.

Après avoir rappelé la multiplicité des conceptions de l'État, le second moyen pour dénoncer le principe d'unicité du concept d'État consiste pour Biersteker à en montrer la multiplicité des formes.

Afin de montrer le caractère socialement construit de la souveraineté, Th. J. Biersteker va, comme B. Badie¹¹⁴³, mettre en avant la multiplicité des pratiques liées à la rhétorique de la souveraineté. Il va donc expliciter l'évolution des critères de reconnaissance à travers l'Histoire, montrant que, ne serait-ce que durant le XXe siècle, celle-ci recouvre des pratiques différentes, exercées par des États différents. Puisqu'il identifie la souveraineté à la reconnaissance et à la légitimité reconnue par la communauté internationale, cette évolution traduit pour lui une évolution du concept de souveraineté. Il en tire les tableaux suivants¹¹⁴⁴ :

¹¹⁴² BIERSTEKER Th. J., *Ibid.*, p. 159a-b.

¹¹⁴³ Pour l'évolution du principe de souveraineté chez B. Badie, Cf. *supra*.

¹¹⁴⁴ BIERSTEKER Th. J., *Ibid.*, p. 166.

Table 8.1 *Historicizing conceptual change*

	Early 20th century	Mid 20th century	Late 20th century
State forms	Imperial state (great powers with colonies)	Nation-state (welfare state, national security state, developmental state)	Self-restrained state (neoliberal state, 'failed')
State of sovereignty	Weberian sovereignty	State sovereignty	Conditioned sovereignty
	Territorial control Fulfill international obligations	Territorial control Fulfill international obligations Political alignment	Territorial control? Fulfill international obligations Democracy
Territory	Physical control and occupation are paramount	Hard boundaries with nuclear vulnerability	Soft boundaries, control over networks, the 'region-state'

Table 8.2 *Contextualizing conceptual change in the contemporary era*

	Advanced, post-industrial states	Developing states
State forms	Self-restrained, neoliberal state	Neoliberal and failed states
States of sovereignty	Intervention is legitimate to secure democracy	Non-intervention in domestic affairs is inviolable
Territory	Control networks (soft borders)	Control physical territory (hard borders)

Avec ces tableaux, Th. J. Biersteker montre d'une part comment les notions d'État, de souveraineté et de territoire ont évolué au cours du XXe siècle (Table 8.1) et d'autre part comment à une même époque ces conceptions peuvent être différentes (Table 8.2). Cette approche qui vise à catégoriser le rapport à la souveraineté et au territoire semble assez fréquente. Elle se retrouve par exemple chez S. Cohen, qui distingue avec Robert Cooper les États « prémodernes », « modernes » et « post-modernes » :

1°) les États « prémodernes », qui n'ont pas accédé à une vie d'État-nation doté de frontières fixes, d'un gouvernement doté du monopole de la violence légitime et capable de déployer une véritable politique étrangère. On range dans cette catégorie la Somalie et l'Afghanistan ; 2°) les États « modernes » (la Chine, le Pakistan, le Brésil, etc.) très attachés à leurs intérêts nationaux, pour lesquels l'idée de souveraineté et de frontières jouent un rôle important ; 3°) les États « post-modernes », c'est-à-dire les démocraties de type occidental qui ont rejeté l'usage de la force pour régler leurs différends et dont la sécurité repose en grande partie sur la transparence de leur politique étrangère et l'interdépendance de leur économie.¹¹⁴⁵

Il n'est pas question ici de discuter la pertinence des tableaux, mais plutôt de voir ce qu'ils impliquent du point de vue de l'auteur sur sa conception de l'État et de la souveraineté.

¹¹⁴⁵ COHEN S., « Les États face aux « nouveaux acteurs », *Politique internationale*, no. 107 (printemps 2005), pp. 409-424, [en ligne] < www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/0204-Cohen-FR-1-3.pdf >, p. 4.

Ces deux tableaux confirment que Th. J. Biersteker aborde l'État dans sa conception statutaire. L'État est ici pensé comme membre de la scène interétatique, où la souveraineté est liée à la reconnaissance. À aucun moment il n'aborde réellement la question de l'effectivité de la puissance publique (sauf pour distinguer les États faillis comme type d'État).

D'une part, il confirme bien la réduction de la souveraineté à un attribut de l'État, lié à la reconnaissance, mais il y ajoute également les conditions d'intervention. Toutefois, cela peut se justifier par le fait que les conditions d'intervention posées comme légitimes par la société internationale (ou par les États interventionnistes puisqu'il a été montré que le droit international devait être pensé comme un droit propre à chaque État¹¹⁴⁶) impliquent un retrait (temporaire) du statut d'État et des garanties qu'il apporte. La souveraineté est donc bien pensée comme dépendante de la reconnaissance.

Néanmoins, cela implique de poser préalablement la non-ingérence comme un principe fondamentalement lié à la souveraineté, ce qui impliquerait alors effectivement que l'ingérence soit une non reconnaissance. Cela permettrait ainsi de considérer que la reconnaissance est conditionnée (aux motifs dont le non-respect entraîne l'ingérence), que ce soit pour l'obtention du statut d'État ou pour son maintien. Il s'inscrit donc pleinement dans le cadre expliqué de la souveraineté comme principe d'organisation de la scène interétatique, lié à sa définition comme statut légal. Ce qu'il présente ici est bien une évolution de l'ordre interétatique, où il identifie la souveraineté au principe de reconnaissance et d'ingérence.

Biersteker affirme que les pratiques de reconnaissance influent sur la nature même de l'État puisque cela déterminerait qui serait autorisé à être parmi les principaux agents des affaires internationales. Or, il faut ici nuancer ce constat, puisque l'évolution du principe de reconnaissance ne concerne que les nouveaux acteurs, et que les États déjà en place ne se voient pas (encore ?) destitués pour manque de démocratie, même si, comme il a été dit, le développement des pratiques d'ingérence peut être compris comme une suspension de la reconnaissance et donc du statut. C'est en ce sens que Biersteker considère que ces évolutions dans les modalités de reconnaissance entraînent également une évolution dans les pratiques d'ingérence (164a). En ce sens, ce n'est pas l'État qui change mais bien son statut légal.

De ce fait, puisque la souveraineté est censée être le principe d'organisation de la scène interétatique, que l'organisation de cette scène évolue, cela impliquerait bien que la

¹¹⁴⁶ Cf., *supra*.

souveraineté évolue. Elle serait alors bien, pour reprendre l'expression de B. Badie, « *un concept incertain* »¹¹⁴⁷.

D'autre part, il apparaît que ce qui est considéré comme État serait également sujet à transformation (ce qui pour lui prouve la non-pertinence du concept général d'État). De cette pluralité, il justifie la mouvance du concept de souveraineté mais également celle d'État. Parce que ces notions recouvriraient des réalités différentes, elles apparaîtraient dépendantes du contexte et, surtout, de la manière dont se conçoivent les acteurs (puisque l'anarchie est toujours la même, seul les différences identitaires expliqueraient de manière satisfaisante ces variations). Toutefois, il est possible de faire quelques remarques. Notamment, il peut sembler étonnant de considérer sous la même rubrique « *Self-restrained state* » les États néolibéraux et les États défaillants pour ce qui est du contrôle des frontières et des réseaux. Certes, les deux ont des frontières poreuses, mais pour des raisons totalement différentes : par choix pour les premiers, par incapacité pour les seconds.

Mais, c'est surtout le second tableau qui est le plus intéressant. Les États avancés (et, il est nécessaire de le préciser, démocratiques) considèrent comme légitime d'imposer la démocratie (soit leur type d'organisation politique), alors que les États en voie de développement (et, probablement, non –ou moins– démocratiques), sont plus réticents à cette possibilité. En opposant les États avancés et les États en voie de développement, Biersteker cherche probablement à montrer le lien entre les formes d'États, d'intervention et de conception du territoire. Il s'inscrit alors clairement dans la voie ouverte par A. Wendt, montrant l'importance de l'identité dans la dynamique des rapports interpersonnels¹¹⁴⁸. Néanmoins, le choix des termes (*Advanced* et *Developing*) traduit clairement une perspective évolutionniste que ne renierait pas F. Fukuyama. Surtout, en considérant que les États post-industriels ne sont pas majoritaires, et qu'il existe pour l'époque actuelle différents modèles, il est étonnant de n'en avoir mis qu'un pour le premier tableau alors que le second le présente comme contesté. Il serait très tentant d'en conclure que la prédominance d'un modèle dépend du rapport de force entre les différents tenants des différents modèles (cette hypothèse sera développée au point suivant).

¹¹⁴⁷ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*

¹¹⁴⁸ WENDT A., « Anarchy is what states makes of it », *International organization*, vol. 46, n°2, 1992, pp. 391-425.

En se focalisant sur les pratiques de reconnaissance et en mettant en avant l'importance de l'identité des acteurs, le courant constructiviste en arrive naturellement à se concentrer sur les conditions de légitimité. Or, celles-ci sont mouvantes, tant dans leur dimension interne qu'externe, ce qui, pour lui, prouve bien la nécessité de se concentrer sur les questions de légitimité¹¹⁴⁹. Puisque la revendication et l'affirmation de l'autorité légitime se fait toujours au nom d'une légitimité, et qu'effectivement non seulement cette légitimité est variable temporellement et spatialement mais qu'en plus elle entraîne des pratiques et des discours différents, la souveraineté n'est alors plus le fait stable et constant d'une autorité légitime, mais juste la légitimité qui, elle, est variable. Le décalage entre cette approche et celle qui consiste à considérer (comme R. Jackson par exemple) qu'il existe un phénomène constant qui est l'existence d'une autorité normative disposant d'une forme de légitimité est alors flagrant. James Rosenau présume également que « *les fondements de l'ordre politique ont des qualités communes invariantes, quel que soit le lieu* »¹¹⁵⁰. Or, la souveraineté a justement été pensée comme un de ces invariants.

La variation spatio-temporelle de la manière dont les autorités normatives conçoivent la légitimité des autres régimes ne change rien au fait constant de l'existence d'institutions normatives se posant comme légitimes. Surtout il est délicat de comprendre pourquoi l'étude des différentes formes de légitimité ou de reconnaissance devient l'étude de la souveraineté, alors qu'elles pourraient, sans rien perdre de leur pertinence pour la compréhension de l'espace mondial, rester l'étude des différentes formes de légitimité et de reconnaissance.

De plus, en rapprochant la souveraineté (identifiée à la légitimité) de la reconnaissance, cela revient à considérer que la légitimité d'un régime n'est pas fonction de ceux sur qui il s'exerce, mais bien de l'opinion des régimes voisins.

Ainsi, parce qu'elle recouvre différentes modalités de l'organisation internationale, la souveraineté serait une notion mouvante et dépendante de son contexte :

Sovereignty is variable in its meaning because the range of issues over which authority is claimed (and/or is recognized as legitimate by other states) is not fixed in space and time. Authority claims (and their recognition by others) vary, and this variance determines the

¹¹⁴⁹ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 168a.

¹¹⁵⁰ ROSENAU J., « Les constitutions dans un monde en proie aux turbulences », *Cultures et Conflits*, n°8, hiv. 1992, [en ligne], < <http://conflits.revue.org/533> > [consulté le 28/01/2013], § 9.

change in the meaning of sovereignty itself. This approach allows us to move beyond static, essentialist notion about the timeless nature of sovereignty.¹¹⁵¹

La focalisation de la souveraineté sur les pratiques des acteurs sur la scène internationale, comme élément de définition d'une institution rendrait celle-ci non seulement inopérante comme outil de description de la scène internationale, mais surtout vide de sens à partir du moment où elle est identifiée à la légitimité.

Si celle-ci lui apparaît comme une fiction, c'est bien notamment parce qu'elle recouvre des usages multiples. Or, il est évident que les pratiques des États changent (Stephen Krasner rappelle en effet que les régimes internationaux sont variables¹¹⁵²). Néanmoins, déduire de variabilité des pratiques la vacuité et l'inexistence du principe de souveraineté n'a de sens que si l'on réduit la souveraineté au sens de principes structurant la scène interétatique.

Le fait de considérer l'État non plus comme communauté politique organisée par une puissance normative autonome mais comme personne morale membre de la scène interétatique amène à ôter toute substance à la souveraineté. Celle-ci apparaît alors comme une construction sociale, dépendante des représentations culturelles et sociales des individus. Néanmoins, le fait d'aborder la souveraineté comme construction sociale permet alors de confirmer les séparations faite entre la souveraineté comme puissance normative et la souveraineté comme attribut de l'État ainsi qu'entre l'État comme communauté politiquement organisée et l'État comme personne morale membre de la scène interétatique.

2.1.2.1.1.2 La souveraineté : un genre indifférent créant le genre interactif État souverain

La réflexion de Biersteker sur l'évolution des pratiques de souveraineté s'inscrit parfaitement dans le cadre de ce que I. Hacking définit comme les genres interactifs. Ian Hacking distingue en effet principalement les genres interactifs et les genres indifférents¹¹⁵³. Les genres interactifs sont ceux dont la classification influe directement sur le mode d'existence des individus du genre, tandis que les genres indifférents sont ceux dont la classification n'influe pas sur leur mode d'existence (le mode d'existence des hommes et des

¹¹⁵¹ *Ibid.*, p. 168a.

¹¹⁵² KRASNER S. D., « Regimes and the limits of Realism: Regimes as Autonomous Variable », *International Organisation*, n°36, spring 1982.

¹¹⁵³ HACKING I., *Entre science et réalité*, Paris, La Découverte, 2008, pp. 145-152.

femmes serait en interaction avec la manière dont les hommes et les femmes sont définis). Les genres interactifs présupposent donc la conscience de soi et la conscience de la classification, puisque la classification participe à l'identité de l'individu. Le fait de définir les États souverains comme un genre interactif permet ainsi de supposer une relation entre la manière dont se comportent les États souverains (à travers les individus qui l'incarnent) et la manière dont sont définis la souveraineté et l'État. L'évolution des pratiques des acteurs étatiques entraînerait une modification de la définition de la souveraineté ; une modification de la souveraineté entraînerait une modification de la manière dont se conçoivent les agents et donc de la manière dont ils agissent. C'est ce que reconnaît Ch. Rudolph : « *By disaggregating the concept of sovereignty, we can more readily see how sovereignty is not only relevant to the issue of authority but is also responsive to changing context and can be manipulated as a tool of statecraft to forward evolving interests* »¹¹⁵⁴

Toutefois, le fait que la souveraineté soit un genre interactif, socialement construit, dont les variations de conception entraînent des pratiques différentes de la part des acteurs ne signifie rien quant à l'existence de caractéristiques propres liées à la souveraineté.

Lorsqu'il traite des genres interactifs, Ian Hacking montre les difficultés que peuvent présenter la catégorisation des genres, et notamment les difficultés sémantiques. Il prend l'exemple de l'autisme. Il pose comme hypothèse que l'autisme infantile soit identifié à une pathologie génétique *P*. Cette pathologie est clairement identifiable comme un genre indifférent. Néanmoins, l'idée d'autisme infantile, ses implications ainsi que les enfants autistes « *en tant qu'êtres humains réels, dont la manière d'être est en partie construite* »¹¹⁵⁵, peuvent être étudiés comme des constructions sociales et donc un genre interactif. Il faut alors distinguer la pathologie *P* et les enfants atteints de la pathologie *P*. Les enfants atteints de la pathologie *P* peuvent en effet interagir avec la manière dont ils sont catégorisés, ce qui impliquera que certains effets de la pathologie *P* varieront alors qu'elle restera identique.

Son raisonnement à partir des enfants autistes semble parfaitement transposable aux États souverains. La souveraineté est une puissance normative autonome. Elle permet de définir l'État. Il s'agit d'un élément indifférent. Par contre, les usages faits de cette puissance normative (c'est-à-dire la volonté de l'État) par les individus incarnant l'État seront modelés par les différentes représentations sociales des individus, dont celle qu'ils se font de l'État. Les

¹¹⁵⁴ RUDOLPH Ch., « Sovereignty and Territorial Border in a Global Age », *International Studies Review*, Vol. 7, p. 3.

¹¹⁵⁵ HACKING I., *Entre science et réalité*, Paris, La Découverte, 2008, p. 167.

États souverains peuvent donc apparaître comme des genres interactifs, puisque le droit positif variera en fonction des représentations sociales de ceux qui le déterminent¹¹⁵⁶. Les pratiques de reconnaissance, de légitimité et d'intervention varieront donc. Néanmoins, le fait constant d'une puissance normative, d'un pouvoir politique entendu comme pouvoir de commandement reste lui un phénomène constant et invariant. Il faut donc, en transposant le raisonnement de Ian Hacking, distinguer la souveraineté de l'État des États souverains concrets. Les États souverains (notamment lorsqu'ils sont abordés à travers leur action c'est-à-dire le droit) peuvent alors être considérés comme des genres interactifs, puisque la manière dont est défini l'État aura un impact sur les individus qui incarnent les différents organes de l'État. La souveraineté, elle, reste un phénomène indifférent et constant.

Cette conception de la souveraineté comme mode d'organisation du système interétatique permet alors de comprendre pourquoi le courant constructiviste estime que l'État se définit principalement à travers la souveraineté externe. Comme tout élément d'un système, il est alors défini par les principes qui structurent le système. C'est la constitution internationale qui détermine les attributions et compétences de chaque acteur, mais le système est dépendant de la manière dont les acteurs se pensent et agissent.

Sovereignty provides the basis in international law for state actions, and its violation is routinely invoked as a justification for the use of force in international relation. Sovereignty, therefore, is an inherently social concept. State's claims to sovereignty construct a social environment in which they can interact as an international society of states, while at the same time the mutual recognition of claims to sovereignty is an important element in the construction of states themselves.¹¹⁵⁷

Le courant constructiviste utilise donc la variabilité des usages et des pratiques liés à l'État et à la souveraineté pour considérer ceux-ci comme des genres interactifs et donc vides de toute réalité. Il faut alors préciser que si leur approche est pertinente pour ce qui concerne le statut de l'État au sein de la scène interétatique, elle ne concerne absolument pas la souveraineté entendue comme puissance normative autonome.

En parallèle à cette dénonciation de toute réalité à la souveraineté, existe alors des critiques plus restreintes, qui vont dénoncer la réalité du concept de souveraineté non pas tant

¹¹⁵⁶ Cf., *supra*.

¹¹⁵⁷ BIERSTEKER Th. J., WEBER C., « The social construction of state sovereignty », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *Op. cit.*, p. 3.

en considérant que celui-ci ne recouvre aucune réalité, mais en se servant de sa réduction au système westphalien pour considérer que l'évolution des régimes internationaux fait que celle-ci, soit n'est plus d'actualité, soit fut toujours une fiction.

2.1.2.1.2 La souveraineté réduite au système westphalien dénoncée par l'évolution du système international.

Parce que la souveraineté est pensée comme le genre interactif rendant compte de la manière dont agissent et se reconnaissent les États sur la scène interétatique, de nombreux auteurs lient le principe de souveraineté au système westphalien. Les caractéristiques de celui-ci (notamment l'égalité des États et la non-ingérence) sont posées comme la conséquence du principe de souveraineté. Or, les travaux constructivistes ont très bien montré le caractère socialement construit de ce modèle qui, fondamentalement, ne reste qu'un modèle. Les inadéquations nécessaires entre ce modèle et la réalité font alors partie des critiques de la souveraineté. Néanmoins, ici encore, elles ne s'intéressent pas à la souveraineté comme puissance normative autonome ou à la théorie de l'État mais bien à l'organisation de la scène interétatique.

De nombreux auteurs, comme B. Badie¹¹⁵⁸, mettent en avant le décalage entre ces principes d'organisation de la scène interétatique qui seraient inclus dans le principe de souveraineté et la réalité des pratiques internationales.

Cette inadéquation entre les principes attribués à la souveraineté et la réalité des pratiques est également mise en avant par Mme Delcourt :

sur le plan théorique, le principe de souveraineté implique la reconnaissance de l'égalité souveraine des États, du droit à l'autodétermination des peuples et de la règle de non-intervention dans les affaires intérieures. Dans les faits, le système qui en résulte (aussi qualifié de « westphalien ») s'est accommodé de pratiques peu conformes à ces principes.¹¹⁵⁹

L'assimilation entre la souveraineté et le système westphalien est ici flagrante. Il est bien posé comme une implication logique de la souveraineté. Si effectivement cette implication était vraie, il faudrait en déduire par contraposée que, puisque le système impliqué par la

¹¹⁵⁸ Le premier chapitre de son ouvrage *Un monde sans souveraineté* s'intitule ainsi *Histoire d'une fiction* (Cf., *supra.*)

¹¹⁵⁹ DELCOURT V. B., « Le principe de souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires » in *Pyramides*, n° 9, 2005, §1 [en ligne] < <http://pyramide.revue.org/349#quotation> > [consulté le 07/12/2011].

souveraineté est faux, alors la souveraineté est également fausse. C'est ce que semble également considérer S. D. Krasner :

Most central to the argument of this book, the characteristics that are associated with sovereignty – territory, autonomy, recognition and control – do not provide an accurate description of the actual practices that have characterized many entities that have been conventionally viewed as sovereign states.¹¹⁶⁰

Néanmoins, l'ambiguïté de la formule *that are associated with*, qui ne permet pas de dire si cette association est justifiée ou non permet alors de poser une hypothèse qui se révélera féconde : si ces caractéristiques, les principes que Barbara Delcourt, Bertrand Badie, Robert Jackson et de nombreux autres considèrent comme impliqués par la souveraineté, ne lui sont pas fondamentalement liés, alors la remise en cause de ces principes ne se traduira pas par une remise en cause du principe de souveraineté. Du moins, la souveraineté qui serait alors remise en cause serait la souveraineté attribut juridique de l'État ou la souveraineté institution du système interétatique et non plus la souveraineté puissance.

Pourtant, certains auteurs semblent percevoir que le lien entre ces caractéristiques et la souveraineté sont plus dépendant du système westphalien que de la souveraineté propre. Biersteker écrit ainsi que « *the idealized, Westphalian state has distinct boundaries, and the Westphalian ideal of sovereignty stresses the principle of the inviolability of those borders* »¹¹⁶¹. Or, si effectivement l'État tel qu'il est pensé dans le système westphalien est effectivement un État avec des frontières, et que la souveraineté comme institution du système westphalien pose ces frontières comme inviolables, cela ne concerne que l'idéal westphalien de la souveraineté, et non pas la souveraineté elle-même. En effet, rien ne permet de considérer que la souveraineté n'a de sens que dans le cadre d'un système westphalien. Ainsi, ni Bodin ni Hobbes ne condamnent la guerre, la conquête, ou aucune autre forme d'ingérence.

Le système westphalien apparaît donc comme contradictoire. Les principes qu'il met en avant sont régulièrement violés, ce qui permet à Krasner de le qualifier d'hypocrisie organisée. Pourtant, pour Krasner, les débats et positions contraires relatifs à la question de la souveraineté sont liés à la difficulté de reconnaître que tous principes à la base d'un régime international n'ont qu'une influence limitée et sont contournés du fait de contradictions logiques (par exemple la non intervention et la promotion de la démocratie), de l'anarchie du système international, du différentiel de puissance entre les différents acteurs et du pluralisme

¹¹⁶⁰ KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 237.

¹¹⁶¹ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 157b.

des objectifs recherchés par les différents acteurs. De ce fait : « *In the international environment actions will not tightly conform with any given set of norms regardless of which set is chosen* »¹¹⁶². En effet, ces normes et principes ne sont que des abstractions censées rendre compte de la manière dont se structure le jeu des acteurs qui, par définition, est mouvant, en fonction de principes qui eux aussi sont mouvants. Elles sont par définition mouvantes, mais ne doivent pas se confondre avec les acteurs qui participent au jeu.

Néanmoins, si effectivement la souveraineté comme principe d'organisation de la scène interétatique ne permet pas de rendre compte de la réalité de cette scène, il faut toutefois prouver que la souveraineté pensée en termes de puissance normative autonome le peut. Or, il apparaît que toutes ces évolutions sont compatibles avec le principe de souveraineté définie par Hobbes et Bodin.

2.1.2.2 La modification de la constitution internationale parfaitement compatible avec le principe de souveraineté

La souveraineté de l'État est donc dénoncée comme fiction du fait de l'évolution des pratiques de la scène interétatique, mais également du fait que les pratiques qu'elle est censée induire ne sont jamais respectées.

Il s'agit donc maintenant de montrer que, contrairement à ce qui est régulièrement affirmé, les modifications induites par la mondialisation ne sont absolument pas contradictoires avec les théories de Bodin et de Hobbes. Tant la remise en cause de l'égalité entre État et du droit de non-ingérence (2.1.2.2.1) que l'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale (2.1.2.2.2) ne sont incompatibles avec leur conception de la souveraineté.

¹¹⁶² KRASNER S. D. *Sovereignty : organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 3.

2.1.2.2.1 Reconnaissance, égalité souveraine et non-ingérence : des pratiques liées aux dynamiques de puissance entre entités souveraines et à leur conception du monde.

L'autre élément qui peut permettre de dénoncer la souveraineté comme une fiction est de considérer l'effectivité de celle-ci. Il ne s'agira pas tant ici de considérer la question de l'effectivité d'un pouvoir absolu au sein des Républiques¹¹⁶³, mais bien l'ineffectivité de l'ordre international qu'elle est censée mettre en place. La souveraineté est alors totalement détachée de la puissance pour être assimilée par implication au système westphalien d'organisation de la scène interétatique.

Bertrand Badie lui s'intéresse particulièrement aux dynamiques de puissance. Une partie conséquente de son livre *un monde sans souveraineté* consiste d'ailleurs à opposer souveraineté et puissance :

Souveraineté et puissance, deux concepts familiers aux internationalistes, n'ont du reste jamais fait bon ménage. La seconde apparaît évidemment comme la condition de la première : décidément, la souveraineté n'est donc plus un principe fondateur mais accessoire, subordonné, dépendant. L'ambiguïté est ici immense puisque précisément les plus faibles ont toujours été les plus attachés aux valeurs souverainistes destinées à les protéger et à les garantir contre l'initiative des puissants. Ambiguïté lourde de sens puisque la protection ne vaut que si elle est souverainement admise et reconnue par les plus puissants...¹¹⁶⁴

Cela est particulièrement étonnant si l'on se rappelle que Bodin (que pourtant il cite) définit précisément la souveraineté comme une puissance. Cette distinction est le fruit de l'évolution conceptuelle esquissée précédemment. En effet, l'opposition entre la protection qu'offre la souveraineté par la reconnaissance et le jeu de puissance montre bien qu'il se situe dans le cadre de la souveraineté comme principe d'organisation de la scène interétatique. Le jeu entre puissances rend effectivement fictif toute construction normative qui tente de les remplacer par des relations entre égaux.

¹¹⁶³ Pour la question de la dimension illimitée et absolue de la souveraineté Cf. *infra*.

¹¹⁶⁴ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 9.

2.1.2.2.1.1 L'absence d'incompatibilité entre souveraineté, intervention et ingérence dans les théories de Hobbes et Bodin.

De nombreux auteurs pointent ainsi le retour du phénomène de l'ingérence, et mettent en avant le fait qu'il remet en cause le principe de souveraineté. La souveraineté se trouve alors de fait associée au principe de non-ingérence, c'est-à-dire à une des institutions de la scène internationale. Bertrand Badie juge ainsi le principe de souveraineté contradictoire parce que « *Derrière chaque construction de l'idéal souverainiste, il y a toujours une doctrine de l'intervention, voire de l'ingérence qui se cache* »¹¹⁶⁵.

Il est plus qu'étonnant de lier la souveraineté, dans son acceptation bodinienne ou hobbesienne à la non-ingérence. En effet, de nombreux éléments viennent contredire cette vision.

Premièrement, à aucun moment chez ces deux auteurs ne se trouve une condamnation de l'ingérence. Bodin, comme Hobbes, récuse toute possibilité de révolte des sujets contre un tyran. Ainsi, non seulement Hobbes, tant dans le *Léviathan* que dans le *De Cive*, mais également Bodin dans les *Six livres de la République*, précisent à chaque fois que l'impossibilité de se révolter s'adresse aux sujets. De ce fait, elle ne concerne pas les sujets des autres souverains et donc, *a fortiori* encore moins leur souverain. Il n'y a donc aucune interdiction pour un souverain d'intervenir pour renverser un autre souverain. Cela est parfaitement compréhensible dans le cadre du contrat social hobbesien, puisque l'autorité du souverain est liée à l'acte d'autorisation des contractants. N'étant pas partie du contrat, les étrangers ne sont donc naturellement pas concernés. Ainsi, non seulement il n'y a pas d'objection explicite à l'ingérence, mais de plus ce qui justifie la non rébellion en interne ne saurait être transposé sur le plan des relations entre États.

La dimension absolue et illimitée du pouvoir du souverain chez Hobbes ne saurait donc en aucun cas impliquer la non-ingérence de la part de parties extérieures au contrat. De plus, rien dans sa conception des relations entre souverains ne permet d'en déduire une quelconque condamnation de l'ingérence. Hobbes ne traite quasiment pas des relations entre souverains, considérant que celles-ci sont similaires à celles entre individus à l'état de nature :

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 111.

En ce qui concerne les devoirs que la fonction de souverain lui confère à l'égard des autres souverains, et qui sont contenus dans cette loi qu'on appelle habituellement droit des gens, je n'ai pas à en parler ici : en effet, le droit des gens et la loi naturelle sont une seule et même chose. Et chaque souverain jouit des mêmes droits, quand il s'agit de veiller à la sûreté de son propre corps. La même loi qui prescrit aux Hommes dépourvus de gouvernement civil ce qu'ils doivent faire ou éviter dans leurs rapports mutuels, le prescrit aussi aux Républiques, c'est-à-dire à la conscience des princes souverains et des assemblées souveraines¹¹⁶⁶.

De ce fait, pour comprendre la nature des relations entre souverains, il faut se rapporter aux lois naturelles décrites dans le chapitre XIV du *Léviathan*¹¹⁶⁷. La première loi, fondamentale, consiste à rechercher la paix lorsque cela est possible et à user de la guerre lorsque que cela ne l'est pas. La seconde consiste alors à contracter pour abandonner mutuellement le droit sur toute chose (*jus in omnia*) tant que c'est nécessaire à la paix. Or, les lois de nature n'obligent que lorsque les conditions de sécurité sont assurées¹¹⁶⁸. La suite du raisonnement est connue : parce que l'état de nature est un état de guerre, les conditions de sécurité n'y sont jamais certaines et les lois de nature restent virtuelles (sauf la première, préconisant d'utiliser la force lorsque les conditions de paix ne sont pas garanties). D'où la nécessité conforme à la loi naturelle d'instituer un État souverain. De ce fait, puisque les lois de nature indiquent aux individus la nécessité de se regrouper en État pour assurer la paix, il faudrait alors en conclure que ces mêmes lois, qui s'appliquent également aux souverains entre eux, leur indiqueraient la même nécessité de s'unir, dans les mêmes conditions. La mise en place d'un État mondial serait alors une conséquence logique du raisonnement de Hobbes, que ce soit dans une dynamique libérale (l'intégralité des individus instituant un juge commun pour sortir de l'état de nature) ou étatique, les États considérant que leur sécurité mutuelle impliquent la mise en place d'un juge contraignant, et donc d'un État mondial. En l'absence d'un État mondial, c'est la dynamique de l'État de nature qui prévaut. La difficulté est alors de savoir si oui ou non la dynamique de l'état de nature, qui s'applique entre individus, est réellement transposable, comme l'affirme Hobbes, aux relations interétatiques. Il sera en effet nécessaire de montrer que ce n'est pas tout à fait le cas¹¹⁶⁹. Néanmoins, si la dynamique de l'état de nature entre souverains n'est pas tout à fait la même que celle entre individus, cela ne change pas fondamentalement la nature des droits au sein de cet ordre.

Or, puisque Hobbes compare les Relations internationales à l'état de nature, il faut reconnaître que rien n'y interdit l'ingérence. En effet, si l'État souverain y est totalement

¹¹⁶⁶ HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, chap. XXX, pp. 376-377.

¹¹⁶⁷ Le chapitre XIV du *Léviathan* ne traite que des deux premières lois (les autres étant abordées au chapitre XV). Néanmoins, étant les plus utiles au propos développé ici, elles seront les seuls abordées.

¹¹⁶⁸ HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, chap. XV.

¹¹⁶⁹ Cf. *supra*.

libre, il n'y a pas de processus d'harmonisation des droits impliqués par cette liberté, puisque cela nécessiterait un cadre juridique, afin de définir cette harmonisation, par définition étranger à l'état de nature. La liberté des uns chez Hobbes n'entraîne en aucune manière le devoir chez les autres de respecter cette liberté. Le fait qu'un individu ne soit juridiquement soumis à aucune obligation n'interdit en aucun cas à d'autres individus de le contraindre, de le soumettre ou de le détruire (le *jus in omnia* que chacun possède concerne également, s'il faut le rappeler, le corps des autres). La conception du droit naturel chez Hobbes se caractérise en effet par une absence totale de droits subjectifs et des droits radicalement antagonistes (une des principales fonctions du contrat social chez Hobbes consiste d'ailleurs à harmoniser les droits). Si les individus n'ont, malgré leur droit naturel, aucune obligation réciproque (ce qui autorise la destruction, l'asservissement et la contrainte), cela est transposable aux États. Le fait qu'un État souverain soit détaché de toute contrainte juridique, ne soit soumis à aucune *potestas* ou *auctoritas*, ne permet en aucun cas d'en inférer chez les autres une obligation à un devoir de quelque sorte que ce soit (et donc *a fortiori* de non-ingérence). La souveraineté, entendue comme le droit subjectif de l'État à la non-ingérence de la part des autres États, est un non-sens dans le cadre de la théorie hobbesienne de la souveraineté.

Enfin, l'ingérence peut totalement être justifiée par les lois naturelles telles que définies par Hobbes. À titre d'exemple, l'imposition de régimes démocratiques par les démocraties peut se justifier. Les lois naturelles en effet enjoignent de rechercher la paix et la sécurité, par tous les moyens possibles. Tout ce qui se fait dans cette optique est alors justifié. Or, les théories de la paix démocratique supposent que les démocraties ne se font pas la guerre¹¹⁷⁰. De ce fait, une démocratie, persuadée de la justesse de ses théories (et le fait qu'elles soient justes ou non est hors propos à partir du moment où elles sont considérées comme vraies) pourra, conformément aux lois naturelles, rechercher la paix en imposant des régimes démocratiques dans les autres États. C'est ce qu'explique Kenneth Waltz quand il met en avant la dimension belliqueuse de la conception libérale des Relations internationales, chez des personnes comme Payne, Mazzini ou W. Wilson¹¹⁷¹. Ainsi, la politique étrangère américaine, influencée par ces théories sous W. Clinton et G. W. Bush¹¹⁷², est parfaitement justifiable du point de vue de la conception hobbesienne du droit et de la souveraineté. Il est vrai que, dans la même optique, considérant que les démocraties sont belliqueuses et s'allient

¹¹⁷⁰ DOYLE M. W., « Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs », in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, n°3, summer 1983, pp. 205-235. ; DOYLE M. W., « Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs Part 2 », in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, n°4, autumn 1983, pp. 323-353.

¹¹⁷¹ WALTZ K., *Man, State & War*, Columbia University Press, 1959, pp. 109-111.

¹¹⁷² Plus récemment, il est possible de considérer la guerre contre le terrorisme menée par la France au Mali.

entre elles pour renverser les régimes non démocratiques, des régimes non démocratiques pourraient, conformément au même principe, essayer de renverser les régimes démocratiques. C'est la dynamique observable durant la guerre du Péloponnèse, où Athènes instaurait par la force des démocraties pendant que Sparte instaurait de la même manière des oligarchies.

Ainsi, en considérant que la nature du régime politique est importante du point de vue de la sécurité, il n'est absolument pas contraire au principe de souveraineté (et y est même tout à fait conforme) d'imposer le type de régime supposé nécessaire à sa sécurité. En effet, la sécurité prime sur la non-ingérence, qui, comme les lois de nature, n'est qu'un moyen rationnel d'obtenir celle-ci, dans un certain contexte.

Il apparaît donc que le système de pensée de Hobbes permet tout à fait l'ingérence.

Si Hobbes ne semble pas traiter la question de l'ingérence (même si tout son système rend celle-ci possible), Bodin l'aborde explicitement. Or, celle-ci est non seulement acceptée mais surtout valorisée :

aussi est-ce chose très belle et magnifique à un Prince, de prendre les armes pour venger tout un peuple injustement opprimé par la cruauté d'un tyran, comme fit le grand Hercule, qui allait exterminant par tout le monde ces monstres de tyrans ; et pour ces hauts exploits a été déifié. Ainsi fit Dion, Timoléon, Aratus et autres princes généreux qui ont emporté le titre de châtieurs et correcteurs des tyrans.¹¹⁷³

Les princes (c'est-à-dire, de manière plus générale, les souverains) sont donc explicitement encouragés à aider les peuples opprimés. Ici encore, c'est parce que les princes étrangers (les souverains) sont également garants de la loi divine (ou naturelle, ou plus généralement des biens communs de l'humanité). Non seulement ils ne sont pas concernés par l'interdiction de rébellion, mais ils sont de plus totalement habilités à juger leurs pairs.

Ainsi, considérer que la dimension absolue de la souveraineté chez Hobbes et Bodin a pour corollaire la non-ingérence est totalement injustifié, puisque tout semble la permettre chez Hobbes et qu'elle est encouragée chez Bodin.

Le fait de lier la non-ingérence à ces auteurs traduit donc à la fois une méconnaissance de leur pensée et un anachronisme flagrant consistant à leur attribuer la théorisation de l'ordre international westphalien et des principes qui le structure. Il ne s'agit pas de nier que leurs théories ont eu un impact certains sur la mise en place de ce système. Mais réduire les premières au second est intellectuellement incorrect. Il y a également une

¹¹⁷³ BODIN J., *Les Six Livres de la République*.

probable difficulté à saisir une logique qui d'un côté récuse le droit à la révolte et de l'autre permet l'ingérence. Cela est sûrement lié à la juridicisation de la scène internationale qui pose le droit des peuples à disposer d'eux mêmes comme un droit subjectif propre à chaque nation.

C'est Émeric de Vattel qui, semble-t-il, a le premier réellement attaché ensemble souveraineté et non-ingérence, créant ainsi un lien qui se retrouve encore après plus de deux siècles, dans les manuels de droit international. É. de Vattel est en effet catégorique : la société des États est une société libre, et un souverain ne peut se mêler des affaires d'un autre État tant que sa sécurité n'est pas menacée¹¹⁷⁴. Dans son chapitre *Du droit de sûreté et des effets de la souveraineté et de l'indépendance des nations*, il condamne fortement toute forme d'ingérence, même humanitaire :

§ 54. Aucune nation n'est en droit de se mêler du gouvernement d'une autre. C'est une conséquence manifeste de la liberté et de l'indépendance des nations, que toutes sont en droit de se gouverner comme elles le jugent à propos, et qu'aucune n'a le moindre droit de se mêler du gouvernement d'une autre. De tous les droits pouvant appartenir à une nation, la souveraineté est sans doute le plus précieux, et celui que les autres doivent respecter le plus scrupuleusement, si elles ne veulent pas lui faire injure.

§ 55. Un souverain ne peut s'ériger en juge d'un autre. Le souverain est celui à qui la nation a confié l'empire et le soin du gouvernement : elle l'a revêtu de ces droits : elle seule est intéressée directement dans la manière dont le conducteur qu'elle s'est donnée use de son pouvoir. Il n'appartient donc à aucune puissance étrangère de prendre connaissance de l'administration de ce souverain, de s'ériger en juge de sa conduite et de l'obliger à y rien changer. S'il accable les sujets d'impôts, s'il les traite durement, c'est l'affaire de la nation ; nul autre n'est appelé à le redresser, à l'obliger de suivre des maximes plus équitables et plus sages. C'est à la prudence de marquer les occasions où l'on peut lui faire des représentations officieuses et amicales. Les Espagnols violèrent toutes les règles, quand ils s'érigèrent en juges de l'Inca Athualpa. Si ce prince eût violé le droit des gens à leur égard, ils auraient été en droit de le punir. Mais ils l'accusèrent d'avoir fait mourir quelques-uns de ses sujets, d'avoir eu plusieurs femmes etc., choses dont il n'avait aucun compte à leur rendre ; et ce qui met le comble à leur extravagante injustice, ils le condamnèrent par les lois de l'Espagne.¹¹⁷⁵

De ce fait : « *Il est donc nécessaire, en beaucoup d'occasions, que les nations souffrent certaines choses, bien qu'injustes et condamnables en elles-mêmes, parce qu'elles ne pourraient s'y opposer par la force sans violer la liberté de quelqu'une, et sans détruire les fondements de leur société naturelle* »¹¹⁷⁶. Il y a donc bien chez E. Vattel une condamnation stricte de l'ingérence. Néanmoins, cette conception du droit de non-ingérence

¹¹⁷⁴ Ce qui pose néanmoins la question de l'impact de la nature des régimes sur la sécurité collective. Cf. *supra*.

¹¹⁷⁵ VATTEL É., *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Livre II, Chap. IV

¹¹⁷⁶ VATTEL É., *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Préliminaires, § 21. Or, il semble bien qu'une part conséquente des opinions publiques de certains pays ne soient plus prêtes à souffrir l'injustice chez d'autres peuples, d'où la notion de devoir d'ingérence.

semble bien ici provenir d'un droit subjectif, propre à chaque nation. Elle est la « *conséquence manifeste de la liberté et de l'indépendance des nations* ». Or, cette conception d'un droit subjectif est en soi contraire au principe de souveraineté puisqu'il implique un droit transcendant, imposant des devoirs, indépendant de toute création humaine. Dans une conception matérialiste (ou même positiviste) telle celle de Hobbes, l'existence de ces droits est niée.

Il apparaît alors bien que les propos ici tenus par Vattel sont en contradiction profonde avec non seulement avec les propos de Bodin, qui valorisent justement les souverains qui, tel Hercule, chassent les tyrans, mais avec la logique même de la souveraineté développée par Hobbes, qui rejette toute forme de droit subjectif. D'ailleurs L. Duguit dénonce à très juste titre cette conception qui fait du droit à l'indépendance, au respect de sa souveraineté, un droit subjectif conséquence de la souveraineté. Lorsqu'il présente la conception française du droit international, il rappelle que celle-ci considère que « *de même que l'individu, dans l'exercice de son activité autonome, doit respecter l'activité des autres, de même l'État, dans l'exercice de sa souveraineté indépendante, doit respecter l'indépendance souveraine des autres États* »¹¹⁷⁷, il affirme alors que cette idée est « *indéfendable théoriquement, et pratiquement insoutenable* »¹¹⁷⁸.

Aujourd'hui toutefois, ce droit subjectif fait partie du droit international, à travers le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qui est juridiquement défini¹¹⁷⁹ (il faut cependant préciser que Vattel entend nation au sens de République). Une fois encore, il ne s'agit pas tant d'un corollaire direct de la souveraineté au sens de Bodin ou de Hobbes, mais d'une institution de l'ordre international, d'une des règles comportementales qu'établit la constitution internationale, dans le but d'assurer la paix.

¹¹⁷⁷ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 715. Cité par Cubertafond B., « souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1285.

¹¹⁷⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927, 3^e Ed., p. 719.

¹¹⁷⁹ Article 1.2 de la charte des Nations Unies.

2.1.2.2.1.2 L'égalité souveraine des États : une réalité dépendante des rapports de puissance

La notion d'égalité souveraine des États utilise nécessairement la conception juridique de la souveraineté. Il faut rappeler en effet que la définition de la souveraineté comme puissance n'implique aucunement l'égalité souveraine des États. Ce n'est que comme liberté formelle que celle-ci peut avoir un sens. Le simple fait d'être indépendants ne rend pas égaux. Il peut d'ailleurs être judicieux de rappeler que si Hobbes pose l'égalité entre les Hommes (femmes comprises), ce n'est pas à cause de leur égale liberté (ce qui ne signifie rien dans l'état de nature), mais bien de leur égalité de puissance : c'est parce que sont égaux ceux qui peuvent choses égales, et que chacun peut tuer l'autre, que tous sont égaux. L'égalité naturelle chez Hobbes est donc avant tout une égalité de capacité (une égale capacité de destruction, liée à la fragilité du corps humain, qui selon lui ramène toutes les autres différences – force, ruse... – à quantité négligeable)¹¹⁸⁰. L'égalité n'est donc pas posée en termes métaphysiques comme une égalité ontologique. Or cette égale capacité de destruction, qui est la cause de l'état de guerre propre à l'état de nature, n'existe pas nécessairement entre États. Les États ne sont pas égaux justement parce qu'il existe entre eux une inégalité de puissance. Les USA peuvent anéantir définitivement le Vanuatu, mais la réciproque n'est pas vraie : le Vanuatu ne peut absolument pas anéantir les USA. Il peut leur infliger des dommages, plus ou moins importants, mais ne dispose pas de la puissance suffisante pour créer une véritable égalité¹¹⁸¹. Il existe donc une hiérarchie internationale de puissance en fonction de la capacité de destruction. Ainsi, de même qu'il fallait considérer avec Hobbes que « *l'inégalité qui règne maintenant a été introduite par la loi civile* »¹¹⁸², autant il faudrait considérer que l'égalité qui règne entre États est introduite par le droit international. Elle n'est qu'un principe affirmé par les États dans la conduite de leurs rapports mutuels. L'état de nature ne règne véritablement qu'à partir d'une égale capacité de nuisance.

C'est ce que reconnaît J.-J. Roche lorsqu'il déclare que « *L'égalité des États s'exprime seulement à travers la souveraineté qui se présente comme « le principe abstrait d'autorité suprême sur le corps politique* ». C'est l'abstraction du principe qui permet de penser

¹¹⁸⁰ HOBBS TH., *De Cive, Op. cit.*, I: 3, p. 95.

¹¹⁸¹ Néanmoins, les armes nucléaires, chimiques et bactériologiques (et surtout leur prolifération) permettraient de créer un rapport égalitaire de puissance qui pourrait rapprocher le système international de l'état de nature hobbesien, en offrant à de toutes petites entités une capacité de nuisance extrême vis-à-vis des grandes puissances. Ce n'est actuellement pas le cas.

¹¹⁸² HOBBS TH., *De Cive, Op. cit.*, I 3.

l'égalité des États »¹¹⁸³. Certes, plus que d'abstraction, c'est bien de concept juridique qu'il s'agit, et cette abstraction, comme l'égalité qu'elle crée, n'a de sens réel que dans un ordre juridique. L'égalité des États, l'égalité des souverainetés, ne peut donc se concevoir que dans l'acceptation statutaire du principe de souveraineté. En effet, si l'on accepte l'idée de la souveraineté comme puissance, alors l'idée d'égalité des puissances est un non-sens. Ce n'est qu'entendu comme liberté, puis en admettant l'égalité de liberté qu'il est possible de considérer que la souveraineté entraîne l'égalité. En ce sens, c'est bien la raison qui pousse J. Combacau et S. Sur, qui considèrent la souveraineté comme liberté, à estimer que la souveraineté a pour corollaire l'égalité :

La souveraineté comporte comme corollaire immédiat l'égalité des États, qu'elle implique nécessairement : si la souveraineté est un élément de leur statut, elle leur est à tous reconnue ; et si tous sont souverains, aucun ne peut être le sujet (l'assujéti) d'un autre ; souverainement égaux, ou également souverains, les États sont mutuellement dans une situation de parité légale¹¹⁸⁴

Cette idée de parité légale n'est absolument pas la conséquence logique du principe de souveraineté entendu comme puissance normative autonome. Elle n'a de sens que comme conséquence d'un statut juridique. Ainsi, il serait tout à fait possible de concevoir une instance regroupant différents États souverains où tous n'auraient pas le même poids ou les mêmes droits (par exemple, certains États pourraient disposer d'un droit de veto), ou encore que certains États interdisent à d'autres la possession de certains types d'armes. Enfin, la doctrine Brejnev de la souveraineté limitée montrait bien que, même dans le cadre juridique que les États se sont constitués pour normaliser leurs rapports, l'égalité n'était pas nécessairement de mise. Certains auteurs ont même été jusqu'à évoquer l'idée d'une doctrine américaine de la souveraineté limitée¹¹⁸⁵.

Il faut alors bien comprendre que les institutions de l'ordre international sont certes dépendantes des caractères identitaires des États, mais également des rapports de puissance. En effet, la reconnaissance des autres États est clairement admise par la plupart des auteurs comme la conséquence de l'insécurité qui règne entre les États :

Dans cette première approche, la souveraineté reste la qualité principale que la théorie se doit de reconnaître à l'État : puisque celui-ci agit dans un univers d'anarchie et d'insécurité, il est raisonnable qu'il protège d'abord son droit à détenir le pouvoir ultime et qu'il admette ensuite le droit de l'autre à la souveraineté, de manière que tous les autres le lui reconnaissent, dans l'intérêt bien pensé de sa propre sécurité. On perçoit déjà que souveraineté et reconnaissance sont intimement liées selon un procédé qui se doit

¹¹⁸³ ROCHE J.-J., *relations internationales*, Op. cit., pp. 92-93.

¹¹⁸⁴ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 237. Cela confirme bien que pour eux, la souveraineté est un attribut juridique.

¹¹⁸⁵ CHARVIN R., « La doctrine américaine de la souveraineté limitée », *Revue Belge de Droit International*, 1987, n°1, pp. 5-27. Ce point sera traité plus en avant : Cf. *infra*.

d'atténuer les effets inquiétants du dilemme de sécurité : renforcer ma propre sécurité est certes déjà une menace pour l'autre, mais qui sera nuancée si nous reconnaissons mutuellement notre souveraineté. On ne s'étonnera pas que ce principe soit dès lors au centre de toute codification internationale du rôle des États, jusque dans la Charte des Nations unies qui proclame haut et fort l'égalité souveraine des États, laquelle rend inadmissible l'ingérence des uns dans les affaires des autres, tout en abolissant toute formalisation de la domination et de la dépendance.

C'est ici que l'action internationale de l'État apparaît déjà contradictoire: parce qu'il est souverain, l'État accumule librement de la puissance et donc une capacité d'agir sur la scène internationale qui, évidemment, est profondément inégale, sauf dans les discours utopistes. [...] La souveraineté abandonne ainsi à la puissance une bonne part de sa portée heuristique et empirique pour devenir une fiction juridique dont le respect formel protège la vie internationale d'un chaos trop grave; elle est aussi un moyen de valider la distinction entre l'interne et l'externe sans laquelle la théorie réaliste perdrait l'intelligibilité du monde. En cela, c'est davantage dans son cynisme que dans son formalisme que cette théorie trouve l'optimum de ses vertus opératoires.¹¹⁸⁶

Ce passage de Bertrand Badie est intéressant puisqu'il montre bien que, contrairement à ce qu'il affirme, le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas une conséquence directe de la souveraineté mais bien un calcul rationnel de sécurité. En effet, la reconnaissance n'a de sens que tant qu'elle *atténue les effets inquiétants du dilemme de sécurité* (ou, de manière plus générale, toute source d'inquiétude liée à une menace potentielle). De ce fait, puisqu'elle n'est pas liée à la souveraineté, la contradiction qu'il soulève n'est pas de mise et relève d'une confusion entre souveraineté puissance et souveraineté attribut juridique.

Ce lien entre reconnaissance et sécurité est également acté par J.-J. Roche. C'est ce qui lui permet alors de considérer, à titre d'exemple, que le principe d'intégrité territoriale est lié à la souveraineté :

Le principe d'intégrité territoriale, qui est lié à la souveraineté, a été envisagé comme une méthode pour compenser l'avidité des princes à élargir leurs domaines et l'ardeur des peuples à agrandir leur espace vital. Le droit international s'est ainsi efforcé de trouver une solution aux revendications territoriales, sources permanentes de conflits, en interdisant l'acquisition de territoires par la force¹¹⁸⁷

Or, ce qui apparaît avec cette citation, c'est également que le principe d'intégrité territoriale n'est pas en soi une conséquence directe du principe de souveraineté (ce qui semble affirmé), mais bien de la volonté de pacifier la société internationale. En ce sens, l'intégrité territoriale est un droit reconnu aux membres de la société des États lorsqu'ils accèdent au statut d'État souverain par les autres membres. Une part importante du droit international consiste en des affirmations réciproques des États pour assurer leur sécurité. Il est certes alors possible de considérer que par son principe même, le droit a une fonction pacificatrice, et que donc le

¹¹⁸⁶ BADIE B., « De la souveraineté à la capacité de l'État », in. SMOUTH M.-C., *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, pp. 40-41. Je souligne.

¹¹⁸⁷ ROCHE J.-J., *Relations internationales*, Paris, L.G.D.J., 2010 (5^e Ed.), p. 86.

principe d'intégrité territoriale est une conséquence nécessaire (ou en tout cas probable) d'un droit entre entité territorialisée. Néanmoins, le principe même d'un droit interétatique est contraire au principe de souveraineté : le droit étant la volonté du souverain, il ne peut y avoir de vrai droit international qu'avec un souverain international. Le droit international n'est que le droit, certes commun mais propre à chacun, que se donnent les États¹¹⁸⁸. De ce fait, les garanties que s'accordent les États apparaissent effectivement comme dépendantes du dilemme de sécurité.

Or, rien ne permet de dire que la tension sécuritaire soit permanente en intensité. Cette variabilité de l'intensité des questions sécuritaires est principalement liée à l'inégalité fondamentale entre États, qui fait que l'ordre international ne peut être totalement assimilé à l'état de nature hobbesien.

Lorsque le différentiel de puissance devient tel qu'un État se sent moins menacé par les autres (lorsque l'équilibre des puissances est rompu), les effets du dilemme de sécurité sont moins inquiétants. Il est alors logique que les mesures nécessaires afin *d'atténuer les effets inquiétants du dilemme de sécurité* pour l'État dominant soient moins nécessaires (puisque les effets ne sont plus inquiétants). La reconnaissance de l'autre ainsi que les principes d'égalité et d'intégrité territoriale sont des moyens d'assurer sa sécurité. Lorsque la sécurité est principalement assurée par le différentiel de puissance, les autres moyens perdent en utilité. La nécessité de leur strict respect diminue donc.

À partir du moment où la nécessité de leur strict respect diminue, ils peuvent être remis en cause pour des motifs qui étaient secondaires (économique, idéologiques, humanitaire...) et dont l'importance relative augmente au fur et à mesure que la question sécuritaire diminue. L'importance du respect du principe de reconnaissance est alors dépendante de la structure des rapports de force au sein de la société internationale, et n'est donc pas une conséquence logique de la souveraineté des États. Il est possible d'imaginer, par exemple, que si deux superpuissances ayant des idéologies incompatibles et exerçant chacune une hégémonie sur une aire importante, et que ces deux superpuissances, pour une raison quelconque, cherchent à éviter une confrontation directe, alors les principes de non-ingérence et d'intégrité territoriale seraient un des moyens d'éviter cette confrontation. Ce seraient donc des institutions fortes du système auxquelles participent les deux superpuissances, puisque nécessaires à leur sécurité. Si par hasard une de ces superpuissances vient à s'effondrer, il ne

¹¹⁸⁸ Cf., *supra*.

serait alors pas étonnant que la superpuissance restante soit moins encline à respecter le principe de non-ingérence. En effet, en tant que superpuissance sans concurrente directe, son intégrité territoriale est assurée *de facto*. La protection *de jure* devient donc inutile (ou moins nécessaire). Elle devient même un obstacle à la réalisation de fins qui nécessitent l'ingérence ou l'occupation. Des facteurs identitaires ou culturels peuvent alors servir de justificatif à l'ingérence, ce qui était auparavant impossible à cause de l'existence d'une superpuissance antagoniste risquant de se servir de ses propres référents pour justifier ses propres interventions.

Enfin, l'impératif de sécurité peut également amener à une remise en cause des politiques de non-ingérence et accroître les doctrines interventionnistes. Les attentats du *World Trade Center* le 11 septembre 2001 ont ainsi déplacé pour les USA les problématiques de sécurité des États vers le terrorisme transnational, ce qui légitime en partie les interventions militaires en dehors du territoire national.

La dimension non naturelle de la reconnaissance entre Nations est parfaitement admise par Paul Veyne :

la reconnaissance de l'existence d'autres nations comme étant des sujets de droit international ne va pas de soi ; [...]. Pratiquement, l'existence d'une pluralité d'États qui se reconnaissent entre eux comme des égaux suppose, soit une préalable unité de culture [...], soit une unité religieuse¹¹⁸⁹

Ainsi, la mise en place d'un système international stable nécessiterait en la reconnaissance de l'autre non parce que autre, mais parce que similaire. Il y aurait donc une difficulté fondamentale à reconnaître et accepter l'altérité. La mise en avant de la nécessité développée par Vattel de souffrir la différence se heurte justement au sentiment profond d'injustice qu'il évoque. L'existence de pratiques culturelles en opposition forte avec les principes de justice fondamentaux d'une communauté favorise l'interventionnisme et l'idée de croisade. Toutefois, l'acceptation de cette altérité peut être renforcée par l'équilibre des puissances : si l'Autre ne peut être accepté du fait d'une altérité radicale, cette reconnaissance peut être la conséquence de sa puissance qui, en cas d'équilibre, peut y obliger. De ce fait, l'explication de la cristallisation du principe de reconnaissance au XXe siècle procéderait non pas de cette unité, mais bien du rapport de force qui impose également une forme de reconnaissance.

¹¹⁸⁹ VEYNE P., *L'inventaire des différences : Leçon inaugurale au collège de France*, Paris, Seuil, 1976, pp. 17-18. L'idée que la reconnaissance implique une unité identitaire ou culturelle sera toutefois nuancée au point suivant.

Si les institutions du système international, qui le spécifient, sont dépendantes du rapport de force entre puissances, il faut alors supposer que le système international est le fruit des dynamiques entre puissances.

Un des aspects particulier du raisonnement de Biersteker est qu'il omet totalement de considérer la configuration de la scène internationale ainsi que les rapports de puissance. L'émergence (réelle) d'une souveraineté conditionnée à la démocratie est concomitante à l'effondrement du bloc soviétique, ce que constate Biersteker¹¹⁹⁰. En suivant son raisonnement, il faudrait en conclure qu'à la fin de la guerre froide, les États démocratiques subirent une profonde modification de leur forme ou de leur identité, induisant une modification de leur pratique de reconnaissance. Or, il semble que l'explication la plus simple de ce changement soit à trouver justement dans la modification des rapports de force et de la hiérarchie au sein du système international.

Le bloc occidental (démocratique) se retrouve alors en position très dominante en termes de puissance (tant économique que militaire). L'effondrement des puissances culturellement et socialement antagonistes fait alors disparaître l'obstacle à un interventionnisme plus marqué, car la prudence dictée par un rapport de force tendu n'existe plus.

De même, il est possible d'envisager l'hypothèse que le système westphalien, qui affirmait le principe de non-ingérence (notamment sur les questions religieuses), procédait d'un équilibre des puissances (entre puissances protestantes et puissances catholiques). La non-prise en compte des antagonismes religieux était le seul moyen d'assurer la paix puisqu'il était impossible de battre l'autre.

Il est donc nécessaire de considérer que l'identité d'un État dépend certes d'éléments internes, purement culturels, mais qu'elle dépend également de sa position dans le système international. Le fait d'être, toute chose égale par ailleurs, plus faible ou plus puissant impacte nécessairement la manière dont on se perçoit et dont on se comporte. Cette modification est en partie liée au fait que la variation de la puissance relative d'une entité au sein d'un système modifie ce qui lui est possible ou non de faire. La variation de puissance entraîne donc nécessairement une variation de la manière dont est perçu le monde et donc de la manière de s'y comporter : ce qui entraîne alors une modification de l'identité.

¹¹⁹⁰ BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », in. CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002, p. 163a.

La puissance relative vis-à-vis des autres est forcément un élément de l'identité, d'autant plus si l'on récuse une séparation stricte entre les dimensions interne et externe : il n'y a alors aucune raison de considérer que les variations sur le plan externe n'ont aucune modification sur le plan interne (à moins effectivement de considérer que seul l'interne influence l'externe, sans réciproque, mais alors cela réintroduit une séparation stricte).

2.1.2.2.1.3 Le système international fruit des dynamiques de puissance et de conception idéologiques

Cette idée que l'ordre international reste actuellement dépendant des logiques de puissance est somme toute universellement admise.

John Ikenburry développe ainsi l'idée que les États-Unis d'Amérique auraient institutionnalisé le système international après les deux Guerres mondiales afin de maintenir leur hégémonie dans un système dont les règles leur paraissaient favorables, car définissant les pratiques des acteurs selon leur idéologie¹¹⁹¹. En acceptant cela comme des cas particuliers de comportements plus généraux, il faudrait en conclure que l'ordre international à la suite d'un conflit majeur est déterminé par les pratiques et volontés des puissances victorieuses. Il faudrait alors considérer que les systèmes internationaux mis en place avec Westphalie, Utrecht, Vienne, Versailles, et San Francisco favorisent les puissances dominantes. Ainsi, parlant de l'OMC, Mohamed Salah Mohamed Mahmoud considère que malgré l'organe de règlement des différends et l'organe d'examen des politiques commerciales, celle-ci « *ne remet pas en cause la souveraineté des États, surtout celle des puissants* »¹¹⁹². Les systèmes et institutions mis en place participeraient donc au maintien de l'hégémonie des grandes puissances. Cette idée semble acceptée par Susan Strange pour qui la coopération intergouvernementale est, sous couvert d'interdépendance, plus favorable aux États-Unis d'Amérique¹¹⁹³, mais aussi par M.-F. Durand, J. Lévy et D. Retailé, qui rappellent que :

Mohamed Bedjaoui, juge à la Cour internationale de Justice de La Haye, montre bien à quel point certains sont « plus égaux que d'autres » et comment le nombre n'a pas fait la force, l'entrée en reconnaissance internationale s'étant faite au prix de cette insertion dans un

¹¹⁹¹ IKENBERRY J. *After Victory: Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order after Major Wars*, Princeton, Princeton University Press, 2001 pp.28-29.

¹¹⁹² MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 650.

¹¹⁹³ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011, [1996], p. 17.

droit international qui est le produit historique des intérêts des États les plus puissants et ne se modifie que très lentement¹¹⁹⁴

Néanmoins, les vainqueurs et les grandes puissances ne constituant pas nécessairement un ensemble homogène (au sens de R. Aron). Il faut alors considérer que la pratique dépend également du rapport de force et de l'identité des puissances dominantes. Il n'y a rien d'étonnant que, lorsque le camp des vainqueurs regroupe des puissances catholiques et protestantes, ou communistes et libérales, l'ordre international alors mis en place promeut la non-ingérence : le système mis en place lors de la paix de Westphalie comme après la seconde guerre mondiale comprenait des puissances d'idéologies différentes, qui sortaient d'une guerre où la question identitaire avait joué un rôle conséquent. L'affirmation du respect de l'altérité apparaît alors bien comme un élément nécessaire à la cohabitation entre ces puissances. *A contrario*, le congrès de Vienne qui suit les guerres révolutionnaires et napoléoniennes instaure un ordre qui affirme la légitimité du principe monarchique : c'est, dans la typologie de Bertrand Badie, la *souveraineté dynastique*¹¹⁹⁵, qui permet l'ingérence lorsque la légitimité du régime est menacée : « *non seulement elle [la lèse-majesté] délivre l'étranger du devoir de non-ingérence, mais elle lui crée même un droit, voire un devoir d'assistance. Tel [...], était aussi l'essentiel de la doctrine de la Sainte-Alliance.* »¹¹⁹⁶.

En dehors des périodes de sortie de conflit, il est également nécessaire de considérer l'évolution des dynamiques de puissances et leurs effets sur le système international en l'absence de tout traité. Certes, l'institutionnalisation et la formalisation de ces règles n'ont jamais été aussi fortes qu'aujourd'hui, ce qui de fait entraîne une rigidité propice à l'hégémonie des puissances dominantes (mais par définition, le droit a une portée conservatrice, du fait qu'il est la traduction de l'idéologie dominante¹¹⁹⁷). Ce phénomène participe de la juridicisation des sociétés modernes, tel que le décrit J. Habermas¹¹⁹⁸. Néanmoins, de ce fait, même hors conflits, il apparaît logique que l'émergence ou la disparition de puissances ayant des valeurs (et donc des identités et des pratiques) différentes bouscule le système international. Ainsi, la fin de la Guerre froide a profondément modifié le régime international, sans conflit majeur. L'interventionnisme des grandes puissances au nom

¹¹⁹⁴ DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nd Ed.], p. 86. Voir également BADIE B., *L'État importé*, Paris, Fayard, 1992, pp. 99-108.

¹¹⁹⁵ Cf., *supra*.

¹¹⁹⁶ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 92.

¹¹⁹⁷ Cf. *supra*.

¹¹⁹⁸ Théorie de l'agir communicationnel.

de principes et de valeurs est favorisé lorsqu'il existe entre elles un consensus sur ces valeurs et principes.

Les doctrines d'intervention sont donc dépendantes de l'homogénéité des puissances dominantes. Lorsqu'elles partagent les mêmes valeurs, celles-ci peuvent servir de motif à l'intervention contre des puissances secondaires. Lorsqu'elles ne partagent pas les mêmes valeurs, le principe de non-intervention sera renforcé afin d'atténuer le risque de guerre.

Parallèlement à cet équilibre de puissance, il faut considérer l'idéologie même des États dominant : une idéologie universaliste ou impérialiste favorise de fait la tentation hégémonique. Cela est particulièrement visible chez F. H. Hinsley. Celui-ci établit un lien logique entre la souveraineté interne et le fait de se reconnaître comme une entité souveraine parmi d'autres, c'est-à-dire entre la souveraineté interne et le principe de reconnaissance : « *a state which claims to be free of limit and control within its community is bound in logic to concede the same freedom to other states in theirs* »¹¹⁹⁹. Il précise aussitôt que ce lien logique ne fut pas tout de suite perçu¹²⁰⁰. Il explique alors que cela est lié au fait que les Hommes n'arrivaient pas à penser le monde comme composé de plusieurs communautés politiques distinctes¹²⁰¹. Ainsi, c'est parce que les Hommes se pensaient comme appartenant (ou devant appartenir) à une même communauté qu'ils ne concevaient pas le principe de reconnaissance malgré l'existence et la reconnaissance de leur souveraineté interne.

Or, cet élément remet en cause le lien logique entre souveraineté interne et principe de reconnaissance : si, malgré l'existence d'une souveraineté interne, c'est le fait de considérer (ou non) le monde comme composé d'entités distinctes qui permet (ou non) la reconnaissance de la souveraineté de l'autre, alors c'est que la reconnaissance n'est pas liée à l'affirmation de sa souveraineté, mais bien à l'idée que le monde est composé d'entités politiques distinctes. En effet, le lien logique doit impliquer les deux éléments corrélés. La croyance en un monde composé d'entités distinctes favorisera ainsi la mise en place d'un système interétatique promouvant la non-ingérence. Au contraire, la croyance en un monde unifié (ou devant l'être) favorisera le développement de pratique d'ingérence et l'esprit de croisade. C'est donc bien

¹¹⁹⁹ HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Op. cit., p. 158.

¹²⁰⁰ HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Op. cit., p. 159. Il explique ainsi que les empires romain et byzantin, s'ils avaient une conception de la souveraineté interne, ne reconnaissaient pas la souveraineté des autres entités politiques.

¹²⁰¹ « *The basic reason for this immense delay is obvious enough. It occurred because men had to overcome immense obstacles before they could conceive of the world they inhabited as being a world composed of separate political communities* » (*Idem.*).

un positionnement philosophique sur l'unité ou non de l'humanité qui apparait la réelle cause du principe de reconnaissance : l'Autre ne peut être reconnu comme Autre que si l'idée d'altérité est préalablement acceptée. Si elle est refusée, seul un équilibre des puissances peut alors faire momentanément accepter l'idée de coexistence d'une pluralité de communautés politiques.

L'idée d'une communauté humaine universelle ou de valeurs universelles (c'est-à-dire la négation ou la contestation d'un monde composé d'entités distinctes) ne sont pas des obstacles au principe de reconnaissance mutuelle comme entité souveraine, elles en sont la négation. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle, plus que la conséquence du principe de souveraineté, est justement la traduction de l'idée d'une pluralité de communautés politiques distinctes, se reconnaissant comme telles. C'est parce que cette idée d'une pluralité de communautés politiques est admise que celles-ci peuvent, éventuellement, se reconnaître comme à la fois distinctes et égales. En ce sens, l'idée d'empire, qui traduit cette idée d'universalité est effectivement rétive à l'idée de reconnaissance mutuelle, tout en pouvant affirmer sa propre souveraineté.

Le fait de se servir du développement des pratiques et de la théorisation de l'ingérence observée après la Guerre froide pour dénoncer la réalité du principe de souveraineté traduit bien une assimilation du principe de souveraineté aux institutions de la scène interétatique. C'est bien parce que la souveraineté a été assimilée à la souveraineté externe et à l'organisation de la scène interétatique qu'il est possible de considérer qu'une modification de celle-ci entraîne une transformation ou une négation du principe de souveraineté. L'ingérence ne remet en cause la souveraineté de l'État, elle remet en cause le droit subjectif posé par le droit international à la non-ingérence. Il a été montré qu'elle est tout à fait compatible avec les théories de la souveraineté interne : elle est explicitement valorisée par J. Bodin et totalement intégrable dans le système philosophique de Hobbes. L'ingérence ou la non-ingérence apparaissent alors comme des options politiques, dépendantes de l'idéologie des États (universalisme des valeurs), et des possibilités matérielles d'action (rapports de puissance).

Ainsi, l'ingérence n'est pas contraire à la souveraineté des États, mais à une certaine forme d'institutionnalisation de la souveraineté. Cette institutionnalisation dérivant des pratiques libres des acteurs, il est normal qu'elle varie en fonction des rapports de force et des logiques identitaires. En ce sens, la souveraineté comme institution du système international est bien un construit social, au sens de Hacking. Elle constitue un genre interactif et évolue en fonction de la manière dont se pensent les acteurs.

2.1.2.2.2 La spécificité de l'État comme sujet de droit international

2.1.2.2.2.1 Le rapport entre État et territoire : le territoire comme conséquence logique de l'application d'un système de norme.

La scène internationale serait en plein bouleversement du fait de l'apparition de nouveaux acteurs sur la scène mondiale. Deux types de critiques sont alors ici à l'œuvre : l'ambiguïté du statut de certaines entités, qui ne rentrerait pas dans le cadre de la souveraineté ; l'émergence de nouveaux acteurs internationaux.

2.1.2.2.2.1.1 Repenser les rapports entre face interne et face externe de la souveraineté : l'abandon du territoire comme élément de référence.

Une des autres conséquences de la non-séparation entre souveraineté interne et souveraineté externe est la distinction faite entre l'ordre interne et l'ordre externe, qui serait également lié à la souveraineté : « *La souveraineté permet aussi en principe d'isoler les sphères internes et externes de l'intervention étatique, de singulariser l'ordre juridique interne et l'ordre juridique externe ou international* »¹²⁰². Or, J.-P. Merciris considère que ce découplage n'est plus réellement effectif aujourd'hui. De ce fait, ce découplage étant posé comme une des conséquences du principe de souveraineté, celle-ci serait remise en cause.

¹²⁰² MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, p. 60.

Une des évolutions de la Science Politique qui semble au premier abord mettre à mal le principe de souveraineté serait la remise en cause de la pertinence de la distinction entre la dimension interne et externe de l'État et donc des politiques mises en place dans chacun de ces deux domaines. Gilles Breton affirme ainsi la nécessité de repenser les fondamentaux de la science politique à cause de la globalisation¹²⁰³. Parmi ceux-ci, il met particulièrement l'accent sur la distinction entre interne et externe, qui ne peuvent plus être considérés comme deux sphères distinctes autonomes. Il reprend ainsi Susan Strange qui considérait que cette distinction est source de problèmes conceptuels :

L'un de ces problèmes conceptuels naît de la séparation entre politiques intérieures et politiques internationales – séparation implicite dans la plupart des ouvrages de science politique comme dans l'organisation des cours universitaires. Le problème est de savoir comment les réunir, puisqu'on reconnaît généralement aujourd'hui que la coopération comme les conflits internationaux ont le plus souvent une origine intérieure.¹²⁰⁴

Elle mettait pourtant déjà en avant le fait que cette distinction était dénoncée par une majorité de spécialistes : « *Et de fait, la plupart des spécialistes de politique comparée, comme d'ailleurs nombre de collègues s'intéressant à des aspects particuliers des relations internationales, reconnaissent que la vieille habitude de séparer relations internationales et politique intérieure est totalement artificielle* »¹²⁰⁵. Plus récemment, Jens Bartelson rappelle également, à de nombreuses reprises, que la pertinence de la distinction entre interne et externe est de plus en plus remise en cause par les théoriciens des Relations internationales¹²⁰⁶. Il est vrai que le développement des études de politiques publiques tant interne qu'externe remet en cause la pertinence de cette séparation stricte.

Il faut donc prendre acte de ces critiques nombreuses, abandonner cette distinction, et voir s'il y a des conséquences importantes quant à la théorie de la souveraineté. Or, si cela remet en cause certains principes qui structurent tant la scène interétatique actuelle que l'organisation disciplinaire, non seulement cela ne change strictement rien à la souveraineté entendue comme puissance normative autonome (qui s'exerce de la même façon quel que soit son objet), mais surtout cela renforce la dénonciation de la non-distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe présentée au début du chapitre.

¹²⁰³ BRETON G., « Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ? », *Études internationales*, vol. 24, n°3, 1993, pp. 533-548.

¹²⁰⁴ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 77.

¹²⁰⁵ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 129.

¹²⁰⁶ BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 241-256.

Il a déjà été dit qu'il n'y a pas au niveau du principe de souveraineté de différence entre souveraineté interne et souveraineté externe. La souveraineté externe renvoyant au statut d'État au sein de l'ordre juridique et donc au fait d'être accepté au sein de la société interétatique, ne concerne pas directement le fait de l'existence d'une puissance souveraine et donc ne peut pas être considérée comme une face de la souveraineté. Néanmoins, il est tentant de différencier l'exercice de cette puissance en fonction qu'elle s'applique en interne (vis-à-vis de ses sujets) ou à l'extérieur (vis-à-vis des autres souverains). Or, cette distinction entre interne et externe correspond mal à la logique de la souveraineté entendue comme puissance de l'État. En effet, si l'État est entendu comme un système de normes centralisé dans son application, et si le droit est lié à son application, l'idée même d'une norme extérieure est un non-sens.

2.1.2.2.1.2 Le territoire : un élément construit par la souveraineté interne

Au niveau de la dissociation entre souveraineté interne et souveraineté externe, la Colombie constitue un cas extrêmement intéressant. La Colombie est un État reconnu internationalement, c'est-à-dire disposant de la souveraineté externe. À ce titre, la communauté internationale lui reconnaît le droit exclusif d'exercer son autorité sur un territoire défini. Or, comme la Somalie, elle n'y arrive pas. Pas parce qu'il n'existe pas d'autorité normative (comme la Somalie), mais parce qu'une part conséquente de ce territoire est contrôlé par les FARC (*Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* – Forces Armées Révolutionnaires de Colombie). La Colombie ne dispose donc pas de la souveraineté interne sur l'ensemble du territoire qui lui est reconnu. Cette souveraineté semble appartenir aux FARC, qui disposeraient alors de la souveraineté interne sans bénéficier de la souveraineté externe.

Les FARC semblent avoir de nombreuses caractéristiques propres aux États. D'une part, elles semblent contrôler un territoire. Or, tandis qu'elles sont reconnues comme organisation terroriste par de nombreux États, et qu'elles ne disposent pas de la souveraineté externe, les accords de La Urine, signés le 28 mars 1984, ou l'actuel processus de négociation à Oslo, ont toutes les caractéristiques d'un droit et de négociations internationales. En ce sens, les FARC ont tout d'un État non reconnu, mais avec lequel il faut toutefois négocier, ce qui implique le présupposé qu'il soit capable d'appliquer ce qui aura été décidé, et donc qu'il

dispose d'un pouvoir de commandement, autrement dit qu'ils sont une puissance normative (leur statut est d'autant plus ambiguë que pour Jolicoeur il y a reconnaissance tacite quand il y a des relations juridiques¹²⁰⁷).

La question qu'il faut alors se poser c'est si le territoire contrôlé par les FARC peut toujours être considéré comme partie intégrante de l'État colombien. S'il est vrai que la communauté internationale reconnaît le droit de l'État colombien à exercer sa souveraineté sur ce territoire, et que donc juridiquement, du point de vue du droit international, il en fait effectivement partie, il y a une autre souveraineté interne qui s'y applique¹²⁰⁸. De ce fait, les FARC sont tout aussi étrangères à l'État colombien, son ordre juridique et ses injonctions, que n'importe quelle puissance d'une autre nationalité sur un autre territoire.

L'exemple des FARC et de la Colombie permet alors de remettre en cause le lien traditionnellement admis entre État et territoire. En effet, la doctrine juridique semble majoritairement s'accorder sur le fait que le territoire est un élément constitutif de l'État. Celui-ci est présenté comme le cadre où s'applique les compétences de l'État. Foucault considère également que le territoire « *est le fondement même de la principauté ou de la souveraineté* »¹²⁰⁹. Or, l'exemple des FARC montre bien que le territoire est la projection de la souveraineté plus qu'un élément la constituant. Le territoire d'un État consiste alors en l'espace où s'applique sa puissance. C'est ce qui est affirmé par Kelsen et O. Beaud :

Bien que Kelsen ait pourtant montré, depuis plus de cinquante ans, que la population et le territoire sont seulement les projections à la fois personnelles et spatiales de la notion de la souveraineté de l'État, les habitudes de penser sont si fortes chez les juristes qu'ils continuent paresseusement à mettre sur le même plan ces trois « éléments » de l'État. Pourtant, déjà Bodin avait su discerner dans ses Six Livres de la République que la population et le territoire ne sont que des cadres d'application du pouvoir et de la souveraineté, et que seule la puissance publique est juridiquement décisive pour la compréhension de l'État.¹²¹⁰

Il rappelle ensuite que Bodin oppose justement la notion géographique de ville à la notion juridique d'État, la seconde ne signifiant pas, contrairement à la première un lieu ou une place. Cette dimension accessoire du territoire dans la définition de la cité semble également présente, dans une certaine mesure, chez les Grecs de l'antiquité. En effet, même si les territoires sont bien définis, la cité est avant tout une communauté d'Hommes (Aristote

¹²⁰⁷ JOLICOEUR A., « De la reconnaissance en droit international », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965, p. 89.

¹²⁰⁸ Et la souveraineté ne peut pas (durablement) être divisée (Cf. *infra*).

¹²⁰⁹ FOUCAULT M., « La « gouvernementalité » », [1978], *Dits et Écrits*, t. II, Paris, Gallimard, 2001, p. 643.

¹²¹⁰ BEAUD O., *La puissance de l'Etat*, *Op. cit.*, pp. 124-125.

parle ainsi de la constitution des Athéniens), et la cité se trouve là où se trouvent ses membres. Dans cette optique, les hordes (certes rares de nos jours) doivent être considérées comme des États.

Ce dont Olivier Beaud ne tient pas compte, c'est de la distinction entre les différents sens des mots État et souveraineté. Le territoire est certes la projection spatiale de la communauté humaine politiquement organisée, définie par l'application de sa puissance. Toutefois, elle peut très bien être un élément constitutif de l'État entendu comme personne morale sujet de droit international. C'est la confusion entre ces deux concepts qui pose problème.

Le territoire est donc simplement le cadre d'application de la puissance souveraine, dans le sens où c'est la souveraineté qui délimite le territoire. Le territoire d'un État est l'espace géographique où s'applique sa puissance. De ce fait les territoires occupés pendant les conflits sont sous la souveraineté de la puissance occupante (les armées ne changeant pas de souverains lorsqu'elles franchissent les frontières). L'action et le déploiement de la puissance publique se font en dehors de toute considération géographique. Le principe d'intégrité territoriale est alors bien une institution du système international, un moyen de limiter « *l'avidité des princes* »¹²¹¹, et une tentative de renforcer la paix internationale (mission première de l'ONU).

La frontière n'est donc pas un élément intrinsèque de la souveraineté. Elle procède à la fois d'une décision et d'une capacité ; d'une décision en ce que la frontière est la conséquence de la reconnaissance de l'autre et d'une autolimitation ; d'une capacité en ce qui est hors d'atteinte du pouvoir est de fait hors du territoire. De ce fait, les exceptions au principe d'intégrité territoriale sont nombreuses. Il est possible de citer les lois d'extraterritorialité (les lois Helms-burton et Amato Kennedy ; les lois sur le tourisme sexuel sur mineurs...), mais également toutes les opérations de police se déroulant en dehors du territoire national (arrestation d'Eichmann, exécution de Ben Laden, enquêtes de police¹²¹²). Il est donc tout à fait envisageable que des éléments en dehors du territoire défini par le système international

¹²¹¹ J.-J. ROCHE Cf., *supra*.

¹²¹² Le site du Figaro publia le 12 novembre 2012 un article sur des agents de la DNEF enquêtant secrètement en Suisse, sans avoir prévenu le gouvernement de Berne : <http://www.lefigaro.fr/impots/2012/11/12/05003-20121112ARTFIG00566-le-fisc-francais-enquete-illegalement-en-suisse.php> [consulté le 12/11/2012].

restent sous souveraineté d'un État tiers (armée, espions, cellules dormantes...). Enfin, les lois de compétences universelles, qui permettent à certains souverains, en opposition flagrante avec les recommandations de Vattel, de s'ériger en juge de tous, montre que c'est le cadre d'application de la puissance souveraine qui définit le territoire.

Ces actions peuvent tout à fait être considérées comme contraire au droit international. Mais elles ne sont absolument pas contraire au principe de souveraineté qui considère l'État comme autonome. Du point de vue de la souveraineté, l'idée même de droit international, au sens d'un ordre juridique international, est un non-sens puisque le droit est posé comme la volonté du souverain (l'idée même de plusieurs souverains étant contradictoire avec le principe de souveraineté)¹²¹³.

Le rejet du territoire comme élément constitutif de l'État amène alors à s'interroger sur la distinction entre face interne et face externe. Si l'interne se définit comme le champ d'application de la puissance souveraine et l'externe comme ce qui est hors du champ d'application de la puissance souveraine, celle-ci ne peut par définition agir à l'extérieur. En effet, toutes les règles édictées par le souverain s'inscrivent par définition dans son champ d'application puisqu'elles définissent son champ d'application. Les règles ne concernent que ceux qui y sont soumis. C'est donc l'unité des institutions normatives et l'absence de résistance qui définit l'interne. Il y a donc des institutions normatives, qui agissent, en fonction de leur puissance, sans distinction d'interne et d'externe. Leur sphère d'activité est alors fonction de leurs moyens et de leur volonté. En ce sens, parler d'une souveraineté externe, c'est-à-dire d'une puissance qui s'appliquerait en dehors de là où elle s'applique est un non-sens.

Le territoire peut se définir comme l'espace où s'applique la puissance de l'État. Néanmoins, il y a deux acceptations possibles de cette définition en fonction du sens que l'on donne à l'État. Si l'État est une communauté politique organisée, alors effectivement le territoire est la projection de la souveraineté. Par contre, si l'État est pensé comme un sujet de droit international, alors effectivement le territoire devient sa juridiction définie par le droit international.

¹²¹³ La question du statut du droit international vis-à-vis des théories de la souveraineté mérite un développement spécifique et sera donc traitée ultérieurement (Cf. *infra*).

L'idée d'une souveraineté externe n'a donc de sens que dans un système d'État intégré dans un ordre juridique. Elle définit alors la capacité de l'État à établir des règles juridiques en collaboration avec les autres membres de l'ordre juridique. La souveraineté ainsi définie est bien un ensemble d'attributions qui peut être considéré comme conféré par l'ordre juridique.

C'est l'unité et l'homogénéité des institutions normatives qui définissent l'externe et l'interne. Construire l'interne et l'externe vis-à-vis de la nationalité, ou même des frontières qui ne sont que les conséquences de la réalisation dans le monde du principe de souveraineté comme principe ordonnateur (et lui sont donc postérieures) est une erreur. En acceptant de considérer que la dimension territoriale de la souveraineté n'est pas un aspect déterminant de la souveraineté, il faut alors s'interroger sur le sens extérieur. Dans une acceptation de la souveraineté comme unité de la puissance publique, sans aspect territorial, la notion d'extérieur renvoie alors non pas aux entités de nationalité différentes, mais bien à toute puissance ne s'inscrivant pas dans cette puissance publique. Dans une acceptation de la souveraineté de l'État comme attribut d'une personne morale, extérieur devient l'action de l'État qui ne concerne pas uniquement le champ de compétences qui lui est reconnu par l'ordre juridique international.

2.1.2.2.2 L'émergence de nouveaux acteurs internationaux : l'État pensée comme un acteur parmi d'autre.

L'émergence d'acteurs internationaux non étatiques serait en contradiction avec la souveraineté telle que définie par Hobbes. Bertrand Badie identifie ainsi clairement la théorie de Hobbes et l'exclusivité de l'État sur la scène internationale :

Le Léviathan avait installé durablement un postulat très fort : si l'ordre politique et la sécurité intérieure impliquent l'exercice d'une puissance souveraine, seule l'émanation du souverain peut avoir accès à la scène internationale, arène dont l'usage est strictement réservé aux seuls États. Ce privilège dépend étroitement du principe de souveraineté : que celui-ci s'étiole et celui-là se défait.¹²¹⁴

Ainsi, en corrélant à tort souveraineté et exclusivité d'une dimension internationale, Bertrand Badie peut alors se servir de l'émergence d'acteurs transnationaux pour critiquer le principe de souveraineté : « *la mondialisation prive l'État du monopole de l'action internationale qu'on lui reconnaissait autrefois et que lui conférait l'action hobbesienne. Elle*

¹²¹⁴ BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, p. 100.

lui retire aussi sa qualité d'acteur souverain »¹²¹⁵. Ce processus est selon lui d'autant plus fort que chaque individu se voit aujourd'hui acquérir le statut d'acteur international, parce que capable d'agir en dehors des frontières¹²¹⁶. Or, non seulement l'État n'a jamais réellement eu le monopole de l'action internationale (L'Église romaine, les différentes confréries de missionnaires, les grandes sociétés commerciales, la Croix Rouge...) mais surtout il est totalement injustifié de rattacher cette idée à Hobbes. Absolument aucun passage du *Léviathan* ne permet de conclure que le souverain est le seul à agir sur la scène internationale.

Le principe d'exclusivité de la dimension internationale de l'État ne semble pas non plus présente chez les autres premiers théoriciens de la souveraineté, à tout le moins Bodin. En effet, celui-ci, à la fin du sixième chapitre du livre cinq, affirme la nécessité de garder la foi aux pirates et aux brigands, rappelant l'obligation qu'avait eu Pompée de traiter avec eux¹²¹⁷. Or, Bodin leur récuse le statut de République (à qui s'applique le droit de guerre)¹²¹⁸. Il y a donc bien la prise en compte d'entités non étatiques, fortement nuisibles ici, qui interagissent de manière autonome avec les États¹²¹⁹.

Il est alors regrettable que Bertrand Badie ne précise pas exactement ce qu'il entend par scène internationale. Il faut ainsi distinguer deux possibilités, qui renvoient soit à la scène mondiale, soit à la scène interétatique, telle qu'elles ont été distinguées.

Si la scène internationale désigne l'espace mondial (ou régional), il n'y a alors aucune correspondance logique entre le fait que l'ordre politique et la sécurité interne impliquent l'exercice d'une puissance souveraine et le fait que seule l'émanation du souverain puisse avoir accès à cette scène internationale. Il n'y a en effet aucune contradiction logique entre le fait d'exercer une puissance souveraine sur un territoire et de permettre à des entités de ce territoire d'agir en dehors de ce territoire. Il faut toutefois préciser que toute action transétatique (légale) de la part d'un acteur privé suppose l'accord des États concernés (ou au moins, notamment dans le cas d'acteurs militarisés tel les sociétés commerciales du XVIIIe siècle, l'accord de l'État souverain d'où ? provient l'activité).

Si la scène internationale désigne la scène diplomatique, strictement interétatique, productrice de droit international, en ce sens effectivement, seules les émanations du souverain ont traditionnellement droit de cité. Néanmoins, il s'agit alors ici effectivement

¹²¹⁵ *Ibid*, p. 101.

¹²¹⁶ *Idem*.

¹²¹⁷ BODIN J., *Les Six Livres de la République*, l. 5, chap. 6.

¹²¹⁸ BODIN J., *Les Six Livres de la République*, l. 1, chap. 1.

¹²¹⁹ Il serait très tentant d'établir un parallèle avec les organisations terroristes.

d'une institution du système international, et non pas une conséquence directe du principe de souveraineté au sens de puissance de la république. De plus, si ces acteurs sont effectivement de plus en plus intégrés aux institutions internationales, ils n'ont pas pour l'instant de pouvoir décisionnaire¹²²⁰.

Ainsi, la critique de la souveraineté par la mise en avant de l'émergence de nouveaux acteurs non étatiques, qu'ils soient légaux (ONG, multinationale, grandes compagnies commerciales...) ou illégaux (terroristes, mafia, pirates...)¹²²¹ échoue. Non seulement ce n'est pas en soi un phénomène nouveau (si ce n'est par son ampleur), mais surtout relève bien d'une confusion entre scène interétatique, réservée (pour l'instant) aux États, et la scène mondiale, ouverte à tous ceux qui disposent de moyens suffisants pour y agir. Cette critique ne peut concerner que la souveraineté au sens d'institution de l'ordre mondial. Elle ne peut donc en aucun cas, comme l'indiquait B. Badie, concerner la souveraineté au sens de Bodin ou de Hobbes.

Il semble exister toutefois un problème conceptuel plus important, mais qui relève encore de la souveraineté comme attribut juridique ou comme institution du système international. À partir du moment où la souveraineté est conçue comme un statut juridique attribué par le droit international, il se pose alors la question du statut des autres entités ainsi que de leur rapport mutuel. En effet, Rosenau a introduit dans la science politique l'idée d'acteurs libres de souveraineté (*sovereigntyfree actors*)¹²²². Cette formule est ambiguë. Ainsi qu'il le précise, ils sont effectivement localisés sur des territoires soumis au pouvoir de contrainte d'État. Ces acteurs restent donc soumis, où qu'ils se trouvent, aux lois du souverain local. Néanmoins, James Rosenau considère que ces acteurs seraient capables de s'échapper des contraintes étatiques afin de poursuivre leur propre but¹²²³. De ce fait, certains considèrent alors que cela remet en question la souveraineté¹²²⁴. Or, trois arguments viennent nuancer cette position. Le premier est que tant les ONG que les multinationales (comme tout acteur) ne peuvent mener des actions que s'ils trouvent un cadre légal leur permettant de le faire. En ce sens, ils doivent trouver des États qui leur permettent d'agir comme ils l'entendent (sauf,

¹²²⁰ La question du rôle possible des ONG dans l'élaboration de réglementation au sein de l'ordre international a déjà été évoquée (Cf., *infra*).

¹²²¹ Les pirates de l'époque moderne n'ont rien à envier, en termes de puissance aux terroristes contemporains : au XVIIe siècle, François l'Olonnais mit à sac, entre autre, Maracaibo et Gibraltar.

¹²²² Voir ROSENAU J.

¹²²³ *Ibid.*, p. 249.

¹²²⁴ Par exemple dans LERIN F., TUBIANA L., « Les paradoxes de la souveraineté », in. JACQUET P. (dir.), *Regard sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, Annuels, 2009, p. 97.

bien évidemment, concernant les activités criminelles ou terroristes). Deuxièmement, ces entités proviennent généralement de pays libéraux, qui justement valorisent le fait de poursuivre ses propres objectifs, en ce sens, leur existence est bien permise par certains États. Enfin, ce sont également les États libéraux qui ont promu des accords et des aménagements permettant et facilitant l'action de ces acteurs¹²²⁵. Il faut alors considérer que ces acteurs n'échappent pas aux contraintes étatiques dans le sens où ils seraient déliés de toutes contraintes venant d'États. Ces entités échappent aux contraintes de certains États dans le sens où ils peuvent aller ailleurs, lorsque cela leur est permis par l'ordre juridique de l'État en question. Le seul sens possible à donner à « libre de souveraineté » consiste à leur reconnaître une certaine marge de manœuvre dans la détermination de leurs objectifs (il faut toutefois admettre que, par ce qui n'est probablement pas un pur hasard, les principales ONG et multinationales proviennent des pays les plus puissants, et relaient donc des discours et pratiques conformes à ceux de ces pays) ainsi que dans le choix de pays leur permettant de réaliser ces objectifs.

Ces entités agissent toutefois sur la scène mondiale, et disposent de ressources parfois plus importantes que celles d'États. Ainsi, puisque la scène internationale était, notamment par les réalistes, définie en termes de puissance, et qu'il existe des entités « libres de souveraineté » (donc soumises à aucun État – même si autorisées), il serait presque possible de les considérer comme souveraines. En effet, une partie de la doctrine du droit international pense la souveraineté comme une simple liberté. Cela renvoie à la distinction entre l'adjectif et le substantif. Être souverain ne signifie en effet que n'être l'assujéti de personne, et Jean Combacau a raison de dire qu'« *est souverain le sujet sans sujets à assujétir s'il n'est l'assujéti d'aucun sujet* »¹²²⁶. Néanmoins, si Robinson sur son île peut effectivement être considéré comme souverain, il serait impropre de dire qu'il est le souverain. Être le souverain implique un rapport de sujétion totale dont on est au sommet. Le substantif n'a de sens que dans une communauté politique pour désigner le titulaire suprême du pouvoir de commandement et se situe dans une logique de pouvoir et donc de rapport interpersonnel (la question du souverain ne se pose donc qu'avec l'apparition de Vendredi). Celui-ci est certes alors souverain, parce que l'assujéti de personne, mais l'implication n'est pas réciproque, les deux termes non équivalents. Or, la souveraineté concerne le souverain, non toute personne souveraine. Il est donc facile de considérer à partir de là que ces entités, disposant d'une

¹²²⁵ Ce point, notamment concernant les multinationales, sera développé ultérieurement (Cf. *infra*).

¹²²⁶ COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 50.

personnalité juridique, libres de souveraineté, donc souveraine, sont similaires aux États, qui sont également libres. Il y aurait alors sur la scène internationale différents acteurs, auxquels le droit international attribuerait différents statuts qui confèreraient à ces entités différentes compétences (puisque c'est l'ordre juridique qui attribue les compétences des différents acteurs¹²²⁷). Il faut toutefois préciser que ces personnes restent soumises aux lois partout où elles exercent leurs activités. Il est alors délicat de soutenir qu'elles sont souveraines.

Jens Bartelson met ainsi en avant la difficulté de penser la spécificité de l'État dans la scène internationale :

Dans la quête de nouvelles conceptualisations, les sociologues ont dominé la charge jusqu'à présent, et ce, probablement parce qu'ils ont plus aisément su se défaire du principe qui veut que les sociétés doivent être divisées en territoires pour que l'on puisse les étudier adéquatement, alors que les chercheurs en relations internationales ont eu du mal à abandonner le postulat voulant que l'autorité doive être centralisée pour que l'on puisse effectivement considérer l'État comme un agent. Cependant, dire que la société mondiale comprend toutes sortes d'entités et fait intervenir diverses forces, ne nous dit pas comment procéder analytiquement, à partir de là, pour comprendre ses principes de différenciation et de stratification¹²²⁸.

Or, c'est justement ici que peut intervenir le concept de souveraineté au sens de puissance normative autonome, non pas tant dans sa dimension de puissance que d'entité créatrice de norme. En effet, la puissance seule ne permet pas une différenciation pertinente puisqu'il existe des entités non étatiques disposant de plus de puissance que de nombreux États. Ainsi, personne ne peut nier que certaines multinationales ou des groupements disposent d'une puissance supérieure à certains États, tel le Vanuatu. Néanmoins, le Vanuatu, comme tous les autres États, dispose de la capacité d'édicter des normes contraignantes pour les individus (même si peu nombreux en l'occurrence). Cette difficulté de penser la spécificité de l'État est liée au fait que nombre de théoriciens qui analysent la société mondiale s'inscrivent dans une analyse de rapports sociaux entre différents acteurs définie en termes de pouvoir, sans distinguer pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence¹²²⁹.

Ainsi, le fait de poser la souveraineté comme l'attribut d'un sujet de droit d'un ordre juridique donné (ici international), lié à la reconnaissance, amène à toutes sortes de confusion, surtout lorsqu'on la pose comme liberté légale. La seule différence notable entre les États et les autres acteurs de la scène mondiale devient alors une simple question de statut juridique. Cela est d'autant plus crédible en considérant les États faillis (donc en abordant l'État à

¹²²⁷ Cf., *supra*.

¹²²⁸ BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 247-248.

¹²²⁹ Cf., *infra*.

travers son statut)¹²³⁰. Cela confirme la négation de la spécificité de l'État montrée en début de première partie¹²³¹.

Cette négation de la spécificité de l'État, qui est posé comme un acteur parmi d'autres est particulièrement visible chez Alexander B. Murphy. Constatant dans la lignée de Stephen Krasner que le système étatique n'est pas ne permet pas une organisation optimale de l'organisation de la vie politique¹²³², Alexander B. Murphy s'interroge sur les alternatives possibles, et notamment sur la possibilité d'un système d'États non territoriaux. Il se base alors sur un article de Timothy W. Luke sur l'importance du territoire concernant les questions de sécurité nationale¹²³³, construit à partir de l'exemple du Koweït pendant et avant la Première Guerre du Golfe. Or, pour Murphy, Luke développerait l'idée que « *before the invasion Kuwait's status as a state was as strongly tied to its foreign stockholding, bank accounts, real estate holding, and financial networks as it was to its territorial base* »¹²³⁴. Or, le fait de considérer que les activités financières du Koweït participent à égalité à son statut d'État est inacceptable. Il est certes évident que les moyens dont il disposait participaient pour une part plus qu'importante de sa puissance, de son rôle et de son impact dans les relations internationales. Cela explique que le Koweït ait plus de poids diplomatique que le Vanuatu. Il est probable qu'une part importante de l'activité diplomatique du Koweït concernait l'utilisation de ces moyens. Il est même possible que ces moyens aient joué dans la décision de stopper l'invasion. Néanmoins, le Koweït ne se différencie sur ce point en rien de n'importe quel fonds d'investissement particulièrement bien doté, excepté, justement, que son statut d'État lui permet de bénéficier de certaines immunités et privilèges dont les fonds privés ne disposent pas. De ce fait, il est impossible d'être d'accord avec la suite de la déclaration de Murphy qui déclare : « *Hence, when the Kuwaiti government went into exile, it was able to continue to perform many of its usual functions and to sustain the essential essence of the Kuwaiti state simply redirecting the focus of its economic and financial*

¹²³⁰ Cf., *infra*.

¹²³¹ Cf. *supra*.

¹²³² MURPHY A. B., « The sovereign state as political-territorial ideal », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 108.

¹²³³ LUKE T. W., « The discipline of Security Studies and the Code of Containment: Learning from Kuwait », in *Alternatives*, n°16, 1991, pp. 315-344.

¹²³⁴ MURPHY A. B., « The sovereign state as political-territorial ideal », in BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 109.

networks to Washington, DC, and Taif, Saudi Arabia »¹²³⁵. Il semble alors faire sienne la conclusion de Luke sur la dimension symbolique d'une base territoriale et la baisse de l'importance du territoire pour l'étaticité (*statehood*) à la fin du XXe siècle.

Néanmoins, l'essence de l'activité de l'État koweïtien ne réside pas dans la gestion de ses fonds, quand bien même cette gestion constituerait la quasi-totalité de son activité (en volume) quotidienne. L'essence de l'État koweïtien réside dans sa capacité à édicter de manière autonome des normes contraignantes pour des individus, à être une puissance normative autonome. Or, comme tous les gouvernements en exils, il a, pendant l'occupation irakienne, perdu cette capacité¹²³⁶. En tant que personne morale sujet de droit, il peut toujours ratifier des traités ou participer à des conventions. Néanmoins, il ne peut plus les faire appliquer. Sa signature n'engage donc personne, n'est plus un commandement, et n'est donc plus de fait créatrice de droit¹²³⁷.

Il est alors intéressant de s'interroger effectivement sur la manière dont perçoivent de nombreux auteurs le rôle et la place des États sur la scène internationale. Il semblerait en effet que ceux-ci ne soient perçus que comme de simples sujets de droit participant à la création des normes de droit international. C'est pour cela qu'il est possible pour eux d'envisager l'hypothèse d'insérer dans le processus de négociation (et donc de décision car sinon la négociation ne peut avoir de sens ni impact) de nouveaux acteurs, également sujets de droit, qui participeraient avec les États au processus de création des normes (ce qui renvoie à toute la réflexion sur la participation des ONG à la création des normes internationales). Cela s'explique en partie par le fait que dans la vision constructiviste et même transnationaliste, des Relations internationales, l'État n'est effectivement qu'un acteur parmi d'autres. En effet, les constructivistes mettent l'accent sur la production sociale des représentations qui guident les objectifs et comportements des acteurs. À ce titre, l'État n'est bien qu'une institution parmi d'autres, dont le poids dans la production de représentations collectives n'est pas nécessairement le plus dominant. Les transnationalistes eux s'intéressent à l'ensemble des interactions sociales à l'échelle de la planète, et il faut reconnaître que l'État n'est pas le seul acteur mondial. Néanmoins, dans chacun de ces deux domaines d'étude, dont la pertinence n'est pas à remettre en cause, la spécificité de la Loi comme commandement impératif est totalement niée.

¹²³⁵ *Idem.*

¹²³⁶ Il ne sera pas question d'insister sur le fait que le gouvernement koweïtien ait dû pour continuer ses activités trouver un territoire l'acceptant.

¹²³⁷ La théorie de la souveraineté amène en effet à poser l'existence du droit dans la sanction : Cf. *infra*.

De ce fait, puisque l'État n'est qu'une organisation parmi d'autres, disposant certes d'attributs spécifiques mais qui ne sont que le fruit d'une construction sociale, il est alors possible de concevoir la recomposition des attributs et compétences au sein des différents acteurs de la scène internationale. C'est ce qu'Ulrich Beck semble considérer :

La mondialisation, en revanche, a fait surgir un nouvel espace et un nouveau cadre pour l'action : la politique *s'affranchit des frontières des États*, avec pour conséquence l'apparition de joueurs supplémentaires, de nouveaux rôles, de nouvelles ressources, de règles inconnues, de nouvelles contradictions et de nouveaux conflits. [...]. Mais surtout, les anciens et les nouveaux acteurs n'en sont encore qu'au stade où ils doivent trouver ou inventer eux-mêmes leur rôle et leurs ressources, c'est-à-dire les définir et les construire. Si les nouveaux coups autorisés ne sont pas bien définis, les nouveaux buts du jeu le sont tout aussi peu.¹²³⁸

L'émergence d'acteurs transnationaux non gouvernementaux (multinationales et ONG) est souvent présentée comme une remise en cause du principe de souveraineté. Bertrand Badie affirme ainsi que dans la perspective ouverte par Hobbes : « *L'idée d'un acteur international non étatique est dès lors absurde, tout comme celle d'une juridiction internationale arbitrant entre les États et atténuant les souverainetés* ». Néanmoins, cette affirmation n'a de sens qu'en considérant la souveraineté comme le principe d'organisation de la scène interétatique (notamment de la première face de l'autorité au sein de la constitution internationale chez D. Philpott, c'est-à-dire les entités habilitées à agir au sein de la scène internationale¹²³⁹). Elle n'est absolument pas en soi une remise en cause de la puissance normative des États. L'existence d'acteurs non étatiques est connue dès le développement du commerce par des acteurs privés.

L'évolution de la scène interétatique n'est donc absolument pas une remise en cause de la souveraineté telle que formulée par Bodin et Hobbes. L'évolution des pratiques de reconnaissance, l'existence de pratiques d'ingérence, restent le fait d'acteurs souverains qui agissent sur la scène internationale. L'ingérence est d'ailleurs, rappelons-le, tout à fait intégrable dans la théorie de Hobbes et explicitement valorisée chez Bodin, qui encourage les États à renverser les régimes qu'ils jugent tyranniques. Ce n'est qu'en assimilant la souveraineté à un certain mode d'organisation des relations interétatique ou en la considérant

¹²³⁸ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 29.

¹²³⁹ Cf. *supra*.

comme un droit subjectif qu'elles peuvent avoir un sens. Cela montre bien que c'est l'évolution du concept qui est à l'origine de la crise.

Puisque la souveraineté est perçue comme le mode d'organisation de la scène interétatique, les défauts que certains auteurs perçoivent dans celle-ci sont attribués à la souveraineté. La mondialisation de l'économie et des échanges, ainsi que l'apparition de problèmes globaux, impliqueraient alors un nécessaire dépassement de l'État, qui ne serait plus la forme politique adaptée au monde tel qu'il est en train de se construire. Le point commun de toutes ces critiques est qu'elles s'attaquent à l'état actuel du monde, sans se demander s'il serait possible d'organiser le monde différemment en préservant le principe de souveraineté.

2.1.3 La critique de la souveraineté à travers la dénonciation de l'organisation de la scène interétatique

Le fait que la souveraineté est pensée par nombre d'auteurs comme le principe d'organisation de la scène interétatique entraîne donc une seconde conséquence : les défauts que certains auteurs perçoivent dans celle-ci sont attribués à la souveraineté. La mondialisation de l'économie et des échanges, de même que l'apparition de problèmes à l'échelle planétaire, impliqueraient alors la mise en place de politiques mondiales dont l'efficacité serait parasitée du fait de l'existence d'un système interétatique. Ainsi, alors que la souveraineté était dans le point précédent considérée comme une fiction, elle apparaît maintenant suffisamment réelle pour constituer un obstacle, et c'est donc sur les effets jugés négatifs qu'elle est dénoncée.

De nombreux auteurs vont donc affirmer nécessaire le dépassement de l'État, qui ne serait plus une forme politique adaptée au monde tel qu'il est en train de se construire. Le point commun de toutes ces critiques est qu'elles s'attaquent à la souveraineté dans sa dimension externe, sans se demander s'il est possible d'organiser le monde différemment en préservant le principe de souveraineté comme puissance normative autonome.

Il apparaît ainsi que de nombreux auteurs considèrent que la division de la communauté humaine empêche la mise en place de politiques publiques jugées satisfaisantes (2.1.3.1). En

ce sens, sera affirmé un nécessaire dépassement de la souveraineté externe, ce qui confirme la théorie de la souveraineté dans sa dimension interne (2.1.3.2).

2.1.3.1 La division du monde en une multitude d'États souverains empêche la mise en place de solutions jugées satisfaisantes

Perçue comme le principe d'organisation de la scène interétatique, la souveraineté est considérée par de nombreux auteurs à travers la fonction qu'ils lui attribuent : sa capacité à bien organiser la communauté humaine. La question de la souveraineté va donc se traduire par une réflexion au niveau international. Il s'agit de vérifier si la manière dont le droit international est construit et dont il répartit les différentes compétences entre les différents acteurs répond correctement aux objectifs de ce droit.

Au cas où cette répartition ne permettrait pas la réalisation de ces objectifs, il serait alors possible d'y voir une contradiction, puisque le fondement du droit international (l'existence d'une scène interétatique) empêcherait la réalisation de sa fonction, qui serait une fonction de pacification et d'organisation du monde.

De nombreuses critiques de la souveraineté considèrent ainsi la mondialisation de l'économie et des structures sociales pour estimer que les États actuels sont inadaptés aux processus économiques et identitaires (2.1.3.1.1). Il s'agira alors de montrer que la mondialisation peut être considérée comme un phénomène récurrent, qui ne peut donc être considérée comme modifiant fondamentalement la dimension politique de la condition humaine (2.1.3.1.2), notamment dans sa dimension universaliste. C'est cette dimension universaliste qui permet de considérer que l'organisation actuelle empêche la réalisation de politiques publiques à l'échelle de la communauté humaine (2.1.3.1.3).

2.1.3.1.1 La dynamique de la mondialisation : l'État comme forme politique inadaptée aux processus économiques et identitaires.

Le développement technologique et juridique de ces cinquante dernières années aurait profondément modifié l'environnement international. En effet, l'évolution des technologies de communication (transport et télécommunication) a fortement modifié le rapport à la distance par l'augmentation de la vitesse, ce qui a pour effet de démultiplier les échanges entre différents groupes humains¹²⁴⁰. Ce phénomène est qualifié de mondialisation et aurait des conséquences importantes vis-à-vis de la souveraineté. La principale conséquence de la mondialisation serait en effet le développement d'une société globale, qui remettrait alors en cause la structure actuelle des relations internationales. Certains ont ainsi pu parler de « village monde »¹²⁴¹. Si ce diagnostic est peut-être un peu prématuré, il semble y avoir un consensus sur le fait que la mondialisation remet en cause la pertinence des divisions actuelles de la scène mondiale. Cette pertinence serait remise en cause à la fois par le développement d'une société mondiale (2.1.3.1.1.1) mais également par l'émergence de sentiment communautaire mondial (2.1.3.1.1.2).

2.1.3.1.1.1 Le développement d'une société mondiale transcendant les frontières politiques

Selon Gilles Breton, la globalisation traduit le fait que « *l'espace au sein duquel chacun de nous évolue quotidiennement ne coïncide plus avec celui défini par nos sociétés d'appartenance* »¹²⁴². Bertrand Badie met également en avant cette échappée des espaces sociaux des références stato-nationales, en se demandant qui peut prétendre « *ne pas avoir été sollicité par un flux de communication échappant au contrôle des États ou ne pas avoir individuellement éprouvé les effets de dilution des paramètres nationaux, dans son rôle de consommateur, de spectateur, de migrant, de touriste, et de demandeur d'allocation* »¹²⁴³. Susan Strange aussi pointe cette discordance entre États et autorité : « *Les frontières territoriales des États ne coïncident plus avec l'étendue ou les limites de l'autorité politique*

¹²⁴⁰ Il est vrai que l'importance relative des échanges économiques transnationaux a déjà été aussi importante (Cf. KRASNER S. D.). Toutefois, il est indéniable que les échanges transnationaux (tourisme internet...) ont fortement augmenté.

¹²⁴¹ MCLUHAN M., POWERS B. R., *The global village*, Oxford, Oxford University Press, 1986, 220 p.

¹²⁴² BRETON G., « Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ? », *Études internationales*, vol. 24, n°3, 1993, p. 535.

¹²⁴³ BADIE B., *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995, pp. 181-184

sur l'économie et la société »¹²⁴⁴. Enfin, Monique Chemillier-Gendreau estime que « *Les frontières par lesquels les États se définissent ne sont plus compatibles avec le système économique, aussi les détruit-il* »¹²⁴⁵.

Il y aurait donc une discordance entre d'une part les frontières politiques telles qu'actuellement définies et d'autre part les frontières des sociétés, telles que définies par rapport aux interactions individuelles et la structure de l'économie qui est de plus en plus mondiale. Pour reprendre le vocabulaire un peu daté mais toujours pertinent de K. Marx, il y aurait une inadéquation entre l'infrastructure (l'organisation économique) et la superstructure (l'organisation politique). Alors que les différentes infrastructures sont de plus en plus intégrées, les superstructures ne suivent pas, ou difficilement. Cette inadéquation entre la superstructure étatique et l'infrastructure économique s'observerait particulièrement dans le contrôle des entreprises multinationales. La difficulté de contrôler ces acteurs économiques serait liée au fait que chaque État ne peut agir que sur les activités qui se situent dans son territoire¹²⁴⁶. De ce fait, parce que les processus productifs sont mondialisés, chaque État ne peut agir que sur une petite partie de ces processus. De plus, les possibilités offertes par les États de délocaliser facilement leurs actifs dissuaderaient les gouvernants de prendre des mesures qui pénaliseraient les entreprises multinationales et entraîneraient une compétition entre les États obligés d'adapter leur système normatif. Il y aurait alors une absence de maîtrise de plus en plus grande et les États seraient de moins en moins libres face à des contraintes systémiques de plus en plus grandes¹²⁴⁷. Cela fait dire à Monique Chemillier-Gendreau que « *L'unification du monde était la condition d'un capitalisme international libre d'activer les concurrences sans soucis des conditions sociales et de spéculer sur les États faibles et les populations sans défense* »¹²⁴⁸. Cette difficulté à maîtriser les flux fait dire à Zaïki Laïdi que « *Par le jeu précisément de la mondialisation des échanges et des activités économiques, l'espace national perd de sa pertinence pour l'action* »¹²⁴⁹.

¹²⁴⁴STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011, p. 11.

¹²⁴⁵CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », in. MAILLARD DESGREES DU LOU D., (dir.) *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 127.

¹²⁴⁶MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 627.

¹²⁴⁷La difficulté des gouvernements à obtenir des résultats économiques satisfaisants et à mettre en place les politiques publiques jugées nécessaires (socialement ou moralement) a déjà été discutée à travers l'exemple de S. Strange. Il a toutefois été rappelé que cela ne mettait pas en cause la souveraineté de l'État mais seulement la capacité des dirigeants à créer des politiques publiques efficaces. (Cf. *infra*).

¹²⁴⁸CHEMILLIER-GENDREAU M., « *humanité et souveraineté* », Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 29.

¹²⁴⁹LAÏDI Z., « Mondialisation et démocratie », *Politique étrangère*, n°3 – 2001, 66^e année, p. 618.

Gilles Breton admet lui aussi l'existence d'une économie mondiale¹²⁵⁰. De ce fait, il en déduit à très juste titre une érosion des capacités de régulation de l'activité économique de la part de l'État¹²⁵¹. En effet, les outils (keynésiens) de régulation seraient adaptés à un marché principalement intérieur. Il en conclut une impossibilité de reconduire le nationalisme économique, principalement parce que les espaces du politique et de l'économique ne coïncident plus. Il cite alors les espaces régionaux d'intégration économique, qui font que les États, devenant membre d'un tout qui les dépasse, auraient de plus en plus de mal à développer des politiques autonomes de régulation.

La question qui se pose alors est bien la pertinence de définir la société par rapport au cadre national alors que se multiplient les contacts transnationaux. Il semble donc y avoir une difficulté de la Science Politique actuelle à, malgré tous les appels qui vont dans ce sens, sortir de la logique nationale. Cela est particulièrement visible lorsque Gilles Breton écrit :

La globalisation signifie donc que les rapports sociaux n'ont plus pour délimitation socio-spatiale le seul espace national ou encore, que l'homologie ou la correspondance sur un même territoire des différents éléments constitutifs de la vie en société sont révolues. Cela implique que les frontières de nos sociétés sont désormais de plus en plus poreuses et perméables, et les influences sociales qui conditionnent l'action et les mutations de nos sociétés ne s'enracinent plus seulement dans la société d'origine, mais ailleurs, dans ce qu'il faut bien appeler des rapports sociaux et réseaux globaux.¹²⁵²

Le problème ici est que si les rapports sociaux n'ont plus pour délimitation le seul espace national, il devient problématique de parler de sociétés nationales. Ce n'est plus que les frontières des sociétés sont poreuses, mais bien que les frontières politiques ne coïncident plus avec les frontières sociales.

Il faut alors reprendre la distinction que faisait F. Tönnies entre société et communauté : la mondialisation, par la multiplication des échanges et la dissémination à l'échelle planétaire des processus de production est bien en train de créer une société globale (ou du moins une ou plusieurs sociétés transnationales). Toutefois, certains auteurs mettent également en avant le développement probable de sentiments communautaires

¹²⁵⁰BRETON G., « Mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ? », *Études internationales*, vol. 24, n°3, 1993, p. 541.

¹²⁵¹*Ibid.*, p. 542.

¹²⁵²*Ibid.*, p. 537.

2.1.3.1.1.2 Le développement d'une communauté mondiale

Le développement des interdépendances économiques, qui implique la mise en place d'une société plurinationale, se traduirait également par le développement de sentiments communautaires. La mise en place d'une société commune créerait des intérêts communs et donc développerait un sentiment d'appartenance commune. Il y a donc une reprise de l'ancienne théorie sur la dimension pacificatrice des mœurs du commerce¹²⁵³ (qui crée des intérêts communs). C'est par exemple le cas chez Sigmund Freud : « *L'autre espèce de liaison de sentiments [qui permet de réduire les guerres] est la liaison par identification. Tout ce qui instaure parmi les hommes des intérêts communs significatifs suscite de tels sentiments communautaires, des identifications. Sur eux repose pour une bonne part l'édifice de la société humaine* »¹²⁵⁴. La mondialisation, en créant des intérêts communs par la mondialisation des processus de production participerait donc à la création d'une communauté internationale.

Cette création d'une communauté internationale se traduirait par la remise en cause des identités traditionnelles et notamment nationales. Ainsi, pour M. S. M. Mahmoud, la mondialisation entraînerait la remise en cause de l'identité nationale, puisqu'elle empêcherait la préservation « *d'une certaine identité culturelle* »¹²⁵⁵. En effet, le fait d'être plus sensible aux productions culturelles issues d'autres États remettrait en cause le sens d'être membre d'une communauté nationale. De ce fait, « *c'est l'idée même d'État-Nation qui est désormais en cause* »¹²⁵⁶. Il serait facile de rappeler que la Renaissance n'est pas restée italienne, ou que le romantisme fut un mouvement européen. Il serait également possible d'évoquer les multiples phases d'orientalisme en Europe. Surtout, l'idée même de nation connut un succès qui, exportée à la baïonnette, dépassa les frontières nationales. Néanmoins, il est vrai que ces mouvements furent repris et relayés par des artistes ou intellectuels nationaux, tandis qu'aujourd'hui la consommation de produits culturels étrangers est plus immédiate. De fait, la mise en place d'un marché mondialisé implique nécessairement des biens de consommation mondialisés y compris culturels.

¹²⁵³ Montesquieu considérait ainsi que « *partout où il y a du commerce il y a des mœurs douces* » et que « *L'effet naturel du commerce est de porter à la paix* » (Montesquieu, *L'esprit des Lois*, livre XX, chap. 1 et 2)

¹²⁵⁴ FREUD, S., lettre envoyée à A. Einstein, septembre 1932, in EINSTEIN A., *Albert Einstein : Physique, philosophie, politique ; textes choisis et commentés par Françoise Balibar*, Paris, Seuil, 2002, p. 59-61.

¹²⁵⁵ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 626 ; CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souveraineté*, Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 47.

¹²⁵⁶ *Idem.*

La question n'est donc pas tant la remise en cause de l'idée d'État-Nation mais tout simplement de certaines nations. Les USA ne semblent pas trop affectés par les productions culturelles du reste du monde et il existe, même hors occident, des pôles de productions culturelles qui résistent et s'exportent (notamment indienne, chinoise et japonaise).

Cette remise en cause de l'identité nationale se retrouve également chez Susan Strange. Celle-ci estime que si les spécialistes des Relations internationales postulent une identification forte de l'individu à son État et lui réserverait donc sa loyauté, les spécialistes de l'économie politique internationale mettent en avant non seulement la complexité de la construction identitaire des individus mais surtout le fait que la loyauté et le sens du sacrifice seraient beaucoup plus conditionnels qu'auparavant. Ainsi, elle estime que la plupart des États seraient dans l'incapacité d'exiger de leurs citoyens un degré de loyauté supérieur à celui accordé « *à la famille, à l'entreprise, au parti politique, voire, parfois, à l'équipe locale de football* »¹²⁵⁷. Il n'y a donc pas, pour S. Strange, de différence de degré significative entre la loyauté accordée à l'État et d'autres formes de loyauté. De ce fait, l'État ne disposerait pas d'un statut nécessairement particulier du point de vue de la légitimité. De plus, elle considère que les membres de sociétés stables n'imaginent pas devoir sacrifier leur vie. Néanmoins, le point le plus intéressant de l'argumentation de Susan Strange concerne justement les exemples donnés de cas où des États peuvent encore demander à leurs citoyens un sacrifice, justement dans les sociétés non stables ou non sécurisées. Ainsi, elle précise que les exceptions « *sont à chercher du côté des États dont la survie même est menacée de façon immédiate et directe : Israël, la Tchétchénie, la Bosnie, peut-être la Corée du Nord* »¹²⁵⁸. Ainsi, cette évolution du sentiment de loyauté n'est pas liée à une évolution structurelle des sociétés ou à la mondialisation mais bien au fait que dans la plupart des pays développés, l'éventualité d'un conflit nécessitant une mobilisation en masse des citoyens, parce que la survie du groupe serait menacée, semble peu probable, du fait, en partie, de leur écrasante supériorité militaire. L'éloignement ressenti d'un risque de conflit majeur a nécessairement pour conséquence la baisse de la volonté de sacrifice, perçu comme inutile. Néanmoins, il est possible de supposer que si les pays développés se trouvaient menacés dans leur existence même, la population serait plus encline à envisager la possibilité d'un sacrifice.

¹²⁵⁷STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 134.

¹²⁵⁸*Ibid.*, p. 135.

Il faut de plus reconnaître que cette idée d'une baisse des processus identitaires particularistes, que perçoivent certains auteurs de Sciences Politiques ou de Droit, est fortement contestable. Le fait que ceux-ci soient moins construits sur l'idée de Nation (ou du moins pas les mêmes : les mouvements indépendantistes sont très souvent des mouvements nationalistes) n'implique pas une disparition des sentiments identitaires particularistes. La thèse de Samuel Huntington se présente explicitement comme l'affirmation de l'importance de ces dynamiques identitaires pour la compréhension des relations internationales. De même, la montée des populismes nationalistes en Europe amène à considérer la thèse de la fin des identités nationales avec circonspection.

Ce serait alors cet aveuglement au phénomène identitaire qui expliquerait que S. Strange affirme comme paradoxale l'augmentation du nombre de communautés voulant disposer de leur propre État alors que celui-ci ne leur permettrait pas d'obtenir une organisation sociale et économique réellement différente des autres¹²⁵⁹.

En parallèle à cette affirmation contestable d'une baisse des identités particulières, il est possible d'observer l'émergence d'un mouvement cosmopolite qui affirme l'idée de communauté humaine. Cela s'observe à travers l'idée même de droit international et plus spécifiquement à travers le développement des concepts de bien commun ou de patrimoine commun à l'ensemble de l'humanité.

L'idée même de communauté humaine est en effet sous-entendue dans l'idée de droit international. Le droit international, lorsqu'il se présente sous la forme d'un ordre juridique à part entière, se présente comme une norme comportementale ressentie comme obligatoire (« *le critère du droit [est] le sentiment qu'ont les destinataires des normes qu'un certain comportement est attendu d'eux, indépendamment de leur préférence personnelle* »¹²⁶⁰). Or, Allain Pellet rappelle que le droit répond à un besoin social, entendu comme « *les finalités d'une société particulière* »¹²⁶¹. Le droit international comme ordre juridique autonome, suppose donc bien une société internationale dont il répond aux finalités. Cette conception est indispensable au maintien de la juridicité du droit international comme

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁶⁰ PELLET A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, A. Pedone, 2014, p. 38. Allait Pellet adopte donc une définition du droit similaire à la définition de la norme chez F. A. Hayek (cf. *supra*.)

¹²⁶¹ PELLET A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, *Op. cit.*, p. 39.

droit distinct de la volonté des États. De ce fait, les internationalistes sont obligés de définir le droit autrement que par la sanction juridiquement organisée. C'est le cas chez A. Pellet, mais aussi chez Dominique Carreau, qui affirme que la sanction organisée n'est pas spécifiquement liée au droit. Celui-ci nécessiterait simplement « *la reconnaissance par les membres d'une société donnée qu'ils ont en commun un certain nombre d'intérêts qui doivent faire l'objet de règles obligatoires sous peine de tomber dans le chaos et l'anarchie* »¹²⁶². Satisfaisant à ces conditions, le droit international serait alors différent de la morale (qui n'a pas pour justification _à défaut de fonction_ la stabilité de l'ordre social). Dans une conception proche de celle de Duguit, le droit international pose nécessairement l'existence d'une société internationale dont les individus (la masse des consciences ?) le conçoivent comme contraignant. En ce sens, le droit est un phénomène social dont l'existence dépend de la perception qu'en ont les individus. Son existence ou sa non-existence en tant que droit est donc une question sociologique qui peut faire l'objet d'enquête d'opinion.

Elle est aussi une conséquence du développement d'une sociologie mondiale, qui analyse les phénomènes sociaux dans leur globalité. La mise en avant de processus globaux dépassant les frontières politiques permet de supposer que tous les individus appartiennent au même groupe.

Face à ces finalités de la société mondiale, induites par le droit international, certains auteurs tels B. Badie parlent ainsi de communautés de responsabilité, qui se mettraient alors en place :

l'espace mondial suscite ainsi sectoriellement des communautés de responsabilité dont l'essor dépend de plusieurs facteurs : la prise de conscience par les individus qu'ils appartiennent à une même espèce humaine, dépositaire de biens communs que les États doivent gérer globalement, au-delà des égoïsmes nationaux ; la propension des États à prendre en charge ces fonctions et à trouver des avantages à cette gestion non partitive.¹²⁶³

L'idée ici aussi, à travers l'expression *la même espèce*, est bien le sentiment d'une identité commune et peut-être même, à travers les grands enjeux planétaires, le développement d'un sentiment de destin commun¹²⁶⁴. L'humanité apparaît ainsi comme un sujet politique à part entière, préexistant à la réalisation d'une communauté politique universelle (comme l'indique l'expression *prise de conscience*). À cette humanité pensée comme unité correspond alors un bien commun de l'humanité, qui est également présenté comme une réalité de fait qui peut

¹²⁶² CARREAU D., *Droit international*, Paris, Pedone, Études internationales, 2009 [1986 – 10^e Ed.], p. 52.

¹²⁶³ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 197.

¹²⁶⁴ Ce qui, pour E. Renant, est l'une des conditions (avec l'histoire commune) de l'existence d'une nation.

être découverte : « *Surtout, l'extinction progressive de la Guerre Froide, l'atténuation des grands conflits idéologiques, la fin de la décolonisation comme celle de la guerre du Viêt-Nam permirent de découvrir la réalité d'un bien commun de l'humanité* »¹²⁶⁵. Cette affirmation de la *réalité d'un bien commun de l'humanité*, que l'on découvre traduit bien également l'affirmation d'une communauté humaine universelle.

Cette affirmation de l'existence de bien commun de l'humanité et donc d'une communauté humaine ayant à se partager ces biens existe chez de nombreux auteurs de sensibilités diverses, ce que note Jacques-Yvan Morin au terme d'une présentation montrant les différents cheminements philosophiques aboutissant à cette idée :

Nous pouvons cependant en retenir la reconnaissance par de nombreux esprits libéraux, selon des cheminements intellectuels très divers, de l'existence d'un bien commun mondial, dont on ne distingue pas clairement tous les tenants et aboutissants mais qui permet de soumettre les rapports économiques mondialisés à des principes éthiques, sources latentes de règles proprement juridiques.¹²⁶⁶

Il y a ainsi dans cette idée de bien commun à l'humanité deux dimensions qu'il est utile de distinguer. Il y a d'abord une dimension matérielle, à travers les notions d'environnement ou de patrimoine. La qualité de l'air, les ressources naturelles ou l'accès à l'espace sont des exemples de cette dimension matérielle. Il y a également une dimension morale, à travers les droits de l'Homme.

De nombreux auteurs semblent ainsi considérer l'existence d'une société mondiale et d'une communauté mondiale. L'existence de cette société mondiale et de cette communauté mondiale rend alors caduque l'organisation du monde en différentes entités politiques souveraines : les États ne permettraient plus aux gouvernements de réaliser les politiques publiques jugées nécessaires.

2.1.3.1.2 La nouveauté de la mondialisation en question : un phénomène récurrent dans l'histoire de l'humanité

La question qu'il faut alors préalablement se poser pour évaluer la pertinence de la souveraineté dans le cadre d'un processus de mondialisation concerne la nouveauté du

¹²⁶⁵ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 196. Je souligne.

¹²⁶⁶ MORIN J.-Y., « La mondialisation, l'éthique et le droit », in. MOCKLED. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 106.

phénomène. Si celui-ci n'est que la continuation d'un processus plus ou moins constant, il n'y a alors aucune raison de supposer que la souveraineté serait inadaptée à cette nouvelle phase d'expansion sociale. Par contre, si ce processus est une nouveauté, alors effectivement il est possible (mais pas certain) que dans un contexte socio-politique nouveau, la souveraineté ne soit plus une forme adéquate d'organisation des collectivités humaines. La question n'est donc pas anodine du point de vue de la souveraineté, puisque sa réponse détermine la nécessité de changer ou non les modes d'analyse des sociétés politiques. Or, s'il y a débat sur la question de la création d'une société mondiale, il sera choisi de considérer la mondialisation comme l'aboutissement d'un processus millénaire de coalescence des sociétés humaines (2.1.3.1.2.1). Il sera alors aisé de montrer que l'affirmation d'une communauté humaine universelle n'est pas nouvelle (2.1.3.1.2.2).

2.1.3.1.2.1 La société mondiale comme aboutissement d'un processus millénaires de coalescence des sociétés humaines

Une part conséquente des critiques de la souveraineté, du fait de la mondialisation, concerne donc l'inadéquation entre les frontières des communautés politiques et les frontières des sociétés. Si certains auteurs considèrent que la mondialisation est un phénomène nouveau, il semble toutefois préférable de la considérer comme l'aboutissement d'un processus millénaire de coalescence des sociétés humaines.

Bertrand Badie différencie ainsi la mondialisation de la mondialité, considérant cette dernière comme s'apparentant à l'*extraversion* (le fait pour des acteurs de « *forger leurs comportements et leurs choix en fonction d'une réalité extérieure* ») et à l'*externalisation* (lorsque les acteurs font volontairement « *peser une part de leur pratiques sur des groupes et des individus qui appartiennent à une autre communauté* »)¹²⁶⁷. Il reconnaît que ces deux phénomènes sont effectivement une donnée constante de l'histoire humaine, mais considère que la mondialisation diffère. En effet, alors que l'*extraversion* et l'*externalisation* sont des pratiques d'acteurs, la mondialisation renverrait à une logique de système. Elle est « *une propriété du système qui s'impose à chaque acteur* »¹²⁶⁸. En ce sens, elle serait, au sein du

¹²⁶⁷BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, p. 96.

¹²⁶⁸BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, p. 96.

système international, un nouveau principe d'ordre. La principale propriété de la mondialisation consisterait en « *l'abolition de la distance* »¹²⁶⁹ et se caractériserait par trois symptômes : l'interdépendance, l'inclusivité et l'uniformisation¹²⁷⁰. Néanmoins, la distinction semble quelque peu artificielle : ni l'interdépendance, ni l'inclusivité, ni l'uniformisation ne semblent être des phénomènes récents (sachant que l'uniformisation, sur le long terme, peut être contestée). En fait, en présentant la mondialité comme une logique d'acteur et la mondialisation comme une logique de système, Bertrand Badie montre bien deux manières de comprendre des phénomènes mais ne montre pas en quoi ces phénomènes sont réellement différents. La question n'est pas en effet de comparer les différentes phases d'expansion coloniale qu'a connu l'occident (au sein desquelles les acteurs privés _ sociétés commerciales, missionnaires, banques... _ ont également un rôle conséquent : la colonisation ne se résume pas à des conquêtes territoriales). Le parallèle à faire concerne plutôt l'extension des processus marchands mettant en réseaux tout au long de l'histoire les acteurs de différentes entités politiques (ainsi, même si plus localisées, les entités politiques de la Méditerranée au Moyen Age ou l'Europe du Nord avec la ligue hanséatique peuvent apparaître comme insérées dans des logiques de système)¹²⁷¹.

En opposition à cette lecture qui présente la mondialisation comme un phénomène nouveau, Denis Retaillé, Jacques Lévi et Marie-Françoise Durand semblent au contraire expliquer qu'il s'agit bien d'un processus ayant toujours plus ou moins existé : « *L'hypothèse est que le développement humain engendre des interdépendances croissantes qui tendent à produire une coalescence des sociétés en unité de plus en plus grandes.* »¹²⁷². L'idée est donc bien pour ces auteurs que les interdépendances croissantes entre groupes impliquent leur fusion. La mondialisation serait alors la mise en place d'un système de production à l'échelle de la planète, qui en soit ne diffère pas des anciennes formes de coalescence des sociétés humaines se situant sur des espaces plus restreints.

Dans *Le monde espace et système*¹²⁷³, ils mettent en perspective quatre modèles pour rendre compte de la manière dont les groupes humains interagissent. Il y aurait alors plusieurs

¹²⁶⁹*Ibid.*, p. 98

¹²⁷⁰BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n° 124, p. 97.

¹²⁷¹C'est ce parallèle que fait Gipouloux F.

¹²⁷²DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nde Ed.], pp. 29-31.

¹²⁷³DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nde Ed.].

configurations possibles : un ensemble de monde isolé ; un système de champ de force (modèle géopolitique standard – système d’alliance et de conquête– basé sur le territoire) ; un système en réseaux hiérarchisés (économie monde) et le monde comme société (communauté culturelle ; identité politique et intégration économique à l’échelle mondiale), qui sert surtout de contremodèle¹²⁷⁴. Néanmoins, ils précisent bien que ces modèles sont pertinents simultanément et ne peuvent prétendre (à l’exception du dernier qui n’est pas réalisé) à fournir un modèle explicatif intégral. Ainsi, par rapport à l’opposition entre le modèle territorial et le modèle de réseaux, ils rappellent que les réseaux ne se développent pas indépendamment des territoires (« *On ne peut comprendre les réseaux sans prendre en compte leur arrière-plan territorial* »¹²⁷⁵). Il serait même alors possible de considérer que les réseaux ne peuvent réellement se développer qu’en l’absence de coupure politique franche (la Corée du Nord semble bien réussir à rester à l’écart de ces réseaux, et le rideau de Fer les ralentissait considérablement). De fait, l’opposition entre réseaux et territoire, est somme toute assez étrange, puisque par définition tout lien social, toute organisation sociale est une organisation en réseaux. Le territoire n’est finalement qu’un réseau dense (ou un ensemble de réseaux denses). Toutefois, il faut alors supposer que cette distinction traduit le degré d’interpénétration des différents réseaux nationaux.

Ces auteurs essaient ensuite d’intégrer ces quatre modèles dans un schéma diachronique, mettant en avant les processus qui vont de l’un à l’autre. Le passage à une société se ferait ainsi soit par intégration d’un ensemble de monde, soit par unification de champs de forces, soit par la globalisation de réseaux hiérarchisés (des processus inverses existent aussi : respectivement par isolement, fragmentation et différenciation)¹²⁷⁶.

Cette vision de la mondialisation qui la présente comme le développement à l’échelle mondiale d’un processus millénaire (mais non continu) semble plus cohérente et sera donc préférée ici. L’univers terrestre aurait alors été composé de différents mondes, chacun (ou du moins certains d’entre eux) s’élargissant en étant traversé par des processus de mondialisation et de fragmentation aboutissant à leur interconnexion et au processus actuel de mondialisation. Celui-ci se distinguerait principalement des autres en ce qu’il concerne l’ensemble (ou au moins une grande partie) de l’univers terrestre.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 27.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁷⁶ DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nd Ed.], p. 30.

Un autre élément qui permet d'accréditer l'idée que la mondialisation actuelle ne se distingue (excepté par sa dimension totale) pas des autres formes de coalescence des sociétés humaines est le fait que la thèse d'une communauté universelle est récurrente dans l'histoire des idées politiques (notamment occidentales).

2.1.3.1.2.2 La communauté universelle : une affirmation récurrente dans l'histoire des idées politiques

La mondialisation, par le processus de coalescence des sociétés humaines qu'elle traduit, sert souvent d'explication pour justifier le fait qu'il existerait une communauté politique humaine universelle. Or, les exemples des Empires et de la Chrétienté montrent bien que cette idée est indépendante du degré d'interpénétration des unités sociales. Le cosmopolitisme prend son origine dans un courant philosophique apparu dès l'antiquité¹²⁷⁷. L'acceptation, ou plutôt l'affirmation, de l'unité ou de la division politique de l'humanité apparaît ainsi comme un choix philosophico-politique indépendant des conditions matérielles des sociétés (en tout cas de leur degré d'interpénétration socio-économique). La mondialisation serait alors plus une justification d'une position éthique première qu'un phénomène l'imposant comme conclusion logique.

Cette permanence (ou à tout le moins cette récurrence) dans l'histoire occidentale d'une forte tentation universaliste qui s'incarne aujourd'hui dans les droits de l'Homme est parfaitement rappelée par Y. Perrin et Th. Bauzou, qui concluent leur manuel sur l'histoire de Rome sur ce constat :

Au-delà de toutes les traditions parfois un peu désuètes, de tous les aspects rituels, de toutes les « renaissances » de la culture antique, l'idée proprement romaine d'empire universel est plus que jamais d'actualité. En effet, ce qui caractérise le plus l'empire romain voulu par Auguste, c'est sa prétention œcuménique, son idéal d'unification de l'humanité sous les mêmes lois. [...]. L'idéal universel fut adopté par l'Église chrétienne comme une évidence [...]. Mais les catholiques ne sont pas les seuls en cause : l'idéal universel est tout aussi laïc. Qu'il s'agisse du colonialisme, de l'impérialisme, de l'internationalisme, aujourd'hui du « nouvel ordre mondial » ou de la défense des droits de l'Homme, les puissances occidentales tentent sans relâche, à l'exemple de l'empire romain, et avec un certain succès, d'exporter leurs valeurs, lois et institutions auprès de tous les peuples, sans trop de

¹²⁷⁷ Dans une version certes différente de celle d'aujourd'hui, et sans nécessairement les mêmes implications politiques, mais il reste que l'idée d'une communauté universelle des Hommes est présente dès le début de la pensée philosophique.

considération pour la richesse de vieilles civilisations qui se trouvent ainsi comme violées.¹²⁷⁸

En effet, cette affirmation de la supériorité morale des valeurs occidentales (présentées comme universelles parce qu'attachées à la nature de l'Homme) et la nécessité qui en découle de civiliser les barbares est présente dès l'Antiquité. Elle est toujours construite sur l'affirmation de principes moraux propres à la nature humaine et donc commun à tous les Hommes. Ainsi, lorsqu'il s'interroge sur les raisons qui ont poussé les Romains à constituer l'empire, Pierre Grimal affirme l'importance de l'*humanitas*¹²⁷⁹ dans la justification de l'impérialisme :

À cet égard, un tel sentiment [« impérial »] se justifiait chaque fois que l'ennemi avait été un « barbare », éloigné, dans sa façon de vivre, des principes et des valeurs romaines. Un général romain, mettant fin à des sacrifices humains, en Gaule ou ailleurs, pouvait avoir légitimement la conviction de « civiliser » le pays où il introduisait l'ordre romain. À Carthage, les Romains interdirent les sacrifices d'enfants. L'*imperium* allait dans le sens de l'*humanitas*. Ce n'est assurément pas là le mobile premier de la conquête, mais, à un certain moment, il en deviendra la justification. Ce sentiment apparaît clairement au début du principat.¹²⁸⁰

L'affirmation de l'universalité des valeurs occidentales n'est donc pas nouvelle. Elle est intrinsèquement liée à une conception morale de l'être humain et favorise l'idée d'Empire. Dans un système pensé comme interétatique, elle favorise alors l'idée d'ingérence, notamment, comme déjà dit, en cas d'homogénéité des puissances dominantes. Le développement du droit d'ingérence (et même du devoir) est ainsi une des caractéristiques fortes des années post Guerre Froide.

De ce fait, il y a une forte pression doctrinaire pour développer un principe d'ingérence lors des atteintes graves aux droits de l'Homme¹²⁸¹. Néanmoins, de nombreux auteurs pointent le risque d'instrumentalisation de ce concept par les grandes puissances (Mahmoud, Badie, Chemillier-Gendreau...), sans toutefois le remettre en cause. Ce n'est donc pas l'universalisme et l'interventionnisme qu'il justifie qui sont remis en cause, mais le possible dévoiement des principes qu'ils sont censés mettre en œuvre.

¹²⁷⁸PERRIN Y., BAUZOU Th., *De la Cité à l'Empire : histoire de Rome*, Paris, Ellipses, 1997, p. 426.

¹²⁷⁹ Qu'il définit comme une « *Notion (le mot est dérivé de homo, être humain) impliquant la reconnaissance des particularités spirituelles propres à l'être humain et, en conséquence, le respect de celui-ci chez autrui. Elle semble avoir existé, à Rome, avant l'influence des philosophes. Elle est implicite dans les formes les plus archaïques du droit, en particulier le jus gentium, qui reconnaissait des droits aux non-citoyens.* » (GRIMAL P., *L'Empire romain*, Paris, Édition de Fallois, 1993, p. 206.)

¹²⁸⁰*Ibid.*, p. 24.

¹²⁸¹MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 652.

Le fait qu'il ait existé tout au long de l'histoire des tentations impériales construites sur l'affirmation d'une communauté humaine universelle permet alors de considérer que cette dernière est indépendante des moyens de communication. Il s'agit d'un positionnement purement éthique et moral : la phase actuelle de mondialisation, si elle facilite cette idée, en est indépendante. L'éclatement de la *Respublica Christiana* ne correspond pas à un recul technologique ou à une réduction des échanges commerciaux en Europe. Il s'agit de la fin d'une construction identitaire basée sur l'unité de la religion chrétienne. C'est donc bien plus de la manière de penser l'Homme et la politique que des réelles conditions matérielles que dépend l'idée cosmopolite.

Que ce soit donc dans sa dimension économique de coalescence des sociétés humaines ou dans sa dimension éthique d'une communauté universelle, les entités politiques ont régulièrement été confrontées à des phases de mondialisation localisée. Il n'apparaît donc pas en soi nécessaire de considérer que la mondialisation actuelle, du fait de son universalité, implique de modifier les concepts rendant compte des communautés politiques humaines (et donc la souveraineté).

Néanmoins, cette affirmation d'une société et d'une communauté humaine servira de base à de nombreuses critiques de la souveraineté : l'organisation du monde en un système interétatique nuirait à l'existence de cette communauté universelle et empêcherait une bonne organisation de cette société mondiale.

2.1.3.1.3 La pluralité de souverainetés comme obstacle au gouvernement des intérêts communs et à la réalisation de la communauté mondiale

On observe donc l'émergence de l'idée d'une communauté globale, qui disposerait de biens communs. C'est par rapport à cette idée de communauté globale que sera évalué le concept de souveraineté ramené à sa dimension externe de principes d'organisation de la scène interétatique. De nombreuses critiques de la souveraineté seront alors construites sur les méfaits perçus que produirait la division du monde en États souverains. En effet, certains auteurs ont un jugement négatif sur l'état du monde pris dans sa globalité :

Accompagnant la société, la façonnant à travers les règles générales qu'il formule, et en fonction de leur application, le droit se résout en bonheurs ou en souffrances. Il ne peut, et il ne doit, être analysé dans l'oubli de cela. Avec le droit international, il s'agit des bonheurs et des souffrances de tous les peuples de la Terre, c'est-à-dire actuellement de beaucoup plus de pleurs que de joies.¹²⁸²

Il existe donc une tendance à attribuer à la souveraineté les problèmes qui existent à l'échelle du globe. Deux grands types de critiques peuvent alors être relevés : le système interétatique, basé sur l'idée de communauté indépendante, serait un facteur de trouble (2.1.3.1.3.1) et il empêcherait une bonne gestion des biens communs de l'humanité et la mise en place de politiques publiques efficaces à l'échelle mondiale (2.1.3.1.3.2). Cette approche est paradoxale, puisque justement la théorie de la souveraineté met en avant la nécessité d'un pouvoir commun pour avoir *un droit gouvernement des ménages*. Le fait que l'absence de pouvoir commun à l'échelle de la communauté humaine soit considérée comme problématique devrait constituer une confirmation de la théorie de la souveraineté et non une critique.

2.1.3.1.3.1 La pluralité de souverainetés comme facteur de trouble sur la scène internationale.

Le système interétatique, présenté comme la conséquence de la théorie de la souveraineté, serait cause de guerres. En effet, la multiplicité des États sur la scène mondiale peut également être source de conflits militaires. Monique Chemillier-Gendreau est catégorique : « *La division en États souverains alimente l'opposition parfois violente entre eux* »¹²⁸³. Or, pour elle, le système actuel se traduira nécessairement par une augmentation des conflits :

Chemin de traverse menant à une impasse, la voie suivie jusqu'ici a produit deux effets pervers dont l'amplification paraît inéluctable :

- la multiplication indéfinie des fronts militaro-électoraux des Nations unies dans le dévoiement extensif des notions de maintien de la paix.
- la multiplication, indéfinie aussi, des revendications nationalistes¹²⁸⁴

En effet, la souveraineté est très souvent attachée à l'idée d'État-nation. Principe d'organisation de la scène interétatique, la souveraineté valoriserait l'idée de communautés souveraines, disposant de leur propre État et donc les revendications autonomistes. Ces

¹²⁸²CHEMILLIER-GENDREAU M., « *humanité et souveraineté* », Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 8.

¹²⁸³CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », in. MAILLARD DESGREES DU LOU D., (dir.) *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 128.

¹²⁸⁴CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souveraineté*, Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 19.

revendications nationalistes, forme de repli sur soi des communautés, se traduiraient à la fois par la multiplication des revendications nationalistes, facteurs de trouble : « *le droit des peuples fonctionne en poupées russes* »¹²⁸⁵.

Cette idée est également développée par J. Krulic qui, reprenant ainsi les thèses de H. Kissinger et H. Sonnerfeldt, estime lui aussi que l'augmentation du nombre d'acteurs étatiques poserait deux types de problèmes. Le premier consisterait en l'augmentation de l'imprévisibilité du monde, le second en une augmentation du nombre de conflits potentiels, par la multiplication des acteurs :

Il faut le dire très clairement : un monde où toutes les revendications de souveraineté seraient acceptées serait un monde invivable du point de vue de la sociologie du système international. [...] Imagine-t-on un monde composé de milliers d'État ? La prévisibilité de ce monde, sa sécurité dans tous les sens du mot seraient menacées. La « balkanisation du monde » reviendrait à se rapprocher de l'« état de nature », de la « guerre de tous contre tous » évoquée par les philosophes classiques depuis Hobbes.¹²⁸⁶

Il y aurait donc une incompatibilité entre la stabilité du monde et l'existence d'une pluralité d'entités souveraines. L'augmentation du nombre d'entités souveraines, conséquence logique de l'idée d'État-Nation, serait alors un facteur d'entropie du système international. C'est ce qui explique la réticence à accorder le statut d'État à des entités politiques alors même que celles-ci disposent de l'intégralité des critères objectifs¹²⁸⁷.

Le second problème que poserait l'idée d'État-Nation, c'est-à-dire d'une communauté politique homogène regroupée en État serait la montée des haines intra-communautaires et le rejet, parfois violent, de l'étranger et des minorités. Monique Chemillier-Gendreau parle ainsi de « *replis nationalistes destructeurs* »¹²⁸⁸. Bertrand Badie rappelle ainsi que « *des millions d'hommes démontrent chaque année qu'ils sont prêts à mourir ou à donner la mort au nom de fictions ethniques, ethno-religieuses ou ethno-linguistiques* »¹²⁸⁹. Il en déduit que cela suggère « *à la fois que l'État n'a pas cette faculté d'intégration universelle qu'on lui prête parfois et que la grammaire classique de la souveraineté perd de sa vertu régulatrice comme de sa crédibilité : double échec qui menace aujourd'hui le politique dans son essence*

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹²⁸⁶ KRULIC J., « La revendication de la souveraineté », in *Pouvoirs*, 1993, n°67, p. 26.

¹²⁸⁷ Cf., *supra*.

¹²⁸⁸ CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souveraineté*, Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 28.

¹²⁸⁹ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 164.

même »¹²⁹⁰. La multiplication des tensions identitaires est donc bien présentée comme un échec de la souveraineté abordé dans sa *fonction régulatrice*.

La multiplicité des souverainetés est donc explicitement posée comme cause de guerre. Or, la guerre, du fait des violences et souffrances qu'elle entraîne, semble aujourd'hui unanimement condamnée (la limitation de la guerre est d'ailleurs l'objet premier de l'ONU, que ce soit dans son préambule – « *Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre* » ou dans ses buts, dont le premier est bien de « *maintenir la paix et la sécurité internationales* »). Ce ne fut pas toujours le cas : certains auteurs rappellent que la guerre eut jusqu'au XX^{ème} siècle de nombreux laudateurs¹²⁹¹. Néanmoins, les deux conflits mondiaux semblent avoir fortement dégradé l'image de la guerre. En ce sens, la guerre étant mal perçue et la division du monde en États souverains étant cause de guerres, la division du monde en États souverain sera condamnée. La division du monde en États souverains étant analysée comme la conséquence du principe de souveraineté, celui-ci sera dénoncé au nom de la paix. De plus, il faut préciser que la souveraineté, telle que théorisée par Hobbes et Bodin, n'a pas pour fonction d'organiser la scène interétatique de manière pacifique (ni de quelque manière que ce soit). Elle n'a qu'une dimension strictement interne et la paix civile qu'elle peut organiser ne peut donc se faire qu'en interne.

¹²⁹⁰ *Idem.*

¹²⁹¹ C'est le cas de Gaston Bouthoul, qui rappelle que P.-J. Proudhon, dans le tome premier de *La Guerre et la Paix*, affirmait ainsi que « *Les loups, les lions pas plus que les moutons et les castors ne se font entre eux la guerre : il y a longtemps qu'on a fait de cette remarque une satire de notre espèce. Comment ne voit-on pas, au contraire, que là est le signe de notre grandeur ; que si, par impossible, la nature avait fait de l'homme un animal exclusivement industriel et sociable et point guerrier, il serait tombé, dès le premier jour, au niveau des bêtes, dont l'association forme toute la destinée, etc. Philanthropes, vous parlez d'abolir la guerre ; prenez garde de dégrader le genre humain* ». (Cit. in BOUTHOU L., *Traité de polémologie : sociologie des guerres*, Paris, Payot, 1991, p. 64).

Le même auteur cite également l'historien allemand Heinrich Leo qui, en 1853, exprime cet idéal de la guerre en des termes qui ont été souvent réemployés : « *Que Dieu nous délivre de l'inertie des peuples européens et nous fasse présent d'une bonne guerre, fraîche et joyeuse, qui traverse l'Europe avec fureur, passe la population au crible et nous débarrasse de la canaille scrofuleuse qui emplit l'espace et le rend trop étroit pour les autres, afin que l'on puisse encore mener une vie humaine convenable dans l'air méphitique où l'on suffoque. Nous éprouvons la plus amère nécessité d'avoir une bonne, joyeuse guerre pour protéger la culture* » (*Ibid.*, p. 89).

Joseph de Maistre écrivait également : « *Lorsque l'âme humaine perd son ressort par la mollesse, la crédulité, les vices gangreneux qui suivent l'excès de civilisation, elle ne peut plus être retremée que dans le sang.... La guerre est donc divine en elle-même puisque c'est une loi du monde* ». Cit. in Corvisier A., Coutau-Bégarie H., *La guerre. Essais historiques*, Paris, Perrin, 2005, p. 315.

Le fait que la souveraineté serait facteur de troubles sur la scène internationale n'est pas le seul reproche qui est adressé à la souveraineté. Celle-ci empêcherait également une gestion efficace des biens communs de l'humanité.

2.1.3.1.3.2 La pluralité de souveraineté comme obstacle à la gestion des biens communs de l'humanité et à la mise en place de politiques publiques

L'idée de communautés transétatiques pose la question de l'organisation de cette communauté. Il a été dit que l'affirmation de cette communauté universelle affleurerait principalement à travers la notion de biens communs de l'humanité. Il semble donc y avoir une part non négligeable de la Science Politique actuelle qui estime que l'existence de ces problèmes rend caduque l'idée de souveraineté : « *La conception traditionnelle de la souveraineté des États est battue en brèche par la croissance des interdépendances écologiques, par l'émergence de biens publics mondiaux et par l'apparition d'acteurs de la société civile se positionnant comme « libre de souveraineté ».* »¹²⁹². Or, si la souveraineté est battue en brèche, c'est bien du point de vue de l'organisation et de la gestion de ces biens publics mondiaux et la résolution des défis écologiques. En effet, la gestion de ces biens et intérêts communs, appartenant à la communauté humaine, par des entités souveraines différentes représentant alors ce qui est considéré comme des communautés partielles, pose nécessairement problème : « *Biens communs de l'humanité, la santé, le bien-être, l'alimentation, l'habitat, les droits de l'Homme souffriront évidemment d'une gestion exclusivement souverainiste, c'est-à-dire partitive, concurrentielle et donc souvent contradictoire* »¹²⁹³. Le principe de responsabilité globale que décrit Bertrand Badie, s'il est effectivement devenu un élément clef de la rhétorique de l'action internationale, reste potentiellement instrumentalisé par les États. La communauté d'intérêts reste donc encore une utopie, du fait justement de l'organisation de la scène mondiale en système interétatique :

Le constat général est que l'universalisation conçue comme l'apparition de normes et de principes susceptibles de s'imposer (par le fait de valeurs considérées comme universelles par la communauté internationale et que le processus de mondialisation aide à penser

¹²⁹² LERIN F., TUBIANA L., « Les paradoxes de la souveraineté », in. JACQUET P. (dir.), *Regard sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, Annuels, 2009, p. 97.

¹²⁹³ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 165.

comme telles) au besoin en forçant « le sanctuaire de la souveraineté » de l'État relève encore du mythe.¹²⁹⁴

Ainsi, alors que la souveraineté est souvent présentée comme une fiction (notamment par B. Badie), il semblerait qu'elle soit suffisamment réelle pour constituer un obstacle.

Le problème serait que les États continueraient souvent de maintenir une politique en fonction de leur intérêt propre (c'est-à-dire dans l'intérêt supposé de la communauté qu'ils représentent) plus que d'un intérêt général difficile à évaluer objectivement¹²⁹⁵. Les échecs de conférences sur des sujets globaux, visant justement à établir une prise en compte de ces biens communs (par exemple le climat à Copenhague), sont souvent présentés par ceux qui étaient favorables à l'aboutissement de ces conférences comme la preuve des problèmes que pose la souveraineté des États. Elles sont alors néanmoins une preuve de l'effectivité de celle-ci (du moins des États les plus puissants : le rejet d'un protocole par la Chine ou par le Vanuatu n'a pas le même impact).

C'est également le point de vue de René-Jean Dupuy, qui considère que la notion d'humanité développée à travers les concepts de bien commun (fonds marins, espace, corps célestes...) n'échappe pas aux logiques de puissance (il va ainsi jusqu'à parler d'utopie)¹²⁹⁶, et donc d'appropriation par certaines communautés humaines partielles de ce qui est posé comme appartenant à tous.

De manière plus générale, les désordres et problèmes évoqués précédemment traduiraient une demande de régulation à des échelles plus globales que celle des États. C'est cette demande de régulation à l'échelle globale faite par certains qui rendrait caduc le système interétatique :

Le contraste est saisissant entre la parcellisation accentuée des pouvoirs d'État et l'intense et inéluctable nécessité d'une gestion mondiale de fonctions économique, techniques ou sociales essentielles¹²⁹⁷.

On pourrait continuer à brosser le tableau du décalage que certains auteurs affirment entre les besoins de transnationalisation des pouvoirs de contrôle dans le domaine des relations internationales et l'état des institutions internationales actuellement dominées par les

¹²⁹⁴ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, pp. 650-651.

¹²⁹⁵ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, pp. 165-172.

¹²⁹⁶ DUPUY R.-J., « Lles espaces hors souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, pp. 99-106

¹²⁹⁷ CHEMILLIER-GENDREAU M., « *Humanité et souveraineté* », Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 29.

États dont les intérêts sont imbriqués avec ceux des pouvoirs privés opérant à l'échelle planétaire¹²⁹⁸.

Il existe donc un désir d'harmonisation du droit à l'échelle planétaire. En l'absence de structures politiques ayant autorité pour imposer cette homogénéisation (même si des organisations internationales telles l'OMC ont cette fonction), ce processus se fait alors par la mise en concurrence des systèmes juridiques et fiscaux. C'est ce qui est dénoncé par le concept de « *Race to the bottom* », mais également par Z. Laïdi qui, constatant la pression qu'exerce le cadre de la mondialisation sur les États, et notamment la capacité de partir de certains acteurs sur les questions fiscales, considère lui aussi la nécessité d'institutions mondiales ou au moins régionales pour réguler la situation¹²⁹⁹. Ainsi, tous ceux qui contestent la pertinence de ces politiques d'ajustement concurrentiel entre États, tout en admettant leur nécessité (même relative) dans le contexte d'une concurrence entre économies étatiques, vont alors estimer que les États sont contraints, parce que trop faibles, pour imposer ce qui serait considéré comme des politiques plus adaptées. Et affirmer la nécessité de dépasser le principe de souveraineté des États. *A minima*, il semble se dégager un consensus au sein de la Science Politique sur la nécessité d'espaces régionalisés ou mondialisés de gestion des flux économiques¹³⁰⁰.

La problématique qui semble émerger est la non concordance entre différents groupes : au sein de la même société, il existe différents groupes politiques (États) et différents groupes identitaires (Nation, ethnie, religion...). La division du monde en États souverains est donc un obstacle à une gestion globale des biens communs de l'humanité. De manière plus générale, elle est un obstacle à l'effectivité et l'efficacité des politiques publiques à l'échelle mondiale.

De nombreux auteurs pointent donc les désordres et difficultés observables à l'échelle de la planète pour dénoncer le principe de souveraineté. En effet, la persistance de ces désordres serait liée à la pluralité d'États souverains. Or, l'existence d'une pluralité d'États souverains est posée comme la conséquence logique du principe de souveraineté

¹²⁹⁸ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 650.

¹²⁹⁹ LAÏDI Z., « Mondialisation et démocratie », *Politique étrangère*, n°3 – 2001, 66^e année, p. 618.

¹³⁰⁰ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 642.

(pensée comme principe d'organisation de la scène interétatique du fait de sa dimension externe). C'est donc par rapport à l'affirmation d'une communauté globale et aux désordres observés au sein de cette communauté postulée que devient problématique l'organisation du monde en communautés qui sont alors pensées comme partielles.

La mise en place progressive d'une société mondiale (quel que soit son degré d'achèvement) et l'affirmation d'une communauté universelle pose alors immédiatement la question du gouvernement et de l'organisation de cette société du point de vue de cette communauté universelle. Or, l'organisation actuelle du système mondial construite sur une pluralité de souverainetés semble poser problème du point de vue de la gestion de ce système, pénalisant toute gestion globale.

S'il peut encore être pertinent de parler de communauté nationale (même si ce point est contesté), les sociétés s'élargissent. En effet, des rapports sociaux globaux impliquent nécessairement l'idée d'une société globale. Les difficultés politiques des États actuels proviendraient alors du fait que justement, au sein de cette société globale en formation, il n'existe pas d'autorité souveraine.

2.1.3.2 Le nécessaire dépassement de la souveraineté des États : une confirmation de la théorie de la souveraineté comme puissance normative

La nécessité d'un ordre mondial différent semble de plus en plus admise par nombre de politistes et de juristes : le constat d'une société se mondialisant et l'affirmation d'une communauté humaine universelle amènent alors de nombreux auteurs à considérer le nécessaire dépassement de la souveraineté des États afin de pouvoir mettre en place un véritable gouvernement à l'échelle mondiale, capable d'agir dans l'intérêt de la communauté humaine et de mettre en place les éléments jugés indispensables d'une régulation globale. Or, demande de régulation mondiale implique alors la condamnation de l'organisation du monde en un système interétatique.

Il y a alors un paradoxe, qui montre bien comment l'évolution des concepts de souveraineté et d'État a obscurci la réflexion politique. Ce qui est dénoncé est l'absence d'une régulation à l'échelle de la communauté mondiale. La théorie de la souveraineté, chez Bodin

mais surtout chez Hobbes, affirme justement la nécessité d'une puissance normative pour assurer la paix civile, le règne du droit et les conditions de la prospérité économique. La théorie de la souveraineté amène donc très logiquement à considérer qu'une paix civile mondiale, le règne du droit et les conditions de la prospérité à l'échelle mondiale nécessitent une souveraineté mondiale (et donc un État mondial). Néanmoins, cette solution est peu perçue, voire rejetée. Nombre d'auteurs restent en effet non seulement attachés à la conception d'État, entendu strictement comme unité d'un système d'États juridiquement organisés dont la souveraineté définit le statut, mais de plus attribuent cette conception à Bodin et Hobbes, ce qui leur interdit de concevoir la solution d'un État mondial qu'offre pourtant la théorie de la souveraineté. La question est alors pour beaucoup d'entre eux de savoir comment penser un système d'États organisés dans une structure qui en limiterait les pouvoirs et pourrait imposer des normes mondiales. Ils valident donc la théorie de la souveraineté puisqu'ils considèrent que seule une puissance normative mondiale, représentant l'humanité, permettrait de résoudre les désordres créés par une pluralité d'entités libres. Les critiques de la souveraineté construites sur les désordres qu'elle créerait dans sa dimension externe demandent finalement une souveraineté interne mondiale. Celle-ci apparaît en effet comme la conséquence logique de normes et valeurs imposées mondialement, ce que reconnaissent certains auteurs.

De nombreux auteurs vont donc dénoncer la souveraineté en la considérant comme contradictoire. Cette dénonciation est construite sur l'assimilation abusive entre souveraineté interne et souveraineté externe (2.1.3.2.1). En ce sens, les propositions faites pour régler les problèmes qui seraient posés par l'existence d'un système interétatique vont alors affirmer la nécessité d'une régulation mondiale ; en tentant de considérer la souveraineté et l'État comme les administrateurs localisés d'un intérêt posé comme universel (2.1.3.2.2). Or, et certains l'ont bien compris, la mise en place et l'application d'un droit contraignant revient de fait à un État mondial, c'est-à-dire à une souveraineté mondiale (2.1.3.2.3)

2.1.3.2.1 La souveraineté interne dénoncé au nom de la souveraineté externe : une contradiction qui montre la confusion des termes

Le processus de coalescence des sociétés humaines et l'idée de communauté universelle amènent donc à considérer la nécessité d'une régulation mondiale. Or, tout en reconnaissant que la souveraineté, à travers l'État, est efficace comme outil de régulation dans

le cadre où elle s'applique, de nombreux auteurs vont mettre en avant leur indispensable dépassement du fait de la nécessité d'une régulation transétatique. Il y a donc une calcification chez certains auteurs des concepts d'État et de souveraineté aux formes qui sont actuellement les leurs. Cela est lié au fait que l'État reste pensé comme unité d'un système d'États et la souveraineté comme son attribut. La spécialisation disciplinaire séparant l'étude de l'État de l'étude des relations entre États et de la sociologie mondiale, maintient une distinction entre les champs interne et externe (même si elle est de plus en plus dénoncée). De ce fait, les réflexions sur le champ international vont principalement être le fait d'internationalistes, qui vont donc prendre comme base de réflexion le système international et voir, si nécessaire, comment modifier celui-ci. Or, l'État et surtout la souveraineté vont leur apparaître comme contradictoires. Cette contradiction apparente de la souveraineté est en fait une contradiction entre la souveraineté interne et la souveraineté externe, qui restent pensées comme deux faces du même concept.

En abordant la souveraineté comme attribut juridique de personnes morales (les États actuels), toute la réflexion politique autour de la souveraineté comme condition du vivre ensemble, comme condition de la République ou du Common-Wealth, se trouve ignorée. Les critiques de l'État et de la souveraineté vont donc s'attacher au système interétatique et aux États actuels : il s'agit d'une critique du système international. L'État et la souveraineté ne sont alors abordés que comme unité et institution de ce système, qu'il faut modifier :

La recomposition du système international suppose donc une réinvention du politique prenant en compte en même temps les souverainetés trompées et les souverainetés déchues, palliant autant l'incapacité matérielle des *collapses states* que la pauvreté symbolique des institutions destinées à encadrer et mobiliser les gouvernés. Les défis portés à la souveraineté doivent ainsi s'inscrire en négatif dans le gigantesque processus de mutation qui affecte le système international à l'entrée du troisième millénaire. Moins international, ce système est de plus en plus mondial : la crise de la souveraineté en est l'évidente sanction, préparant ainsi d'autres modes de socialité, d'intégration et de communalisation qui, à travers le principe de responsabilité, marquent la reconnaissance encore indéfinie du politique...¹³⁰¹

L'inadéquation actuelle des États face au processus de mondialisation s'explique par l'inadéquation de leur territoire vis-à-vis des structures économiques. Cette inadéquation de l'espace national (qui doit se comprendre comme l'inadéquation de la puissance normative) serait donc liée au processus de coalescence décrit dans *Le monde espace et système*. En effet, pour ses auteurs, les sociétés sont sujettes à des contraintes de distance. La stabilité de l'État

¹³⁰¹ Badie B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 164.

serait alors dépendante de sa capacité à organiser et à maîtriser les processus sociaux en fonction de cette distance. Or, cette inadéquation entre l'État, sa capacité de maîtrise et les réseaux qu'il gère, serait source de fragilité :

C'est donc à cause du rôle spécifique de l'État, moteur et frein à la fois pour l'auto-organisation des sociétés aux différentes échelles où elles se structurent que fonctionnent simultanément des logiques contradictoires. Cela traduit le fait que les sociétés sont restées jusqu'à présent soumises à des contraintes de distances qui ont empêché leur unification. Les États constituent un thermomètre territorial du point jusqu'auquel la distance peut être, dans toutes les dimensions de la vie sociale, maîtrisée. Leur liaison impérative au territoire les rend en effet fragiles : si ce dernier ne suit plus, ils sautent – ce qui n'est pas le cas des structures en réseaux ou des espaces flous¹³⁰².

Les États apparaîtraient donc comme des éléments intégrateurs participant à la coalescence des sociétés humaines lorsqu'ils homogénéisent en leur sein des sociétés différenciées, et ségrégateurs lorsque l'espace social dépasse leur frontière. Or, la forte charge identitaire dont disposeraient aujourd'hui les États fait que ceux-ci deviennent un obstacle à la poursuite nécessaire du processus de coalescence des sociétés :

la reprise du processus d'élargissement des frontières ne va pas de soi comme le montre le tortueux chemin de construction d'une communauté européenne et des nombreux projets encore irréalises de zones de libre-échange en Amérique, en Asie, et en Afrique.¹³⁰³

Or, ce n'est pas tant l'État en soi qui est un obstacle à la poursuite du processus d'élargissement des frontières que le principe de leur intangibilité énoncé par le droit international.

Ce qui semble alors problématique n'est pas l'État comme concept, mais l'organisation actuelle du système d'États (ou l'idée même d'un système d'États). Les États ne sont géographiquement plus adaptés aux structures économiques. Le problème dénoncé ne concerne donc pas la souveraineté comme capacité de régulation mais son champ d'application. En effet, la plupart des auteurs s'accorde à reconnaître la vertu régulatrice des États et de la souveraineté dans leur dimension interne, tout en la dénonçant à l'échelle interétatique.

Ce changement du rôle de l'État dans l'accompagnement des processus économiques et sociaux, d'un rôle intégrateur à ségrégateur, s'observe également chez Mohamed Salah Mohamed Mahmoud. Celui-ci dénonce l'absence de régulation du capitalisme mondial. Il rappelle alors que les constructions juridiques sont toutes les produits d'évolutions sociales,

¹³⁰² DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nd Ed.], pp. 31-32.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 32.

économiques et politiques. Ainsi, l'État souverain serait lié à l'apparition et à l'essor du capitalisme¹³⁰⁴. En parallèle la mise en place d'un système juridique stable et unifié, sécurisant les transactions, ont permis le développement de l'économie marchande et du système de libre-échange¹³⁰⁵. C'est également ce que reconnaît M. Chemillier-Gendreau : « *L'État est l'outil indispensable de maîtrise des marchés nationaux. Il est l'instrument insuffisant et parfois gênant d'une régulation mondiale* »¹³⁰⁶.

De ce fait, il ne serait pas absurde de supposer que la mise en place d'une économie mondiale implique nécessairement une homogénéisation et une unification des structures juridiques mondiales, de même que la mise en place d'une économie nationale nécessita une homogénéisation et une unification des structures juridiques nationales. Si l'État (national) est *l'outil indispensable de maîtrise des marchés nationaux*, il serait possible de considérer que l'État mondial serait l'outil indispensable de maîtrise des marchés mondiaux.

Cette transposition est toutefois interdite du fait de l'évolution du concept de souveraineté en souveraineté externe. Il a déjà été expliqué que la théorie de la souveraineté était assimilée par de nombreux auteurs à l'existence d'un système interétatique¹³⁰⁷. En ce sens, une souveraineté mondiale est un contre-sens et la souveraineté est donc de fait un obstacle à la résolution des problèmes posés par la division du monde en États souverains puisque la souveraineté pour ces auteurs implique la division du monde en États souverains. L'État et la souveraineté vont donc être considérés comme contradictoires dans leur capacité régulatrice, puisqu'il sera affirmé que la capacité reconnue de régulation de l'État que lui confère la souveraineté interne est contredite par la division du monde qui est la conséquence de la souveraineté externe. L'identité supposée entre les deux souverainetés rendrait alors le principe de souveraineté contradictoire. Cela est particulièrement visible chez M. Chemillier-Gendreau :

La théorie de la souveraineté de l'État est le gage de la cohérence interne et assure le respect du principe de non contradiction entre les normes d'un même ensemble national. Habillé en État de droit, la souveraineté se donne les apparences (à défaut de la réalité) d'un pouvoir contrôlé et partagé. Ce mécanisme se déploie efficacement aussi longtemps en tout cas que l'unité de l'État n'est pas remis en cause.

¹³⁰⁴ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », Art. cit., p. 614.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 615.

¹³⁰⁶ CHEMILLIER-GENDREAU M., « *humanité et souveraineté* », Paris, Éditions La découverte, 1995, p. 29.

¹³⁰⁷ Cf., *supra*.

Mais la même théorie de la souveraineté en entrant dans le champ international devient la théorie des souverainetés et semble faire obstacle à toute possibilité de centralisation¹³⁰⁸

Il est important de noter que la théorie de *la* souveraineté est pour elle la *même* théorie que celle *des* souverainetés. Cela montre bien l'assimilation, dénoncée en début de chapitre, de la théorie de la souveraineté dans sa dimension interne au principe d'organisation de la scène interétatique, c'est-à-dire à la souveraineté externe.

L'évolution du concept de souveraineté et son identification à la reconnaissance ou à l'organisation de la scène interétatique interdit paradoxalement de poser l'idée d'une souveraineté mondiale. En effet, il a déjà été montré que l'État est assimilé chez de nombreux auteurs à une unité qui ne peut exister qu'au sein d'un système d'États. Cette idée est particulièrement flagrante chez un auteur comme O. Beaud. Il a déjà été dit qu'il considérait que l'idée même d'État universel est contradictoire¹³⁰⁹. Or, le développement de la mondialisation et la nécessité d'instances de régulation mondiale rendrait obsolète la division du monde en États souverains. De ce fait, il va considérer la nécessité de la fin de l'État :

La grande question philosophico-juridique d'aujourd'hui est celle de savoir si l'État n'est pas aujourd'hui dépassé en tant que forme d'expression juridique du pouvoir politique. Le contraste toujours plus grand entre cette forme juridico-politique et la réalité sociale frappe les observateurs lucides. D'un point de vue purement technique, l'État universel existe aujourd'hui avec la mondialisation de l'espace, des techniques et des communications, et des rapports politiques. Cette universalisation du pouvoir est contraire à la logique de l'État, logique d'une rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national. Il y a donc antinomie évidente entre l'État universel et l'idée même d'État. Plutôt que de parler de « déclin », on devrait peut-être parler de « fin de l'État ».¹³¹⁰

Or, la thèse d'Olivier Beaud conclut à un lien indéfectible entre État et souveraineté : « rien ne permet d'invalider l'opinion classique selon laquelle il n'y a pas d'État sans souveraineté, ni de souveraineté sans État »¹³¹¹. La fin de l'État qu'impliquerait inévitablement la mondialisation entraînerait donc inéluctablement la fin de la souveraineté qui lui est attachée. La contradiction concernerait donc l'universalisation du pouvoir¹³¹². L'emploi du singulier est particulièrement intéressant : ce pouvoir s'universalisant ne peut être que celui de l'État. L'idée est donc qu'un État universel ne saurait être un État, parce que c'est contraire à sa *logique*, qui serait une *logique d'une rétractation du pouvoir sur la sphère limitée de l'espace national*. Si l'État implique la souveraineté et que la souveraineté implique l'État, cela signifie que l'État et la souveraineté sont des termes équivalents. L'idée d'une

¹³⁰⁸ CHEMILLIER-GENDREAU M., « le droit international entre volontarisme et contrainte », in *L'évolution du droit international : Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, A Pédone, 1998, p. 95.

¹³⁰⁹ Cf., *supra*.

¹³¹⁰ BEAUD O., *La puissance de l'État*, *Op. cit.*, p. 13.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 14.

¹³¹² Ian Hacking explique de manière très pertinente l'ambiguïté des termes en -tion, qui désignent très souvent à la fois un processus et le résultat de ce processus (Cf. HACKING I., *Op. cit.*, pp. 59-61).

souveraineté universelle serait donc elle aussi antinomique. C'est ce qui explique que pour O. Beaud un pouvoir s'universalisant ne saurait être celui d'un État puisque l'État est perçu comme nécessairement inscrit dans une pluralité. Or, ce qu'affirme ici O. Beaud, n'est pas tant la fin de l'État (et donc de la souveraineté) que la fin du système interétatique (et donc de la souveraineté externe entendue comme l'attribut juridique d'un sujet de droit).

Cette assimilation de la souveraineté interne telle que développée par Bodin et Hobbes et de la souveraineté externe comme attribut juridique d'une unité faisant partie d'un système est fréquente. Elle est particulièrement visible chez Bertrand Badie, qui estime que l'idée d'un pouvoir commun est condamnée par Hobbes : « *l'interdépendance habilite l'idée de pouvoir commun, fortement condamné par Hobbes* ». ¹³¹³ Cette position est incompréhensible puisque toute la théorie de Hobbes (qui ne traite pas de la souveraineté externe) affirme au contraire la nécessité d'un pouvoir commun, qui seul peut assurer la sûreté des membres du groupe (au sens non seulement de sécurité physique mais également de prospérité économique). Ici, la souveraineté de Hobbes est clairement pensée à tort comme une théorie organisant la scène interétatique. Hobbes ne condamne certainement pas l'idée d'un pouvoir commun : il condamne l'idée qu'un souverain puisse être soumis à une autorité quelconque. Le rejet d'une autorité sur le souverain est un argument logique : si les décisions du souverain sont soumises à autorisation, alors l'instance qui peut autoriser ou non le souverain est le vrai souverain. C'est bien l'idée d'un pouvoir commun *entre États souverains* qui est condamnée par Hobbes, et non l'idée de pouvoir commun, tout simplement parce que cela reviendrait à créer un nouvel État souverain (les anciens États devenant alors des collectivités territoriales appliquant la volonté du nouveau souverain ¹³¹⁴). Un tel pouvoir commun ne remettrait pas en cause le principe de souveraineté (il en serait l'application), mais simplement la souveraineté des États ainsi soumis à ce pouvoir commun. La contradiction n'apparaît donc qu'en voulant maintenir le statut d'État aux États ainsi unifiés, et en considérant que la théorie de la souveraineté affirme le maintien de la souveraineté des États actuels ¹³¹⁵. Cela revient à considérer la souveraineté comme un droit subjectif garanti aux États existants, c'est-à-dire à intégrer dans la définition de la souveraineté les institutions de la scène interétatique. De manière similaire, M. Mahmoud soutient lui aussi que la souveraineté au sens de Bodin (dans

¹³¹³ BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, pp. 101-102.

¹³¹⁴ Cf., *infra*.

¹³¹⁵ La même difficulté est posée vis-à-vis des États fédéraux (cf. *infra*.)

le sens de plus grande puissance de la communauté) « *appartient désormais au passé* »¹³¹⁶. Or, tout son exposé, centré sur le droit international et la mondialisation, montre indirectement que justement, les problèmes dénoncés sont liés au fait précédemment évoqué de l'inadéquation entre les structures politiques et les structures économiques et culturelles. Il rejoint donc B. Badie sur ce point. Or, s'il existe une communauté humaine (ou plusieurs communautés transnationales) celle-ci est mise à mal justement parce qu'il n'existe pas de puissance souveraine. La fonction même de la théorie de la souveraineté chez Hobbes est de considérer que la condition nécessaire de l'instauration d'un *Common-Wealth* est justement la soumission de tous à une même instance souveraine.

La dénonciation de la souveraineté des États au nom d'une nécessaire régulation globale devient ainsi paradoxalement une dénonciation de la théorie de la souveraineté alors qu'elle en reprend les fondements (en dénonçant l'existence de plusieurs pouvoirs autonomes au sein d'une même communauté, et donc l'absence d'un pouvoir absolu _ cette demande de souveraineté mondiale chez ces mêmes auteurs sera abordée au point suivant). C'est donc bien la non prise en compte de l'évolution du concept de souveraineté qui fait attribuer à des auteurs du XVIème et XVIIème siècle des éléments théoriques (souveraineté externe entendue comme attribut juridique d'un sujet de droit) qui ne sont apparus qu'au XXème siècle.

Une des remises en cause de la souveraineté reposerait donc sur une antinomie entre la portée universelle de la souveraineté et la division du monde entre États souverains. Il y aurait alors une contradiction fondamentale entre la souveraineté interne et la souveraineté externe, la seconde nuisant à la première (il s'agit toutefois de rappeler qu'il s'agit de critiques concernant l'efficacité des politiques gouvernementales, qui ne remettent donc pas directement en cause le principe de souveraineté interne¹³¹⁷). Les deux concepts de souveraineté étant posés comme étant deux faces du même concept de souveraineté, celle-ci apparaît alors comme contradictoire. Cette approche de la souveraineté est notamment développée en France par B. Badie. Celui-ci propose une approche de la souveraineté en termes de fonctions¹³¹⁸. Or, la réduction de ces fonctions sur un espace et pour une population donnée, nuirait à la réalisation de ces fonctions à l'échelle universelle. Il y aurait donc une

¹³¹⁶ MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 662.

¹³¹⁷ Pour la distinction entre la logique de la souveraineté qui est celle de l'effectivité et la logique du gouvernement qui est celle de l'efficacité, cf. *supra*.

¹³¹⁸ Cf., *supra*.

contradiction profonde dans le principe de souveraineté puisque sa réalisation (comme souveraineté externe) empêche la réalisation de ses fonctions (comme souveraineté interne). Bertrand Badie ne peut pas considérer que l'universalisation des fonctions de la souveraineté interne nécessiterait une universalisation de la souveraineté interne, c'est-à-dire une souveraineté planétaire, un État mondial. Cet État mondial, universel, serait alors à même de réaliser les fonctions de la souveraineté à l'échelle de l'universel. Ce raisonnement est interdit du fait de l'assimilation de la souveraineté externe à la souveraineté interne.

L'affirmation de la contradiction entre souveraineté interne et externe se retrouve également chez Ch. J. Bickerton, Ph. Cunliffe et A. Gourevitch. La non dissociation des deux concepts leur fait également considérer la souveraineté comme contradictoire :

Critics of sovereignty are of course right to say that politics pushes up against the limitation of sovereign state. As the representative of its citizens' general will, the sovereign state is universal, in that it allows all of its citizens to participate in politics within its own border. Within the protective shelter of the sovereign state, all citizens are free to build the good life as they see fit. But the sovereign also violate his own promise, by limiting this universalizing impulse. Political self-assertion in international affairs often means one nation pitting itself against another. Thus the expression of collective political agency, when expressed in the form of the sovereign state, ends by dividing humanity against itself. Universalism becomes mired in national particularism. It is precisely because of these hazards and limits of state sovereignty that we shall assess the alternatives to state sovereignty from the viewpoint of politics and agency (...). The critics of state sovereignty cannot be allowed to earn their progressive credentials simply by attacking the limited political form of state sovereignty¹³¹⁹

L'État et la souveraineté semblent donc reconnus par leurs contempteurs pour leur capacité régulatrice interne. Leurs critiques s'adressent en fait à la souveraineté dans sa face externe, alors même qu'ils la rattachent explicitement aux conceptions de Hobbes et Bodin. L'évolution des concepts d'État et de souveraineté (notamment à travers l'idée de souveraineté externe) rend donc conceptuellement problématique leur utilisation pour résoudre les problèmes supposés d'inadéquation entre les structures politiques et les structures économiques. En effet, l'organisation du système interétatique étant construit sur le principe de souveraineté externe, et la souveraineté externe étant indissolublement lié à la souveraineté interne, la souveraineté apparaît de fait comme un problème.

¹³¹⁹BICKERTON Ch. J., CUNLIFFE Ph., GOUREVITCH A., «The unholy alliance against sovereignty », in BICKERTON Ch. J., CUNLIFFE Ph., GOUREVITCH A., *Politics without sovereignty*, New York, Routledge, 2007, p. 11. Je souligne.

Le fait de considérer l'existence d'une communauté humaine impose l'idée que la division de cette communauté en différentes entités souveraines est problématique du point de vue de sa cohésion et de son gouvernement. Les auteurs qui dénoncent comme problématique la division de la communauté humaine en différentes entités souveraines s'inscrivent donc totalement dans la conception hobbesienne de la communauté politique et de sa théorie de la souveraineté. La solution proposée consiste en effet à affirmer la nécessité d'une régulation mondiale. Celle-ci serait en effet le seul moyen de résoudre les problèmes posés par la division du monde en différents États.

Face à cette dénonciation de l'état du monde et de la division du monde en États souverains, de nombreux auteurs vont ainsi mettre en avant la nécessité d'une régulation mondiale. Il existe alors deux types de raisonnement pour mettre en place cette régulation mondiale jugée indispensable. La première considère la nécessité d'arrangements institutionnels permettant de limiter la souveraineté des États. En effet, certains auteurs vont s'opposer à l'idée d'État mondial. Les autres n'arrivent pas à détacher le concept d'État des structures qui portent actuellement ce nom. Ils vont donc critiquer la souveraineté de l'État, affirmer la nécessité de l'encadrer par un système institutionnel contraignant. La seconde consiste tout simplement à considérer la nécessité logique d'un État mondial, disposant d'une souveraineté mondiale. Il s'agit alors en fait de la transposition à l'échelle planétaire du raisonnement de Hobbes. Elle traduit alors une remise en cause des États et souverainetés actuels mais ne modifie absolument pas l'architecture intellectuelle traditionnelle de la souveraineté entendue comme puissance normative.

2.1.3.2.2 Repenser la souveraineté : l'État comme administrateur local de l'intérêt universel

L'identité créée entre souveraineté interne et souveraineté externe rend donc le concept de souveraineté contradictoire. La souveraineté externe, en étant posée comme l'attribut juridique d'une personne morale et comme un droit subjectif calcifie le concept d'État sur les personnes disposant actuellement de ce statut. Elle empêche donc de considérer que si la souveraineté (interne) fut un instrument efficace de régulation des marchés

nationaux, elle peut également être un instrument efficace à une autre échelle, comme elle empêche de considérer que la réalisation de ses fonctions à l'échelle universelle suppose son universalisation.

La piste que ces auteurs vont alors adopter consiste en une dénonciation de la souveraineté de l'État et la nécessité de repenser celle-ci dans sa dimension externe. En effet, les critiques de la souveraineté ne concernent pas tant en lui-même le principe de souveraineté de l'État, entendu comme autonomie de la puissance publique, que l'organisation actuelle du monde en États souverains. Puisque la souveraineté est pensée comme le principe d'organisation de la scène interétatique, que cette scène interétatique est souvent pensée comme mal organisée, la conclusion qui semble s'imposer est un réaménagement de la souveraineté des États pour permettre un meilleur fonctionnement de l'ordre international. En effet, « *le droit international, centré sur la norme de la souveraineté des États, ne remplit pas sa fonction de pacification de la société mondiale* »¹³²⁰. Il leur apparaît donc nécessaire de repenser le concept de souveraineté (entendu comme statut juridique de l'État) pour accroître l'efficacité de l'ordre juridique international (efficacité entendue comme capacité à produire les effets sociaux désirés).

Cette affirmation de repenser la souveraineté du fait de l'inadéquation des frontières politiques est particulièrement visible chez M. S. M. Mahmoud. Celui-ci affirme que « *Les solutions à même de préserver un minimum d'ordre, qui ne peut être aujourd'hui que global, doivent nécessairement articuler des réponses à la fois nationales, régionales et transnationales. Une théorie juridique réaliste de la souveraineté se doit d'en tenir compte* »¹³²¹. Or, l'accroissement de l'efficacité de l'ordre juridique international passe par l'imposition de valeurs et de normes internationales, pour contrebalancer la dynamique de puissance qui serait induite par la souveraineté des États.

Cette nécessaire redéfinition de la souveraineté qui, parce que principe d'organisation de la scène interétatique, poserait problème est clairement affirmée par Gidon Gottlieb comme le seul moyen de permettre de résoudre les conflits ethniques :

The political and juridical mindsets with which ethnic and national strife have habitually been addressed are not equal to the task. The focus in this book is on political and juridical concepts that gird this mindset. It is meant to reprogram, to remap the parameters within which these conflicts can be dealt with. From Bosnia to Azerbaijan the stakes for the

¹³²⁰CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », in. MAILLARD DESGREES DU LOU D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 128.

¹³²¹MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, p. 662.

warring sides are expressed in terms of independence, of statehood, of homeland, of boundaries, of autonomy, and of sovereignty. These notions need to be deconstructed, taken apart and reassembled in a different way for a better fit to the national and ethnic problems that flourish in the post-Cold War world.¹³²²

Sa proposition vise aussi à construire un système international dont les États ne seraient qu'un élément, où il participerait avec d'autres acteurs à la définition et l'imposition de valeurs universelles.

Il apparaît alors que la recomposition du système interétatique se traduit toujours par la nécessité d'imposer à l'ensemble des États un ensemble de valeurs : Ulrich Beck, affirme ainsi que « *Indubitablement, le jeu mondial des pouvoirs et contre-pouvoirs ne peut se passer des militants et des acteurs de la société civile mondiale, notamment pour imposer des valeurs et des normes planétaires* »¹³²³.

Or, cette théorie juridique réaliste de la souveraineté que propose M. S. M. Mahmoud ne concerne pas la mise en place d'une souveraineté à une échelle globale, accordant une certaine autonomie à des entités territorialisées, mais l'insertion des États souverains dans des ensembles institutionnels contraignants : c'est une théorie juridique réaliste de la souveraineté externe, où les États, une fois redéfini leur statut au sein de l'ordre juridique international, appliqueraient (avec une marge d'autonomie) des valeurs et principes définis à l'échelle internationale.

Cette réduction de la souveraineté à un pouvoir nécessairement localisé mais aussi dérivé de l'ordre international est très explicite chez M. Chemillier-Gendreau, qui reprend ainsi les développements de Bertrand Badie (qui considérait que la souveraineté des États empêchait la réalisation de leurs fonctions à l'échelle mondiale¹³²⁴) :

La communauté politique universelle ne peut se trouver sans se doter d'un droit. Il s'agit d'un objectif nouveau qui consiste à poser de manière universelle les bases permettant de définir le bien commun de la société mondiale et à conditionner la liberté économique à sa réalisation. Cela suppose un travail sur les institutions internationales y compris judiciaires, mais surtout un retournement des concepts. La souveraineté a épuisé sa capacité à faire sens. C'est la question de l'action qui est déterminante et non celle de l'identité. Si le mot souveraineté a un avenir, ce n'est plus comme attribut de tel ou tel sujet, c'est comme l'administration localisée d'un intérêt universel, ensemble de valeurs protégeant la communauté dans sa totalité, tout en garantissant aux communautés différenciées leurs droits spécifiques. Toute réforme des institutions internationales, et celle de l'ONU est à l'ordre du jour, devra tenir compte de cette spécificité.¹³²⁵

¹³²² GOTTLIEB G, *Nation against state: New Approach to Ethnic Conflicts and the Decline of Sovereignty*, New York, Council on foreign relation press, 1993, p. X.

¹³²³ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 36.

¹³²⁴ Cf., *supra*.

¹³²⁵ CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », in. MAILLARD DESGREES DU LOU D. (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 128.

La question de la souveraineté renvoie donc bien à un attribut de l'État, attribut qu'il faut dépasser parce que ne correspondant plus aux besoins du monde actuel. Ce qui transparait du discours de M. Chemillier-Gendreau est bien la demande d'une transformation du statut légal de l'État, et donc la dénonciation de la souveraineté de l'État comme principe d'organisation de la scène interétatique. Le fait de vouloir recentrer la souveraineté sur la gestion localisée d'un intérêt universel est également présent chez B. Badie à travers le principe de responsabilité, qu'il oppose à la souveraineté : « *Chaque État est bel et bien dépositaire de la survie de la planète, de son développement et des valeurs construites comme universelles. L'obligation qui se crée sur le plan éthique rejoint effectivement l'argument d'utilité [...] »*¹³²⁶. Il est également possible de la trouver chez U. Beck, qui considère la nécessaire alliance entre les États qui dépasseraient le cadre identitaire de l'intérêt national pour s'allier avec une société civile posée comme transnationale : « *Une telle symbiose entre la société civile et l'État est ce que j'appelle l'« État cosmopolite ».* »¹³²⁷. L'État cosmopolite d'Ulrich Beck est donc censé lui aussi être l'administrateur localisé d'un intérêt universel (notamment celui porté par la société civile internationale). Ulrich Beck affirme ainsi la nécessité d'un renouvellement du jeu international, par un dépassement des logiques nationales, qui seraient extrêmement coûteuses (et notamment la souveraineté, ainsi assimilée à la logique nationale)¹³²⁸.

Ces affirmations traduisent bien l'existence pour ces auteurs d'une communauté universelle, mais surtout de biens et d'un intérêt propre à l'humanité dans son ensemble, que doivent donc respecter les États. Elles traduisent aussi la calcification des notions d'État et de souveraineté sur leurs incarnations actuelles : il s'agit de conserver le statut d'État aux entités actuelles mais de les faire agir non plus dans leur strict intérêt national mais dans celui de l'humanité. Cette évolution semble compatible (si ce n'est liée) avec la conception de la souveraineté comme liberté légale de l'État. Si l'État doit ses compétences à l'ordre juridique international, il est déjà en partie le gestionnaire localisé du droit international (c'est d'ailleurs une des conséquences du monisme kelsenien — dans la conception qui accorde la primauté à l'ordre juridique international).

¹³²⁶ BADIE B., *Un monde sans souveraineté*, *Op. cit.*, p. 166.

¹³²⁷ BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003 [2002], p. 37.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 31.

L'affirmation d'un nécessaire dépassement de la souveraineté des États n'a donc de sens que dans le cadre d'un système interétatique qu'il s'agit de modifier. Cette approche, construite sur l'État comme élément d'un système d'États est d'autant plus surprenante que certains auteurs affirment la nécessité d'une conception dénaturalisée de l'État en le pensant simplement comme un ordre juridique centralisé.

Cela s'observe par exemple chez Marie-Françoise Durand, Jacques Lévy et Denis Retaillé. Ceux-ci considèrent que l'évolution vers des structures politiques de plus en plus grandes est perturbée par les États, devenus des structures trop rigides¹³²⁹. En effet, seuls les États fédéraux dont les découpages territoriaux ne recourent pas les découpages ethniques, permettraient la poursuite de la coalescence des sociétés humaines. Ils estiment donc que la poursuite de la coalescence ne pourrait se poursuivre que dans le cadre d'une légitimité horizontale basée sur les valeurs (opposées aux États *holistiques* –fondés sur un mythe ethnico-territorial¹³³⁰). Il y aurait alors un blocage du fait de la forte dimension identitaire de l'État. Il apparaît donc que le problème est bien un problème de dimension géographique.

Toutefois, alors même que pour eux l'enjeu est, à terme, un État et une société monde, ils reculent vis-à-vis de l'Europe sur l'élargissement des frontières : « *La question aujourd'hui posée en Europe Occidentale est moins de substituer des institutions étatiques territorialement élargies à d'autres plus restreintes que d'ajouter au-dessus et au-dessous des structures complémentaires* »¹³³¹. Il faut donc considérer que si pour eux une société monde suppose un État monde, une société européenne ne suppose pas un État européen. Il y aurait donc des structures complémentaires, mais qui ne seraient pas des structures étatiques : l'idée d'un État fédéral semble donc exclue (alors même qu'il est présenté comme une solution à l'élargissement des frontières). Il est toutefois difficile de concevoir des structures normatives non étatiques, si l'on considère que l'État est l'ensemble des institutions normatives exprimant la volonté du souverain¹³³².

Cette position est d'autant plus difficile à comprendre qu'ils reprennent l'appel de nombreux auteurs à avoir une approche plus formelle de l'État, qu'ils abordent dans sa seule dimension interne, et non comme unité d'un système :

Dénaturaliser l'État, c'est l'envisager comme un processus historique ayant pour résultat (et non pour fin et/ou pour terme) la construction d'un pôle, d'un centre de puissance sur un

¹³²⁹ DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLÉ D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nde Ed.], p. 31.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 82

¹³³¹ *Ibid.*, p. 31.

¹³³² Ce point sera développé avec les questions liées au fédéralisme et à l'union européenne.

espace juridiquement et institutionnellement homogène. [...] Cette homogénéisation ne signifie pas pour autant l'uniformisation du territoire, confusion fréquente.¹³³³

Cette approche de l'État est parfaitement compatible avec la définition de la souveraineté comme puissance normative autonome. Elle s'inscrit dans la conception kelsénienne de l'État comme ordre juridique centralisé. Si la question n'est pas celle d'un État européen, alors cela implique que la question n'est pas celle *d'un centre de puissance sur un espace juridiquement et institutionnellement homogène* au niveau européen (et il faut se demander à quoi serviraient les institutions complémentaires). Cette position sur l'Europe, alors même qu'ils acceptent la dimension non nécessairement unitaire de l'État, apparaît en contradiction avec la teneur générale de leur propos.

De la même manière, J.-P. Henry aborde aussi l'État dans son sens purement normatif, d'application d'un droit unifié sur un territoire :

L'histoire semble d'ailleurs bien indiquer que le succès de l'État classique en tant qu'institution est précisément né de cette nécessité de soumettre, avec une permanence dépassant en tout cas le sort des Hommes qui l'animent, un territoire à une loi unique et de ce que les États occidentaux sont effectivement parvenus à développer des processus de normalisation particulièrement stables et cohérents.¹³³⁴

Il ajoute en note que le caractère unitaire ou fédéral importe peu, puisque même organisant la différence, l'État fédéral impose une même loi, c'est-à-dire un même ordre juridique. Néanmoins, J. P. Henry reste dans le cadre de la simple dénonciation de l'absence de pouvoir des États actuels et donc leur inadéquation. Il en tire alors la conclusion de l'inadéquation du modèle actuel : « *c'est bien l'ensemble des États et de leurs systèmes institutionnels qui sont remis en cause* »¹³³⁵. Il en déduit alors une condamnation de l'idée même d'État dans sa conception actuelle (« *l'obsolescence d'une certaine conception de l'État* »¹³³⁶). Tout son article est construit sur l'opposition entre les États et un système industriel mondial, mais il ne semble pas imaginer la possibilité d'une régulation étatique mondiale.

Enfin, la théorie de David Held illustre parfaitement cette réduction de la souveraineté à un ensemble de compétences attribuées par le droit international aux acteurs actuels. Il s'inscrit pleinement dans le courant dénonçant les méfaits induits par la parcellisation du monde en États souverains (et notamment les injustices que créerait la mondialisation). Constatant que « *la capacité régulatrice des États doit pouvoir s'appuyer sur le*

¹³³³ DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Op. cit., p. 32.

¹³³⁴ HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, 1991, mai-juin, p. 637.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 655.

¹³³⁶ *Idem.*

développement de mécanismes de coopération au niveau de la région et du monde »¹³³⁷, David Held milite pour une démocratie mondiale. Il va même jusqu'à évoquer l'établissement d'une force de coercition internationale¹³³⁸. Pourtant, il s'oppose à la création d'un État mondial (même fédéral), essayant de trouver une voie moyenne entre fédéralisme (trop centralisateur) et confédéralisme (pas assez contraignant). Néanmoins, le système qu'il propose, alliant force de coercition internationale et des tribunaux internationaux pour régler les problèmes de compétences entre les différents organes, ressemble bien à *un centre de puissance sur un espace juridiquement et institutionnellement homogène*, c'est-à-dire un État. Il continue toutefois à évoquer la place que pourraient avoir les États (ou leurs représentants) dans cet ensemble. De ce fait, la dénomination État est réservée aux entités actuelles.

Puisque les États sont inscrits dans un ordre juridique qui les dépasse, il est alors tout à fait possible de d'envisager la participation d'acteurs non étatiques à l'élaboration des règles internationales.

En ce sens, si l'optique est de reconfigurer la scène interétatique pour mettre en place un ensemble institutionnel dont les États ne seraient plus qu'un élément, il est tout à fait envisageable d'attribuer un statut et une fonction délibérative à d'autres personnes morales que les États, c'est-à-dire aux acteurs de la société civile. Abordé à travers son statut juridique, l'État n'est qu'une personne morale et peut donc être amené à collaborer avec d'autres personnes morales dans la détermination de la volonté de la communauté humaine. Ce n'est que si l'élaboration du droit international reste le fait des États parce qu'ils l'appliquent que cette proposition n'a pas de sens.

L'affirmation d'une communauté universelle, chez des auteurs comme Bertrand Badie ou Monique Chemillier-Gendreau est corrélative de l'affirmation de biens communs et d'un intérêt commun. La gestion de ces biens communs et de cet intérêt commun à l'humanité imposerait alors la nécessité d'une gestion commune, puisque la gestion par différents États souverains est posée comme problématique.

Néanmoins, l'assimilation entre souveraineté interne et souveraineté externe et la focalisation sur le système interétatique actuel vont enfermer certains auteurs dans le cadre

¹³³⁷ HELD D., *Un nouveau contrat mondial*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005 [2005], p. 55.

¹³³⁸ *Ibid.*, pp. 195-196.

d'un aménagement de ce système interétatique. Ils vont donc affirmer donc la nécessité d'insérer les États dans un cadre institutionnel contraignant, sans considérer que cela remet en cause leur statut d'État. Si l'État n'est que l'administrateur local et contraint d'un intérêt universel prédéfini, il n'est plus un État. *A contrario*, s'il existe une structure de commandement capable d'imposer des normes à l'échelle planétaire, il y a alors un État mondial.

Les pensées juridiques et politiques ont donc du mal à s'extraire de ce qu'Ulrich Beck appelle le nationalisme méthodologique. Certes, U. Beck considère qu'il faut que l'État dépasse son lien particulier avec la communauté qu'il représente, mais il reste dans le cadre conceptuel de l'État-nation comme structure institutionnelle et comme personne morale.

Puisque des États actuels ne seraient plus adaptés à la réalité économique contemporaine, et que l'idée même d'État est calcifiée sur les États actuels, personnes juridiques de l'ordre international, toute idée d'un nouvel échelon institutionnel est pensée comme supra étatique, ce qui du point de vu de la théorie de la souveraineté n'a pas de sens. Gilles Breton appelle également à dépasser ce réflexe consistant à tout ramener à l'État-Nation. Or, il semble bien que l'approche la plus pertinente, car celle qui remet le moins en cause les concepts fondamentaux de la Science Politique, serait celle qui considère que les entités politiques actuelles ne sont plus souveraines que sur des portions d'une société plus globale en train d'émerger. De ce fait, puisque la société n'est plus soumise à une même norme, se posent effectivement des problèmes de gestion politique. Or, la théorie de la souveraineté affirme que la mise en place d'un Common-Wealth, d'un droit gouvernement des ménages, nécessite une puissance souveraine. En effet, la mise en place et l'application de normes et valeurs à l'échelle planétaire revient de facto à la création d'un État mondial. En ce sens, dans la grammaire de la souveraineté, l'État mondial est le seul moyen logique d'assurer une régulation mondiale.

2.1.3.2.3 L'État mondial comme seul moyen logique d'assurer une régulation globale

Face à la demande de régulation mondiale, de nombreux auteurs vont affirmer la nécessité d'un État mondial, c'est-à-dire réactiver le rêve impérial romain. Cet État mondial apparaît en effet comme nécessaire, à partir du moment où est demandé une régulation

globale et l'imposition de valeurs globales. Or, un État est précisément, à travers le droit qu'il impose, la réalisation d'une morale concrète¹³³⁹. L'application (par la force) de cette morale concrète, à travers les règles de droit qui l'actualisent, détermine le territoire de l'État. Si le cadre d'application de ces règles est le monde, l'État doit nécessairement être mondial.

L'affirmation d'une nécessaire régulation mondiale implique alors en effet logiquement un État mondial : un droit et des valeurs mondiales impliquent un ordre juridique mondial centralisé et donc un État mondial. Il est certes possible d'obtenir une harmonisation des législations par la mise en concurrence des législations nationales, ou la création d'instances de coordinations des volontés étatiques. Néanmoins, ces processus, qui sont actuellement en œuvre, sont justement ceux dénoncés comme n'échappant pas aux logiques de puissance et donc aux intérêts particularistes, comme nuisant au bon gouvernement de la communauté humaine. De même, la proposition d'auteurs comme B. Badie, U. Beck ou M. Chemillier-Gendreau de rendre chaque État responsable de l'intérêt et des valeurs universels se heurte immédiatement à la question de l'interprétation de cet intérêt et de ces valeurs, et s'inscrit de fait dans une logique impériale. Même en admettant que les États agissent dans le cadre de cet intérêt universel, l'existence de deux États (ou plus) ayant une conception différente de l'intérêt universel et s'estimant, dans une logique impériale, moralement responsables de son application à l'échelle de la planète serait source de tensions voire de guerres (d'autant plus que B. Badie reconnaît le caractère socialement construit de ces valeurs, qui peuvent donc fortement diverger d'un contexte social à l'autre). La problématique est en effet la même que celle posée en interne : différents États (ou groupes d'individus) pourraient en effet avoir des conceptions différentes des valeurs et intérêt en question, ce qui impliquerait alors la mise en place d'une procédure unifiée d'interprétation et d'application, afin de trancher les différends¹³⁴⁰. Or, la mise en place de procédures et de structures permettant de déterminer et d'imposer des valeurs et des normes planétaires instaure de fait une puissance normative planétaire et donc un État mondial (qui serait indépendant et autonome de fait).

Cette nécessité est implicitement admise par J.-Y. Morin, qui de fait s'interroge sur la question du souverain lorsqu'il étudie la question d'un bien commun mondial : « *Quels sont*

¹³³⁹ Cf., *supra*.

¹³⁴⁰ Il a été montré que l'accord sur un ensemble défini de valeurs n'impliquait pas un accord ni sur leur sens précis ni sur leur importance relative et les modalités de leur coordination, ce qui impliquait la nécessité d'un système unifié d'interprétation et d'application, c'est-à-dire d'un pouvoir souverain dans l'interprétation de ces valeurs (Cf., *supra*).

ces principes et ces règles ? Par quelles méthodes et dans le cadre de quelles institutions peuvent-ils être établis ? En d'autre terme qui décide ? »¹³⁴¹. Toute la réflexion politique sur l'État comme condition du vivre ensemble est donc parfaitement adapté à l'échelle internationale à partir du moment où est supposé une communauté humaine dont il faut déterminer les conditions du vivre ensemble.

Il est donc normal que cette exigence de régulation mondiale se traduit chez certains par la demande d'un État mondial. Lorsque Z. Laïdi considère que la mondialisation crée « *une demande de démocratie à l'échelle mondiale* »¹³⁴², il s'agit bien de créer une démocratie mondiale et donc un pouvoir souverain mondial. De même, les auteurs de *Le monde espace et système* semblent considérer que le processus de coalescence des sociétés humaines doit déboucher sur un État mondial : « *D'où l'enjeu actuel : une culture unifiée, un État mondial, une société monde* »¹³⁴³. Toutes les affirmations relevées précédemment sur la nécessité de limiter la souveraineté des États ou de transformer le concept reviennent de fait à la demande d'instauration d'une puissance mondiale imposant des valeurs et principes. L'idée même de valeurs universelles universellement appliquées a pour conséquence la fin de la diversité culturelle et le partage des mêmes principes fondamentaux, c'est-à-dire une culture mondiale, et un système centralisé d'application et de détermination de ces valeurs (ce qui n'interdit pas une prise en compte des spécificités locales dans une logique fédérale).

Cette exigence d'un État mondial pour mettre fin au désordre international n'est pas nouvelle. Par exemple, Albert Einstein et Sigmund Freud considèrent à de nombreuses reprises la nécessité d'un État mondial pour assurer la paix et la sécurité internationale.

Dans un échange épistolaire réalisé à l'instigation de l'Institut de coopération intellectuelle, Sigmund Freud et Albert Einstein s'interrogent sur la possibilité d'instauration d'une paix perpétuelle. Or, Einstein, mettant en avant la nécessité d'une autorité législative et judiciaire au niveau mondial, considère ainsi que « *c'est ainsi que s'impose à moi une première constatation : la voie qui mène à la sécurité internationale passe par le renoncement sans réserve des États à une part de leur liberté d'action, voire de leur*

¹³⁴¹ MORIN J.-Y., « La mondialisation, l'éthique et le droit », in. MOCKLE D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 106.

¹³⁴² LAÏDI Z., « Mondialisation et démocratie », *Politique étrangère*, n°3 – 2001, 66^e année, p. 618.

¹³⁴³ DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espace et système*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nd Ed.], p. 31.

souveraineté, et il ne fait aucun doute qu'il n'existe aucun autre chemin vers cette sécurité »¹³⁴⁴. En effet, il reconnaît la nécessité de donner à une instance les moyens d'appliquer les lois, ce qui suppose des moyens de coercition. La réponse de Freud s'inscrit parfaitement dans le cadre théorique de Hobbes, tant vis-à-vis du droit que de la société civile. Il transpose en effet le raisonnement de Hobbes à l'échelle internationale :

Droit et violence sont aujourd'hui pour nous des opposés. Il est facile de montrer que l'un s'est construit à partir de l'autre [...]. Nous voyons que le droit est la puissance d'une communauté. C'est encore et toujours de la violence, prête à se tourner contre tout individu qui s'oppose à elle, elle travaille avec les mêmes moyens, elle poursuit les mêmes fins ; la seule différence tient effectivement que ce n'est plus la violence d'un individu qui s'impose mais celle de la communauté. [...]. Par-là, je pense, tout l'essentiel est déjà posé : le surmontement de la violence par transfert de la puissance à une entité plus grande [...]. Une sûre prévention des guerres n'est possible que si les Hommes s'unissent pour instituer un pouvoir central, auquel est transféré le droit de juger dans tous les conflits d'intérêt. Ici sont manifestement réunies deux exigences, que soit créée une telle instance suprême et que lui soit donnée la puissance requise. L'un sans l'autre ne servirait à rien. Aujourd'hui la Société des Nations est conçue comme une telle instance, mais l'autre condition n'est pas remplie ; la Société des Nations n'a pas de puissance propre et ne peut l'obtenir que si les membres de la nouvelle union, les États pris individuellement, la lui cèdent ¹³⁴⁵

La similitude avec le raisonnement de Hobbes est ici flagrante : un pouvoir central pouvant juger *tous les conflits d'intérêt* et disposant *de la puissance requise* revient à instaurer une puissance normative autonome.

De ce fait, Einstein militera de manière répétée¹³⁴⁶ pour la constitution d'un gouvernement mondial. En effet, la souveraineté illimitée des États (et, par principe, la souveraineté est illimitée) « *revient à admettre que chaque État se réserve le droit de défendre ses objectifs par le moyen d'une guerre. Chaque Nation doit alors être prête pour cette éventualité, c'est-à-dire qu'elle doit tendre de toutes ses forces à être plus forte que chacune des autres* »¹³⁴⁷. L'anarchie internationale inciterait donc à la course aux armements dans une optique préventive, ce qui est proche, une fois de plus, de la dynamique de l'état de nature chez Hobbes. De ce fait, seul un gouvernement mondial, disposant de la plus grande puissance, pourrait y mettre un terme¹³⁴⁸. Il est vrai que cette logique, qui est au cœur de la théorie néo-réaliste telle que formulée par Waltz (qui affirme que les guerres sont la

¹³⁴⁴EINSTEIN A., lettre envoyée à S. Freud, 30 juillet 1932, in. EINSTEIN A., *Albert Einstein :Physique, philosophie, politique ; textes choisis et commentés par Françoise Balibar*, Paris, Seuil, 2002, p. 57.

¹³⁴⁵FREUD, S., lettre envoyée à A. Einstein, septembre 1932, in. EINSTEIN A., *Albert Einstein :Physique, philosophie, politique, Op. cit.*, p. 59-61. Le raisonnement tenu à propos de la SDN est transposable à l'ONU, dont les moyens n'existent qu'en fonction de la volonté des États membres.

¹³⁴⁶ Pour les différentes allocutions ou lettres où Einstein promeut un gouvernement mondial, Cf. EINSTEIN A., *Albert Einstein :Physique, philosophie, politique Op. cit.*, pp. 117-138

¹³⁴⁷EINSTEIN A., « réponse à des savants soviétiques », publié en février 1948 dans *The Bulletin of the Atomic Scientists*, in. EINSTEIN A., *Op. cit.*, p. 135.

¹³⁴⁸EINSTEIN A., « Câble au pendant de l'Académie des Sciences de Moscou », envoyé le 18 décembre 1945, in. EINSTEIN A., *Op. cit.*, p. 121. Il réaffirme la nécessité d'un gouvernement mondial lors d'une interview diffusée sur la chaîne ABC, le 17 juillet 1947.

conséquence de l'état d'anarchie du système international), est condamnée par le courant constructiviste et les différents états possibles d'anarchie décrit par A. Wendt. Toutefois, le dilemme de sécurité reste pour l'instant réel, et ne risque pas de se réduire avec l'affirmation de la logique impériale qui est sous-tendue par l'idée d'intérêt universel et le principe de responsabilité.

L'idée d'un droit mondial est donc, dans le schéma de la souveraineté, indissociable d'un État mondial. En effet, si le droit est l'application d'une injonction par une puissance, un droit universel dans son application et ses principes induit nécessairement une souveraineté mondiale. Cette nécessaire centralisation du droit international est d'ailleurs affirmée par Kelsen : « *la fin ultime de l'évolution réelle du droit, qui va vers une centralisation croissante, apparaît être l'unité organique d'une communauté universelle ou mondiale, fondée sur un ordre juridique, ou, en d'autres termes, la formation d'un État mondial* »¹³⁴⁹. Il est également possible de la trouver chez A. Wendt, qui considère que les coûts de l'anarchie et le désir de reconnaissance amèneront inéluctablement un État mondial.

Car c'est ici que la théorie d'É. Weil est d'un apport considérable : toute affirmation d'une morale universelle (notamment construite sur un individu et une raison abstraite comme le sont les droits de l'Homme) entraîne nécessairement un État universel comme cadre d'application de ces valeurs et principes universels. Certes, il s'agit chez É. Weil d'un État qui permettrait la réalisation de plusieurs morales concrètes (il s'oppose ainsi à Kojève qui affirme la nécessité d'un État mondial homogène). Mais ces différentes morales concrètes sont toutefois censées adopter une forme universaliste. C'est en ce sens que G. Mairet affirme qu'É. Weil achève la pensée de l'État et du politique : l'État comme cadre d'application par le droit d'une morale s'achève dans la réalisation d'un État universel appliquant une morale universelle¹³⁵⁰.

L'affirmation d'une morale et d'une régulation mondiale pose immédiatement la question qui est au cœur de la philosophie politique : celle de leur réalisation. L'État et la souveraineté furent les réponses apportées au droit gouvernement des ménages (puis des Hommes) par le droit. À la question de l'État, entendu non pas comme État moderne mais au sens large de communauté humaine politiquement organisée, fut apportée la réponse de la souveraineté. La très grande partie de la philosophie politique affirme depuis l'antiquité que

¹³⁴⁹KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 430.

¹³⁵⁰ Cf. *supra*.

nul ne peut servir deux maîtres (Matthieu 6:24) et la nécessaire unité politique de la Cité. Poser la question de la communauté universelle, surtout construite sur des valeurs communes, ne modifie pas les termes du débat : il s'agit d'organiser la République universelle. L'État universel est donc la réponse logique à l'organisation politique de la communauté humaine.

Néanmoins, cette nécessité logique de l'État mondial n'a de réalité que dans l'affirmation d'une communauté universelle et du désir de réguler à l'échelle de la planète différents problèmes jugés comme globaux. L'État universel est donc la conséquence logique de l'impérialisme et de l'universalisme des valeurs, non une nécessité historique en soi.

Ce qui est mis en avant est donc principalement les problèmes que posent la division du monde en États souverains, c'est-à-dire l'existence au sein du même espace social d'une pluralité d'acteurs autonomes. Or, ce point constitue précisément le cœur de la théorie de la souveraineté, qui considère comme nécessaire la mise en place d'un pouvoir normatif autonome unifié pour assurer le bon fonctionnement de la République. Si ces critiques constituent effectivement des critiques de l'organisation du monde en États souverains (et donc de la souveraineté externe), elles ne disent rien concernant l'unité et l'absoluité de la puissance publique. De plus, il s'agit ici non pas tant de problèmes conceptuels que politiques : les auteurs regrettent que des problèmes jugés importants (environnement, pauvreté...) ne soient pas traités d'une manière qu'ils jugent plus satisfaisante.

Si est admis la nécessité, sur un territoire donné, d'une puissance normative autonome (donc d'une souveraineté), pour assurer la paix et le progrès social, alors il faut également admettre la nécessité, sur un territoire plus grand, d'une souveraineté sur ce territoire élargi. La paix sociale à l'échelle planétaire, et la fin de l'état de nature sévissant entre États¹³⁵¹, suppose donc un État mondial, capable d'imposer un droit mondial. Le processus de coalescence des sociétés décrit par les auteurs de l'ouvrage *Le monde, espace et système*, implique logiquement qu'il peut y avoir des périodes où une société en formation est divisée en plusieurs États souverains. La conséquence du principe de souveraineté, qui traduit principalement la nécessité de l'unité de la puissance normative sur un groupe, est alors évidemment qu'il y aura des problèmes quant à la résolution de problématiques considérées comme communes. Le fait chez Hobbes d'assimiler la situation internationale à un état de

¹³⁵¹ Hobbes précise bien que l'état de nature qui existe du fait de la totale liberté des souverains n'est pas aussi misérable que l'état de nature qui existe entre individus totalement libres parce que les États assurent en leur sein une paix civile (*Léviathan*, chap. 13).

nature induit donc la solution pour en sortir : la création d'un État mondial. De même que la mise en place d'une souveraineté permet de sortir de l'état de nature au sein d'une société, la mise en place d'une souveraineté mondiale permettra de sortir de l'état de nature entre les sociétés. La dénonciation de l'état du monde du fait de l'existence d'une pluralité d'entités souveraines apparaît alors plus comme une confirmation de la théorie de la souveraineté de Hobbes que comme sa remise en cause.

La division d'un monde en États souverains n'est donc pas en soi une remise en cause de la souveraineté de l'État. De plus, les difficultés que produit cette division du point de vue du gouvernement de la communauté humaine sont pleinement compatibles avec la théorie de la souveraineté. Or, même en admettant que certains États ne soient pas souverains (ce qui est le cas des États faillis), la pertinence de la théorie de la souveraineté comme la nécessité d'une puissance normative autonome au sein d'une communauté donnée n'est pas remise en cause : l'effondrement de souverainetés n'invalide pas la théorie de la souveraineté. Les problèmes des États ne sauraient nécessairement s'assimiler à un problème de l'État, les difficultés de certains États historiques ne pouvant constituer en soi une preuve de l'inadéquation de la forme étatique comme modèle d'organisation des sociétés humaines.

Le concept de souveraineté a donc bien profondément évolué. Son inscription dans les champs des Relations internationales et du Droit international en ont radicalement changé la portée, au point d'opérer un véritable retournement du concept. Ce retournement est double.

D'une part, alors que la souveraineté externe, entendue comme l'indépendance, était la simple conséquence de la souveraineté interne, c'est maintenant la souveraineté interne qui est de plus en plus pensée comme procédant de la souveraineté externe. La souveraineté n'est plus la puissance qui crée l'État et le droit, elle est un attribut qui confère à celui-ci son identité.

D'autre part, alors que la théorie de la souveraineté affirme la nécessité d'une puissance normative autonome pour donner corps au droit, elle est devenue le principe d'organisation de la scène interétatique en plusieurs entités souveraine. Toutes les critiques mobilisées dans ce chapitre dénoncent la souveraineté dans cette acception. Il s'agit de dénoncer la souveraineté soit à travers les évolutions de la scène interétatique, soit en considérant que cette organisation est préjudiciable. Or, il a été montré que la conception de la souveraineté telle que formulée par Bodin ou Hobbes n'est absolument pas contradictoire avec une évolution de la scène interétatique, même lorsqu'elle remet en cause ses principes fondamentaux. De plus, la dénonciation des problèmes créés par l'absence d'un véritable droit international au sein de la communauté universelle, du fait de l'existence de plusieurs entités souveraines, apparaît plus comme une confirmation de la théorie de Hobbes que comme sa remise en cause.

C'est donc bien l'évolution du concept de souveraineté qui est à l'origine des critiques qu'elle subit. L'objet des critiques n'est pas, quoi qu'il soit dit, la souveraineté telle que formulée par Bodin et Hobbes, mais une reconstruction du fait de sa recomposition à partir du concept de souveraineté externe.

Le fait de penser l'État comme personne morale, comme unité d'un système d'États, a donc profondément modifié le concept de souveraineté et est à l'origine des critiques qu'il subit. Cette inversion du concept de souveraineté par rapport à l'État a une autre conséquence : elle calcifie l'État sur un ensemble donné d'institutions.

2.2 La souveraineté pensée à partir de l'État : une inversion source de confusion du fait de la recomposition institutionnelle des États

La souveraineté doit donc être pensée comme une puissance normative autonome. C'est l'application de cette puissance qui crée l'État et le droit. Or, le fait de penser l'État comme une personne morale, titulaire de la souveraineté, modifie cette relation : l'État précède la souveraineté. L'État apparaît donc comme prédéfini, et la question qui se pose est alors de déterminer si tel ou tel État est souverain. Cela implique d'avoir préalablement défini l'État. Or, l'universalisation de l'État moderne semble avoir calcifié le concept d'État sur les types État-Nation et État légal rationnel. L'État est ainsi pensé comme l'ensemble des institutions de droit public correspondant à une collectivité humaine nationalement définie. Or, le processus de coalescence des sociétés humaines décrit à la fin de la première partie et le développement de la biopolitique et des questions de gouvernement ont multiplié le désir d'outils de régulation. Les États se sont donc recomposés pour faire face à cette demande et ont multiplié les instances de production de normes. Cette modification de la forme des États apparaissant alors comme une remise en cause de leur unité et de leur souveraineté. Plusieurs processus sont ainsi apparus : la multiplication des traités internationaux ; la création de multiples organes pouvant créer des normes s'appliquant à différentes échelles (de locale à internationale), l'intégration de plus en plus importante de personnes de droit privé au processus d'élaboration et d'application des normes. Or, l'État étant prédéfini, ces organes et normes sont posés comme ne faisant pas partie de l'État. La souveraineté se trouverait donc soit partagée soit limitée, ce qui est dans les deux cas effectivement contraire à sa définition telle que posée par Hobbes et Bodin.

De plus, la souveraineté est un pouvoir de commandement absolu et illimité. Les commandements qu'elle pose se traduisent sous forme juridique (c'est l'identité entre la volonté du souverain et la Loi au sens matériel) et donc, la limitation du pouvoir du souverain ne peut se concevoir que sous forme d'injonction juridique. Or, ces critiques se situent justement sur le plan juridique. Le problème soulevé ici est celui de la soumission de l'État à des normes juridiques élaborées par d'autres. C'est donc un enjeu important du point de vue de la théorie de la souveraineté.

Il faudra préalablement se servir des théories du droit international, pour montrer qu'il est possible de maintenir l'unité de l'ordre juridique étatique dans une conception radicalement moniste (2.2.1). L'affirmation du monisme juridique permettra alors de penser la

souveraineté de l'État dans les ensembles polycentriques (2.2.2). Il sera alors facile de montrer que la privatisation de l'État n'est qu'une recombinaison de sa forme (2.2.3). Chacun de ces cas permettra de montrer que c'est à partir d'une conception prédéfinie de l'État qu'il est possible de considérer ces recombinaisons comme une division ou une limitation de la souveraineté.

2.2.1 La souveraineté de l'État confrontée au monisme juridique : le droit international comme droit interne

La distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe, et la transformation de cette dernière en attribut juridique de l'État l'habilitant sur la scène internationale, a favorisé l'idée que le droit international constitue un ordre juridique à part entière. Or, le droit international est pensé comme un ordre juridique s'imposant à l'État et donc au souverain. En ce sens, la question du droit international comme limite à la souveraineté de l'État apparaît comme particulièrement intéressante puisqu'il s'agirait ici effectivement d'une limite de droit et non plus d'une limite de fait.

La question du droit international est la plus délicate à traiter dans le cadre de cette thèse. En effet, l'idée d'un ordre juridique international dont les États seraient les sujets de droit est peu traitée par Bodin et totalement absente chez Hobbes (et incompatible avec sa théorie). Il s'agit donc ici du premier (et du seul) vrai cas qui pourrait justifier l'idée que la souveraineté telle que formulée aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles n'est plus adéquate pour rendre compte du monde contemporain. Face à la faiblesse, voire l'absence, des considérations de ces auteurs sur ce sujet, il va falloir se livrer à un délicat travail de traduction, afin de voir comment leur théorie peut intégrer l'existence et l'inflation du droit international et des organes de coopération interétatique.

Afin de comparer précisément les conséquences de la théorie de la souveraineté sur l'existence du droit international dans sa forme contemporaine, il a paru pertinent de se concentrer sur la théorie d'un auteur en particulier. Kelsen est apparu comme une évidence : d'une part parce que son positivisme le rapprochait de Hobbes ; d'autre part parce que son monisme juridique rend sa théorie particulièrement intéressante pour rendre compte de la souveraineté.

Il ne sera toutefois pas question ici de développer une approche positiviste s'appuyant sur les traités internationaux ou sur les arrêts des cours de justice. La question reste

uniquement celle de la coordination des ordres juridiques. Or, il apparaîtra que dans une conception classique de la souveraineté qui lie le droit à son application, le droit international apparaît tout simplement comme du droit interne. Cette approche semble compatible avec de nombreux points développés par Kelsen. Il semble en effet que la primauté de l'ordre juridique international qu'il pose est fondée sur un dualisme méthodologique contestable (2.2.1.1). Il apparaîtra alors que l'affirmation d'un ordre juridique international est conceptuellement très problématique et que sa négation permet de considérer le droit international comme du droit interne, propre à chaque État (2.2.1.2).

2.2.1.1 Le rapport entre droit international et droit étatique chez Kelsen : un dualisme méthodologique contestable

Kelsen développe une théorie radicalement moniste du droit : il ne peut exister deux ordres juridiques distincts : ils risqueraient de poser des normes contradictoires. Il reprend donc l'argument de l'indivisibilité de la souveraineté, qui est précisément une condamnation avant l'heure de la possibilité d'un tel dualisme. De ce fait, soit l'ordre juridique international fait partie de l'ordre juridique étatique, soit l'ordre juridique étatique fait partie de l'ordre juridique international. Or, Kelsen fait le choix de la primauté de l'ordre juridique international (2.2.1.1.1). Il apparaîtra toutefois que cette position est difficilement défendable, au regard même de points conséquents de sa théorie. En effet Kelsen construit son raisonnement à partir d'un dualisme méthodologique, en posant comme acquis et sans le justifier, l'existence d'un ordre international habilitant tous les États (2.2.1.1.2).

2.2.1.1.1 La conception moniste de H. Kelsen affirmant la primauté du droit international

Lorsqu'il traite de la question du rapport entre droit international et droit étatique, Kelsen commence par dissocier les deux. Il pose ainsi l'existence d'un ordre juridique international et d'un ordre juridique étatique dont il faut régler les rapports réciproques. Il affirme alors qu'il y a deux conceptions possibles : la conception dualiste et la conception moniste.

La conception moniste consiste à « *comprendre l'ensemble droit international et ordres étatiques comme un système de droit unitaire, tout à fait de la même façon que l'on a accoutumé de considérer chaque ordre étatique comme une unité* »¹³⁵².

La conception dualiste quant à elle consiste à considérer « *le droit international et le droit étatique [comme] deux systèmes de normes indépendants l'un de l'autre, isolés l'un par rapport à l'autre, pour la raison qu'ils reposeraient sur deux normes fondamentales différentes* »¹³⁵³.

Les deux doctrines s'inscrivent toutes les deux dans une tentative qui serait propre à la science de penser dans une même théorie l'intégralité du droit :

Dans cette vue que la doctrine dualiste aussi adopte, il y a déjà ce postulat de la théorie de la connaissance : comprendre d'un seul et même point de vue tout ce qui est droit en un système, c'est-à-dire de le comprendre d'un seul et même point de vue comme constituant un tout refermé sur lui-même. En tant que la connaissance juridique veut concevoir comme droit à la fois les matériaux que l'on étiquette droit international et ceux qui se présentent comme formant le droit étatique, en tant qu'elle veut les appréhender sous la catégorie « *normes juridiques valables* », elle s'assigne la tâche, tout de même que les sciences de la nature, de présenter son objet comme une unité. Le critère négatif de cette unité est l'absence de contradiction.¹³⁵⁴

Kelsen adopte alors une conception moniste. Il dénonce la conception dualiste, qui serait « *insoutenable, déjà pour une raison purement logique* »¹³⁵⁵. Le droit étant un ordre de contrainte, il se pense en termes d'obligation. Or, de par la nature même du droit, il ne saurait y avoir deux systèmes de normes obligatoires, également valables, distincts et donc éventuellement contradictoires : en cas de conflit entre normes, il faudrait alors considérer que l'un des deux ordres n'est pas obligatoire¹³⁵⁶, et ne constitue donc pas un ordre juridique à part entière. En ce sens, si l'on suppose la validité de l'ordre interne, le droit international ne serait pas du droit puisqu'il ne serait pas valide en cas contradiction avec le droit étatique.

Il explique ensuite que la conception moniste évite cet écueil : les normes étatiques en contradiction avec le droit international restent valables (puisque le droit international ne prévoit pas de procédure d'annulation) mais sont soumises aux sanctions prévues par le droit international. La conception moniste permet alors de résoudre la contradiction en considérant que l'une des normes est simplement délictuelle (l'existence d'infraction ne remettant pas en

¹³⁵² KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], p. 430.

¹³⁵³ *Idem.*

¹³⁵⁴ *Ibid.*, pp. 430-431.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, p. 430.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 431-432. Cette affirmation de l'impossibilité de deux ordres juridiques simultanés de même niveau renvoie à l'idée aussi vieille que la philosophie qu'il est impossible d'avoir deux maîtres. Elle se traduit au sein des théories de la souveraineté par l'impossible division de celle-ci.

cause l'existence de l'ordre juridique : « *Il n'y a par suite aucune difficulté dans le fait que des normes juridiques valables puissent être créées par un acte présentant le caractère de délit* »¹³⁵⁷). La conception moniste permet ainsi de penser le droit international comme du droit et d'harmoniser les deux ordres juridiques.

Il précise alors qu'il existe deux manières de construire un système unitaire à partir de deux ordres juridiques distincts. Premièrement, l'un des deux ordres est subordonné. Il faut alors considérer qu'il existe au sein d'un des deux ordres une norme qui règle et habilite la création des normes dans l'autre. L'ordre subordonné tire alors sa validité de l'ordre supérieur qui, lui, tire sa validité de sa norme fondamentale. Secondement, les deux ordres peuvent être coordonnés l'un à l'autre dans leur domaine de validité respectif par un troisième ordre qui leur est supérieur. Cette possibilité semble toutefois délicate vis-à-vis du droit international étant donné que cela suppose un troisième ordre qui resterait à déterminer.

De ce fait, l'unité du droit étatique et du droit international doit se penser dans le premier cadre, qu'il s'agit alors de préciser. Kelsen considère deux possibilités : la primauté de l'ordre étatique et la primauté de l'ordre international : « *Le droit international doit être conçu, ou bien comme un ordre juridique délégué par le droit étatique et par conséquent incorporé à celui-ci, ou bien comme un ordre juridique total qui délègue les ordres juridiques étatiques, qui leur est supérieur* »¹³⁵⁸.

La primauté de l'ordre juridique étatique revient à considérer que l'État dispose d'un ordre juridique souverain, c'est-à-dire que son ordre juridique est l'ordre suprême. De ce fait, le droit international ne saurait être valable pour un État que si et seulement s'il le reconnaît. Cette reconnaissance peut être expresse (par un acte législatif ou de gouvernement) ou tacite (« *par une application effective du droit international, par la conclusion de traités internationaux, par le respect des immunités statuées par le droit international, etc.* »)¹³⁵⁹. Ce n'est que parce que l'État reconnaît le droit international qu'il y est soumis. De ce fait, tout État agissant sur la scène internationale reconnaît le droit international et donc s'y trouverait soumis. La reconnaissance du droit international équivaut alors à son acceptation et son intégration au sein de l'ordre interne. Comme la reconnaissance du droit international fait

¹³⁵⁷ *Ibid.*, p. 433.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 435. Il est important de noter dès à présent que Kelsen considère le droit international comme constituant un ordre juridique.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 436.

partie des dispositions du droit interne, le droit international est intégré par cette reconnaissance¹³⁶⁰.

La primauté de l'ordre juridique international revient à considérer que c'est l'ordre international qui est souverain. En ce sens, l'ordre juridique étatique est « *un ordre juridique partiel délégué par le droit international* »¹³⁶¹, dont le domaine de validité (territorial, personnel et temporel) est déterminé par le droit international. Les États n'ont donc plus la compétence de la compétence, puisque leur compétence est régie par le droit international (ils auraient toutefois « *une vocation à la totalité que seul le droit international peut limiter* »)¹³⁶². En effet, Kelsen précise bien que le droit international ne se limite pas nécessairement à la conduite entre États et qu'il peut régler toute question. Si l'ordre juridique international est l'ordre juridique souverain, alors la reconnaissance du droit international par les États n'est pas nécessaire. Comme c'est le droit international qui habilite les États, ceux-ci y sont automatiquement soumis.

Kelsen précise que pour lui ces deux constructions sont totalement équivalentes et ne diffèrent que dans le fondement de leur validité :

Le droit international dont du point de vue de la primauté de l'ordre juridique étatique, la reconnaissance de la part d'un État est la condition de sa validité pour cet État, et qui n'est par la suite considéré que comme un élément constitutif d'un ordre juridique étatique, – ce droit international est, si l'on considère sa substance, le même droit international qui, du point de vue de la primauté de l'ordre juridique international, apparaît comme un ordre juridique supérieur à tous les droits étatiques et qui les délègue. La divergence entre les deux constructions monistes des rapports du droit international et du droit étatique porte uniquement sur le fondement de la validité du droit international, et non pas sur son contenu¹³⁶³

Il explique en effet que dans la conception qui considère la primauté de l'ordre juridique international, le fondement de la validité est « *la norme fondamentale hypothétique qui institue la coutume des États comme fait créateur de droit* »¹³⁶⁴. Dans la conception qui considère la primauté de l'ordre juridique étatique, le point de départ est la norme fondamentale qui habilite la constitution. L'ordre étatique habilite alors l'ordre juridique international en considérant la coutume internationale comme fait créateur de droit. L'ordre étatique, en habilitant l'ordre juridique international habilite alors l'intégralité du droit international (la norme fondamentale du droit international se trouve alors validée par l'État).

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 437.

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 440.

¹³⁶² *Ibid.*, p. 442.

¹³⁶³ *Ibid.*, pp. 443-444.

¹³⁶⁴ *Ibid.*, p. 444.

De ce fait, comme le droit international détermine les domaines de validité des ordres juridiques étatiques, alors l'ordre étatique qui reconnaît le droit international reconnaît les domaines de validité établis par le droit international. Il distingue alors au sein d'un seul État (n'importe lequel mais un seul) l'ordre juridique étatique au sens large et l'ordre juridique au sens restreint :

L'ordre juridique étatique en un sens étroit, ce sont les normes posées conformément à cette constitution par des actes de juridiction et d'administration. L'ordre juridique étatique au sens large est l'ordre juridique qui forme le point de départ de la construction, dans la mesure où il comprend également le droit international reconnu, c'est-à-dire les normes qui sont créées par voie de coutume des États et par les traités internationaux¹³⁶⁵

Il considère alors qu'au sein de cet ordre étatique qui fonde la validité du droit international, l'ordre étatique au sens restreint est subordonné à l'ordre étatique au sens large, et que donc l'ordre étatique, au sens restreint, est déterminé dans ses compétences par le droit international¹³⁶⁶.

Kelsen pose donc dans les deux cas la suprématie de l'ordre juridique international, qui habiliterait les États et déterminerait leurs domaines respectifs de compétence. Cette approche qui est développée par Kelsen, considérant que le droit international habilite les États et donc détermine et limite la souveraineté, semble majoritairement partagée par les internationalistes et est une des causes principales de la dénonciation de la souveraineté¹³⁶⁷. Pourtant, son approche est contestable du point de vue de la souveraineté entendue comme puissance publique, notamment dans l'affirmation non réellement discutée d'un ordre juridique international. La théorie moniste de Kelsen est en effet construite sur un dualisme méthodologique, qu'il est possible de rejeter.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

¹³⁶⁶ Si l'on considère le droit international comme un élément constitutif d'un ordre étatique [Ce ne peut jamais être qu'un seul ordre juridique étatique, bien que cela puisse être n'importe lequel d'entre eux], on doit distinguer entre l'ordre juridique étatique, en un sens étroit, et l'ordre juridique étatique en un sens plus large. [...]. Le droit international, qui forme une partie de cet ordre étatique, détermine par son principe d'effectivité le principe de validité de tout ordre étatique, aussi bien de ceux qui ne sont pas le point de départ de la construction que de celui qui l'est et duquel par suite le droit international est une partie intégrante. Mais, dans ce dernier cas, il remplit cette fonction – en tant que partie constitutive de l'ordre juridique au sens large – uniquement en relation avec l'ordre juridique au sens étroit. (*Ibid.*, pp. 444-445).

¹³⁶⁷ Cf. *infra*.

2.2.1.1.2 La primauté du droit international sur le droit interne chez H. Kelsen construite sur un dualisme méthodologique.

Le raisonnement de Hans Kelsen est très rigoureux. Il semble en effet impossible de s'accorder avec la position dualiste qui considère simultanément la validité de deux ordres juridiques différents se superposant. En acceptant le caractère juridique du droit international, la position moniste semble en effet la seule acceptable : droit étatique et droit international forment un système unitaire. En ce sens, le droit international apparaît bien comme la volonté de l'État, et le principe de souveraineté semble respecté. Néanmoins, parce qu'il s'oppose aux conceptions dualistes, le raisonnement de Kelsen est construit sur la conciliation de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international, en montrant qu'ils sont nécessairement unitaires et en cherchant à établir leur rapport réciproque. Il montre alors que cela débouche nécessairement sur une conception moniste affirmant la primauté de l'ordre juridique international. Ainsi, même s'il affirme l'unité des droits internes et du droit international, il part du postulat méthodologique qu'il existe des ordres juridiques étatiques et surtout qu'il existe un ordre juridique international dont il faut déterminer les rapports réciproques. Il y a donc bien un dualisme méthodologique initial, quand bien même il le résout dans une conception moniste. Or, ce postulat n'est pas justifié de manière satisfaisante, alors même qu'il a des répercussions importantes sur la suite de son raisonnement et notamment sur la primauté du droit international sur l'ordre interne : l'existence d'un ordre juridique international amène nécessairement à accepter sa primauté sur l'ordre juridique interne selon le raisonnement développé par Kelsen, et donc à considérer la souveraineté comme limitée.

Dans la mesure où l'idée d'un ordre juridique international est difficilement compatible avec l'idée de souveraineté entendue comme puissance normative autonome, cette question aurait mérité de plus amples développements. Il faut donc s'attacher à préciser ce qui est entendu par ordre juridique afin de pouvoir déterminer si le droit international y correspond. Il apparaîtra que, sans nier la juridicité du droit international, rien ne permet de prouver l'existence d'un ordre juridique international.

2.2.1.1.2.1 L'unité et l'effectivité comme conditions nécessaires de l'ordre juridique

Afin de caractériser un ensemble de règles comme ordre juridique, il est nécessaire que celles-ci aient le même fondement. Ainsi, pour Kelsen :

Un « ordre » est un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toute a le même fondement : et le fondement de la validité d'un ordre normatif est, comme nous le verrons, une norme fondamentale de laquelle se déduit la validité de toutes les normes de cet ordre.¹³⁶⁸

Le critère d'un ordre juridique pour Kelsen ne se trouve donc pas simplement dans l'existence d'un système de normes. Elle se situe principalement dans le fait que ce système de normes ait un fondement unique, qui assure l'unité du système de droit. Cette conception de l'ordre juridique semble partagée. Par exemple, Ch. Leben considère qu'un ordre juridique est un « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »¹³⁶⁹. Par structuré en système, il entend « qu'il ne s'agit pas d'une simple collection d'objets disparates, mais d'un ensemble organisé d'élément interdépendant formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes »¹³⁷⁰. La question semble bien être celle de l'unité du système de droit.

Charles Leben considère ainsi qu'il y a un large consensus sur les caractéristiques que revêt un ordre juridique¹³⁷¹ : l'effectivité et l'unité (la cohérence et la complétude ne semblant pas réellement nécessaires). L'unité est ce qui permet de penser comme un tout l'ensemble des normes de l'ordre :

Pour qu'un ensemble de normes constitue un ordre juridique, il est nécessaire qu'existe un principe unificateur qui ordonne ces normes et les fasse apparaître non pas comme un simple agrégat disparate de préceptes mais comme un système structuré où chaque norme trouve sa place vis-à-vis des autres et vis-à-vis du système lui-même¹³⁷²

Ce principe unificateur se trouverait alors dans la norme fondamentale qui unifie les normes d'un système servant de base de validité à l'ensemble des normes. Charles Leben, après avoir rappelé les critiques adressées à la norme fondamentale de Kelsen, estime toutefois qu'« *Il n'en reste pas moins vrai que seule la norme fondamentale permet de répondre à la question de l'appartenance d'une norme à un ordre juridique, et elle seule permet d'unifier les normes*

¹³⁶⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 43.

¹³⁶⁹ LEBEN Ch., art. « Ordre juridique », in. ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1113b.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 1114a.

¹³⁷¹ *Ibid.*, p. 1116a.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 1116b.

d'un ordre en donnant à la fois à celle-ci et à l'ordre juridique leur fondement de validité »¹³⁷³. Ainsi, ce qui permet dans le système kelsenien de parler d'ordre juridique est bien l'unicité du fondement du système de normes.

L'autre élément déterminant pour l'existence d'un ordre juridique est son effectivité. Pour Kelsen, un ordre juridique ou une norme est valide tant qu'il est efficace: « *Il ne peut pas être nié qu'un ordre juridique pris en son entier, tout de même qu'une norme juridique prise isolément, perdent leur validité lorsqu'elles cessent d'être efficaces* »¹³⁷⁴. En ce sens, l'effectivité est donc une condition nécessaire de la juridicité de la norme : « *Un minimum d'« efficacité » est donc une condition de la validité des normes juridiques* »¹³⁷⁵. Il a déjà été expliqué que Kelsen mélange effectivité et efficacité dans son concept d'efficacité, et que seule l'effectivité est nécessaire au droit¹³⁷⁶.

Ainsi, pour être qualifié d'ordre juridique, un ensemble de normes effectives doit avoir un fondement unique. L'efficacité globale du droit international ne sera pas discutée ici. D'une part parce que l'inexistence d'une instance de contrainte au niveau international capable d'imposer les règles n'ont jamais convaincu les juristes de renoncer à l'idée d'ordre juridique international. D'autre part, le droit international peut effectivement être considéré comme globalement efficace. En ce sens, c'est bien la question de l'unicité du fondement des règles de droit international qui sera ici traité. Or, l'unicité de ce fondement est simplement postulée par H. Kelsen.

2.2.1.1.2.2 L'unicité du fondement des normes de droit international simplement postulée par Hans Kelsen

Lorsqu'il s'interroge sur la nature juridique du droit international, H. Kelsen cherche immédiatement à le considérer comme un ordre juridique à part entière :

D'après la définition du droit qui est adoptée dans cet ouvrage, le « droit international » sera véritablement un droit s'il est un ordre de contrainte de la conduite humaine supposé souverain – s'il attache à la condition de certains faits déterminés par lui la conséquence d'actes de contrainte définis par lui, et si par la suite il peut être décrit en propositions de droit, de même que le droit étatique.¹³⁷⁷

¹³⁷³ LEBEN Ch., art. « Ordre juridique », in. ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Op. cit.*, p. 1117a.

¹³⁷⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], pp. 285-286.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹³⁷⁶ Cf., *supra*.

¹³⁷⁷ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 420.

Il explique alors que le droit international peut effectivement apparaître comme un système de droit contraignant. Pourtant, alors que le caractère souverain (c'est-à-dire autonome) du droit international apparaît bien comme un élément déterminant dans sa qualification comme ordre juridique, cet élément est ensuite occulté pour ne s'interroger que sur la question de juridicité des règles de droit international : « *Le droit international établit-il des actes de contraintes à titre de sanction ? Voilà quelle est la question décisive* »¹³⁷⁸. Or, considérer que les règles du droit international sont effectivement des règles juridiques, c'est-à-dire des commandements auxquels sont attachées des sanctions effectives, n'implique nullement que le droit international constitue un ordre juridique à part entière.

La dimension juridique des règles de droit international n'est pas à remettre en cause. Hans Kelsen montre ainsi que le droit international est un droit puisqu'il se présente sous la forme d'un ensemble de prescriptions assorties de sanctions (guerres et représailles)¹³⁷⁹. De plus, il est indéniable qu'une part très conséquente du droit international est réellement effectif (notamment pour tout ce qui concerne les traités et accords commerciaux, les normes de fabrication, les organismes de gestion commune, etc.). Néanmoins, le fondement unitaire de ces sanctions n'est jamais clairement démontré. Il considère ainsi que le droit international général *habilite* les États :

Le droit international se compose de normes qui ont été initialement créées par des actes d'États, c'est-à-dire par les organes compétents à cet effet selon les règles des droits étatiques, pour régler les relations inter-étatiques, et cela par voie de coutume. Ce sont les normes du droit international dit général parce qu'il oblige et habilite tous les États. L'une d'entre ces normes présente une particulière importance : celle qu'on exprime habituellement par la formule « *pacta sunt servanda* ». Cette norme habilite les sujets de la communauté internationale à régler leur conduite réciproque par voie de traités. [...]. Le processus consiste en ceci, que, par accord de volontés déclarées des organes compétents à cet effet de deux ou plusieurs États, sont créées des normes par lesquelles les États contractants sont obligés et habilités : c'est le droit international conventionnel.¹³⁸⁰

Kelsen affirme donc bien l'unicité du fondement des règles de droit international : les normes internationales trouvent leur fondement dans la norme qui habilite les États à poser ces normes. Néanmoins, il n'y a pas de démonstration : il s'agit d'une simple affirmation. En effet, c'est une chose de considérer que les États règlent leurs conduites réciproques par voie de traité, ce qui crée effectivement une coutume (les États règlent leurs conduites réciproques par voie de traités). Cela en est une autre de considérer que c'est cette coutume qui habilite les

¹³⁷⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 421. Il faut noter que Kelsen s'attache bien ici à l'effectivité du droit international.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 421-423.

¹³⁸⁰ *Ibid.*, pp. 424-425. Par habilitation, Kelsen entend bien « *conférer à un individu un pouvoir spécifiquement juridique, c'est-à-dire le pouvoir de créer des normes juridiques* » (KELSEN H. *Op. cit.*, p. 76).

États à régler leurs conduites par voie de traité. Le passage entre ces deux propositions n'est pas évident et n'a rien de logique. Il ne peut se faire qu'en postulant l'existence de normes internationales ainsi distinguées des normes internes, constituant un ordre juridique disposant de son propre fondement. Il y a ainsi une dimension tautologique dans le raisonnement de Kelsen, qui déduit l'existence de l'ordre juridique international de son existence. L'affirmation de la norme *pacta sunt servanda* comme fondement de l'ordre juridique international présuppose (ou crée) en effet l'ordre juridique international qu'elle est censée démontrer : il y a un ordre juridique international parce qu'il existerait une norme posée comme international qui justifierait cet ordre. Cette impossibilité de fonder l'ordre juridique sur la norme ou une coutume internationale est relevée par J. Combacau¹³⁸¹. De ce fait, il préfère partir du constat que les États agissent comme si le droit international était obligatoire : « *il est très facile en revanche, en se situant sur le terrain de l'évidence empirique, de constater que les États se représentent en fait les traités comme obligatoires* »¹³⁸². Ce constat est néanmoins problématique. D'une part, tout aussi justifié serait-il, il ne permettrait pas de déduire l'existence d'un ordre juridique international : il permet juste d'affirmer que chaque traité est perçu comme obligatoire, sans dire en quoi). D'autre part, il est délicat de considérer que les États *se représentent* quoi que ce soit (mais cette anthropomorphisation de l'État est une technique indispensable pour prouver que le droit international est un ordre juridique : il permet de considérer qu'un ordre juridique existe à partir du moment où les sujets qu'il régit le perçoivent comme contraignant).

Le fait que les États prennent des engagements et les respectent ne traduit pas nécessairement l'existence d'une habilitation à prendre des engagements en dehors d'eux-mêmes, c'est-à-dire dans le cas présent au niveau international. C'est pourtant ce qu'affirme Kelsen : « *le droit international conventionnel créé par voie de traité entre États repose sur une norme du droit international coutumier général, qui constitue la couche relativement la plus élevée* »¹³⁸³. L'obligation pour les États de respecter leurs engagements ainsi que leur habilitation à prendre des engagements peut très bien trouver son fondement au sein de chaque État respectivement : l'ordre juridique de chaque État contenant alors la norme *pacta*

¹³⁸¹ COMBACAU J. « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archive de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 90.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], p. 421.

sunt servanda impliquant de respecter les engagements (sans d'ailleurs avoir nécessairement besoin de distinguer entre interne et externe). Néanmoins, cette norme n'est pas nécessaire, puisqu'il suffit de considérer que le traité, comme toute loi, est la volonté du souverain pour le considérer comme obligatoire.

Face à l'objection de la nécessaire antériorité historique des ordres juridiques étatiques vis-à-vis des normes de droit international, Kelsen répond très à propos qu'il ne faut pas confondre la relation historique des faits et la relation logique des normes¹³⁸⁴. Toutefois, la préexistence historique des États à l'ordre juridique international implique que ceux-ci devaient disposer, au sein de leur propre ordre juridique, de l'habilitation à créer des normes de droit international. Il a donc logiquement existé une habilitation interne à conclure des traités (de même que chaque État indépendant est nécessairement habilité par son propre ordre juridique à se regrouper avec d'autres États également habilités au sein d'un État fédéral). L'affirmation de l'unicité du fondement du droit international est donc problématique car injustifiée.

La simple existence de pratiques régulières est donc en soi insuffisante à en déduire l'existence d'une norme régulant de l'extérieur ces pratiques.

S'il y a effectivement un ordre juridique international, alors il est nécessairement premier par rapport aux ordres étatiques. De ce fait, il ne pourrait y avoir d'États souverains. En effet, lorsqu'il évoque la possibilité de la primauté logique de l'ordre étatique, l'unité de l'ordre international impose de supposer *un seul* État souverain (mais *n'importe lequel*) dont l'ordre juridique au sens large habilite l'ordre international et, de manière dérivée, tous les autres dont lui-même. Il s'agit alors juste de fonder l'ordre international dans un État. L'idée de deux États souverains (ou plus) est alors inacceptable, car cela reviendrait à admettre deux ordres juridiques internationaux souverains (ou plus). La construction semble un peu spéieuse, car en postulant l'existence de cet ordre juridique international il esquivé totalement la question d'une possible coexistence de souverainetés (comme puissances normatives autonomes) ou d'ordres juridiques autonomes¹³⁸⁵. Or, cette approche est non

¹³⁸⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], p. 443. Il fait alors le parallèle avec les États fédéraux, dont les entités fédérées peuvent avoir existé préalablement.

¹³⁸⁵ Il se contente d'affirmer que cela est impensable (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], p. 414.

seulement compatible avec la théorie juridique de Kelsen mais semble de plus en résoudre quelques difficultés.

2.2.1.2 La négation d'un ordre juridique international par l'affirmation d'une pluralité de souverainetés : le droit international comme droit interne

L'idée d'un ordre juridique interétatique est fondamentalement contraire au principe de souveraineté, qui lie indissolublement le droit à la puissance qui l'applique : « *Là où n'existe aucune puissance commune, il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, rien n'est injuste* »¹³⁸⁶. L'idée d'un ordre juridique international, c'est-à-dire en état d'anarchie, est donc totalement incompatible avec l'idée de souveraineté. Or, la théorie juridique, notamment kelsénienne, affirme l'existence de règles de droit international (et donc, dans le vocabulaire de Hobbes, de loi internationale). La société internationale se caractérisant par l'absence de puissance commune, il y a ici une contradiction entre la théorie de la souveraineté posée comme puissance normative et l'existence même d'un droit international. En effet, en liant le droit à la puissance qui l'applique, il ne saurait y avoir dans ce cadre de droit international non seulement sans législateur international, mais surtout sans puissance coercitive capable d'imposer ces règles, puisque c'est l'application d'une puissance qui crée le droit.

Le droit international, tel qu'il est actuellement pensé, est donc contraire à l'existence d'une pluralité de puissances normatives autonomes. Pourtant, l'existence d'une pluralité de souverainetés ne signifie pas nécessairement que les normes de droit international ne puissent pas être considérées comme du droit du point de vue des États qui les appliquent. Cela signifie simplement que, dans une conception moniste, celles-ci doivent être considérées comme du droit interne. Il ne s'agit alors pas, comme chez Kelsen, de poser artificiellement l'ensemble du droit international comme interne à un État qui de ce fait habiliterait tous les autres (et lui-même), mais de considérer qu'il existe un droit international propre à chaque État. Il y aurait ainsi autant de droits internationaux qu'il existe d'États.

¹³⁸⁶ HOBBS Th., *Léviathan*, Op. cit., p. 126.

2.2.1.2.1 L'ordre juridique international : un concept contradictoire du fait de la multiplicité des interprétations authentiques

Lorsqu'il aborde l'ordre juridique international, Kelsen précise que celui-ci présente un caractère primitif et se trouve « *en un état de décentralisation extrêmement poussé* »¹³⁸⁷. Cet état de décentralisation est lié à l'absence d'organes spécialisés chargés d'édicter et d'appliquer les normes. Ce sont les États (au sens de chacun d'entre eux) qui ont cette fonction. Les États étant chargés de l'application du droit international (comme du droit interne), ils sont alors créateurs de ce droit. En effet, c'est l'application de la norme aux cas concrets qui permet de définir celle-ci. Il a déjà été expliqué que c'est l'application du droit qui permet de l'actualiser et de préciser sa définition¹³⁸⁸. Kelsen affirme également l'indétermination intrinsèque de la norme, qui nécessite d'être interprétée par un « interprète authentique » dans un acte créateur de droit¹³⁸⁹, ce qui lui confère un sens. Il reconnaît ainsi que la détermination de la norme se fait dans l'application de la norme.

Or, le caractère décentralisé de l'ordre juridique international multiplie les interprètes authentiques du droit international, sans permettre de trancher entre eux¹³⁹⁰. Il peut donc y avoir plusieurs interprétations authentiques contradictoires du droit international, ce qui est incompatible avec le concept d'ordre juridique, qui présuppose l'unicité et la non-contradiction.

Puisqu'il n'existe pas d'organes chargés d'édicter et d'appliquer le droit international, chaque État est interprète authentique du droit international :

Et il en va de même pour l'application des normes générales aux cas concrets. C'est l'État qui se croit lésé dans son droit qui a lui-même à décider si on est en présence d'un délit pour lequel un autre État est responsable. Et si celui-ci nie le délit affirmé par le premier, et si l'on n'arrive pas à un accord entre les parties intéressées, il n'existe pas d'instance objective qui aurait à décider le litige suivant une procédure juridiquement réglée. Et, c'est également l'État lésé dans son droit, lui-même, qui est habilité à réagir contre le violateur du droit par un acte de contrainte institué par le droit international par les représailles ou par la guerre. C'est la technique de l'auto-défense dont l'évolution de l'ordre juridique étatique est, elle aussi, partie à l'origine.¹³⁹¹

¹³⁸⁷ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 424.

¹³⁸⁸ Cf., *supra*.

¹³⁸⁹ Kelsen distingue en effet l'interprétation authentique, qui est l'interprétation de l'organe chargé de l'application du droit et qui est toujours créatrice de droit, des autres interprétations (personnes privées, juristes, doctrines...) qui n'ont aucune valeur juridique. Il précise bien que l'interprétation est un acte de volonté et non de connaissance (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *Op. cit.*, pp. 459-463).

¹³⁹⁰ La question des juridictions internationales sera traitée au point suivant (Cf. *infra*).

¹³⁹¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 424. Cette habilitation de chaque État à déterminer si ses actions et celles des autres sont conformes ou non au droit international est confirmée par

L'emploi de l'expression *se croit lésé* est extrêmement significatif. Il montre bien la dimension subjective du droit international : l'État *décide si on est en présence d'un délit*. En ce sens, c'est bien chaque État qui, par ses actes, donne du sens à la règle qui en est autrement dépourvue¹³⁹². En conséquence, chaque État étant l'interprète authentique du droit international, il existe bien substantiellement autant de droits internationaux que d'États. L'absence d'organe centralisé d'application du droit ôte tout sens objectif à celui-ci. À titre d'exemple, la Fédération de Russie, interprète authentique du droit international, considère que le référendum de Crimée du 16 mars 2014 demandant le rattachement de la Crimée à la Fédération de Russie est conforme au droit international. Les États-Unis d'Amérique ainsi que les États européens, également interprètes authentiques du droit international, considèrent que ce référendum (ainsi que le rattachement le suivant) n'est pas conforme au droit international, et ont donc pris des sanctions en conséquence. Il est donc impossible de déterminer si cette action est ou non conforme au droit international : cela dépend de chaque État¹³⁹³. Tant le référendum que le rattachement sont donc à la fois conformes et non conformes au droit international, ce qui signifie que les normes de droit international à la fois les interdisent et les autorisent.

Le caractère décentralisé de l'ordre juridique international permet ainsi des contradictions logiques qui remettent en cause son unité même et donc son statut d'ordre juridique. En effet, l'unité du système juridique, assuré par la norme fondamentale permet théoriquement d'avoir un système non contradictoire : « *Cette unité s'exprime aussi dans le fait qu'un ordre juridique peut être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas* »¹³⁹⁴. Kelsen évoque alors la possibilité de conflits de normes. Il explique que ces conflits doivent nécessairement être résolus, et cela « *par la voie de l'interprétation* »¹³⁹⁵, qui permet de déterminer quelles normes s'appliquent dans quels types de cas et donc quel sens objectif leur donner. C'est donc l'interprétation qui permet de préciser le domaine de validité de chaque norme et ses relations avec les autres normes. Il n'y aurait ainsi pas de contradiction puisque l'interprétation permet de préciser quelle norme s'applique dans quel type de cas. Or,

J. COMBACAU ET S. SUR (COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 27).

¹³⁹² Le fait de décider traduisant la mise en place de la part de l'État d'actes juridiques en conséquence.

¹³⁹³ Kelsen explique bien que l'interprétation scientifique du droit n'est pas authentique : elle ne peut que « *dégager les significations possibles des normes juridiques* » et « *elle doit abandonner le choix et la décision à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit* » KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 462.

¹³⁹⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 273.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, p. 275.

il s'intéresse justement aux situations où des organes différents prennent des normes individuelles contradictoires, comme lorsque par exemple deux tribunaux déclarés également compétents rendent des avis contraires sur le même cas. Il y a ici deux interprètes authentiques qui rendent des avis contraires (comme dans l'exemple précité). Kelsen précise alors que c'est l'exécution de l'une ou de l'autre par l'organe chargé de l'exécution qui résout la contradiction :

Le conflit est résolu par le fait que l'organe chargé de l'exécution matérielle des normes, a le choix de se conformer à l'une ou l'autre des deux décisions ou normes individuelles, c'est-à-dire a le choix entre exécuter la peine ou réaliser l'exécution civile, et ne pas exécuter ou réaliser.¹³⁹⁶

Le maintien de l'unité de l'ordre juridique par la résolution des contradictions est donc posé comme nécessaire par Kelsen. Il est nécessaire d'avoir une instance permettant d'objectiver la norme en résolvant les conflits d'interprétation entre organes authentiques. Or, la décentralisation de l'exécution dans l'ordre juridique international interdit cette solution.

De manière similaire, J. Combacau et S. Sur inscrivent la validité des normes dans un ordre juridique interétatique. Toutefois, celui-ci serait propre à chaque norme. Cet ordre serait :

produit par l'action conjointe des États partis à la relation qu'il s'agit de régir, pris isolément ou au sein d'un ensemble plus large d'État. Il ne peut y être imputé individuellement l'un d'entre eux ou à un sujet unique quelconque, mais doit l'être collectivement à tous les États ayant concouru à sa production¹³⁹⁷.

Or, il a été expliqué que la validité de la norme n'est pas tant liée à celui qui l'édicte qu'à celui qui l'applique, c'est-à-dire qui lui reconnaît, en l'appliquant, le statut de norme juridique. De ce fait, il est problématique de relier la validité d'une norme à un agrégat de volontés qui ne survit pas nécessairement au moment de l'édiction de la norme.

De plus, l'éclatement de l'ordre juridique international en une multitude d'ordres juridiques partiels, propres à chaque norme ainsi créée, ne change rien quant aux problèmes liés à l'interprétation soulevés précédemment. En fait, la pluralité des interprètes rend problématique la notion même de norme internationale : chaque norme prise isolément peut être interprétée différemment par les acteurs chargés de son application. Les conflits d'interprétation du droit international peuvent ainsi concerner à la fois la coordination entre différentes normes de droit international mais également le sens propre à conférer à chacune de ces normes. Il ne s'agit donc pas tant de trouver une unité à un ensemble de normes à

¹³⁹⁶ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Ed. [1934], p. 277.

¹³⁹⁷ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 3.

coordonner que de trouver une unité à chacune des normes de droit international, isolément et dans sa relation avec l'ensemble des autres normes dont l'unité est également problématique.

La multiplicité des interprètes authentiques du droit international interdit l'idée même de sens objectif à toute norme de droit international. C'est donc l'idée même de norme appartenant à un ordre juridique international (même s'il ne comporte que deux États) qui se retrouve niée.

S'il n'existe pas d'unité du système de normes juridiques (ni même des normes de droit international), il est impossible de considérer qu'il existe un ordre juridique international (et même des normes de droit international, entendues comme normes distinctes des ordres juridiques chargés de les interpréter et de les appliquer). En effet, l'unité est une des conditions nécessaires de l'ordre juridique. L'unité implique la non-contradiction des normes. Le droit international étant par essence contradictoire (du fait de la décentralisation de l'application et de l'interprétation) il ne saurait y avoir d'unité. Puisqu'il n'y a pas d'unité, il ne saurait y avoir d'ordre juridique. Or, s'il n'y a pas d'ordre juridique international, il n'y a pas de norme fondamentale internationale, dans la mesure où l'existence de celle-ci chez Kelsen se traduit par l'unité de l'ordre juridique. Ainsi, la théorie de l'interprétation de Kelsen amène à reconsidérer l'idée même d'un ordre juridique décentralisé (ainsi que de normes à application décentralisée), qui apparaît contradictoire avec les conditions d'un ordre juridique (ou de norme juridique). Il est alors nécessaire de trouver un autre fondement à la juridicité des normes de droit international puisque c'est la norme fondamentale qui fonde la validité des règles d'un ordre juridique.

Puisque chaque État est juge de la licéité de ses actions et de celles des autres, il est impossible de donner un sens objectif à une norme de droit international en dehors des cas où il y a effectivement unanimité des États, et seulement le temps que dure cette unanimité. En ce sens, les normes internationales étant, du fait de la multiplicité des interprétations possibles, vides de sens, elles ne sauraient être considérées comme des normes juridiques. Cette critique de l'existence de normes dites internationales à partir de leur nécessaire interprétation renvoie précisément à la théorie de la souveraineté, qui permet justement chez Hobbes de donner un sens objectif aux normes (*auctoritas, non veritas, facit legem*). Le fait que chacun soit juge de son droit est en effet un des facteurs belligènes à l'état

de nature. Or, l'inexistence d'un ordre juridique international (total ou partiel) ôte tout fondement juridique autonome à l'existence d'un droit international, ce qui remet également en cause la juridicité de ses normes.

Le seul moyen de réintroduire la juridicité des normes de droit international consiste alors à les intégrer au sein de l'ordre interne propre à chaque État. Chaque État agit alors conformément à son ordre juridique interne, le droit international n'étant alors que du droit interne élaboré selon un mode particulier.

2.2.1.2.2 Le droit international comme simple source du droit interne : la réaffirmation d'une pluralité de souverainetés

Il a déjà été dit que la volonté de l'État consiste en l'intégralité du droit positif du fait de son application. Or, l'État chaque État applique le droit international dans ses relations avec les autres ou dans tout domaine objet d'une norme internationale. Le droit international est donc imputable à l'État du fait de cette application : chaque État applique le droit international qui est le sien.

Cette approche est confirmée par le fait que l'unité de la puissance d'application soit régulièrement considérée comme une condition de l'existence du droit (2.2.1.2.2.1). Le droit international apparaîtrait alors comme du droit interne, ne se distinguant que comme une source particulière de droit (2.2.1.2.2.2). Cela implique alors l'existence d'un droit international propre à chaque État (2.2.1.2.2.3).

2.2.1.2.2.1 L'unité de la puissance d'application comme condition nécessaire à l'existence du droit

L'idée même d'un ordre décentralisé dans son interprétation et son application est donc contradictoire. Kelsen avait perçu le problème, puisqu'il considère qu'un ordre décentralisé à l'extrême revient à affirmer la fin de l'unité les englobant (et donc l'impossibilité de parler de décentralisation)¹³⁹⁸. Or, il précise immédiatement que ce n'est pas pensable, et considère qu'il est possible de penser l'unité à travers la seule norme

¹³⁹⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 414.

fondamentale hypothétique. Le problème étant bien que cette seule norme fondamentale hypothétique est incapable de fonder l'unité du système juridique.

Toute la théorie de la souveraineté et de son indivisibilité sert justement à résoudre ce conflit d'interprétation du droit. Il ne peut y avoir de droit et donc de paix civile sans centralisation de l'interprétation du droit : c'est la centralisation de l'interprétation et de l'application du droit qui crée le droit. La conception de Kelsen, qui affirme l'unité d'un ordre juridique par la simple existence d'une norme fondamentale *hypothétique*, est somme toute assez fragile.

La mise en avant sur le même plan de l'unité et de l'effectivité est extrêmement intéressante. Elle reprend finalement le cœur de la théorie de la souveraineté qui affirme la nécessité d'une unité (indivisibilité) de la puissance normative autonome pour assurer la réalité du droit.

Néanmoins, à partir du moment où la validité de l'ordre juridique est liée à son effectivité, et que cette effectivité est dépendante du pouvoir, il est possible de considérer que l'effectivité, et donc la validité, trouvent leur source en dernier ressort dans l'exercice de ce pouvoir. C'est le point de vue de N. Bobbio que semble accepter Ch. Leben :

[l'ordre juridique] trouve son fondement en dernière instance dans le pouvoir, entendu comme pouvoir coercitif, *i.e.* le pouvoir de faire respecter y compris en recourant à la force, les normes édictées [...]. [Le droit] est un ensemble de règles à l'efficacité renforcée, ce qui signifie qu'un ordre juridique est impensable sans l'exercice de la force *i.e.* du pouvoir.¹³⁹⁹

Si la validité dépend de son effectivité et que cette effectivité dépend de l'exercice d'un pouvoir coercitif, alors il est possible de lier la validité de l'ordre juridique à l'effectivité de ce pouvoir coercitif :

En effet, si c'est l'efficacité, la contrainte, qui donne en fin de compte sa réalité à l'ordre juridique, la notion de validité, comme mode d'existence spécifique des normes trouvant chacune leur fondement dans la norme supérieure, ne devient-elle pas inutile ? C'est la théorie réaliste défendue par Alf Ross et rejetée par Kelsen¹⁴⁰⁰

La question de l'unité de l'ordre juridique est le second point fondamental pour parler d'ordre juridique. Kelsen rappelle en effet que dans un système unitaire, une norme ou un acte

¹³⁹⁹ BOBBIO N., *Teoria dell'ordenamento juridico*, cit. in. LEBEN Ch., art. « Ordre juridique », in. ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1118a.

¹⁴⁰⁰ LEBEN Ch., art. « Ordre juridique », in. ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1116b-1117a.

juridique ne peuvent être considérés comme contraires au droit. En fait, il considère que le droit international autorise l'édition de normes contraires ne le respectant pas. Kelsen explique ainsi qu'une norme étatique qui serait contraire au droit international resterait toutefois valide :

Mais les normes de droit étatique qu'un État créerait en violation du droit international demeureraient valables ; cela même du point de vue du droit international, car celui-ci ne prévoit aucune procédure permettant l'annulation des normes de droit étatique « contraires au droit international »¹⁴⁰¹

Il fait alors le parallèle avec les constitutions qui ne prévoient pas de procédures visant à vérifier la conformité des lois avec la constitution. Il affirme alors qu'elles ont un caractère alternatif :

Elles n'excluent pas la possibilité d'un contenu différent de celui qui est prescrit ; de ce fait, elles légalisent l'édition de normes contraires, – sans doute en seconde ligne seulement. En droit international, ces normes irrégulières ne sont disqualifiées qu'en tant que leur édition est regardée et traitée comme un délit international – sans que cela préjudicie à leur validité¹⁴⁰².

Il apparaît donc que même dans la conception Kelsénienne du droit international, celui-ci est soumis à la libre interprétation des États qui l'appliquent, ces derniers pouvant considérer que, dans le cas considéré, une autre norme peut s'appliquer.

L'État est donc libre dans son interprétation du droit international. Or, à partir du moment où il a été expliqué que l'interprétation détermine la norme, C'est bien chaque État qui détermine le sens qu'il donne au droit international. Celui-ci apparaît donc propre à chaque État.

2.2.1.2.2 Le droit international comme simple source du droit interne

Il a en effet été expliqué que non seulement la volonté de l'État consiste en l'intégralité du droit appliqué par un État, mais également que c'est cette application du droit qui actualise sa définition et permet donc de définir la volonté de l'État¹⁴⁰³. Le droit international ne fait pas exception. En effet, si l'on suit Kelsen, le droit international ne se distingue des autres types de droit que de la manière dont il est créé :

¹⁴⁰¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], pp. 433-434.

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 434.

¹⁴⁰³ Cf. *supra*.

Le droit international ne se laisse définir que par la façon dont ses normes sont créées : c'est un système de normes juridiques qui sont créées par la coutume des États, par les traités internationaux, c'est-à-dire les conventions entre États, et par les organes internationaux qui sont institués par des traités entre États.¹⁴⁰⁴

En mettant en avant comme spécificité du droit international son mode de création, le droit international apparaît alors comme une source du droit, semblable aux autres sources du droit. Par « Source du droit », Kelsen entend en effet « *toutes les méthodes de création du droit* »¹⁴⁰⁵. En effet, lorsqu'un État ratifie un traité, ce sont les organes habilités par l'ordre étatique qui construisent une norme selon le processus propre à chaque État. En ce sens, le droit international apparaît du point de vue de l'État comme une norme interne :

Les normes créées au moyen d'un traité international apparaissent, du point de vue du droit interne, comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique interne dont l'organe a participé, en tant que représentant de l'État, à la conclusion du traité, en vertu d'une disposition constitutionnelle qui l'y autorise. La disposition constitutionnelle qui confère à un organe donné la compétence pour conclure des traités internationaux est une autorisation à créer des normes, aussi régulière que l'est l'institution d'un pouvoir législatif ou l'autorisation donnée par une disposition constitutionnelle au chef de l'État d'édicter des ordonnances ayant la teneur de lois¹⁴⁰⁶

Du point de vue interne, la norme internationale est donc une norme créée par un organe habilité. Elle est en conséquence une norme de droit interne à l'ordre juridique étatique. Kelsen précise immédiatement que s'il n'y a pas de restriction vis-à-vis de l'organe qui conclut les traités, alors ils peuvent avoir n'importe quel contenu « *et en particulier le même contenu qu'une loi* »¹⁴⁰⁷. Mais cette conclusion est transposable à tout organe interne qui pourrait établir des normes sans restriction.

La norme internationale ne se distingue donc pas matériellement des autres normes de droit interne, ce qui fait que Kelsen critique « *la prétendue différence de nature entre le traité international et la loi* »¹⁴⁰⁸. Ce rapprochement entre loi et droit international, du fait de leur indétermination matérielle, est renforcé par le fait que le droit interne peut parfaitement avoir pour objet des éléments traditionnellement réglés par le droit international.

La norme de droit international est donc bien créée par une habilitation de l'ordre juridique interne, permettant à un ou plusieurs organes de créer du droit selon cette procédure. À partir du moment où une norme internationale est posée vis-à-vis d'un État comme une norme établie selon une procédure réglée par son ordre juridique interne, appliquée et interprétée par les organes de l'État dans les cas où ceux-ci se trouvent confrontés aux

¹⁴⁰⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{de} Éd. [1934], p. 439.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 313. Cela peut également désigner « *le fondement de droit positif de la validité d'une norme juridique* » (*Ibid.*), mais il s'agit de considérer ici le premier terme.

¹⁴⁰⁶ KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne » [1936], in. KELSEN H., *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 186.

¹⁴⁰⁷ *Idem.*

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 187.

situations décrites par la règle, elle ne se distingue aucunement des autres normes de droit interne. Comme pour les autres sources du droit, ce n'est que le processus de formulation de la règle qui diffère, non le processus d'application et d'interprétation, qui reste le fait de chaque État¹⁴⁰⁹. Or, il a également été expliqué que le processus d'édiction de la règle n'a pas d'importance du point de vue de la souveraineté, et que ce qui confère à une norme son statut de norme est bien le fait qu'elle soit appliquée (et donc reconnue) par l'État, qui lui confère ainsi par son application son statut juridique de norme contraignante. Il est à noter d'ailleurs que les manuels de droit administratif catégorisent bien le droit international comme une des sources du droit administratif¹⁴¹⁰.

Il n'y a donc aucune raison théorique justifiant la mise en place d'un ordre juridique international, surtout en prenant en compte les difficultés théoriques posées par cet ordre. Le droit international apparaît alors simplement, au sein d'un État, comme un ensemble de règles ayant été élaborées par une procédure de création spécifique.

Il faut toutefois préciser que Kelsen fait une distinction entre ce qui relève du droit interne et ce qui relève du droit international. Il estime ainsi que du fait de la spécificité de la procédure de formation de la norme de droit international, celle-ci à un fondement différent :

Il [le traité] ne s'en distingue [de la loi] qu'en ce que la validité de la norme d'un traité ne dépend pas uniquement, comme dans le cas de la norme d'une loi, de la volonté de l'État dans l'ordre interne duquel elle s'insère, mais qu'elle dépend de plus de la volonté d'un autre État, de celui précisément avec lequel le traité a été conclu.¹⁴¹¹

Il n'inscrit donc pas ici le fondement de la validité du traité dans la norme fondamentale internationale¹⁴¹², mais dans la volonté de ceux qui participent au traité. Cette conception est similaire à celle de J. Combacau et S. Sur, qui inscrivent la validité d'une norme internationale dans un ordre juridique créé par la volonté des États parties au traité. Or, cette spécificité de la norme internationale élaborée par voie de traité n'en est pas une. La norme ne tire pas son statut de norme de la volonté qui l'a élaborée, mais de la volonté de celui qui l'applique¹⁴¹³. Chaque État partie est toujours interprète authentique du traité, qu'il applique et détermine au même titre que son droit interne. L'existence d'un ordre juridique

¹⁴⁰⁹ La question des juridictions internationales sera traitée au point suivant (Cf. *infra*).

¹⁴¹⁰ Par exemple, dans le manuel de Pierre-Laurent Frier, le premier chapitre consacré au « *sources hiérarchisées du droit administratif* » dispose d'une seconde section consacrée au « *sources internationales* » (FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2004 [3^e Ed.], pp. 46-59).

¹⁴¹¹ KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne » [1936], in. KELSEN H., *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 186.

¹⁴¹² Il est probable que Kelsen considère que c'est la norme fondamentale internationale qui habilite les deux volontés à être le fondement de la norme, mais il s'agit maintenant de voir si cela peut constituer un fondement autonome.

¹⁴¹³ Cf., *supra*.

distinct de l'interprétation et de l'application ne saurait être acceptée. C'est d'ailleurs ce que J. Combacau et S. Sur semblent admettre :

En définitive, il n'y a ainsi de droit positif qu'étatique, que l'État ait lui-même produit la totalité des éléments dont il se compose ou qu'il ait incorporé pour les faire siens des éléments dont il n'est pas l'auteur historique mais qui lui deviennent juridique imputable par le fait qu'il leur attribue dans son ordre propre une validité qu'ils n'avaient que dans le leur. Ses organes leur assurent la même efficacité qu'à ceux qu'il a lui-même créés : ses tribunaux appliquent les normes qui en résultent, sa force publique garantie leur exécution...¹⁴¹⁴

Même s'ils ne semblent pas appliquer cette logique au droit international, rien ne justifie théoriquement cette différenciation.

Le droit international ne diffère donc pas du droit étatique. Il s'agit de commandements du souverain, à destination soit de certains organes de l'État, soit des particuliers, que l'État applique, comme toutes les autres règles. C'est cette application du droit international par les États qui, comme pour toutes les autres normes de droit interne, permet de conférer un contenu concret aux normes de droit international, étant donné que toute application d'une norme participe à sa définition. Le processus de formulation des règles de droit international, le fait qu'elles aient été prises en collaboration avec d'autres États dans le but de faciliter les échanges, la coexistence ou la promotion de certaines valeurs, ne change pas le fait que le fondement de leur validité reste la volonté de chaque État souverain qui les applique. Lorsqu'un État respecte une coutume dite de droit international (ou un traité), cela signifie que certains de ces organes (habilités par l'ordre interne) appliquent le droit en vigueur au sein de cet État, et donc appliquent ainsi la volonté de cet État. Certes, il est possible de considérer que la norme, dans sa formulation, est extérieure à l'État, mais le simple respect du droit international par un État (respect qui est en fait une application) traduit alors tout simplement une réception de la part de l'ordre juridique étatique, réception que Kelsen qualifie bien, comme il a été rappelé, d'acte de création de droit.

La distinction entre droit international et droit national n'apparaît donc pas fondamentalement différente de la distinction entre coutume et Loi au sens formel : ce sont différents modes d'élaboration de normes, qui restent appliquées et interprétées par l'État.

¹⁴¹⁴ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 9.

2.2.1.2.2.3 La réaffirmation d'une pluralité de souveraineté : un droit international propre à chaque État

La juridicité du droit international ne nécessite donc pas l'hypothèse d'un ordre juridique international : elle peut parfaitement s'expliquer par le schème traditionnel de la souveraineté comme puissance normative autonome, c'est-à-dire comme puissance autonome s'exprimant et agissant par le droit, imposant des contraintes et des conduites aux différents organes de l'État. La souveraineté entendue comme puissance normative autonome permet d'affirmer l'unité du droit interne et du droit international, qui se retrouvent alors mis sur le même plan, ce qui est conforme à la conception moniste kelsénienne :

Ce droit n'apparaît, par conséquent, pas comme un ordre supra-étatique ; mais il n'apparaît pas davantage comme un ordre juridique indépendant et isolé de l'ordre juridique national du juriste ; il apparaît –si du moins on lui reconnaît le caractère de droit– comme une partie de l'ordre juridique national du juriste.¹⁴¹⁵

L'absence d'ordre juridique international permet également de se dispenser de la construction artificielle de Kelsen qui fonde le droit international au sein d'un seul État, où l'on distinguerait entre ordre juridique étatique au sens large et ordre étatique au sens étroit. Chaque État, comme puissance normative autonome, est le fondement de la validité des normes de droit international qu'il applique (traités et coutumes), qui ne se distinguent pas des autres normes. Toutefois, il ne faut pas, comme semble malgré tout le faire Kelsen, considérer le droit international comme un ensemble autonome du droit interne, excepté dans une logique strictement organisationnelle de hiérarchie des normes, propre à chaque État. Le fait de fonder la validité de chaque norme internationale au sein de chaque État semble également exister chez J. Combacau et S. Sur, qui estiment que « *Leur validité comme leurs effets n'ayant d'autre fondement ultime que la volonté ou l'acceptation des États pour qui elles font droit* »¹⁴¹⁶.

De ce fait, si on accepte l'idée que chaque souveraineté fonde, par l'application d'une puissance, son propre ordre juridique autonome et que donc ses actions vis-à-vis des autres procèdent de son propre ordre juridique, alors il faut admettre que chaque traité crée autant de normes différentes qu'il y a d'États signataires. Ainsi, lorsque deux États créent un traité international, cela signifie que certains organes habilités par chacun des ordres juridiques étatiques créent du droit, qui se trouve alors respectivement inscrit dans chacun des deux

¹⁴¹⁵ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], pp. 438-439.

¹⁴¹⁶ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 25.

ordres juridiques et sera appliqué par chacun des deux États. Le fait que les deux procédures aient été conjointes (même si certains États imposent qu'une partie de la procédure de validation leur soit propre, comme la ratification) et que les mêmes supports matériels servent de documents officiels n'est pas en soi significatif. Il reste que le traité est inscrit dans deux ordres juridiques distincts, validé et appliqué par deux États, et qu'il y a donc bien deux normes, insérées dans des espaces juridiques différents, appliquées et interprétées par des instances différentes.

Il faut toutefois se demander s'il est cohérent de supposer qu'un traité international crée autant de normes qu'il y a d'États signataires. Un parallèle peut être fait avec les considérations de Kelsen sur la SDN. En effet, Kelsen plaide pour la séparation de la Société des nations et des traités de paix qui l'instituent¹⁴¹⁷. Il explique alors qu'« *Étant donné qu'il existe plusieurs traités de paix et, par suite, plusieurs statuts de la Société des nations, il devrait, strictement parlant, y avoir plusieurs sociétés des nations, identiques sans doute quant à leur substance, mais non pas identique quant à leur base juridique.* »¹⁴¹⁸. Ce qui crée cette pluralité de Société des nations alors même qu'il y a identité des statuts est bien le pluralisme des bases juridiques, c'est-à-dire de leur fondement : il précise ainsi que « *la collectivité n'est imaginable qu'en liaison indissoluble avec l'ordre juridique qui la constitue* »¹⁴¹⁹. De ce fait, en transposant le raisonnement, et en considérant que n'existe que les ordres juridiques étatiques, chaque traité étant inscrit dans plusieurs ordres juridiques constitue alors autant de normes, identiques quant à leur substance (tant qu'elles sont appliquées de la même manière) mais pas quant à leur base juridique.

Cette assimilation des normes de droit international à des normes strictement internes est également effectuée par George Burdeau, qui considère que : « *Ce que nous appelons aujourd'hui droit international, c'est simplement du droit national à l'usage externe* »¹⁴²⁰. Il est toutefois impossible de considérer l'idée d'un usage externe du droit. Le territoire étant déterminé par la norme, une norme externe ne peut exister : l'État qui l'applique ne peut par définition l'appliquer à l'extérieur puisque cet extérieur se définit

¹⁴¹⁷ KELSEN H., « De la séparation du pacte de la Société des nations et des traités de paix » [1934], in. KELSEN H., *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, pp. 221-240.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 221. Cet exemple sera réutilisé et approfondi au point suivant vis-à-vis de la création d'organes et surtout de juridiction internationale.

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 222.

¹⁴²⁰ BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949.

précisément par non-application de sa puissance. Toute norme de droit international est donc appliquée par l'État là où sa puissance s'exerce, l'exercice de sa puissance déterminant son territoire.

Il faut donc considérer que chaque État détermine par son action le droit international qu'il applique. Il existe alors bien un droit international par État, constitué de la manière dont il agit dans ses relations avec les autres États et dans son action élaborée en coopération avec d'autres États. Un des intérêts de cette conception concerne la question de la reconnaissance : chaque État détermine librement les entités vis-à-vis desquelles il souhaite se comporter comme il se comporte avec les autres États. La société interétatique est donc propre à chaque État, de même que le droit qu'il y applique.

Si le droit international est propre à chaque État et fait donc partie de son ordre interne, le concept d'infraction au droit international devient problématique. Si le droit international consiste en l'action de l'État concernant certains domaines élaborés avec les autres, alors les actions contraires au droit international sont simplement une nouvelle manière d'agir dans ses domaines. L'action de l'État étant la réalisation de la volonté de l'État, elle est créatrice de droit (puisque par définition toute action de l'État présuppose un acte créateur de droit). Une action dite contraire au droit international apparaît alors simplement comme une modification par l'État de sa manière d'agir sur ce domaine. Comme celui-ci est l'interprète de ce droit (comme du droit interne), il ne saurait y avoir d'infraction.

En effet, la non application par certains organes de l'État de normes de droit international traduit concrètement la mise en place d'un acte de droit par l'organe autorisé. En ce sens, il s'agit tout simplement d'un acte créateur de droit par un organe autorisé qui invalide l'acte précédent, comme cela peut se produire dans l'ordre interne :

S'il s'agit de normes générales qui ont été posées par un seul et même organe, mais à des moments différents, la validité de la norme posée le plus récemment annule la validité de la norme posée plus anciennement et qui la contredit, ceci en vertu du principe *lex posterior derogat priori*. [...] ce principe trouve aussi son application lorsque les normes en conflit sont posées par deux organes différents.¹⁴²¹

Ainsi, puisque la volonté de l'État n'existe que dans les actes de l'État et que le fondement de la norme trouve sa validité dans son application par l'État, il faut alors considérer que lorsque les organes de l'État, habilités à prendre des décisions concernant les domaines régis par le droit international, ne respectent pas le droit international, ils invalident pour leur ordre

¹⁴²¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], p. 275.

juridique la norme de droit international précédente (au moins pour ce cas). De ce fait, lorsqu'un État n'applique plus une norme de droit international, il faut en déduire que celle-ci, du point de vue de l'État, se trouve dépourvue d'effectivité. Or, puisque l'effectivité d'une règle est une des conditions de sa validité, alors, toujours du point de vue de l'État, elle n'est plus valide¹⁴²². L'unité du droit interne et du droit international chez Kelsen valide cette conception. Il rappelle en effet que dans un système unitaire, une norme ou un acte juridique ne peuvent être considérés comme contraires au droit et que le droit international autorise leur non-respect¹⁴²³. Néanmoins, il est alors impropre de parler d'infraction au droit international du point de vue de l'État.

Le fait que le droit international soit une source du droit spécifique, c'est-à-dire ne se différencie que du point de vue de sa procédure de création, n'est pas en soi problématique. En effet, les différentes sources du droit interagissent selon le même procédé : « *Droit légal et droit coutumier dérogent l'un à l'autre d'après le principe de la lex posterior* »¹⁴²⁴. De même, le fait que certains États affirment la supériorité des traités sur la loi et permettent au juge de vérifier si une loi postérieure est conforme ou non à un traité n'a pas de conséquence du point de vue de la souveraineté. Il ne s'agit alors que du mode d'organisation propre à chaque État et de la manière dont il organise et contrôle sa hiérarchie des normes.

La question de l'existence d'un ordre juridique international est donc fondamentale pour la compréhension du non-respect du droit international. En effet, s'il existe effectivement un ordre juridique international, alors le non-respect d'une règle de cet ordre par un des sujets n'invalide pas la norme : il s'agit bien d'une infraction. En ce sens, le non-respect d'une règle par un État n'entraîne pas la non effectivité de la norme si les autres États

¹⁴²² La question des recours n'est pas problématique : il s'agit juste de vérifier si l'organe ayant posé l'acte était réellement habilité à le faire. La question spécifique des juridictions internationales sera traitée au point suivant, mais ne modifie pas le raisonnement.

¹⁴²³ En effet, il considère que le droit international autorise l'édiction de normes contraires ne le respectant pas. Kelsen explique ainsi qu'une norme étatique qui serait contraire au droit international resterait toutefois valide : « *Mais les normes de droit étatique qu'un État créerait en violation du droit international demeureraient valables ; cela même du point de vue du droit international, car celui-ci ne prévoit aucune procédure permettant l'annulation des normes de droit étatique « contraires au droit international »* » (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], pp. 433-434.) Il fait alors le parallèle avec les constitutions qui ne prévoient pas de procédures visant à vérifier la conformité des lois avec la constitution. Il affirme alors qu'elles ont un caractère alternatif : « *Elles n'excluent pas la possibilité d'un contenu différent de celui qui est prescrit ; de ce fait, elles légalisent l'édiction de normes contraires, – sans doute en seconde ligne seulement. En droit international, ces normes irrégulières ne sont disqualifiées qu'en tant que leur édicton est regardée et traitée comme un délit international – sans que cela préjudicie à leur validité.* » (*Ibid.*, p. 434.). Il apparaît donc que même dans la conception Kelsénienne du droit international, celui-ci est soumis à la libre interprétation des États qui l'appliquent, qui peuvent considérer que, dans le cas donné, une autre norme peut s'appliquer.

¹⁴²⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nd Éd. [1934], p. 306.

continuent de l'appliquer ou que certains États sanctionnent l'État fautif. Par contre, s'il n'existe pas d'ordre juridique international, et que chaque norme prise individuellement tire sa validité pour chaque État du fait qu'il l'applique, alors la non application d'une règle de la part d'un État l'invalide (tout ou partiellement, en fonction du degré de non application). Le fait que d'autres États décident d'appliquer leur droit propre et donc de sanctionner l'État ayant modifié son droit n'est ainsi pas problématique : dans tous les cas ce sont des interactions entre États appliquant leur droit propre. À partir du moment où ce sont les États qui déterminent s'il y a ou non infraction au droit international et surtout qui appliquent les représailles, il semble plus simple de considérer que ces États appliquent leur droit propre. La mise en place de représailles ou d'une guerre ne se distingue alors pas réellement d'une agression, elle est toujours l'action volontaire d'un État appliquant son ordre juridique propre.

L'existence d'un ordre juridique international n'est donc pas nécessaire pour rendre compte de la juridicité du droit international, qui est alors assimilé au droit interne. Il existe en ce sens un droit international propre à chaque État, constitué de son action sur la scène internationale et des traités ratifiés. En considérant le droit international comme partie intégrante du droit interne, ne se distinguant que par son mode d'élaboration, il est possible d'accorder la souveraineté de l'État avec nombre de caractéristiques du droit international selon Kelsen. Celui-ci ne concerne pas nécessairement que les États et peut donc obliger directement des individus et autres personnes morales. De même, la transposition n'est pas nécessaire, et le droit international peut être directement applicable aux États sans que cela remette en cause leur souveraineté. Enfin, comme pour le reste du droit, tout objet peut être régulé par le droit international.

Cette approche, en plus de concilier la juridicité du droit international et la souveraineté comme puissance normative autonome, permet de résoudre certaines difficultés posées par l'affirmation d'un ordre juridique international, notamment lié à l'interprétation de celui-ci, ou le fait qu'il existe, du fait de la procédure individuelle de la reconnaissance, potentiellement autant de communautés internationales que d'États (chacun interagissant selon son propre droit avec ceux qu'il a reconnu). Elle permet surtout de mieux comprendre sa cohérence générale et son efficacité globale, qui sont liées à sa dimension coordinatrice.

2.2.1.2.3 Cohérence et efficacité du droit international

Les aspects qui participent à l'idée qu'il existe un ordre juridique international sont sa forte cohérence¹⁴²⁵ et son efficacité. Or, cette cohérence qu'il est possible d'observer au sein des règles de droit international ne nécessite pas nécessairement une norme fondamentale unificatrice. Elle est liée à l'objet même du droit international qui est de coordonner les pratiques des États (2.2.1.2.3.1). En ce sens, les juridictions internationales, qui permettent de trancher les différends entre les États, doivent être considérées comme des organes internes à chaque État permettant d'assurer cette coordination (2.2.1.2.3.2).

2.2.1.2.3.1 Le droit international comme un droit de coordination

Une des fonctions principales du droit international est de favoriser l'essor et la régulation des activités transnationales (d'acteurs privés comme publics). Cette fonction du droit international semble parfaitement admise (Mohamed Bedjaoui, président de la Cour Internationale de Justice, parle ainsi de la « *substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence* »¹⁴²⁶). Néanmoins, il s'agit souvent de considérer l'existence d'un ordre juridique international au sein duquel s'inscriraient ces normes. Or, les difficultés théoriques que pose l'existence d'un tel ordre ont été montrées.

De ce fait, l'affirmation de la souveraineté des États amène à considérer que chaque État ajuste son propre ordre juridique afin de favoriser la coordination des différentes activités ainsi réglées : « [*le droit international*] *n'est qu'un prolongement du droit interne destiné à faciliter aux États, en certains domaines, leurs relations réciproques* »¹⁴²⁷. Destiné à régler une interaction (la coopération), il est alors logiquement contraint par l'objet de l'interaction. Cette coordination, qui est l'objet même du droit international, constitue ainsi ce que M. Troper appelle une contrainte liée à l'objet qui doit être réglé¹⁴²⁸ : l'idée même de coordination de son action implique pour chacun de prendre en compte la volonté de ceux avec qui l'État cherche à se coordonner. Cette prise en compte de la volonté de l'autre ne

¹⁴²⁵ De nombreux travaux récents considèrent un potentiel risque de fragmentation de cette cohérence par la mise en place d'espaces régionaux.

¹⁴²⁶ BEDJAOUI M., cit. in. PELLET A., « *Lotus que de sottises on profère en ton nom ! – Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale* », in. *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, A. Pédone, 2008, p. 224.

¹⁴²⁷ BURDEAU G., *Traité de Science Politique, Op. cit.*

¹⁴²⁸ Cf., *supra*.

saurait toutefois être considérée ni comme une limite à la volonté de l'État (puisque les contraintes liées à l'objet ne peuvent être considérées comme limitant l'autonomie du pouvoir politique), ni comme créant un nouvel ordre juridique.

C'est en effet le désir des gouvernants de réguler des activités transnationales en collaboration avec d'autres États qui les pousse à harmoniser leur législation.

Le droit international, c'est-à-dire le droit qui est créé selon une procédure spécifique, apparaît alors comme une simple technique d'harmonisation. Le traité constitue alors le *summum* de cette technique d'harmonisation, en permet à différents États d'adopter des normes similaires en même temps et de coordonner leurs pratiques de manière explicite¹⁴²⁹. Mais il ne s'agit toujours que des raisons ayant poussé les individus à prendre ces règles, et non de la création d'un nouvel ordre juridique :

Rien ne force un État à accepter des obligations, sauf celles qui sont liées à son statut ; ce qui le détermine à s'engager, c'est le besoin d'une conduite réglée, non pas tant la sienne bien sûr que celle de ses partenaires, et il sait qu'il ne peut obtenir ce résultat qu'en réglant ces comportements propres, les obligations de chaque État trouvant leur « cause juridique » – *do ut des* – dans les obligations des autres ; dans ces conditions, le risque de dérèglement de leurs conduites est pour lui un frein puissant à la tentation de s'émanciper des règles qu'il a consenti à s'imposer.¹⁴³⁰

Il n'y a donc pas d'obligation, mais seulement des contraintes. Cela est en partie compris par L. Le Fur. Il explique que la multiplication des traités et des conventions, qui amène à l'adoption de règles communes, limite la liberté des États¹⁴³¹. Toutefois, il précise bien qu'il s'agit d'une nécessité et non pas d'une obligation. Il précise ainsi immédiatement qu'il est « à peu près impossible en fait à un État de se refuser à consentir à de semblables restrictions, à moins de vouloir se tenir complètement à l'écart du mouvement qui entraîne tous les peuples civilisés dans une marche commune vers le progrès »¹⁴³². La règle de droit international n'est donc pas obligatoire, elle est nécessaire d'un point de vue politique.

Les États respectent le droit international car celui-ci est leur volonté. Cette volonté s'explique alors par le fait que les gouvernants désirent réguler internationalement certaines pratiques. Cette régulation internationale est une contrainte liée à la nature de l'objet

¹⁴²⁹ La coutume internationale n'étant alors que la juridicisation de l'action répétée des États.

¹⁴³⁰ COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, p. 28. La mise à part des obligations liées au statut de l'État semble toutefois totalement injustifiée. La mise en place d'un statut d'État sur la scène interétatique est également liée à la volonté des gouvernants de coordonner les pratiques.

¹⁴³¹ « constituent autant de restrictions à la liberté et à l'indépendance de l'État, par cela seul que désormais il lui est interdit de régler ces matières seul et de sa propre autorité », LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 447.

¹⁴³² *Idem*.

visant à être régulé (les relations interétatiques et transétatiques, ainsi que la mise en place de garanties communes vis-à-vis de certains principes juridiques). L'État reste alors totalement libre, dépourvu de toute obligation, de prendre de nouvelles réglementations. Toutefois, il ne sera alors plus coordonné avec les autres États (qui seraient tout à fait libres, selon leur propre droit, de le sanctionner – ou pas). Il est toutefois impossible de considérer cette contrainte comme une obligation, quel que soit l'impact sur son économie ou sa réputation.

2.2.1.2.3.2 Les outils de coordination : les juridictions et organes internationaux comme juridictions et organes internes propre à chaque État

Le droit international est donc principalement un droit de coordination, où chaque État coordonne ses actions avec d'autres États. L'idée même de coordination explique le mode particulier d'élaboration du droit international. Néanmoins, ce mode d'élaboration n'est pas en soi suffisant puisque la qualité d'interprète authentique du droit international de l'État peut amener à une décoordination des pratiques des États. Il est donc nécessaire, pour préserver la coordination, d'établir des procédures de règlement des conflits d'interprétation du traité. C'est la fonction des juridictions internationales. Celles-ci peuvent alors apparaître comme limitant la volonté de l'État, puisqu'elles émettent des actes de droit qui apparaissent comme contraignants pour les États. Or, cette lecture est incorrecte. Elle dissocie en effet la volonté de l'État du droit positif.

Il s'agit de montrer que, en conformité avec la conception de l'organe de Hans Kelsen, l'absence d'ordre juridique international implique de considérer ces juridictions (mais également tout organe international) comme des juridictions internes, propres à chaque État les habilitant. Les actes de ces juridictions internationales doivent alors être considérés comme des actes de l'État, similaires à tout acte interne, participant donc à la création de la volonté de l'État.

En considérant l'absence d'un ordre juridique international, du fait de la multiplicité des interprètes authentiques, il ne peut y avoir de normes juridiques internationales. Chaque norme internationale doit donc être considérée comme du droit interne pour l'État qui l'applique. Les organes internationaux sont alors des organes habilités

par une norme étatique à prendre certains types de décisions dans certains types de cas. Ce sont donc des organes internes à chaque ordre juridique les ayant habilités.

En effet, Kelsen affirme que pour qu'un organe soit considéré comme appartenant à une collectivité juridique (en l'occurrence l'État, qui est défini par Kelsen comme un ordre juridique), il doit être habilité par une norme de cet ordre juridique :

un individu ne peut être considéré comme un organe d'une collectivité juridique, sa fonction ne peut être attribuée à cette collectivité, qu'à condition qu'il soit désigné par une norme supérieure de l'ordre juridique qui fonde la collectivité, c'est-à-dire en d'autres termes : à condition qu'il soit habilité à la fonction par une semblable norme.¹⁴³³

Or, c'est bien le cas des organes internationaux, habilités par une norme qui, toujours selon Kelsen, doit être considérée du point de vue de l'État qui l'applique comme du droit interne (puisque valide parce que créé par des organes habilités par l'ordre interne)¹⁴³⁴. Si tout organe habilité par un ordre juridique fait partie de cet ordre juridique, il n'y a aucune raison de distinguer les organes internationaux. Du point de vue de l'ordre juridique étatique, ils sont similaires à tous les autres organes internes : ils sont créés par des organes habilités par une norme de l'ordre étatique. D'un point de vue institutionnel, tant la localisation géographique que la nationalité des membres de l'organe n'a strictement aucune importance¹⁴³⁵. Kelsen n'apporte d'ailleurs aucun élément amenant à penser que ces deux éléments aient un impact sur l'habilitation. De même qu'il ne considère pas le statut juridique de la personne (qu'elle soit privée ou publique)¹⁴³⁶.

Qui plus est, le fait que le même organe soit également habilité par d'autres ordres juridiques n'est absolument pas un problème, l'habilitation étant le fait de chaque État¹⁴³⁷. Les organes internationaux sont donc bien des organes des États les habilitant.

¹⁴³³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2nde Éd. [1934], p. 316.

¹⁴³⁴ Cf. *supra*.

¹⁴³⁵ Elles peuvent avoir une importance politique. Tant la nationalité des membres de l'organe que la localisation géographique de celui-ci peuvent traduire une domination politique d'un autre État, l'existence de pression etc. De même, elles peuvent avoir un impact sur la légitimité de l'organe, principalement lorsque l'identité du groupe est construite à travers la nationalité. Néanmoins, le fait que le *träger* d'un organe de l'État soit d'une nationalité autre ne saurait être considéré comme une atteinte au principe de souveraineté.

¹⁴³⁶ Cf., *supra*.

¹⁴³⁷ La question qui pourrait alors se poser est de savoir comment les organes internationaux, du fait de leur appartenance à plusieurs ordres juridiques distincts, doivent être considérés. Chacun d'eux peut être pensé soit comme un organe partagé ; soit comme multiple, c'est-à-dire qu'il y aurait juridiquement parlant autant d'organes que d'ordres juridiques les habilitant. La réponse n'ayant aucun impact sur la question de la souveraineté, elle ne sera pas abordée dans cette thèse.

Puisque les organes internationaux doivent être considérés, du point de vue des États les habilitant, comme des organes de ces États, il faut alors considérer que les décisions de ces organes sont des actes de ces États :

Pour pouvoir être considéré comme un acte de la collectivité juridique, tout acte créateur de droit doit toujours être un acte d'application du droit, c'est-à-dire doit être l'application d'une norme juridique qui précède l'acte. Par suite, la création du droit doit nécessairement être conçue comme une application du droit, même si une norme supérieure détermine uniquement l'élément personnel, l'individu qui a à remplir la fonction de création du droit. C'est cette norme supérieure qui détermine l'organe qui est appliqué dans chacun des actes de cet organe.¹⁴³⁸

Ainsi, les actes des organes internationaux habilités par un État doivent être considérés comme des actes de cet État. En ce sens, la limitation de l'État par le droit international est identique à la limitation de l'Administration par la loi. Les juridictions internationales apparaissent alors comme toutes les autres juridictions étatiques : elles évaluent la conformité de certains actes émis par des organes de l'État avec le droit de l'État. Une cour internationale n'est donc qu'une juridiction habilitée par certains États à évaluer la conformité au sein de l'État de certaines actions de cet État avec certaines normes de son ordre juridique ou d'établir sa responsabilité vis-à-vis de certaines actions. Il n'y a donc aucune différence entre les juridictions internationales avec par exemple le juge administratif en France, qui peut également établir la faute de l'État ou invalider un acte de l'État. En ce sens, il est donc impropre de parler d'une limitation de la souveraineté par les organes internationaux. Ceux-ci ne limitent pas la volonté de l'État, ils expriment la volonté de l'État.

En considérant que les organes internationaux sont des organes internes aux différents États, parce qu'également habilités par une norme de l'ordre juridique étatique, de nombreuses difficultés théoriques disparaissent. En effet, tant les questions du processus que de la prédictibilité des décisions deviennent anecdotiques.

Ainsi, la mise en place de procédures majoritaires au sein de certains organes internationaux est régulièrement considérée comme une limite à la souveraineté des États¹⁴³⁹. Il apparaît en effet qu'un tel organe peut prendre des dispositions normatives alors même que les représentants de certains Gouvernements s'y opposent. Néanmoins, il ne saurait être question de limite de la souveraineté de l'État sans établir une confusion inacceptable entre les États et les membres de ces organes envoyés par ces États. En effet, c'est l'organe qui est habilité à prendre la décision par l'ordre juridique. De ce fait, la volonté de l'État consistera

¹⁴³⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], p. 316.

¹⁴³⁹ Par exemple, KNAPP B., « L'État souverain en 2006 : théorie et réalité ? », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, A. Pédone, 2008, p. 146.

en la volonté de l'organe, et non pas en la volonté des membres de telle nationalité, même s'ils exercent par ailleurs des fonctions politiques au sein de leur État¹⁴⁴⁰. Ceux-ci ne font que participer à la procédure de formalisation de la volonté de l'État.

De même, la difficile prédictibilité des décisions des organes habilités n'est pas différente pour les organes internes (il suffit de songer à l'évolution du Conseil Constitutionnel en France). La marge d'interprétation d'une déclaration des droits d'une juridiction internationale n'est pas différente en fonction des organes. En ce sens, le fait que certains membres d'organes de l'État (du gouvernement par exemple) critiquent une décision prise par un organe de l'État ne modifie pas le fait que la volonté de l'État consiste en la volonté de l'organe, fruit d'une procédure de décision, et non en la volonté de tel ou tel individu.

Il existe une forte propension des Cours internationales à affirmer la limitation de la souveraineté de l'État et notamment la nécessité de respecter la souveraineté des autres États et le droit international¹⁴⁴¹. Cela est lié à l'objet même du droit international qui est un droit visant à établir une coopération. Il est donc logique que les cours chargées de l'application du droit international fassent primer la coopération. Néanmoins, à partir du moment où ces juridictions sont considérées comme des organes internes et le droit international comme un droit propre à chaque État, il ne s'agit que d'organisation entre différents organes et corpus de règles. Le seul véritable enjeu vis-à-vis du droit international et de la souveraineté consiste à savoir si le souverain peut dénoncer un traité, ou se retirer d'une organisation internationale, de manière unilatérale. Il ne s'agit pas de considérer les cas où il existe au sein d'un traité des clauses de dénonciation ou de retrait, dont l'utilisation traduit *in fine* l'application du traité. Il s'agit de se demander si un État peut unilatéralement considérer qu'il n'est plus lié par un traité, indépendamment des dispositions de celui-ci. La théorie de la souveraineté amène à considérer que oui. Chaque norme de droit international s'appliquant à un État étant une

¹⁴⁴⁰ Par exemple, la France ratifie le 8 février 2008 le traité de Lisbonne qui établit le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Celui-ci institue (entre autres) le Conseil de l'Union européenne. Cet organe est donc habilité par une norme de l'ordre juridique de l'État français. Selon la théorie de l'habilitation de Kelsen, il fait alors partie de l'ordre juridique interne. Les actes de cet organe doivent donc être considérés comme des actes de l'État français (ils sont l'application du traité, ratifié par le Parlement) et constituent donc la volonté de l'État. Le fait que certaines décisions puissent être prises alors même que le ministre français s'y oppose ne constitue donc pas une remise en cause de la souveraineté de l'État français : c'est la décision du Conseil de l'Union européenne qui constitue en l'occurrence la volonté de l'État français, et non pas celle du ministre.

¹⁴⁴¹ Sur ce point, cf. PELLET A., « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! – Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui – Mélange en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, A. Pédone, 2008, pp. 215-230.

norme de cet État ne se distinguant que par son processus d'élaboration, il peut légitimement l'abroger, comme il peut abroger toutes les autres normes internes. C'est ce qu'implique une théorie de la souveraineté comme puissance normative. Cette conception de la souveraineté est alors incompatible avec l'idée d'un droit international distinct de la pure volonté de l'État qui l'applique, ce qu'avait bien compris Kelsen :

Si la souveraineté implique le droit inaliénable de se retirer de l'organisation établie par un traité international auquel un État est partie contractante, alors la souveraineté implique qu'un État n'est lié par un traité auquel il est partie qu'aussi longtemps que cela lui plaît. La souveraineté, dans le sens absolu du terme, est incompatible avec toute idée d'un droit international obligeant les États.¹⁴⁴²

Or, l'incompatibilité de cette signification de la souveraineté avec toute idée d'un droit international obligeant les États n'est pas un argument, mais seulement une conséquence. Cette conséquence peut être estimée regrettable, mais elle ne peut servir à invalider une théorie, d'autant plus qu'il a été montré que le droit international devait être pensé comme du droit interne. Il est donc de fait incapable de limiter un ordre juridique dont il fait partie.

Cette conception absolue de la souveraineté, autorisant la dénonciation unilatérale d'un traité semble de plus confirmée par de nombreux éléments tirés du droit international. Ainsi, L. Le Fur considère que la clause *rebus sic standibus* est « sous-entendue de plein droit dans tout traité, [et] constitue un motif juridique de rupture de traité »¹⁴⁴³. Plus, fondamentalement, il serait étonnant de considérer qu'un traité puisse être considéré comme perpétuel, c'est-à-dire comme liant pour l'éternité les États signataire : « La possibilité d'une *Lex in perpetuum valitura* doit être rejetée comme absolument contraire à la notion même d'État. »¹⁴⁴⁴. En effet, l'état de nécessité peut légitimement amener tout État à rejeter un traité dès lors qu'il estime que celui-ci constitue un risque à son intégrité ou ses conditions d'existence. Ainsi, L. Le Fur, qui pourtant affirme la limitation de la souveraineté par les grands principes de droit, considère tout de même que l'État dispose de la compétence de la compétence puisqu'il doit pouvoir agir en cas de danger¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴² KELSEN H., « Du droit de se retirer de l'Organisation des Nations Unies » [1948], in. KELSEN H., *Écrits français de droit international*, Paris, PUF, 2001, p. 284.

¹⁴⁴³ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 450. Il est vrai que la Convention de Vienne règlemente l'usage de cette clause (art. 62), mais elle reste une convention. De plus, comme tout traité, il est soumis à la libre interprétation des États.

¹⁴⁴⁴ JELLINEK G., cit. in LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 464.

¹⁴⁴⁵ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 472 et p. 477.

Si l'on accepte l'idée que le droit international est du droit interne, trouvant sa validité au sein de chaque État, alors il faut admettre l'existence d'une pluralité d'ordre juridique sur la scène internationale. Cette idée est, sinon confirmée, du moins renforcée par le caractère décentralisé de l'ordre juridique international.

2.2.2 Fédéralisme et États polycentriques

Cette affirmation d'un monisme juridique centré sur l'État semble confirmée par l'étude du problème des États polycentriques. En effet, les deux sujets concernent la coexistence d'ordres juridiques semblant être distincts. Les deux posent problème du point de vue de la souveraineté de l'État en affirmant comme extérieure une partie de l'ordre juridique.

Le développement de la société de marché et l'émergence d'une société de masse, ainsi que la solidarité organique qu'elle entraîne, traduisent une multiplication des échanges. Ceux-ci, avec l'essor de la biopolitique¹⁴⁴⁶, impliquent un développement des outils de régulation sociale, à des échelles de plus en plus variées. Cela a comme conséquence une transformation de l'appareil étatique, dans le but de répondre à l'augmentation de la demande de régulation.

Cette augmentation de la demande de régulation se traduit par une multiplication des instances décisionnelles. L'État, qui s'était construit de manière strictement pyramidale et hiérarchisée, va voir sa structure éclater. C'est ainsi qu'il est possible de parler d'État polycentrique, ou de *multilevel governance*. Il y a donc une multiplication des organes gouvernementaux en vue de réguler des phénomènes locaux et transnationaux. Cette multiplication des organes de décision, alliée dans les démocraties contemporaines à une demande croissante de participation des individus, est posée comme remettant en cause le principe de souveraineté.

La multiplication des instances décisionnelles et la structure polycentrique des États postmodernes sont régulièrement présentées comme des éléments remettant en cause le pouvoir des États et donc leur souveraineté. En effet, ceux-ci se verraient, du fait de leur éclatement, concurrencés dans la production du droit par les multiples organes et personnes

¹⁴⁴⁶ Cf., *supra*.

juridiques qu'ils auraient créés. Les États n'auraient alors plus la totalité des compétences et leurs volontés se trouveraient limitées par celles de ces autres organes producteurs de droit.

Ainsi, l'État se trouverait concurrencé dans la production de normes par des instances situées au-dessus de lui et en dessous de lui. Cette présentation verticale de la concurrence normative permet alors d'inscrire cette évolution de l'État et son impact sur la souveraineté dans la question plus ancienne et bien balisée des différentes formes d'union fédérative, État fédéral et confédération d'États. En effet, la confédération d'États se présente comme une union d'États souverains auxquels s'applique un droit qui correspond au droit supra-étatique. L'État fédéral se présente comme un État composé d'États, qui est donc confronté à un droit correspondant au droit infra-étatique. Il est donc pertinent de se servir de ces deux modèles théoriques afin d'analyser les évolutions récentes des États dit unitaires¹⁴⁴⁷. Or, le fait de pouvoir penser la souveraineté de l'État au sein d'une confédération d'États renforcera l'idée que le droit international est du droit interne.

Il s'agira dans un premier temps de montrer l'impossibilité de penser deux niveaux d'État, et donc de l'impossibilité de concevoir l'État fédéral comme un État d'États (2.2.2.1). Il faudra ensuite montrer que le polycentrisme croissant des États ne remet pas en cause leur unité (2.2.2.2). Il apparaîtra enfin avec l'exemple des confédérations d'États qu'il est impossible de déterminer juridiquement le souverain (2.2.2.3).

2.2.2.1 La souveraineté dans les structures fédératives : l'impossibilité de penser deux niveaux d'État

La problématique de la souveraineté concerne principalement le fédéralisme, c'est-à-dire l'État fédéral. Elle provient du fait que l'État fédéral est défini comme un État composé d'États. Or, la souveraineté est pensée comme le critère de l'État. De ce fait, l'État fédéral apparaît en contradiction avec la souveraineté, puisque celle-ci se présente comme illimitée et indivisible. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux s'interrogent sur la question de la

¹⁴⁴⁷ Jacques Chevallier mentionne le fédéralisme lorsqu'il introduit son analyse de la fragmentation de la structure étatique. CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, lextenso éditions, 2008 [2003], p. 84.

souveraineté partagée. Ils considèrent alors que pour les États fédéraux, « *certaines attributions relevant de la souveraineté sont attribuées à l'État fédéral, d'autres conservées par les États fédérés* »¹⁴⁴⁸.

Le problème de compatibilité entre souveraineté et fédéralisme est séculaire. Léon Duguit affirmait ainsi que « *Quant au fédéralisme politique, il est la négation même de la personnalité souveraine une et indivisible de l'État* »¹⁴⁴⁹. Plus récemment, Bernard Cubertafond considère que « *c'est dans les États fédéraux que le démembrement de la souveraineté est le plus net* »¹⁴⁵⁰. Il rappelle ainsi que ce démembrement de la souveraineté est explicitement défini dans la constitution, en déterminant les différentes compétences fédérales et locales, les conflits étant tranchés par une cour suprême¹⁴⁵¹. Olivier Beaud rappelle qu'il semble y avoir une incompatibilité théorique entre la souveraineté et le fédéralisme : celle-ci serait « *un obstacle à son étude* »¹⁴⁵². De même qu'il en conclut alors la nécessité de s'intéresser à la question de la souveraineté pour penser la fédération, il faut en conclure que la fédération est un passage nécessaire à l'étude de la souveraineté¹⁴⁵³.

Cette difficulté de concilier les deux est liée à la définition du fédéralisme comme un État composé d'États : « *L'État fédéral est une union d'États au sein de laquelle un nouvel État se superpose à ces États* »¹⁴⁵⁴. Il y aurait donc au sein des États fédéraux deux types d'États, l'État fédéral et les États fédérés, aucun ne pouvant être considéré comme souverain. La souveraineté serait alors partagée.

Or, l'idée de souveraineté partagée n'est pas théoriquement satisfaisante. En effet, les concepts de souveraineté partagée, limitée ou partielle sont contradictoires. Lorsqu'il s'interroge sur la notion de souveraineté partagée, Félicien Lemaire rappelle qu'il s'agit *a priori* d'un oxymore¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁴⁸ MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 205.

¹⁴⁴⁹ DUGUIT L., *Op. cit.*, t1, p. 627.

¹⁴⁵⁰ CUBERTAFOND B., « souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, p. 1298.

¹⁴⁵¹ En considérant que les États fédéraux constituent la forme la plus nette du démembrement de la souveraineté, il justifie de considérer décentralisation et fédéralisme sous le même angle.

¹⁴⁵² BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 42-43.

¹⁴⁵³ Il est vrai qu'Olivier Beaud considère qu'il faut étudier le fédéralisme en dehors du cadre de la souveraineté.

¹⁴⁵⁴ MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 669.

¹⁴⁵⁵ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 822.

Il y aurait donc une contradiction théorique entre les concepts de fédéralisme et de souveraineté. Il existe trois solutions pour résoudre cette contradiction :

- 1) Il existe des États non souverains ;
- 2) La souveraineté n'est pas applicable au cas du Fédéralisme ;
- 3) L'État fédéral et les États fédérés ne peuvent être qualifiés simultanément d'États.

Or, il apparaîtra dans les développements subséquents que la troisième solution est la plus simple. Il s'agit alors de montrer que les deux premières solutions ne sont pas entièrement satisfaisantes tandis que la troisième ne pose pas de problème théorique.

2.2.2.1.1 Le problème des États non souverains : l'indépassable critère de la souveraineté pour penser l'État

Une des difficultés à penser la souveraineté au sein de l'État fédéral consiste en sa définition d'État composé d'États. Or, la souveraineté apparaît comme le critère de l'État. Une des solutions mises en avant pour résoudre cette contradiction consiste donc à considérer qu'il existe des États non souverains, c'est-à-dire de ne plus considérer la souveraineté comme le critère de l'État.

De nombreux critères ont été mis en avant pour définir l'État autrement que par la souveraineté. La tentative la plus sérieuse est celle qui consiste à définir l'État par l'exercice d'une puissance de commandement. Cette thèse fut défendue en France, entre autres, par R. Carré de Malberg¹⁴⁵⁶. Il reprend les conceptions de Laband et de Jellinek, et affirme que la caractéristique de l'État consiste en l'existence d'un droit propre de domination : « *la marque distinctive et la condition de l'État, c'est l'existence d'une puissance originaire de domination* »¹⁴⁵⁷. Pour reconnaître s'il s'agit d'une puissance originaire, il estime alors qu'il faut déterminer si la collectivité dispose d'une puissance de domination (d'injonction) et si cette puissance de domination est autonome, c'est-à-dire si elle repose sur la volonté de l'État, qui peut s'auto-organiser. Cette capacité d'auto-organisation peut certes être limitée par l'État

¹⁴⁵⁶ « *Soucieux de ne pas se résoudre à l'indigente théorie de la souveraineté partagée, les auteurs les plus exigeants de la doctrine allemande, Laband, Jellinek, mais aussi française, Michoud et Lapradelle, Polier et de Marans, ont essayé de démontrer que la souveraineté n'est pas le critère de l'État mais qu'il existe des États non souverains. Cette théorie est reprise, défendue pour une dernière fois, poussée dans ses développements extrêmes par Carré de Malberg* ». in. MAULIN É., *la théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, pp. 29-30.

¹⁴⁵⁷ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 158. Par domination, il entend bien une puissance absolue de commandement : « *Dominer – dit Jellinek – c'est pouvoir commander d'une façon absolue et avec une puissance de coercition irrésistible* » (Ibid.).

qui domine, mais elle reste totale dans la marge de liberté qui lui est accordée. Il en tire alors deux conséquences. La première est que son organe suprême « *lui appartienne en propre* »¹⁴⁵⁸. La seconde est qu'il dispose des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire)¹⁴⁵⁹. La principale caractéristique reste toutefois l'autonomie, c'est-à-dire que la communauté doit être source de son propre droit dans son domaine de compétence.

Ainsi, à partir du moment où la caractéristique de l'État devient uniquement la puissance propre de domination (s'exprimant par le droit), la souveraineté ne devient qu'un certain degré de cette puissance d'État, celle qui n'est pas limitée. La souveraineté est alors réduite à son sens d'adjectif, purement négatif, qualifiant uniquement un pouvoir qui n'a pas de supérieur. Elle se trouve « *vidée de son contenu* »¹⁴⁶⁰, et réduite à sa seule dimension externe. En effet, la souveraineté désigne à l'origine une puissance normative autonome, ce que finalement Carré de Malberg appelle puissance propre de domination. La souveraineté ne devient plus qu'un adjectif pour signifier que cette puissance propre de domination, caractéristique de l'État, est indépendante. En ce sens, il serait possible de dissocier les États souverains, qui sont indépendants, des États non souverains, sous la domination d'États souverains.

Trois sortes de critiques peuvent alors être adressées à ce type de tentative. La première est que l'existence d'un pouvoir propre de domination de l'État non souverain est incompatible avec la souveraineté de l'État qui le domine. La seconde est qu'il est de fait impossible de distinguer un État non souverain d'une collectivité décentralisée disposant de pouvoir de police. La troisième est qu'en tentant de réaffirmer l'autonomie de l'État fédéré, Carré de Malberg finit par redéfinir l'État par la souveraineté.

L'État non souverain est un État qui n'est pas indépendant, c'est-à-dire dont le pouvoir est limité par un autre État, lui souverain. La souveraineté, même réduite comme chez Carré de Malberg à sa dimension externe, implique l'absence de sujétion et caractérise donc un pouvoir illimité. Elle est donc incompatible avec tout pouvoir propre indépendant qui lui serait extérieur. Mais extérieur ne renvoie pas simplement à la société internationale ou à un ensemble géographique localisé sur un espace différent. Elle renvoie à tout ce qui est autre. La

¹⁴⁵⁸ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 164.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 168-169.

¹⁴⁶⁰ BEAUD O., « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *Revue du Droit Public*, 1995, n°5, p. 1257.

possibilité d'une autre puissance de commandement s'exerçant sur les mêmes personnes est donc contraire à l'indivisibilité de la souveraineté et s'oppose à la quasi-totalité des théories politiques affirmant depuis l'antiquité l'impossibilité de servir deux maîtres. La souveraineté interne de l'État souverain implique donc une négation du pouvoir propre de l'entité fédérée.

La souveraineté de l'État supérieur fait qu'il est alors impossible de réellement distinguer entre une collectivité disposant de prérogatives de puissance publique et un État fédéré. Cette incapacité à distinguer précisément un État fédéré, défini par une puissance qui lui serait propre, d'une entité décentralisée était déjà mise en avant par L. Le Fur dans sa thèse sur l'État fédéral et la Confédération d'États¹⁴⁶¹. C'était également la position de Léon Duguit, qui mettait en avant le pouvoir de police propre des communes¹⁴⁶². Il est en effet difficile de faire la différence entre une compétence reconnue comme propre par une Constitution et une compétence octroyée. Carré de Malberg met en avant la dimension historique de ce pouvoir, mais ce critère est difficilement acceptable. Il considère également la garantie juridique de la compétence de l'entité fédérée : « *La différence entre l'État membre et les autres collectivités territoriales, c'est que celles-ci dépendent d'un État qui a sur elles une puissance juridiquement non limitée, tandis que l'État fédéral n'a sur l'État membre qu'une puissance juridiquement limitée.* »¹⁴⁶³. Or, il reconnaît que l'entité fédérale peut, du fait de sa souveraineté, étendre indéfiniment ses compétences par la réforme constitutionnelle. Certes les États fédérés participent au processus de révision constitutionnelle, mais il ne s'agit là que d'un élément de procédure : ils agissent alors en tant qu'organe de l'État fédéral. Cette garantie est de plus inefficace : même en acceptant l'idée que la participation des États fédérés garantisse leurs droits, l'entité fédérale, étant l'interprète de la constitution, peut étendre ses compétences sans révision aucune du texte de la constitution¹⁴⁶⁴.

Enfin, à travers une étude minutieuse des concepts utilisés par R. Carré de Malberg, O. Beaud montre qu'il est finalement impossible de distinguer une puissance originaire, le

¹⁴⁶¹ « *les autres critères proposés, la notion du but national ou celle du droit propre ne permettent pas de distinguer l'État non souverain des autres collectivités inférieures. L'on ne peut par conséquent admettre l'existence, à côté du véritable État souverain, d'une catégorie d'État non souverain.* », in. LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 414.

¹⁴⁶² DUGUIT L., *traité de droit constitutionnel*, T.2, Paris, de Boccard, 1928 [3^e Ed.], p. 131 sq.

¹⁴⁶³ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, pp. 161-162.

¹⁴⁶⁴ La lettre de la constitution est certes un obstacle à un trop grand arbitraire. Néanmoins, l'extension du champ de compétence du pouvoir fédéral aux États-Unis au cours du XXe siècle s'est fait en dehors de toute révision constitutionnelle. L'idée de *Living Constitution* ôte de fait une part considérable du pouvoir de contrôle des entités fédérées sur les compétences de l'État fédéral.

critère de l'État chez Carré de Malberg, de la souveraineté dans sa dimension interne, car elles ont les mêmes caractéristiques¹⁴⁶⁵. Or, Carré de Malberg reconnaît que la dimension interne de la souveraineté est liée à sa dimension externe. L'exercice d'une puissance propre de domination ne peut avoir de sens que si celle-ci n'est pas soumise à une autre puissance de domination. Olivier Beaud déduit alors que la puissance publique propre, caractéristique de l'État, est incompatible avec la soumission à un autre État. Cette incompatibilité que relève O. Beaud peut être illustrée avec l'idée de nationalité de l'organe suprême, critère mis en avant par Carré de Malberg. Il est vrai qu'il fait référence à la personne qualifiée de chef de l'État. Le problème est toutefois plus aigu avec les Cours suprêmes, qui n'appartiennent pas dans sa logique à l'entité fédérée et peuvent être considérées comme organes suprêmes, puisqu'elles jugent en dernier ressort. Olivier Beaud a donc raison d'affirmer que « *la distinction effectuée entre la souveraineté prétendument négative et une puissance étatique supposée positive n'a d'abord pas de véritable contenu* »¹⁴⁶⁶.

Toute tentative pour dissocier souveraineté et puissance publique afin de définir l'État à partir de cette dernière s'avère ainsi un échec. Elle oscille entre deux positions qui sont soit l'indistinction entre collectivité décentralisée dépositaire de prérogative de puissance publique et l'État non souverain ; soit l'identité entre la puissance publique propre et la souveraineté.

Cette indistinction entre État fédéré et entité décentralisée semble d'ailleurs de plus en plus admise par la doctrine juridique. Olivier Beaud constate ainsi qu'il est habituel de considérer que la souveraineté est le critère de l'État¹⁴⁶⁷. L'évolution des formes étatiques au cours du XXe siècle, se traduisant par un renforcement du pouvoir central dans les États fédéraux (renforcement que constatait déjà Duguit¹⁴⁶⁸) et un renforcement de la décentralisation au sein des États unitaires. La multiplication des diverses formules institutionnelles et des compétences attribuées a ainsi poussé certains juristes à établir une catégorie intermédiaire : l'État régional. Celui-ci se présente en effet comme « *une forme intermédiaire entre la décentralisation et l'État fédéral* »¹⁴⁶⁹. Du fait de la multiplicité des formes institutionnelles (le degré d'autonomie et l'organisation institutionnelle étant propres à

¹⁴⁶⁵ Cf., BEAUD O., « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *Revue du Droit Public*, 1995, n°5, pp. 1258-1264.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 1258.

¹⁴⁶⁷ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 39. Ce lien entre souveraineté et État est également affirmé dans son ouvrage sur la puissance de l'État.

¹⁴⁶⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.2, Paris, de Boccard, 1928 [3^e Ed.], pp. 144-145.

¹⁴⁶⁹ CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, 2013 [6^e Ed.], p. 253.

chacun), de nombreux auteurs remettent en cause la distinction entre État fédéral et État unitaire, du fait de la décentralisation :

Mais en réalité, il ne semble pas y avoir entre fédéralisme et décentralisation de différence de nature : l'un et l'autre comportent en effet des collectivités composantes dotées de compétences propres et d'organes de décision élus par le peuple, pour s'occuper d'affaires locales, avec une autonomie plus ou moins grande par rapport au pouvoir central et le droit de participer, via le sénat par exemple, à la politique nationale.¹⁴⁷⁰

Cette affirmation d'une différence de degré plus que de nature se retrouve également chez B. Mathieu et M. Verpeaux¹⁴⁷¹. Elle est également suggérée par Ph. Ardent et B. Mathieu, pour qui les États régionaux « *font penser qu'il y a parfois des différences de degrés plus que de nature sur une échelle qui irait de l'État le plus unitaire jusqu'à la fédération pure* »¹⁴⁷². En effet, il devient de plus en plus difficile d'établir des critères institutionnels permettant de rendre compte de la variété des formes d'État. La seule différence pensable entre l'État unitaire et l'État fédéral ne renvoie ainsi pas au degré d'autonomie des entités locales, mais simplement au fait qu'elles constituent également des organes de l'État concernant la formation de la volonté des entités centrales :

Ce n'est donc pas dans le self-government ou l'autonomie, qu'il est possible de trouver matière à une distinction précise entre les membres de l'État fédéral et la province ou la colonie [...]. Le seul critérium qui permette de distinguer nettement les membres de l'État fédéral des autres collectivités publiques non souveraines est la participation au pouvoir résultant d'une organisation particulière de la puissance publique¹⁴⁷³

Il faut donc admettre avec Le Fur que « *Toutes les tentatives faites pour enlever la souveraineté à l'État échouent donc devant l'impossibilité de trouver un autre critérium de la notion d'État* »¹⁴⁷⁴. C'est également la position d'Olivier Beaud, qui admet que la souveraineté reste le critère de l'État. Dans l'état actuel de la pensée politique et juridique, il est donc totalement impossible de définir l'État fédéral comme un État d'États, puisque la notion d'État non souverain est rejetée.

¹⁴⁷⁰ TURPIN D., *Droit Constitutionnel*, Paris, PUF Quadrige, 2007 [1992], 846 p.

¹⁴⁷¹ MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 670.

¹⁴⁷² ARDENT PH., MATHIEU B., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, lexensoédition, 2013 [25^e Ed.], p. 42.

¹⁴⁷³ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], pp. 601-602. On notera l'usage du singulier pour désigner la puissance publique.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 395.

La deuxième solution pour pouvoir penser le fédéralisme consiste alors à considérer que les États fédéraux constituent une nouvelle forme de communauté politique non étatique au sein de laquelle la souveraineté n'a pas sa place.

2.2.2.1.2 La difficulté de penser la Fédération en dehors de la souveraineté et de l'État

Face à l'impossibilité de penser le fédéralisme comme État composé d'États et devant la multiplication des instances disposant d'un pouvoir politique, certains auteurs estiment que la souveraineté est un concept dépassé, ne permettant pas de rendre compte des logiques institutionnelles nouvelles. C'est le cas par exemple de B. Mathieu et M. Verpeaux. Ils considèrent ainsi que l'expression souveraineté partagée a pour fonction de rendre compte d'une réalité qui est ce polycentrisme croissant des États.

Ils estiment en effet que cela revient « à *appliquer un concept à une réalité qu'il ne décrit plus. À une réalité nouvelle doit correspondre un concept nouveau* »¹⁴⁷⁵. Cette inadéquation de la souveraineté pour penser le fédéralisme, que ce soit comme État fédéral ou comme Confédération d'États, est particulièrement développée par Olivier Beaud. Constatant la contradiction existant entre souveraineté et Fédération, il affirme la nécessité de penser la Fédération en dehors du cadre de la souveraineté, sans toutefois dénier à cette dernière toute valeur :

Il ne s'agit, à nos yeux, ni de concilier souveraineté et fédéralisme – ce sont des concepts antinomiques –, ni de sacrifier l'un des deux concepts au profit de l'autre, car nous pensons, [...], que chacun d'entre eux possède sa valeur et son utilité propre. Il faut donc en déduire que la seule solution qui demeure est de *les séparer, les isoler de façon à ce qu'ils n'entrent pas en contact, tout en reconnaissant, dans leur ordre, leurs mérites*. Il convient de leur assigner des champs ou des domaines d'action différents – ou, plus exactement, de les rendre à leur domaine d'élection.¹⁴⁷⁶

Comme O. Beaud reconnaît que la souveraineté est le critère de l'État, cela implique de penser la Fédération en dehors de toute référence étatique.

Olivier Beaud rejette l'idée que la Fédération puisse être composée de deux niveaux d'État puisque la souveraineté est le critère de l'État. De ce fait, il admet que penser le Fédéralisme à travers le prisme de la souveraineté implique soit de nier la souveraineté et donc le caractère étatique des entités membres (au profit de l'entité centrale), soit de nier la

¹⁴⁷⁵ MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 206.

¹⁴⁷⁶ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 63.

souveraineté et donc le caractère étatique de l'entité centrale (au profit des États membres). Or, cette solution, qui sera défendue au point suivant, ne lui paraît pas satisfaisante. En effet, il identifie deux conséquences jugées malheureuses. La première consiste à réduire l'État fédéral à un type d'État unitaire fortement décentralisé. La seconde est de réduire la portée de la Confédération, qui ne devient qu'un lien de droit entre ses membres¹⁴⁷⁷. Il montre ensuite la difficulté qu'a eue Bodin de catégoriser la Confédération helvétique.

Néanmoins, toute la pensée politique moderne s'est pensée autour des concepts de souveraineté et d'État. Considérer qu'il existe, à côté de l'État, d'autres formes politiques construites sur des principes différents n'est donc pas chose aisée. Il faut d'ailleurs reconnaître que si la théorie d'O. Beaud permet un éclairage plus qu'intéressant du fédéralisme, elle ne réussit pas à le distinguer de manière tout à fait satisfaisante du référentiel étatique. En effet, alors que l'État se caractérise par la souveraineté, il propose une série de principes pour la fédération : dualité de la puissance fédérative, parité des ordres juridiques fédéral et fédérés, pluralité des ordres fédérés¹⁴⁷⁸. Toutefois, il est difficile de comprendre en quoi ces différences, qui sont les caractéristiques des Fédérations, sont incompatibles avec l'État et la souveraineté. Elles permettent de distinguer la Fédération de l'État unitaire, mais pas de voir en quoi la Fédération est incompatible avec le concept d'État.

Il existe ainsi quelques difficultés théoriques dans la théorie Olivier Beaud.

D'une part, l'affirmation de la dualité de la puissance publique est problématique. Sa nécessaire unité est en effet le cœur de la théorie de la souveraineté et de l'État. Il aurait donc été utile de préciser comment cette dualité, qui n'est qu'affirmée, est possible. La mise en avant de l'égalité des ordres juridiques fédérés et de l'ordre juridique fédéral est très convaincante, ainsi que leur insertion dans une conception tripartite de la Fédération inspirée de Kelsen (entités fédérées, entité fédérale –fédération–, Fédération –qui désigne le tout). Néanmoins, son refus de considérer l'unification de ces deux ordres juridiques par un troisième ordre juridique qui les habiliterait est difficilement acceptable. Au sein même de sa théorie, il reconnaît que les Cours suprêmes agissent au nom de la Fédération. L'entité fédérale et les entités fédérées peuvent alors apparaître comme des organes de la Fédération.

D'autre part, en affirmant la Fédération comme une union d'États, il revalorise effectivement le pôle confédératif des Fédérations. Néanmoins, à partir du moment où il nie la

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, pp. 423-424.

différence institutionnelle entre Confédération d'États et État fédéral, sa théorie de la Fédération peut apparaître comme simplement l'affirmation de la souveraineté des États membres et donc une nouvelle approche de la Confédération d'États. La mise en avant de la dimension institutionnelle de l'entité centrale n'étant en effet pas un obstacle à leur souveraineté¹⁴⁷⁹. Cette lecture est renforcée par le fait que non seulement il semble admettre l'identité entre l'État fédéral « consolidé » et l'État unitaire (une des conséquences théoriques de la souveraineté de l'État que pourtant il rejette au début), mais qu'il reconnaît la difficulté de saisir le moment où la Fédération devient cet État unitaire, ce qui renforce leur proximité :

La difficulté qui existe évidemment, et que l'on ne saurait nier, est celle de savoir à partir de quel moment une Fédération se modifie, se transforme au point où elle deviendrait un État son caractère fédéral disparaissant derrière sa marque étatique. Il faut, en effet, bien comprendre qu'il y a dans les États modernes d'aujourd'hui des traces très nettes de leur origine fédérale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous avons pu, ici ou là, puiser dans le droit positif des États, issus d'anciennes Fédérations, tels que les États-Unis ou l'Allemagne, afin d'illustrer tel ou tel point de cette théorie de la Fédération. Cette utilisation [...] s'explique par le fait qu'il existe, tout naturellement dans ce qu'on appelle aujourd'hui tel ou tel « État fédéral » des traces, ou encore des « résidus » fédéraux (*Bundestreue*, arbitrage, etc.), bien que l'ensemble du système politico-juridique ait changé de nature en succombant à la centralisation et à l'unification politico-juridique.¹⁴⁸⁰

En assimilant certains États Fédéraux (États-Unis, Allemagne) à l'État caractérisé par la souveraineté, il s'inscrit parfaitement dans la grille de lecture de la souveraineté. Sa théorie peut parfaitement se comprendre comme une réévaluation de la Confédération d'États et des différentes formes quelle peut prendre.

Oliver Beaud démontre l'impossible distinction institutionnelle entre État fédéral et Confédération d'États¹⁴⁸¹. Il considère que certains États à organisation fédérale sont bien des États. Il s'inscrit donc bien avec ceux qui voient une continuité institutionnelle entre l'État unitaire et l'État fédéral, continuité qu'il étend à la Confédération d'États. Au sein de cette continuité institutionnelle, O. Beaud choisit d'isoler d'un côté l'État (qui englobe l'État fédéral consolidé) de l'autre une nouvelle forme politique dont la théorisation complète et l'insertion dans les cadres conceptuels existants restent à élaborer. Or, la distinction traditionnelle entre État (englobant l'État fédéral) et Confédération d'État (où l'élément central est revalorisé) recoupe la distinction qu'il effectue, sans poser le problème de la conceptualisation d'une nouvelle forme d'entité politique.

Ainsi, la théorie de la Fédération d'Olivier Beaud est un outil indispensable de compréhension du phénomène fédératif. Toutefois, son approche ne peut prétendre, dans l'état actuel des choses, à fournir une véritable alternative à la souveraineté. En effet, puisqu'il

¹⁴⁷⁹ Cf. *Infra*.

¹⁴⁸⁰ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 424. Je souligne.

¹⁴⁸¹ Ce qui sera repris au point suivant.

s'interdit de réellement confronter la souveraineté de l'État à sa théorie, il ne montre pas en quoi elle est réellement incompatible avec l'État et la souveraineté.

Il apparaît donc que les tentatives de penser l'État en dehors de la souveraineté ou de penser une communauté politique en dehors du cadre de la souveraineté ne sont pas entièrement satisfaisantes dans le cadre actuel de leur théorisation. L'État reste pour l'instant indépassable dans la théorie politique et il est impossible de le penser par un autre critère que la souveraineté. La seule solution restante pour concilier fédéralisme et souveraineté consiste alors à considérer que les entités fédérées et l'entité fédérale ne peuvent simultanément être qualifiées d'États.

2.2.2.1.3 L'impossibilité de qualifier simultanément les entités fédérées et l'entité fédérale d'État.

Puisqu'il est impossible de se satisfaire des deux premières possibilités pour réduire la contradiction entre souveraineté et fédéralisme, il ne reste donc plus que la troisième, c'est-à-dire de refuser la définition de la Fédération comme *État composé d'États*.

En effet, si la souveraineté est le critère de l'État, elle ne peut appartenir à la fois à l'État fédéral et aux États fédérés, puisque les deux ne peuvent avoir simultanément une puissance normative autonome illimitée. Elle doit donc appartenir à l'un ou l'autre. Cette contradiction, perçue dès le début du fédéralisme, s'illustrerait dans le *dilemme de Calhoun* qui nierait, du fait de la souveraineté, la possibilité d'un État fédéral comme État composé d'États :

La souveraineté, attribut essentiel de l'État, est une et indivisible ; par conséquent, dans une association d'États, c'est-à-dire dans un État formé de plusieurs États, elle ne peut appartenir à la fois à l'État central et aux membres ; *ou bien* elle revient aux États membres *ou bien* à l'État central. Si elle appartient aux membres, nous sommes en présence d'une simple confédération, qui n'est qu'un lien de droit, un *vinculum juris* de droit public, comme on l'a dit, il n'y a pas de collectivité étatique centrale distincte des membres. Si, au contraire, elle revient à l'État central, il y a simplement un État unitaire, les membres perdent leur souveraineté et, par conséquent, leur caractère d'État aussi. Ce sont les deux seules alternatives possibles (*sic*), aucun compromis, aucun moyen terme n'est réalisable.¹⁴⁸²

¹⁴⁸² MOUSKHELI M., cit. in. BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 45.

Ce dilemme ne pose absolument aucun problème théorique. Il représente la solution la plus simple, et il est possible de s'étonner avec L. Le Fur que cette solution strictement académique ne soit pas unanimement acceptée :

Ce que l'on ne peut comprendre, c'est que cette solution qu'impose la logique ait trouvé de si ardents contradicteurs ; car il ne s'agit ici que d'une discussion purement théorique, dont la solution ne peut rien changer à la situation de fait des membres de l'État fédéral. En fait, leurs droits et ceux du pouvoir fédéral sont indiqués par la constitution fédérale, et souvent d'une manière très complète et aussi précise que possible ; que si, malgré cela, un différend survient entre l'État fédéral et l'un de ses membres sur l'interprétation de la constitution, c'est toujours un organe fédéral qui est chargé de trancher ; chacun reconnaît encore que nul des États particuliers considérés comme tels n'a le droit d'accroître sa compétence aux dépens du pouvoir fédéral, tandis que le pouvoir fédéral possède toujours ce droit vis-à-vis d'eux¹⁴⁸³

Le rapprochement au sein de la doctrine entre décentralisation et fédéralisme, ou encore le fait qu'Olivier Beaud rejette dans la catégorie d'États unitaires certains États fédéraux, semble valider cette approche : l'absence de souveraineté des États membres leur ôte leur caractère d'État et transforme l'État fédéral en un type d'État unitaire.

Cette difficulté à admettre la solution la plus logique et la plus simple peut toutefois s'expliquer par deux raisons, qui sont assez similaires à celles évoquées par Olivier Beaud. La première renvoie au fait que la Confédération d'États est réduite à un *simple lien de droit*, ce qui réduit considérablement sa portée et limite les formes qu'elle peut prendre. La théorie d'Olivier Beaud dénonce *in fine* cette réduction. La seconde est que la qualification d'État n'est pas neutre, et qu'elle a un impact politique et psychologique conséquent.

Puisqu'il est impossible d'accepter une définition de l'État qui ne soit pas liée à la souveraineté et qu'il n'existe pas pour l'instant de théorie satisfaisante pour penser la communauté politique en dehors de la souveraineté, l'acceptation du dilemme de Calhoun semble la seule solution logique. Il s'agira donc maintenant de montrer que cette solution, qui est *a priori* la seule acceptable d'un point de vue logique, permet parfaitement d'intégrer les États polycentriques dans un schéma qui reconnaît la souveraineté de l'État. En effet, le polycentrisme croissant des États ne remet pas en cause la souveraineté.

¹⁴⁸³ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 415.

2.2.2.2 Le polycentrisme croissant des États ne remet pas en cause leur unité

Les théories de l'État et de la souveraineté imposent donc pour l'instant une alternative stricte et simple aux structures polycentriques : soit il existe au sein de ces structures différentes entités qui doivent être considérées comme des États souverains ; soit c'est la structure dans son ensemble qui doit être considérée comme un État souverain. Il s'agit maintenant de montrer que ces deux alternatives sont tout à fait compatibles avec le principe de souveraineté entendue comme puissance normative autonome.

Il apparaîtra que la mise en place de collectivités dépositaires de la puissance publique au niveau infra ou supra national ne remet en cause ni l'unité ni la souveraineté de l'État. En effet, le polycentrisme croissant de certains États est le fait de ceux-ci. Il est donc ainsi impossible de considérer que les transferts de compétences constituent un éclatement de la souveraineté sans confondre son exercice et sa possession (2.2.2.2.1). Cette confusion provient également d'une réduction abusive de l'État à ses organes centraux (2.2.2.2.2). Il est en effet nécessaire de penser l'unité institutionnelle de l'État par-delà la diversité des personnes morales qui le composent, ce qui s'illustrera parfaitement à travers l'exemple des États fédéraux (2.2.2.2.3).

2.2.2.2.1 Un État qui reste maître de la dévolution : la distinction entre possession et exercice

Le concept de souveraineté partagée est souvent mis en avant pour remettre en cause la dimension absolue et illimitée de la souveraineté. Elle serait la conséquence du transfert de compétence que traduit l'existence de multiples niveaux de décision. Pourtant, de nombreux auteurs critiquent cette approche en considérant qu'elle est construite sur une confusion entre la possession de la souveraineté et son exercice, qui se résume alors à un ensemble de compétences : *« c'est à la distinction entre la souveraineté elle-même et l'exercice de la souveraineté qu'il faut avoir recours pour expliquer un certain nombre de théories fausses sur un prétendu partage de la souveraineté entre l'État fédéral et ses membres »*¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸⁴ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 419.

La distinction entre la possession de la souveraineté et son exercice est aussi vieille que la théorie de la souveraineté. Hobbes rappelle ainsi qu'« *Il faut distinguer entre le droit, et l'exercice de la souveraineté ; car ces deux choses peuvent être séparées* »¹⁴⁸⁵. Cette distinction entre la possession de la souveraineté et son exercice se retrouve également chez L. Le Fur, qui considère que le fait de confier l'exercice de la souveraineté à un tiers ne remet pas en cause sa possession :

De là résulte cette conséquence que l'abandon de l'exercice des droits de souveraineté les plus importants n'entraîne pas en principe la perte de la souveraineté, pas plus, suivant la comparaison de Jellinek que la concession par un propriétaire de droits réels sur sa terre n'entraîne la disparition de son droit de propriété¹⁴⁸⁶

La dissociation entre l'exercice et la possession de la souveraineté est alors indifférente au destinataire de l'exercice : « *Un État peut même abandonner à un autre État un certain degré d'influence dans ses affaires intérieures sans pour cela perdre nécessairement la souveraineté* »¹⁴⁸⁷. Louis Le Fur fait le parallèle avec le *nudum jus* pour la propriété : le transfert de compétences peut être total (en prenant l'exemple de la Bosnie et de l'Herzégovine suite à l'art. 25 du traité de Berlin 1878) sans que cela remette en cause la souveraineté¹⁴⁸⁸. Il est vrai que L. Le Fur reste prisonnier d'une conception de l'État qui lui fait distinguer l'État des institutions appliquant et déterminant la volonté du souverain : dans le cas de la Bosnie et de l'Herzégovine, la théorie de l'habilitation de Kelsen amène à considérer que l'Administration mise en place par l'Autriche-Hongrie fait partie de l'Empire ottoman, puisque c'est celui-ci qui l'habilite.

Enfin, cette dénonciation de la souveraineté partagée au nom d'une méconnaissance de la distinction entre exercice et possession est également présente chez F. Lemaire :

Mais, répétons-le, cela [l'existence d'une souveraineté partagée] ne s'entend que du point de vue de *l'exercice de la souveraineté* et nullement de l'essence de la souveraineté ou de ce que l'on peut caractériser comme la souveraineté nationale, indivisible dans son fondement (le peuple) comme dans son expression la plus haute : le pouvoir constituant¹⁴⁸⁹

Il rappelle alors la distinction du conseil constitutionnel entre transfert de compétences et transfert de souveraineté. Néanmoins, le transfert de plus en plus important de compétences

¹⁴⁸⁵ HOBBS Th., *De Cive*, Paris, Flammarion, 1982 [1642], pp. 228-229. Il évoque alors le cas des régences. Il parle aussi des rois élus « *dont le pouvoir est limité à la durée de sa vie [...] ou a tant d'années et de mois comme l'était le pouvoir du dictateur chez les Romains* » (HOBBS Th., *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971 [1651], p. 200).

¹⁴⁸⁶ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 451.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 447.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 453. Il précise immédiatement à la page suivante que ces cas sont exceptionnels et en général transitoires, soit qu'ils débouchent sur une reprise de l'exercice de la souveraineté, soit qu'ils aboutissent à un transfert de celle-ci. Ainsi, concernant l'exemple utilisé, l'Autriche-Hongrie annexe unilatéralement la Bosnie-Herzégovine le 6 octobre 1908, annexion acceptée en avril 1909 par l'Empire ottoman (Cf. CASTELLAN G., *Histoire des Balkans*, Paris, Fayard, 1991, p. 307).

¹⁴⁸⁹ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 846.

amène nombre de personnes à considérer que la souveraineté devient divisée, ce qui traduit une évolution de la conception de la souveraineté vers les compétences ou ses conditions d'exercices. Michel Troper explique ainsi qu'un des sens attribués à la souveraineté consiste à la définir comme puissance d'État entendue comme « *l'ensemble des pouvoirs et compétences que peut exercer cet État* »¹⁴⁹⁰. Cette confusion entre souveraineté et compétence peut trouver sa source chez Bodin, lorsque celui-ci parle des marques de la souveraineté, entendue comme une liste de compétences.

Comme il a été expliqué, la perte des conditions d'exercice ne traduit pas nécessairement une perte de souveraineté : elle ne constitue qu'un changement de celui qui exerce la souveraineté, non de celui qui la possède. Le transfert de compétences peut constituer un risque politique, en entraînant à terme une perte de la souveraineté (le lien délicat entre possession et exercice du pouvoir, peut s'illustrer, avec toutes les précautions nécessaires, par l'exemple de l'éviction des rois mérovingiens par Pépin le Bref), mais n'entame pas en soi la souveraineté.

Félicien Lemaire dénonce ainsi la logique du Conseil constitutionnel comme dangereuse « *puisque'elle invite à considérer, avec la multiplication des transferts de compétences, que la souveraineté de l'État se réduit comme peau de chagrin* »¹⁴⁹¹. L'assimilation de la souveraineté aux compétences exercées amène à considérer que la perte des « *conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* » entraîne une perte de souveraineté. Il considère alors « *qu'il est difficile de prétendre à une véritable remise en cause de la souveraineté car se serait confondre la souveraineté nationale et ses simples attributs* »¹⁴⁹².

Cette négation de la souveraineté de l'État à travers le transfert de compétences est d'autant plus surprenante que l'État reste maître de ces compétences qu'il transfère puisqu'il peut les récupérer : cela s'observe à la fois dans les États fédéraux par la capacité d'étendre les compétences de l'entité centrale (par la révision constitutionnelle ou par la réinterprétation de la constitution) ; mais aussi au sein des confédérations ou des organisations internationales avec la capacité de retrait des États, qui retrouvent alors le plein exercice de leurs

¹⁴⁹⁰ TROPER M., « Comment la constitution de 1958 définit la souveraineté nationale », en ligne, URL : < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html> >

¹⁴⁹¹ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 840.

¹⁴⁹² LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 842.

compétences (ainsi, à titre d'exemple, le référendum prévu au Royaume-Uni pour la sortie de l'Union européenne).

Ainsi, Prenant l'exemple du cas de la nouvelle Calédonie, F. Lemaire accorde en effet que le législateur ne peut remettre en cause l'accord. Néanmoins, « *rien n'empêche en revanche le pouvoir constituant de réduire les compétences concédées ; même si l'on conçoit aisément le danger qu'il y aurait à lui faire jouer pareil rôle* »¹⁴⁹³. La France demeure un État unitaire, malgré l'existence en son sein d'entités dont le statut est constitutionnellement garanti.

De la distinction entre possession et exercice de la souveraineté (qui est nécessaire dès qu'un individu exerce le pouvoir au nom d'un autre individu) Félicien Lemaire conclut que le partage de compétences n'est absolument pas contraire au principe de souveraineté :

Il suffit en sorte de sortir de l'hexagone pour constater que la division du pouvoir normatif législatif n'est ni de nature à remettre en cause la souveraineté étatique, ni de nature à introduire un quelconque partage de souveraineté : tout au plus un partage de compétences décidé par le constituant et strictement contrôlé par le juge constitutionnel¹⁴⁹⁴

Or, Louis Le Fur explique bien que ce partage de compétences peut être vertical aussi bien qu'horizontal : « *la notion de souveraineté [...] n'est pas, on le verra, plus contraire au partage des pouvoirs dans l'État fédératif que la répartition des diverses attributions de l'État entre les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire n'est contraire à l'unité logique du pouvoir de l'État* »¹⁴⁹⁵.

La répartition des compétences entre différents organes qui échappent à la maîtrise de l'organe législatif (parce que constitutionnellement garantie) n'est donc contraire à la souveraineté de l'État, quelles que soient les compétences partagées. Le fait que l'organe dépositaire de tout ou partie de la puissance publique exerce également des prérogatives de puissances publiques pour un autre État n'est pas nécessairement un problème.

¹⁴⁹³ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 843. Le danger toutefois n'apparaît pas comme une obligation mais comme une contrainte et ne saurait donc être une limite à la liberté de l'État (cf. *supra*.)

¹⁴⁹⁴ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 846.

¹⁴⁹⁵ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 364.

La réduction de la souveraineté à son exercice et donc à un ensemble de compétences amène à considérer que celle-ci est répartie entre les différents organes qui l'exercent. Or, à partir du moment où ces différents organes sont habilités par un même ordre juridique et ont des rapports juridiquement codifiés, ils font partie du même ordre juridique. C'est donc toujours la volonté de l'État qui s'exprime à travers ceux qui parlent en son nom. En effet, la dénonciation de la souveraineté comme concept inopérant est liée à une évolution de la notion d'État qui s'est vu identifier à une personne morale et donc abusivement réduit à ses organes centraux.

2.2.2.2 La remise en cause de l'unité de l'État par la décentralisation : une assimilation abusive de l'État à ces organes centraux.

La tradition juridique semble avoir consacré l'idée que l'État est une personne juridique dépositaire de la souveraineté. La personnalité juridique permet ainsi de penser l'unité de l'État à travers la multiplicité des organes qui expriment sa volonté. Carré de Malberg explique ainsi que « *l'unité de l'État ne peut être exprimée par la science du droit qu'à l'aide de la notion de personnalité* »¹⁴⁹⁶. Il fera donc de la personnalité juridique l'un des éléments de la définition de l'État.

La personnalité juridique a donc pour principale fonction de créer une unité juridique entre plusieurs individus et plusieurs organes. Néanmoins, cette assimilation de l'État à la personnalité morale peut avoir un effet pervers : elle amène à distinguer l'État et les autres personnes publiques (communes, régions, départements, etc.), avec lesquelles il peut entretenir des rapports juridiques et qui peuvent entretenir des rapports juridiques autonomes. En effet, l'unité d'une institution (notamment de l'État) s'étant trouvée assimilée à sa personnalité juridique, il devient difficile de penser l'unité de plusieurs personnes juridiques distinctes. Cela s'observe par exemple lorsque D. Turpin déclare « *Depuis quelques années, on a assisté à une double diminution du pouvoir de l'État, au profit des collectivités locales (décentralisation) et des institutions européennes* »¹⁴⁹⁷. Cette formulation traduit bien une distinction entre l'État, les collectivités locales et les institutions européennes : ce que ces

¹⁴⁹⁶ CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, p. 40.

¹⁴⁹⁷ TURPIN D., *Droit Constitutionnel*, Paris, PUF Quadrige, 2007 [1992], p. 16.

collectivités gagnent est perdu par l'État. Ce dernier est donc réduit à l'État central. Cette importance de la personnalité juridique dans la question du pouvoir de l'État se remarque au fait que D. Turpin évoque bien la décentralisation, et non la déconcentration. Or, la principale différence entre ces deux « modes d'organisation du pouvoir » de l'État est précisément la personnalité juridique des collectivités décentralisées, qui permet alors de les distinguer de l'État.

Ainsi, « *il y a déconcentration lorsque, au sein d'une même institution, le pouvoir de décision détenu par les autorités les plus élevées est transféré à des autorités moins élevées dans la hiérarchie interne de l'institution* »¹⁴⁹⁸, alors que la décentralisation « *se traduit par le transfert d'attribution de l'État à des institutions juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la surveillance de l'État, d'une certaine autonomie de gestion* »¹⁴⁹⁹. La distinction est juridique et renvoie donc bien à la question de l'institution : les entités décentralisées ne feraient pas partie de la même institution que l'État. Alors que les organes déconcentrés sont soumis à un pouvoir hiérarchique direct, les entités décentralisées sont soumises à un pouvoir de tutelle ou à un contrôle de légalité. La décentralisation a ainsi comme principale conséquence de rompre le pouvoir hiérarchique de l'Administration centrale¹⁵⁰⁰. Ce n'est pas le seul moyen : une autre technique permettant de rompre le pouvoir hiérarchique consiste à créer des Autorités Administratives Indépendantes (qui ne disposent pas nécessairement d'une personnalité juridique propre)¹⁵⁰¹. Celles-ci, du fait de leur non soumission au pouvoir hiérarchique, sont également présentées comme une forme de démembrement de l'État¹⁵⁰². Cela implique que l'unité de l'État se traduit par l'existence d'une institution structurée par un pouvoir hiérarchique pyramidal regroupé en une seule personne morale.

Toutefois, ces distinctions renvoient bien à des modes d'organisation du pouvoir, et il serait inapproprié d'y accorder trop d'importance dans le cadre d'une réflexion générale sur l'État. René Chapus explique bien que la décentralisation territoriale a une « *signification politique* »¹⁵⁰³. L'important est donc plus le sens donné à cette décentralisation que sa modalité juridique. Cela s'observe particulièrement lorsqu'il considère les décentralisations

¹⁴⁹⁸ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [15^e Ed.], p. 391.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 403.

¹⁵⁰⁰ « *La décentralisation consiste à conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'État central au profit d'un simple contrôle, d'une simple surveillance* » in. FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2004 [3^e Ed.], p. 99.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, pp. 120-121.

¹⁵⁰² CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [15^e Ed.], p. 225.

¹⁵⁰³ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [15^e Ed.], pp. 405-406.

techniques, qu'il assimile à une forme de déconcentration. En effet, la décentralisation technique « *est au contraire de ce que sa dénomination tend à exprimer : simplement une technique d'administration [...] au fond, on peut être tenté de la considérer comme une déconcentration camouflée* »¹⁵⁰⁴. La simple existence d'une personnalité propre ne constitue donc pas réellement une véritable rupture de l'unité étatique. En fait, elle apparaît bien comme une technique propre d'administration, permettant d'autonomiser un organe vis-à-vis du gouvernement, ce qui permet de mieux l'intégrer dans le milieu social qu'il doit réguler.

L'accent mis sur l'institution et la personnalité juridique pour définir l'État facilite une assimilation de celui-ci à ses organes centraux et aux entités qui leur sont soumises hiérarchiquement. L'État central est ainsi opposé aux structures qui lui sont indépendantes hiérarchiquement, notamment parce qu'elles peuvent entretenir avec lui (mais aussi entre elles) des rapports juridiques (contrat, conflits de compétence...). Le passage d'une forme pyramidale à une forme polycentrique¹⁵⁰⁵ entraîne ainsi une modification de la forme de l'État qui est souvent présentée comme un démembrement ou un éclatement.

L'assimilation de l'État à ses organes centraux a nécessairement un impact sur la manière dont est pensé le droit, donc la volonté de l'État, donc la souveraineté. Les organes décentralisés étant conceptuellement dissociés de l'État, celui-ci apparaît concurrencé dans le processus de création du droit. Jacques Chevallier explique ainsi que « *Le droit moderne repose sur une conception moniste : un seul foyer de droit, l'État, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique ; et, par conséquent, un seul ordre juridique, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement* »¹⁵⁰⁶. Il estime alors que cette conception est dépassée : « *La régulation juridique passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents ; et la relation entre ces espaces n'est plus commandée par le principe de hiérarchie* »¹⁵⁰⁷. Il affirme alors l'existence de droits extra-étatiques, supra-étatiques et infra-étatiques¹⁵⁰⁸.

Le droit infra-étatique concerne ainsi non seulement les règles d'origine privée mais surtout des organes étatiques n'appartenant pas à l'Administration centrale. La question des

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 407.

¹⁵⁰⁵ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, Lextenso édition, 2008 [2003], pp. 84-86.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 123.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 124.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, pp. 124-132.

règles d'origine privée, similaire à celle de la coutume, a déjà été évoquée¹⁵⁰⁹. Ici, c'est le fait d'opposer règles étatiques et règles infra-étatiques qui montre bien cette assimilation de l'État aux organes centraux, par opposition aux organes décentralisés ou indépendants.

Le droit supra-étatique concerne le droit international, qu'il soit créé directement par les États, par les Organisations internationales ou par les ensembles régionaux tels que l'Union européenne.

Le droit extra-étatique renvoie au droit de la mondialisation, qui serait élaboré « à l'initiative des opérateurs économiques »¹⁵¹⁰. Il explique toutefois que « *Pour produire leur plein effet, les règles conçues par les opérateurs économiques exigent la médiation des États* »¹⁵¹¹. En ce sens, le droit extra-étatique est extra-étatique du fait du processus de formalisation : cela reste l'État qui lui donne son statut de droit¹⁵¹².

Ces formulations, notamment les deux premières, montrent bien la réduction de l'État à ses organes centraux.

Cette assimilation de l'État à ses organes centraux se retrouve également chez F. Lemaire (même si celui-ci affirme le maintien de sa souveraineté et de son unité), lorsqu'il dénonce la fiction de l'État unique producteur de droit :

Aussi, paraît logique de prendre du recul avec la fiction accréditant l'idée que l'État est le seul producteur de droit. Ceci semble de plus en plus irréaliste au regard du droit supranational comme du droit local qui, dans la perspective nouvelle de fragmentation des sources du droit, tendent à montrer qu'on quitte la logique traditionnelle d'un centre unique de décision, pour entrer – ainsi qu'on le prétend de plus en plus – dans l'ère « postmoderne » du polycentrisme¹⁵¹³.

Or, cette affirmation est fortement teintée d'une conception légicentriste déjà dénoncée. Les organes étatiques (et notamment les organes centraux) n'ont jamais été la seule source du droit. Il est indéniable que la complexification croissante des sociétés modernes et postmodernes ainsi que de l'État ne permet plus de parler de centre unique de décision. Or, l'État reste le seul dispensateur de droit, dans le sens où seuls ses organes peuvent donner force contraignante à une décision et donc *in fine* constater une infraction au droit.

¹⁵⁰⁹ Cf. *supra*.

¹⁵¹⁰ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, lextenso éditions, 2008 [2003], p. 124.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 126.

¹⁵¹² Cf., *supra*.

¹⁵¹³ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 837. Il affirme aussi que « *le principe de souveraineté ne semble plus totalement aberrant ; tant il est vrai que la souveraineté fait plus qu'auparavant l'objet d'aménagement et que l'État ne semble plus être, de manière aussi univoque que par le passé, le seul dispensateur de droit* ». *Ibid.*, p. 838.

Jacques Chevalier reconnaît que l'État reste maître de ses dévolutions et d'une part importante de la retranscription dans le droit national, mais il maintient la distinction entre l'État et ses organes décentralisés :

Cette analyse [qui maintient l'État au centre de la régulation] sous-estime pourtant la dynamique centrifuge qui met en cause la régulation étatique, à la fois par le haut et par le bas : tandis que l'État a de moins en moins de prise sur les dispositifs de régulation transnationaux, l'enracinement des dispositifs localisés ou segmentés dans leur milieu d'intervention favorise leur émancipation ; les agences et administrations indépendantes sont ainsi insensiblement portées à intérioriser la rationalité du secteur qu'elles sont chargées d'encadrer et de réguler (théorie de la capture).¹⁵¹⁴

La régulation étatique est donc bien assimilée non seulement aux seuls actes posés par les organes centraux ; mais de plus, l'unité du droit semble, pour Chevalier, devoir correspondre aux désirs des individus occupant ces fonctions. Il y a ici une conception très personnaliste de la volonté de l'État, qui est abusivement rapprochée d'une personne humaine. L'intégration par les organes décentralisés de la rationalité du secteur dans lequel ils évoluent constitue l'une des principales raisons de la décentralisation. Il n'en reste pas moins que leur production normative reste la volonté de l'État.

C'est donc bien la question du statut juridique de l'organe qui compte. De plus, si la régulation de l'État est bien assimilée à celle élaborée par les organes centraux de l'État, les typologies du droit pensé comme non-étatique reposent sur une distinction liée à la nationalité. Le droit infra-étatique (ou local) renvoie au droit formulé par des organes privés ou publics au sein de la communauté nationale ; le droit supra-étatique (ou supra national) renvoie au droit formulé par des organes publics communs à plusieurs ordres juridiques. Le droit extra-étatique renvoie quant à lui au droit formulé par des organes privés agissant dans plusieurs ordres juridiques. Or, cela revient à faire une distinction entre interne et externe, distinction qui n'est pas opérante du point de vue de l'État : le droit de l'État ne s'appliquant qu'en son sein, il ne peut qu'être interne.

Cette approche visant à catégoriser le droit en fonction des organes qui le définissent est source de confusion si l'on restreint le terme d'État aux seuls organes centraux de l'Administration. Elle oublie que l'État reste le seul producteur de droit du fait de l'application (et donc de l'interprétation¹⁵¹⁵) de ce droit. En effet, c'est toujours le juge étatique (et donc l'État) et les organes d'application du droit qui le déterminent. La

¹⁵¹⁴ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, lextenso éditions, 2008 [2003], p. 135.

¹⁵¹⁵ Cf., *supra*.

multiplication des organes (publics comme privés) pouvant édicter des normes de droit renforce le rôle du juge dans son rôle d'interprétation afin de déterminer quelles règles s'appliquent. De plus, ce sont toujours les organes centraux qui, à travers la loi et la constitution, habilite ces autres organes et peuvent donc leur retirer les compétences dévolues.

Surtout, cette conception omet que par l'habilitation, ces organes producteurs de droit, qu'ils soient infra-étatiques ou supra-étatiques, doivent être considérés comme faisant partie de l'État. Les Départements, Communes, Régions, Autorités Administratives Indépendantes personnalisées, Établissements publics décentralisés, Institutions européennes et Organisations internationales et tout autre organe ou personne habilité par l'État ne partagent pas le pouvoir avec l'État : ils constituent, avec l'ensemble des organes centraux, l'État. C'est en effet la conclusion logique du principe d'habilitation selon Kelsen, qui stipule qu'un organe habilité par un ordre juridique fait partie de cet ordre juridique, et qu'en conséquence tout acte de cet organe doit être compris comme un acte d'application du droit qui habilite l'organe à prendre une décision¹⁵¹⁶. Or, Kelsen crée bien une identité entre l'État et l'ordre juridique. Puisque l'habilitation intègre les différentes normes au sein d'un même ordre, il faut en conclure que l'État est constitué de l'ensemble des personnes morales qu'il habilite.

Cette théorie de l'habilitation confirme ainsi l'identité faite entre l'intégralité du droit positif et la volonté du souverain¹⁵¹⁷ : puisque la volonté du souverain consiste en l'intégralité du droit positif, alors il faut considérer que tout organe créateur de droit participe à la formulation de la volonté du souverain. Tout texte contraignant est ainsi la volonté du souverain, quel que soit l'organe ou la personne qui l'émet : « *le maire fait des règlements de police qui, au point de vue matériel, sont de véritables lois* »¹⁵¹⁸.

Puisque l'ensemble de ces organes participe à la formulation de la volonté du souverain, ce n'est que par rapport à l'ensemble de ces organes que peut se poser la question de la souveraineté.

Les modalités concrètes de formulation de cette volonté (c'est-à-dire le nombre d'organes – regroupés ou non en différentes personnes morales – qui y participent) n'est qu'une question organisationnelle de procédure.

¹⁵¹⁶ Cf., *supra*.

¹⁵¹⁷ Cf., *supra*.

¹⁵¹⁸ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t.2, p. 135.

Léon Duguit, qui dénonce l'idée de personne morale comme fiction, montre bien la contradiction qu'il y a à penser l'État comme une personne morale souveraine vis-à-vis des autres personnalités morales, notamment dans le cadre de la décentralisation (il est vrai qu'il dénonce également l'idée de souveraineté) : « *La décentralisation par région et le fédéralisme, que nous étudierons plus tard longuement, sont, quoi qu'on fasse, en contradiction absolue avec la conception de la personnalité souveraine une et indivisible de l'État.* »¹⁵¹⁹. Constatant que la commune est une personne morale disposant de prérogatives de puissance publique (certes déléguées), il en conclut que le processus de délégation amène à penser l'unité de l'État et des collectivités qui exercent une partie de ses prérogatives, puisqu'elles l'exercent pour lui :

Dès lors, si l'on dit que l'État est resté titulaire des prérogatives qui paraissent être concédées aux collectivités locales, les agents locaux qui exercent ces prérogatives sont les agents de l'État et non des collectivités locales. Alors, il n'y a plus du tout de décentralisation au sens que la doctrine donne à ce mot.¹⁵²⁰

Or, c'est précisément ce qu'affirme par exemple F. Lemaire : « *Plutôt donc que de prétendre que les collectivités territoriales disposent d'une parcelle de souveraineté et qu'on est en présence d'une souveraineté partagée, il est plus pertinent de dire qu'elles disposent d'une parcelle des attributs de la puissance politique d'un État* »¹⁵²¹. Il faut donc considérer, en suivant Léon Duguit, que ces collectivités territoriales sont, par-delà les modalités d'arrangement institutionnel et juridique, l'État.

Ainsi, c'est parce que la doctrine juridique a posé la souveraineté comme un attribut de l'État et que l'État s'est vu identifié à ses organes centraux (du fait de sa personnalité juridique) qu'il est possible de considérer que les processus d'habilitations limitent ou partagent la souveraineté.

Le problème est donc bien le sens qui est accordé à l'État, entre le sens restreint (l'État est réduit à sa personne juridique et donc aux organes centraux) et le sens large (l'État est composé de l'ensemble des organes édictant des injonctions). Afin d'éviter tout malentendu, il serait possible de distinguer État et République. Cette distinction semble d'ailleurs effectuée dans le texte constitutionnel de la Ve République française. En effet, le titre XII, consacré aux collectivités territoriales, considère bien celles-ci comme « *les collectivités territoriales de la*

¹⁵¹⁹ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927 [3^e Ed.], p. 626.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, p. 627.

¹⁵²¹ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 8847.

République ». Il faut donc supposer qu'elles font partie de la République. Au sein de la République, la puissance publique est une : or la souveraineté est précisément cette puissance publique, autonome et normative.

Il ne s'agit donc pas tant de considérer que l'État (au sens de République) garde la maîtrise d'un processus de régulation, qu'il partage avec d'autres acteurs, mais bien que, par la modalité de l'habilitation, l'État (la République) multiplie les instances productrices de droit. La fin d'une structure hiérarchique pyramidale unique et l'enchevêtrement croissant de normes d'origines multiples (mais qui restent étatiques), ne traduisent pas la remise en cause de l'unicité de l'ordre juridique étatique. Celui-ci reste dans une logique d'habilitation centrée sur la constitution, où des organes habilités habilite d'autres organes. La complexité de la structure étatique et de l'ordre juridique n'a aucun impact sur son unité¹⁵²².

Il faut maintenant préciser que la nationalité de ces organes, ainsi que leur localisation géographique, n'ont aucune importance du point de vue de la souveraineté. L'idée d'un droit supra-étatique, c'est-à-dire qui serait au-dessus de l'État et qui s'imposerait à lui, est fondamentalement un non-sens. Elle est la conséquence d'une focalisation sur l'État nation, c'est-à-dire sur un mode historique de construction de l'État. Louis Le Fur avait entraperçu cette réalité : « *Car on l'a vu, l'État peut consentir à de semblables restrictions de sa compétence, soit vis-à-vis d'États étrangers, soit vis-à-vis de collectivités inférieures soumises à son autorité* »¹⁵²³. Toutefois, cette formulation est fondamentalement impropre : les organes exerçant la souveraineté au nom d'un ordre juridique font partie, dans l'exercice de ces compétences, de cet ordre juridique, quand bien même ils exercent par ailleurs des fonctions au sein d'un autre ordre juridique. En ce sens, il est plus pertinent de parler d'organes extra et intra nationaux que supra et infra étatique : cela permet de détacher l'État de la Nation.

Il n'y a donc pas de remise en cause de l'unité de l'État et de sa souveraineté par la multiplication des organes normatifs, ni baisse de son pouvoir. Au contraire, il s'agit bien d'un développement de l'État qui se trouve ainsi en capacité de poser un nombre toujours

¹⁵²² La mise en place d'une autonomie partielle peut certes favoriser un sentiment particulariste amenant à des velléités d'indépendance, qui peut rompre cette unité. Il s'agit toutefois d'une possibilité, et tant que l'indépendance n'est pas acquise, l'unité de l'État perdure.

¹⁵²³ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 468.

croissant de normes (comme en témoigne l'inflation législative) et de mieux les ajuster. La personnalité morale apparaît ainsi comme un mode d'organisation, permettant d'affirmer la rupture du pouvoir hiérarchique et de juridiciser les rapports entre différentes instances créatrices de normes. Ce n'est pas un démembrement de l'État. Ce qui baisse effectivement, ce sont les compétences exercées par les organes centraux de l'État et, incidemment, le pouvoir des individus occupant ces fonctions. Il est vrai que les terminologies actuelles, affirmant que telle assemblée vote la Loi et qu'elle représente la Nation ou le Peuple posé comme souverain, favorisent cette idée d'une réduction du pouvoir du souverain. Néanmoins, c'est oublier la dimension proprement artificielle de la volonté de la Loi et donc de la volonté du souverain, qui n'est que l'application de procédures. Cette baisse des compétences des organes centraux ne peut donc en aucun cas être analysée comme une baisse du pouvoir de l'État.

L'évolution de la doctrine juridique, en couplant les notions d'État et de personne morale, a profondément modifié les schémas conceptuels qui ont présidé à l'élaboration de la souveraineté, où toutes ces constructions juridiques n'existaient pas encore. La création d'organes disposant de marge d'autonomie dans une structure polycentrique à plusieurs niveaux ne saurait donc être pensée comme une atteinte à la souveraineté de l'État, puisque, conformément aux principes d'habilitation et à l'identité entre État et ordre juridique posée par Kelsen, ils font partie de l'État. Ces différentes personnes morales restent habilitées par l'ordre juridique (et donc en font partie) qui constitue l'État.

Toutefois, le problème peut sembler plus complexe lorsque, au sein de cette multiplicité d'organes, il en existe plusieurs qui sont considérés comme des États. Or, si la souveraineté n'est pas incompatible avec ces modes d'organisation politique, il apparaît impossible de déterminer théoriquement le niveau où se situe la souveraineté.

2.2.2.2.3 L'affirmation de l'unité institutionnelle de l'État à travers l'exemple des États fédéraux

Le développement de la doctrine juridique, en assimilant l'État à une personne morale dont la souveraineté est un attribut, a profondément parasité la réflexion sur l'État. En effet, puisque l'État est dissocié des autres personnes morales disposant de prérogative de puissance publique, la question de la souveraineté devient de déterminer la personne morale titulaire de la souveraineté. Cette question devient alors particulièrement aiguë au sein des États fédéraux, où les deux niveaux, abusivement qualifiés d'État, peuvent prétendre à cette qualification. Néanmoins, elle est similaire à la problématique des États décentralisés : les États fédéraux doivent être pensés de manière unitaire.

Le point problématique vis-à-vis de la souveraineté et du fédéralisme serait ainsi de déterminer qui, de l'État fédéral ou des États fédérés, détient la souveraineté. Cette difficulté est liée à un problème de vocabulaire, problème très justement dénoncé par O. Beaud. En effet, les écrits sur la fédération développent souvent une conception bipartite de la Fédération qui oppose fédération et États fédérés. Or, cette approche bipartite est justement la conséquence de l'appréhension de l'État comme personne morale souveraine et de sa réduction aux seuls organes centraux.

Oliver Beaud rappelle que les termes fédération et État fédéral servent à la fois à désigner le tout et une partie du tout, c'est-à-dire les institutions centrales et l'ensemble de la fédération (institutions fédérales et États fédérés)¹⁵²⁴. Il distingue alors la *Fédération* (qui désigne le tout) de la *fédération* (qui désigne les institutions centrales). Il adopte donc une conception tripartite, où la fédération et les États fédérés composent la Fédération. Cette conception tripartite est inspirée de Kelsen et de sa distinction entre État global, État central et États membres¹⁵²⁵ :

On ne peut donc pas désigner l'État central et les États membres comme « souverains » car on ignore par là même que ces deux ordres juridiques partiels sont habilités (*delegiert*) par la constitution globale, sans laquelle ils ne seraient pas même possibles. Tout comme les États ne peuvent être considérés comme coordonnés dans la communauté du droit international que parce qu'ils sont en relation avec un ordre de droit international se situant au-dessus d'eux et qui les habilite, on ne peut parler, dans un État fédéral, d'une coordination du soi-disant État supérieur et des soi-disant États membres qu'en relation avec une constitution globale qui habilite les deux ordres juridiques partiels. Cette constitution globale est celle qu'on doit désigner comme étant l'*État fédéral* au sens

¹⁵²⁴ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 135-138. Il est intéressant de noter qu'il s'agit ici de la même confusion que pour le terme État.

¹⁵²⁵ Cf. BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007.

spécifique du terme, et, parce qu'elle comprend, comme un cadre son contenu – les deux ordres juridiques habilités par elle – et qui représente (*darstellt*) l'État fédéral comme englobant au sens d'un Tout qui englobe l'État central et les États membres. De ce que les deux ordres juridiques partiels désignés comme l'État central et les États membres ne sont pas mutuellement dans une relation de délégation, il ne découle pas cependant qu'ils ne seraient pas subordonnés, mais qu'ils seraient indépendants, c'est-à-dire souverains. Ici ce trouve le paralogisme (*Trugschluss*) auquel conduit la théorie de la souveraineté divisée entre l'État central et les États membres, ou de la double souveraineté.¹⁵²⁶

Ainsi, la théorie de Kelsen amène bien à considérer que tant l'État central que les États membres ne sont que les éléments de l'État fédéral qui doit être pensé comme un tout. Il n'est donc pas tant question de savoir quel est l'élément au sein de cette structure qui est souverain que de considérer que c'est bien l'ensemble des institutions qui découlent de la constitution qui doit être considéré comme souverain. Cette analyse conforte l'idée qu'il doit en être de même dans les États unitaires décentralisés (d'autant plus que la similitude entre les deux est de plus en plus affirmée par la doctrine).

Le fait de considérer les États membres (mais également les entités décentralisées) et l'entité centrale comme des organes de l'État renforce l'idée d'une identité institutionnelle entre l'ensemble des différents niveaux de l'État. Cette idée semble en partie présente chez L. Le Fur, qui pense également l'unité de la collectivité par-delà les différences statutaires : « *Dans l'État fédéral, c'est la collectivité formée par l'ensemble des membres, et non pas chaque membre en particulier, qui seule réunit les caractères de l'État véritable, et par conséquent a seul la souveraineté* »¹⁵²⁷. En effet, considérant la modification de la constitution fédérale il rappelle que « *Les États particuliers y participent en qualité d'organe de l'État fédéral* »¹⁵²⁸.

La conception tripartite de Kelsen est donc extrêmement intéressante pour la théorie de la souveraineté. Elle rappelle qu'entités fédérées et entité fédérale ne sont que des parties d'un même tout et qu'il est donc vain de chercher à distinguer quelle personne morale est souveraine : c'est parce que la doctrine juridique a considéré que l'État était une personne morale dépositaire de la souveraineté que cette question s'est formulée en ces termes.

¹⁵²⁶ KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925, p. 200, cit. in. BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 147-148. Il a été montré qu'il n'existe pas de coordination entre les États au niveau international du fait de leur souveraineté et de l'absence d'interprète authentique. Ce raisonnement est toutefois valide pour les entités fédérées.

¹⁵²⁷ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 363.

¹⁵²⁸ *Ibid.*, p. 490.

Cette nécessité de prendre en compte l'ensemble des institutions s'illustre chez O. Beaud par l'égalité qu'il pose entre l'ordre juridique fédéral et les ordres juridiques fédérés. Il précise ainsi avec Kelsen que ces derniers ne sont pas habilités par l'ordre juridique fédéral, mais sont tous également habilités par la constitution. Cette égalité se traduit alors par une forte interpénétration de ces ordres juridiques, qui disposent chacun d'une relative autonomie mais sont également en situation d'interdépendance. Cela se traduit à la fois aux niveaux constitutionnel (« *La connexion entre elles [les constitutions fédérées et fédérales] est une sorte de nécessité naturelle car, en réalité, toute constitution fédérale est en même temps une partie de la constitution fédérée* »¹⁵²⁹) et législatif. Il affirme ainsi qu'il est impossible de les considérer comme des droits distincts. Le principe d'interdépendance « *signifie notamment que chacune des deux parties doit reconnaître une partie du droit de l'autre comme étant une partie de son droit propre* »¹⁵³⁰. Il existerait ainsi tout un système de renvois mutuels entre les deux ordres. Cette unité des ordres juridiques est d'ailleurs affirmée par une décision de la Cour suprême des États-Unis (*Claffin v. Housemann*, 93 US 130) qui reconnaît que « *leurs systèmes juridiques constituent, réunis, un tout cohérent et unique* »¹⁵³¹. Il y a donc bien une unité de l'ordre juridique au sein des fédérations. Mais Olivier Beaud pousse encore plus loin cette unité de l'ordre juridique au sein des Fédérations, en expliquant qu'elle s'applique également aux États entre eux : « *L'opération fédérale produit une imbrication non seulement entre l'ordre fédéral et les ordres fédérés, mais aussi entre les ordres fédérés* »¹⁵³²

Néanmoins, si O. Beaud reprend la conception tripartite de Kelsen, il essaye de s'en détacher sur plusieurs points. D'abord, sa théorie de la Fédération a vocation à décrire à la fois les États fédéraux et les Confédérations d'États. Ensuite, il critique le principe de Kelsen selon lequel les ordres juridiques fédéraux ne peuvent être habilités que par l'ordre juridique international mais également que l'ordre juridique de la Fédération constitue un troisième ordre habilitant l'ordre juridique des États et l'ordre juridique de la fédération. Enfin, il considère que sa théorie étant une théorie constitutionnelle, elle n'a pas nécessairement à prendre en compte des raisonnements propres au droit international¹⁵³³.

La première et la troisième critiques ne sont pas problématiques. La mise sur le même pied des fédérations et des confédérations ne permet pas en soi de considérer le modèle

¹⁵²⁹ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 189.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, p. 191.

¹⁵³¹ *Ibid.*, pp. 191-192.

¹⁵³² *Ibid.*, p. 202.

¹⁵³³ *Ibid.*, pp. 149-150.

kelsenien de la fédération comme impropre. Il pourrait également être valable pour la confédération. De plus, le rejet de conceptions s'inscrivant dans le cadre d'une réflexion sur le droit international n'est pas non plus satisfaisant, puisqu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une théorie générale du droit. La question du rapport entre ordres juridiques chez Kelsen s'applique à tout système d'ordres juridiques coordonnés. Il a en outre été expliqué que le droit international devait être compris comme du droit interne à l'État et qu'il était impossible de le considérer comme un ordre global.

La seconde critique est beaucoup plus intéressante. En effet, en affirmant la possible non coordination des ordres juridiques fédérés avec l'ordre juridique fédéral, et donc en niant l'existence d'un ordre juridique de la Fédération, il essaye de maintenir l'idée d'une existence propre de deux ordres juridiques de même niveau qui seraient coordonnés sans ordre juridique supérieur. Il récuse donc le postulat de l'unité de l'ordre juridique :

Or, rien n'oblige d'être d'accord avec le postulat de l'unité hiérarchique du droit et l'on pourrait même avancer l'idée que le système fédéral contredit justement ce dogme de la hiérarchie des normes introduite par l'École de Vienne. On ne voit pas pourquoi la coordination de ces deux ordres juridiques (fédéral et fédéré) aurait besoin d'être justifiée par un quelconque ordre juridique d'un niveau supérieur (« unité supérieure » écrit Kelsen) et par ce postulat de l'unité du système juridique¹⁵³⁴.

Cette dénonciation d'un ordre juridique supérieur est pertinente dans le cadre du droit international, du fait des contradictions intrinsèques à un ordre dont l'interprétation et l'application du droit sont décentralisées¹⁵³⁵. La conséquence est alors effectivement la multiplicité des interprétations et des applications de ce droit, ainsi que les conflits qui en découlent. Toutefois, elle l'est moins dans le cadre des Fédérations où existent de telles instances. Le droit y est donc objectivé, et il est alors possible de le considérer comme unifié.

Cette négation de l'existence d'un ordre juridique global et donc d'un État global est d'autant plus surprenante qu'elle semble en contradiction avec de nombreux développements d'Olivier Beaud justifiant sa conception tripartite. En fait, il est même possible de considérer que sa conception tripartite n'a de sens que dans l'affirmation d'un ordre supérieur aux deux autres.

En effet, il précise bien que la Fédération n'est pas un État : « *La Fédération telle qu'on la décrit (avec un grand F et en tant que réunion de la fédération et des États membres) n'est pas un État surplombant les deux autres. De même, elle n'a pas vocation à « habilitier »,*

¹⁵³⁴ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 150.

¹⁵³⁵ Cf., *supra*.

voire à légitimer ses diverses composantes. »¹⁵³⁶. Or, de nombreux éléments chez O. Beaud viennent sous-entendre l'existence d'un ordre juridique propre à la Fédération, caractérisé par des organes propres, notamment concernant les questions relevant du conflit de normes ainsi que sur le statut de la constitution.

Olivier Beaud explique ainsi que l'un des avantages de la construction tripartite est qu'elle permet de rendre compte des conflits de normes au sein de la Fédération entre les entités fédérées et la fédération. En effet, dans une conception bipartite, ce sont les organes de la fédération qui tranchent les conflits entre fédération et États membres, ce qui est pour lui problématique¹⁵³⁷ (alors que c'est le cas au sein des États). Il considère alors que la juridiction fédérale « ne peut se comprendre que si l'on conçoit le tribunal compétent comme le gardien de la constitution globale (de la Fédération) et comme un tiers entre les deux parties (fédération et États membres). »¹⁵³⁸. L'existence de ce tiers est alors très problématique puisqu'il ne ferait ni partie de l'ordre juridique fédéral, ni des ordres juridiques fédérés, et qu'il n'y aurait pas d'ordre juridique global.

Le statut de la constitution de la Fédération est également problématique. En effet, cherchant à affirmer l'égalité entre les ordres juridiques fédérés et l'ordre juridique fédéral, il se sert de l'affaire des *Liquidateurs de la Banque maritime du Canada c/ le Receveur général du Nouveau-Brunswick*. Il en déduit alors effectivement l'égalité entre les entités fédérées et la fédération, mais considère toutefois que c'est du fait de leur habilitation par la constitution : « les autorités et compétences des unités fédérées (Provinces au Canada) procèdent d'une habilitation faite par la Constitution fédérale, et non pas par l'autorité centrale (le gouvernement de la fédération). »¹⁵³⁹. Il y a donc bien la reconnaissance par O. Beaud d'une habilitation des organes fédérés et fédéraux par la constitution, c'est-à-dire d'un ordre juridique global, disposant de ses organes propres, définissant les compétences respectives de chaque entité. Il affirme alors, en reprenant Lord Watson, que les entités fédérales et les entités fédérées sont bien des organes représentant la Couronne dans des domaines différents : « un lieutenant-gouverneur, lorsqu'il est nommé, représente tout aussi bien sa Majesté à toutes fins provinciales que le gouverneur général la représente à toutes fins fédérales »¹⁵⁴⁰.

¹⁵³⁶ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 150.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, p. 140.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 151.

¹⁵³⁹ *Ibid.*, p. 153.

¹⁵⁴⁰ Lord Watson, AC 443, cit. in. BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, n. 3, p. 153.

Ces deux éléments amènent alors à se poser la question du statut de la Fédération chez O. Beaud. Si c'est bien la constitution de la Fédération qui habilite et détermine à égalité les compétences des différents organes de la fédération et des entités fédérées, mais que celle-ci n'est pas un ordre juridique, il faut alors se demander à quel ordre appartient la constitution, ainsi que les jugements rendus par les Cours lors de conflits de compétence. De même, lors de révisions constitutionnelles, les organes (qu'ils soient fédéraux ou fédérés) agissent alors en tant qu'organes de la Fédération.

S'il n'y a pas d'État global comme chez Kelsen, il faut en déduire que la Constitution appartient soit aux ordres juridiques des entités fédérées (qui habilite respectivement les organes de la fédération), soit à l'ordre juridique de la Fédération (qui habilite les entités fédérées et fédérales). Dans les deux cas, il est nécessaire de pouvoir penser l'intégralité des institutions dans un même ensemble. En effet, si la constitution appartient à l'ordre juridique fédéral, alors celui-ci comprend à la fois les différents organes centraux et les entités fédérées. Si la constitution appartient aux ordres juridiques fédérés, alors les organes centraux sont des organes communs propres à chaque ordre juridique les habilitant. Il apparaît donc qu'il est impossible de penser l'autonomie des organes centraux : ceux-ci font soit partie de l'ordre global, soit partie des ordres juridiques fédérés. L'État fédéral ne peut se comprendre comme État que s'il est pensé avec l'ensemble des institutions.

Cette nécessité de penser la Fédération comme un tout est d'ailleurs ressentie par O. Beaud. En effet, il considère bien que la fédération est « *le pôle unitaire de la Fédération* »¹⁵⁴¹. Or, ce pôle unitaire ne peut se comprendre que par rapport à l'ensemble de la Fédération. Il ne peut donc en aucun cas être un État.

Il affirme également que celle-ci est une institution, au même titre que les États membres : « *Chacune des deux instances de la Fédération, la fédération et les États membres, est une « organisation politique », une entité politique* »¹⁵⁴². Néanmoins, seulement deux niveaux de communauté politique sont pensables : les communautés politiques des entités fédérées et la communauté politique globale. Cette dernière est alors nécessairement composée de l'ensemble des personnes et institutions de la Fédération. Il est en effet impossible de poser une communauté politique uniquement sur l'entité fédérale.

¹⁵⁴¹ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 159.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 204.

De ce fait, la mise en avant de la Fédération comme entité réunissant l'entité centrale et les entités fédérées rejoint les développements précédents qui affirmaient la nécessaire unité de l'État central et des autres personnes morales dépositaires de la puissance publique¹⁵⁴³. Elle est également la conséquence de l'unité nécessaire de l'ordre juridique s'appliquant sur un territoire donné. La théorie d'Olivier Beaud a donc ceci d'intéressant qu'elle met en avant le polycentrisme existant au sein des Fédérations en mettant sur le même pied les différents ordres juridiques (fédérés et fédéral). Elle remet donc en cause l'idée d'un ordre politique nécessairement pyramidal et hiérarchisé. Néanmoins, cela ne traduit pas nécessairement une remise en cause de la souveraineté ou de l'unité de l'ordre juridique : il s'agit simplement d'une nouvelle forme de partage des pouvoirs établie par la constitution, dont l'unité est maintenue par le juge constitutionnel qui tranche les conflits de compétence et d'interprétation.

L'évolution des États modernes se traduit ainsi par une multiplication des organes producteurs de droit. Afin de favoriser la démocratie et l'autonomie locale, l'État de droit et une meilleure adaptabilité des institutions aux milieux qu'elles doivent réguler, il a été jugé opportun de rompre le lien hiérarchique entre le gouvernement et certains organes ou institutions. Néanmoins, cette transformation du fonctionnement de l'Administration et la modification de sa structure pyramidale ne doivent pas faire croire à un éclatement de l'État. Ce serait réduire celui-ci à la forme qui s'est développée aux XIXe et XXe siècles. Ce sont toujours des organes habilités qui transfèrent des compétences à d'autres. Du fait de l'habilitation, il faut alors considérer que ces organes font partie de l'ordre juridique qui les a habilités. L'État, qui est l'ensemble de cet ordre juridique, comprend donc l'intégralité des organes créateurs de droit, qu'ils possèdent ou non une personnalité morale.

La souveraineté de l'État n'est donc pas remise en cause par la multiplication des organes producteurs de droit du fait de l'habilitation. Cela concerne à la fois les organes internes et les organes partagés avec d'autres États, de nationalités différentes et éventuellement situés géographiquement sur un territoire autre que l'État. Il a été expliqué que le principe d'habilitation invite à poser le droit international comme du droit interne et

¹⁵⁴³ Il peut toutefois être légitime de se demander s'il est pertinent d'utiliser la théorie d'Olivier Beaud, qui intègre la Confédération d'États afin de décrire le fonctionnement d'une entité posée comme étatique. Or, cela est justifié par le fait qu'il n'existe pas de distinction institutionnelle entre l'État fédéral et la Confédération d'États.

que cela amenait à considérer les organes internationaux comme des organes internes à l'ordre juridique des États.

La multiplication des transferts de compétences n'est donc pas en soi une remise en cause de la souveraineté, que cela soit vis-à-vis d'instances intra ou extra nationales. En effet, l'État doit se penser comme l'ensemble des institutions habilitées par l'ordre juridique. Le problème est alors d'identifier le souverain, c'est-à-dire, pour reprendre un vocabulaire kelsenien, de situer la norme fondamentale. Or, cette question échappe à une approche strictement juridique. Cela s'illustre particulièrement en étudiant la distinction entre Confédération d'États et État fédéral : alors que cette distinction est construite sur la souveraineté, il est impossible de les distinguer juridiquement.

2.2.2.3 La détermination du souverain dans les ensembles polycentrique : une question qui échappe au droit

Cet éclatement possible de l'État tant vers des structures intra nationales qu'extra nationales s'illustre parfaitement en étudiant la distinction entre Confédération d'États et État fédéral. Cette typologie est intéressante puisqu'elle concerne justement, dans le premier cas, des États souverains réunis dans une structure fédérative, et un État souverain dont les entités sont fortement autonomisées dans un second cas. Elle permet ainsi de montrer que la délégation de compétences peut être intra et extra nationale. Or, il apparaît qu'il est impossible de distinguer juridiquement ces deux formes (2.2.2.3.1). En effet, la détermination de l'entité souveraine ne peut se faire sur des critères juridiques (2.2.2.3.2).

2.2.2.3.1 L'impossible distinction juridique entre État fédéral et Confédération d'État

Il est impossible de distinguer juridiquement une Confédération d'États d'un État fédéral. En effet, la différence renvoie essentiellement à la question de la souveraineté (2.2.2.3.1.1). Or, celle-ci n'a aucun impact sur l'agencement institutionnel (2.2.2.3.1.2).

2.2.2.3.1.1 La distinction entre État fédéral et confédération d'État construite sur la seule souveraineté.

Lorsqu'il étudie la Fédération¹⁵⁴⁴, Louis Le Fur distingue l'État fédéral de la Confédération d'États. La seule réelle distinction renvoie à la question de la souveraineté : « *il n'existe entre l'État fédéral et la confédération d'États que des différences, différences nombreuses et importantes, mais qui se résument toutes en une seule, l'existence ou la non existence de la souveraineté dans l'être central* »¹⁵⁴⁵. Les autres différences sont alors explicitement considérées comme des différences secondaires, qui ne sont que la conséquence de cette existence de la souveraineté dans l'être central¹⁵⁴⁶. Or, aucun de ces critères secondaires n'est absolu :

Or, comme chacune des différences secondaires, prises séparément, peut dans certaines circonstances, aller en s'atténuant peu à peu jusqu'à disparaître presque complètement, il en résulte que si l'on s'attache à ces différences secondaires, il est très difficile de distinguer avec certitude l'État fédéral et la confédération d'États¹⁵⁴⁷

Il reprend alors six critères traditionnellement considérés comme marquant la différence entre État fédéral et Confédération d'États, synthétisés par O. Beaud :

1/ la compétence de la Fédération serait énumérée dans une Confédération, alors qu'elle serait non énumérée dans un État fédéral (opposition entre une compétence d'exception et une compétence de droit commun) ; 2/ l'organisation des pouvoirs publics serait incomplète (un seul organe, la Diète) dans une Confédération, tandis qu'elle serait complète (les trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire) dans un État fédéral ; 3/ l'égalité de droit entre les États existerait dans la Confédération et non dans un État fédéral ; 4/ le gouvernement de la Fédération serait superposé (médiat, en fait) – passerait par le filtre des États – dans le cadre de la Confédération et serait immédiat, s'appliquant directement aux ressortissants du pays, dans l'État fédéral ; 5/ l'État fédéral aurait le monopole des relations extérieures, ce que n'aurait pas la Confédération ; et, enfin, 6/ la compétence de la Confédération serait

¹⁵⁴⁴ Louis Le Fur parle d'unions fédératives. Toutefois, Olivier Beaud emploie le terme de Fédération. Ces deux termes seront employés de manière synonyme.

¹⁵⁴⁵ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 717.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 718.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*, pp. 718-719.

limitée aux relations extérieures alors que l'État fédéral pourrait étendre sa compétence à des questions d'ordre interne¹⁵⁴⁸

Toutefois, il montre que chaque critère ne peut ni être considéré comme un absolu, ni comme véritablement une caractéristique propre du régime qu'il est censé justifier (en fait, à chaque fois qu'il évoque un critère de distinction, il rappelle qu'il y a des exceptions). Il en conclut alors que : « *Tout ces différents critères sont donc, on le voit, complètement insuffisants. La plupart repose sur de simples différences de degré, non des différences qualitatives entre la Confédération d'États et l'État fédéral, et tous se trouvent en contradiction avec les résultats mêmes qu'ils prétendent expliquer* »¹⁵⁴⁹.

Il n'existe donc pas chez Louis Le Fur de critère formel permettant d'identifier juridiquement un État fédéral d'une confédération d'États. Certes, il existe des différences, mais celles-ci sont toute la conséquence de la souveraineté.

Cette absence de distinction formelle entre l'État fédéral et la confédération d'États se trouve également chez Olivier Beaud. Il évoque ainsi la multiplicité des critères qui ont servi à catégoriser les unions fédératives, ce qui lui permet d'affirmer « *l'absence de véritable consensus sur l'ensemble des implications juridiques contenues dans cette distinction entre l'État fédéral et la Confédération d'États.* »¹⁵⁵⁰. Il considère alors succinctement quatre critères traditionnellement évoqués pour les différencier : l'acte fondateur est une constitution pour l'État fédéral, un traité pour la confédération d'États ; le fait que les rapports entre l'entité centrale et les entités membres relèvent du droit interne (constitutionnel) ou du droit international ; le fait que les décisions soient prises à la majorité ou à l'unanimité ; la médieté ou l'immédieté du droit de l'entité centrale. Il montre alors que les deux derniers critères souffrent de trop d'exceptions pour pouvoir être considérés comme discriminants. Les deux premiers critères sont la conséquence du critère de souveraineté. Il estime toutefois que le processus de formation des unités fédératives (souvent très complexe) ne permet pas de bien distinguer les deux. De ce fait, pour O. Beaud, « *l'opposition entre État fédéral et Confédération ne permet pas de rendre compte correctement du droit positif* »¹⁵⁵¹ ; aussi rejette-t-il « *cette prétendue distinction architectonique* »¹⁵⁵².

¹⁵⁴⁸ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, n. 1, p. 79. Il semble considérer que cette liste renvoie aux critères que L. Le Fur établit afin de distinguer État fédéral et confédération d'États. Or, Louis Le Fur dénonce chacun des critères de cette liste.

¹⁵⁴⁹ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 727.

¹⁵⁵⁰ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 78-79.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 89.

Le seul critère permettant de distinguer l'État fédéral de la confédération d'États renvoie donc à la question de la souveraineté. De ce fait, il est normal que la non prise en compte de la souveraineté par O. Beaud l'amène à poser l'unité du phénomène fédératif. Néanmoins, le critère de la souveraineté, s'il permet de distinguer conceptuellement État fédéral et confédération d'États, ne permet absolument pas de déterminer juridiquement à quelle catégorie une unité fédérative donnée appartient. Toutes les conséquences entraînées par l'attribution de la souveraineté à l'État fédéral ou aux entités membres ne sont que dénominatives. Ainsi, la principale conséquence est de savoir si l'entité centrale relève du droit interne constitutionnel ou international. Or, il a été montré que le droit international ne se distingue du droit interne autrement que par son mode d'élaboration¹⁵⁵³. Néanmoins, il se trouve qu'ici le mode de formation informe uniquement sur le statut des entités au moment de la constitution de la Fédération. Il n'existe aucun moyen de déterminer si tel texte est un traité ou une constitution, sans préalablement avoir décidé si les entités qu'il régit sont ou non souveraines : le fait de considérer les organes centraux comme constitutionnels ou comme internationaux dépend de la manière dont on considère la question de la souveraineté des États membres.

Cette indétermination intrinsèque du statut de l'entité membre est renforcée par plusieurs éléments, notamment l'indifférence du nombre de compétences déléguées et l'impossible prise en compte de la lettre du droit positif.

2.2.2.3.1.2 L'impossible distinction entre État fédéral et confédération d'État sur des critères juridiques

L'impossibilité de prendre en compte le degré de délégation de compétences est la conséquence logique du principe d'habilitation chez Kelsen et de la distinction entre possession et exercice de la souveraineté. Comme il a été expliqué, tout organe ou personne se voyant attribuer par un État des compétences normatives fait *ipso facto* partie de l'État (entendu au sens large).

Le fait que la souveraineté ne se présume pas des compétences exercées implique qu'il est impossible de déduire de la répartition des compétences le détenteur de la souveraineté. C'est ce que reconnaît Louis Le Fur lorsqu'il explique que les compétences attribuées aux

¹⁵⁵³ Cf., *supra*.

différents organes de l'État ne permettent absolument pas de déterminer le statut de la Fédération :

De même que dans la confédération d'États les droits exercés en commun par les divers États peuvent être aussi étendus que l'on veut, sous la seule condition que les États confédérés conservent leur souveraineté, de même dans l'État fédéral, où la situation respective qu'occupent dans la confédération d'États le pouvoir central et les États particuliers se trouvent renversée, les droits des membres peuvent être extrêmement étendus, et une seule chose est nécessaire, c'est que la souveraineté appartienne à l'État fédéral.¹⁵⁵⁴

L'architecture institutionnelle ne permet donc absolument pas de déterminer si les organes centraux doivent être considérés comme des organes communs aux États membres ou si les entités membres doivent être considérées comme des organes de l'État.

Louis Le Fur précise également que les termes employés par le droit positif sont impropres à déterminer le statut de la Fédération. Prenant l'exemple des États fédéraux, il explique qu'il est impossible de considérer les entités membres comme des États sous prétexte qu'ils sont ainsi dénommés par le droit positif. Il considère en effet que non seulement les rédacteurs de la loi peuvent commettre des erreurs (lorsque par exemple les concepts sont encore mal définis par la doctrine), mais également que ces erreurs peuvent être faites sciemment dans un but politique :

mais il est des cas où ils [les rédacteurs des lois] le font sciemment [des erreurs], parce qu'ils y sont forcés par les circonstances. Nul législateur en effet ne s'exposera à froisser volontairement les idées chères à une grande partie de la nation, dans l'unique but d'éviter une inexactitude de langage. Et tel est précisément le cas ici. Dans les États fédéraux, le pouvoir central est obligé de ménager le patriotisme local de ses membres, et il évite avec beaucoup de raison d'infliger à leur amour-propre des blessures inutiles. C'est pour cela que la dénomination d'État pourra être conservée longtemps encore dans les constitutions fédérales alors même que les auteurs seraient unanimes à affirmer que les prétendus États particuliers ne possèdent pas réellement le caractère d'État.¹⁵⁵⁵

Il affirme alors que « *Tout cela prouve qu'il est impossible d'attacher une importance décisive aux termes qu'emploient les diverses constitutions fédérales* »¹⁵⁵⁶.

Cette incapacité des textes à informer sur le statut de la Fédération s'observe particulièrement vis-à-vis de la question du droit de sécession. Elle est la conséquence première de la souveraineté des entités membres et leur appartient donc en propre. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux estiment ainsi que « *Les États fédérés ne conservent leur souveraineté que dans l'hypothèse, en fait et en droit peu réaliste, où ils peuvent quitter la*

¹⁵⁵⁴ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 597.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, pp. 401-402. Il donne en exemple (tiré de Borel) la proposition de retrait du qualificatif « souverains » pour les cantons suisses (parce qu'inexact) lors de la révision fédérale de 1872, qui fut rejetée pour éviter un débat doctrinal « *qui aurait fourni des armes aux adversaires de la révision* » (*ibid.*, p. 402, n. 1).

¹⁵⁵⁶ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 401.

fédération »¹⁵⁵⁷. Toutefois, Le Fur précise que non seulement ce droit n'a pas nécessairement besoin d'être explicite, mais qu'il demeure alors même que les États y auraient renoncé par une clause explicite¹⁵⁵⁸. En effet, une des conséquences de la souveraineté est le droit de modifier unilatéralement toute norme, indépendamment de son contenu.

Si ni l'architecture institutionnelle ni les termes employés par les textes ne permettent de déterminer si une unité fédérative est un État fédéral ou une confédération d'États, il faut admettre qu'une approche strictement juridique est incapable de déterminer le statut d'une Fédération. Il a été dit qu'Olivier Beaud admet la difficulté de déterminer le moment qui distingue une Fédération (assimilée à la Confédération d'États) d'un État fédéral consolidé. Cela semble d'ailleurs admis par Le Fur : « *La séparation entre ces deux notions [État fédéral et confédération d'États], très nettes au point de vue juridique, l'est en effet beaucoup moins au point de vue historique, où la transition entre ces deux formes s'effectue parfois d'une manière lente et presque insensible.* »¹⁵⁵⁹. Elle se traduit concrètement par la multiplication des formes intermédiaires et par la difficulté de catégoriser certaines formes d'organisation politique. En effet, puisque les possibilités d'aménagements institutionnels au sein d'un État ne sont pas limitées de même que la création d'organes communs au sein des Confédération, toute classification construite sur des aménagements institutionnels peut se voir remise en cause dès qu'un État ou un groupe d'États adopte un mode d'organisation différent, ce qui est tout à fait possible du fait de leur souveraineté. Cette difficulté s'illustre notamment par la difficulté de Bodin à catégoriser la Confédération helvétique¹⁵⁶⁰. Elle s'illustre surtout aujourd'hui par la difficulté de penser l'Union européenne¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁷ MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 205.

¹⁵⁵⁸ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 537.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 478.

¹⁵⁶⁰ Pour un aperçu des arguments de Bodin et de son débat avec Smiler, Cf. BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 48-58.

¹⁵⁶¹ Une part conséquente de la doctrine refuse en effet de considérer l'Union européenne comme une confédération d'États. Deux types d'arguments sont généralement avancés : l'immédiateté du droit communautaire et sa supériorité vis-à-vis des droits nationaux ; le fait que les confédérations sont traditionnellement des unions militaire et diplomatique alors que l'Union européenne est avant tout une union économique (à cela peuvent s'ajouter d'autres critères, tels que la prise de décision à la majorité ou la citoyenneté européenne). Or, à partir du moment où il est admis que les critères formels et institutionnels n'ont pas d'importance, et que seul compte le critère de la souveraineté, il n'y a aucun obstacle à considérer l'Union européenne comme un État fédéral ou une confédération d'États. Dans le cadre de cette thèse, il sera postulé que les États membres sont toujours souverains et que donc l'Union européenne est une Confédération d'États. Le fait que jusqu'à présent les organes communs des confédérations d'États aient été avant tout à visée diplomatique et militaire n'est pas un argument.

Il apparaît donc que la question de la forme de l'État est hautement problématique. La difficulté de distinguer précisément entre État Fédéral et État unitaire décentralisé a déjà été montrée : une part importante de la doctrine juridique considère qu'il n'existe qu'une différence de degré entre l'État unitaire décentralisé et l'État fédéral. Le seul critère éventuellement pertinent devient alors la participation de l'entité considérée à la formation de la volonté centrale : « *la caractéristique juridique de l'État fédéral consiste précisément dans l'existence, comme organes de l'État, d'un élément intermédiaire entre l'État central et l'ensemble de la nation* »¹⁵⁶². Or, il est impossible d'établir une distinction sur critère institutionnel entre État fédéral et Confédération d'États. La participation de l'entité fédérée à la formation de la volonté commune ne semble toutefois pas être un élément clef permettant de déterminer sa souveraineté (qu'elle y participe ou pas, la volonté de l'organe sera la sienne). Il n'y a aucune raison que cette participation à la détermination de la volonté fédérale ait un impact particulier sur la souveraineté de l'entité en question. Puisqu'un État peut habiliter des organes qu'il partage avec d'autres États, Il faut alors admettre qu'il est difficile de distinguer institutionnellement une entité décentralisée d'un État souverain et qu'il est possible d'envisager une Confédération d'États qui aurait la forme d'un État unitaire décentralisé.

En effet, la souveraineté peut être nue. Il est donc possible d'en déléguer totalement l'exercice. Or, les institutions sont précisément ces modalités d'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire la procédure de création de la volonté du souverain à travers les organes habilités. Elles sont donc muettes sur le titulaire de la souveraineté. Le droit positif peut certes être un indice sur le titulaire de la souveraineté, mais il ne reste qu'un indice. Un exemple permettant d'illustrer cette difficulté à penser juridiquement la forme d'un État est le droit de sécession. Il a été dit que celui-ci est parfois admis comme critère permettant d'identifier si une entité est ou non souveraine (tout en rappelant qu'il peut être tacite) : en effet, si une entité peut quitter un ensemble, il faut admettre que l'application des règles de l'ensemble s'applique du fait de sa volonté. Le Royaume-Uni est souvent considéré comme un État régional (du fait de l'absence de participation des entités étatique à la détermination de la volonté centrale). Le 18 septembre 2014, un référendum s'est déroulé en Écosse afin de déterminer si l'Écosse devait quitter le Royaume-Uni. Il serait donc possible de considérer que les Écossais disposaient du droit de sécession (car il est également possible de ne le considérer que comme une consultation sans valeur autorisée par le gouvernement britannique). Il faudrait alors en

¹⁵⁶² LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], pp. 460-461.

conclure que l'Écosse est un État souverain, volontairement associé au Royaume-Uni. Le même raisonnement est possible pour le Québec et le Canada. Le Canada et le Royaume-Uni seraient alors des Confédérations.

Il apparaît donc que la qualification d'une Fédération comme État fédéral ou comme Confédération d'États dépend uniquement de la manière dont est considérée l'entité fédérée. Il existe alors deux possibilités. Si l'entité fédérée n'est pas considérée comme souveraine, alors elle n'est qu'une subdivision de l'État fédéral, État fédéral qui englobe l'ensemble des institutions (de la commune aux organes fédéraux), habilités directement ou indirectement par la constitution fédérale. Si les entités fédérées sont considérées comme souveraines, alors les institutions fédérales sont des institutions communes habilitées par chacun des États confédérés. Dans le premier cas il s'agit d'un État fédéral, dans le second cas d'une confédération d'États.

L'impossibilité de distinguer entre un État fédéral et une Confédération d'États en dehors du critère de souveraineté implique bien que celle-ci n'a pas d'impact sur l'organisation institutionnelle de la Fédération. Cela signifie qu'il est impossible de déterminer institutionnellement si l'entité fédérale habilite les entités fédérées ou si ce sont les États fédérés qui habilitent l'entité fédérale. Le cas des Fédérations place ainsi le chercheur dans une position similaire à celle décrite par Kelsen entre les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique international¹⁵⁶³ : les deux approches sont juridiquement équivalentes. Toutefois, alors qu'il était impossible de parler d'un ordre juridique international du fait de la multiplicité des interprètes authentiques dans la société internationale, cela est possible pour l'ordre juridique d'une structure fédérative, puisqu'il existe une unité, du fait de l'existence d'organes communs d'interprétation. Les deux constructions, État fédéral ou Confédération d'États, sont alors équivalentes¹⁵⁶⁴.

Cette absence de critères juridiques permettant de distinguer une confédération d'États d'un État fédéral interroge alors sur la distinction entre État unitaire et État fédéral. La seule différence consiste en la participation de l'entité décentralisée comme organe de formulation

¹⁵⁶³ Cf. *supra*.

¹⁵⁶⁴ Il n'est cependant pas question de poser un seul État fédéré comme souverain qui habiliterait l'ordre fédéral qui habiliterait tous les autres États par ricochet, mais bien de poser les organes centraux comme organes communs d'ordres juridiques distincts et souverains).

de la volonté étatique, le volume des compétences partagées n'a en effet pas d'importance puisque l'État comprend ces organes. De ce fait, il est alors possible de s'interroger sur la distinction possible entre un État décentralisé et une confédération d'États.

Une approche strictement juridique est ainsi incapable de rendre compte du statut d'une Fédération. En effet, une telle approche renseigne sur l'exercice de la souveraineté, non sur son titulaire. Il faut donc en conclure que cette question, qui permet d'identifier l'État, renvoie à des critères non juridiques.

2.2.2.3.2 La détermination de l'État et du souverain dépendantes de critères non juridiques

Les critères juridiques apparaissent donc insuffisants pour déterminer si un ensemble polycentrique est un État unitaire ou une confédération d'États. Il faut donc supposer la nécessité de faire intervenir d'autres critères. Il apparaîtra alors que la souveraineté (et donc le statut d'État) est dépendante de critères sociologiques et psychologiques renvoyant aux représentations mentales des individus composant le groupe. Il ne s'agira pas tant ici de déterminer quels sont précisément ces critères que de justifier l'existence de ceux-ci.

Afin de montrer la nécessité de ces critères, il faut considérer avec attention la théorie d'Olivier Beaud. Le regard qu'il porte sur la fédération, en laissant de côté la question de la souveraineté, permet en effet de mettre en relief l'importance des représentations sociales dans la structure de l'État.

En effet, la Fédération se caractérise principalement comme la réalisation d'un projet politique, d'un *telos* (2.2.2.3.2.1). Or, ce projet politique est précisément déterminé par la question de la souveraineté (2.2.2.3.2.2). De ce fait, il apparaît que la détermination du souverain est dépendante des représentations collectives (2.2.2.3.2.3), ce qui explique que la catégorisation scientifique soit un enjeu politique (2.2.2.3.2.4).

2.2.2.3.2.1 La Fédération définie par son *telos*

Cette incapacité d'une approche strictement juridique pour déterminer la forme d'un État est aperçue par O. Beaud. Il s'accorde alors avec Carl Friedrich sur la nécessité de dépasser une approche strictement juridique pour une approche plus sociologique et fonctionnaliste du phénomène fédératif :

À l'inverse des juristes qui étudient la structure institutionnelle et la souveraineté, il [Carl Friedrich] préfère « analyser la fonction d'une relation sociale ». En vertu de ce présupposé fonctionnaliste, il définit le fédéralisme comme un processus politique, et propose une « étude réaliste de la nature politique (des) structures fédérales », c'est-à-dire une étude de science politique. Celle-ci est censée enregistrer la dynamique du pouvoir, à la différence de l'analyse juridique censée être engluée dans une description purement statique du pouvoir. C'est pourquoi il s'intéresse au ressort du gouvernement fédéral et pas seulement aux règles juridiques. Il souligne, à juste titre, l'importance des facteurs psychologiques et des mœurs dans sa construction. Ainsi met-il l'accent sur *l'esprit fédéral* qui doit être, en tant que disposition d'esprit, le ciment de l'union fédérative.¹⁵⁶⁵

La prise en compte de cette dimension psychologique et sociale dans la catégorisation de la Fédération fait qu'Olivier Beaud insiste sur l'insuffisance d'une définition formelle de la fédération pour lui préférer une approche finaliste¹⁵⁶⁶. La Fédération se définirait avant tout par son projet politique, son *telos*. Il précise alors que ce *telos* est double et contradictoire. La Fédération se caractériserait en effet par une « *fin particulariste* » à tendance centrifuge et une « *fin commune* » à tendance centripète. La fin particulariste consiste à « *conserver à l'unité membre son identité, sa particularité* ». La fin commune consiste en « *l'aspiration à s'agrandir, à devenir membre d'un ensemble plus grand que soi* »¹⁵⁶⁷. Le critère du fédéralisme se trouve donc principalement dans le projet politique existant au sein de la communauté politique. Afin de renforcer cette idée, il rappelle également que le fédéralisme est souvent présenté comme une technique constitutionnelle de séparation des pouvoirs. Il aurait été « *un moyen de limiter le pouvoir du gouvernement des États-Unis* »¹⁵⁶⁸. En ce sens, le fédéralisme constituerait une forme de séparation des pouvoirs, qui se caractériserait, parallèlement à une séparation horizontale¹⁵⁶⁹. Il dénonce cependant cette idée, en considérant qu'elle réduit « *la portée de la Fédération et méconnaît sa nature* »¹⁵⁷⁰. Il explique alors que d'une part la séparation verticale des pouvoirs « *n'est pas destinée, à l'origine, à limiter le pouvoir de l'une ou de l'autre instance. Elle est le résultat inévitable de l'union de ces États*

¹⁵⁶⁵ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 101.

¹⁵⁶⁶ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 274.

¹⁵⁶⁷ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 279.

¹⁵⁶⁸ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 96.

¹⁵⁶⁹ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 97.

¹⁵⁷⁰ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 97.

*dans une nouvelle entité, et ce n'est qu'indirectement qu'elle peut éventuellement contribuer à préserver les droits individuels »*¹⁵⁷¹.

La dimension juridique de la fédération est donc secondaire : l'organisation institutionnelle et juridique de la fédération n'a que peu d'importance, elle ne sert qu'à mettre en forme ce projet politique. C'est ce qui explique l'impossibilité de définir formellement la Fédération : de multiples modes d'organisation politique peuvent traduire ce projet. Cela explique également la difficulté à déterminer une différence juridique entre l'État fédéral et l'État décentralisé (et donc la réduction du premier au second chez de si nombreux juristes). La dimension institutionnelle n'a de sens que comme mise en forme d'un projet politique. Un État unitaire peut ainsi parfaitement avoir une forme institutionnelle très décentralisée, il n'en reste pas moins un État unitaire à partir du moment où n'existe pas ce *telos* propre. Ainsi, la séparation verticale des pouvoirs ne serait pas une spécificité de la Fédération puisqu'il est possible de parler de séparation verticale des pouvoirs dans le cadre des États unitaires qui connaissent une différenciation entre État et collectivités territoriales (il prend alors l'exemple de la décentralisation en France où la Constitution de 1958 affirme le principe de libre administration des collectivités locales¹⁵⁷²).

Cette mise au second plan de la dimension institutionnelle est visible lorsqu'il présente son objet d'étude, d'où sont exclues les formes institutionnelles fédérales lorsque le *telos* propre de la fédération a disparu :

Pour essayer d'être plus concret, on tend à étudier le « moment fédératif » c'est-à-dire toutes les formes fédératives jusqu'à ce qu'elles ne soient pas encore phagocytées par l'État, avant donc qu'elles ne soient transformées en ce qu'on appelle un État fédéral « consolidé », c'est-à-dire tellement centralisé que la forme de la Fédération serait devenue une forme morte, par analogie avec ce que Savigny appelle la lettre morte d'un texte, quand l'esprit a déserté une institution juridique et qu'elle ne survit plus que par pure inertie.¹⁵⁷³

Il y a toutefois ici une importance trop grande attachée à la dimension institutionnelle. Ce qui compte n'est pas tant le degré de centralisation (entendu comme les compétences des entités centrales ou la part qu'elles occupent dans la production juridique), mais bien la disparition du *telos*. Le degré de centralisation n'apparaît alors que comme un indice de cette disparition.

¹⁵⁷¹ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 97.

¹⁵⁷² BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 97. Cette idée que la France reste un État unitaire malgré la multiplication des collectivités à statut spécial et l'augmentation de l'autonomie de certaines d'entre elles (la Nouvelle-Calédonie par exemple) est présente chez F. Lemaire.

¹⁵⁷³ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 96-97. Il a déjà été précisé qu'il excluait de la Fédération les États fédéraux consolidés (Allemagne ; États-Unis) assimilés à des États unitaires.

Il apparaît donc bien qu'une étude strictement institutionnelle est inapte à rendre compte de l'existence d'une Fédération. Cela s'explique par « *la profonde ambivalence du fédéralisme qui est à la fois une technique juridique et une idée politique* »¹⁵⁷⁴.

Cela confirme l'idée que la Fédération n'est pas une forme institutionnelle et juridique mais bien un projet politique, c'est-à-dire *in fine* dépendant de la manière dont les individus du groupe pensent leur appartenance et leur identité. Or, cette manière de se penser de la collectivité renvoie à la souveraineté.

2.2.2.3.2.2 La souveraineté comme condition du *telos* de la Fédération

La caractéristique de la Fédération chez Olivier Beaud consiste donc en un *telos* double et contradictoire : la conciliation entre une fin particulariste et une fin commune. La caractéristique institutionnelle de la Fédération (la participation des entités fédérées à la création de la volonté commune) découle alors de ce *telos*, elle en est la mise en forme. Or, ce *telos* n'a justement de sens que dans l'arrangement entre plusieurs communautés politiques distinctes, ce qui permet donc non seulement de réintroduire la souveraineté dans cette théorie mais conforte également le rapprochement effectué entre la Fédération chez Olivier Beaud et la Confédération d'États déjà évoqué.

Ce double *telos*, l'articulation entre une fin particulariste centrifuge et une fin commune centripète, implique l'existence de communautés politiques distinctes les unes des autres. Ce n'est qu'à cette condition que celles-ci peuvent chercher à *conserver leur identité et leur particularité* et être pensées comme des groupes choisissant librement de s'associer avec d'autres groupes. La dimension volontaire de l'association est d'ailleurs longuement développée par O. Beaud¹⁵⁷⁵. Néanmoins, si cette dimension volontaire de l'association doit perdurer au-delà de la simple fondation de la Fédération, cela implique que l'identité première des individus concerne le groupe fédéré. Ce n'est qu'en tant que membre de ce groupe que le *telos* a un sens non seulement dans sa dimension particulariste, mais également dans sa dimension commune. L'idée d'une association libre de groupes présuppose en effet non seulement l'existence de ces groupes mais également l'idée que l'adhésion repose sur la

¹⁵⁷⁴ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 102.

¹⁵⁷⁵ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 116-129.

volonté de chacun des groupes fédérés. Si le fait d'appartenir à la Fédération est dépendant de la volonté du groupe alors cela implique que c'est le groupe qui habilite les organes fédéraux et donc que l'on se situe bien dans le cadre d'une Confédération d'États, détachée des critères établis par la doctrine, où les États membres sont donc souverains.

Cette dimension confédérative de la Fédération chez Olivier Beaud, conséquence de son *telos*, se retrouve également lorsqu'il considère que le problème fondamental posé par l'idée de Fédération « *n'est donc pas celui de la limitation du pouvoir, ni celui de l'organisation démocratique, mais bien plutôt celui de l'union ou de l'association de pouvoirs distincts.* »¹⁵⁷⁶. Le fait de parler de pouvoirs distincts, peut alors renvoyer à la souveraineté des États membres. En effet, il faut rappeler qu'une des critiques qu'adresse Olivier Beaud à Raymond Carré de Malberg concerne justement l'impossibilité de distinguer entre une puissance de l'État propre et la souveraineté¹⁵⁷⁷. Il est alors possible de considérer que la Fédération consiste en l'association de pouvoirs distincts qui doivent, du fait de la fin particulariste, rester propres. Les organes fédéraux, qui sont justement ce pouvoir commun, doivent alors être pensés comme les organes communs des entités fédérées, leur permettant de réaliser une part de leur volonté. Cette identification des organes de la fédération à des organes communs aux États membres, exprimant ainsi leur volonté, transparait dans son œuvre. Il affirme ainsi que « *la Fédération est une sorte de prolongement des États qui l'ont fondée* »¹⁵⁷⁸. Il affirme également que les institutions fédérales représentent les États membres : « *de même que l'on peut dire que les organisations internationales représentent les États qui la constituent, il est possible de soutenir que la fédération représente les États membres* »¹⁵⁷⁹. Or, il ne prend pas en compte l'intégralité de ce qu'implique la notion de représentation. En effet, la représentation crée une identité entre le représentant et le représenté puisque dans le cadre de cette représentation, la volonté du représentant est celle du représenté. Dans ce cadre de la représentation (qui est le fait d'une habilitation), les institutions fédérales (mais de même que les organisations internationales) agissent bien comme organes des États fédérés exprimant sa volonté.

¹⁵⁷⁶ BEAUD O., « Fédéralisme et souveraineté », *Revue du Droit Public*, n°1, 1998, p. 98.

¹⁵⁷⁷ Cf. *supra*.

¹⁵⁷⁸ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 191.

¹⁵⁷⁹ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 165.

Cette mise en avant des pouvoirs distincts et de l'idée de représentation traduisent bien la dimension proprement confédérative de la Fédération chez Olivier Beaud, ainsi que la fin commune, qui présuppose une distinction entre des unités de base distinctes qui disposent de certains organes et institutions communs (afin de réaliser cette fin commune).

Le *telos* qu'Olivier Beaud pose amène ainsi logiquement à considérer que sa Fédération est bien une Confédération d'États. Le degré d'institutionnalisation des organes confédéraux ainsi que la répartition des compétences n'a ainsi aucune importance : ce qui compte c'est que la Fédération soit bien pensée comme l'association volontaire de communautés distinctes. Cela signifie que ce *telos* implique la souveraineté des États membres. Or, puisque ce *telos* implique la souveraineté des États membres, alors il doit être possible d'y trouver un ou plusieurs critères permettant de déterminer la souveraineté : celle-ci dépend de représentations sociales.

2.2.2.3.2.3 La détermination du souverain par la fin particulariste : le fruit de représentations collectives

La Fédération d'Olivier Beaud consiste donc en la mise en forme d'un projet politique : l'union libre de différents États¹⁵⁸⁰. Il a été montré que la Fédération chez Olivier Beaud correspond à la Confédération d'États, détachée de tout critère institutionnel. Or, il a aussi été rappelé qu'il n'y a pas de réelle distinction institutionnelle entre un État fédéral et une Confédération d'États. Le seul critère est celui de la souveraineté.

Néanmoins, Olivier Beaud introduit un nouveau critère, non juridique, qui est le *telos* de la fédération. À organisation institutionnelle identique, c'est l'existence ou non de ce *telos* qui permet de distinguer une Confédération d'États d'un État fédéral, c'est-à-dire de savoir si les entités sont ou non souveraines. Puisque c'est son *telos* qui est le propre d'une Fédération et que la seule différence juridique entre cette Fédération et un État est la souveraineté, cela signifie que le *telos* de la Fédération implique la souveraineté des États membres.

Or, il apparaît que ce *telos* implique que les individus membres de ces entités se pensent comme membres de groupes souverains. Ainsi, ce qui chez Olivier Beaud permet de

¹⁵⁸⁰ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 105-108.

distinguer un État unitaire d'une Fédération est tout simplement le fait que les individus au sein d'une Confédération se pensent comme appartenant à des groupes distincts réunis tandis que les membres d'un État unitaire (comprenant l'État fédéral consolidé) se pensent comme membres d'un même groupe.

En effet, le *telos* de la Fédération est partagé entre une fin particulariste et une fin commune. Or, c'est dans la fin particulariste qu'il faut voir la cause de la souveraineté des États membres. Cette fin particulariste renvoie à l'existence d'une communauté et au désir de cette communauté de persévérer dans son être. C'est ici que se trouve la réponse à la question de la souveraineté de l'entité membre : dans un système polycentrique, sont souverains ceux qui sont considérés comme tel. Lorsqu'il est admis par les individus qui composent le groupe que tel groupe est un groupe particulier qui appartient volontairement à l'ensemble, alors il est souverain. Cette réponse peut apparaître peu satisfaisante et en amène immédiatement d'autres qui débordent du cadre de cette thèse (notamment sur la question des seuils, de l'articulation des désaccords, entre individus du même groupe, entre individus des différents groupes, etc.). C'est néanmoins la seule acceptable. Le fait de considérer le souverain comme dépendant des représentations collectives est *in fine* assez proche des théories classiques de la souveraineté. Est souverain celui à qui va l'allégeance des individus, celui qui est habilité par le Contrat Social. Le fait qu'une Confédération d'États puisse devenir un État fédéral sans modification majeure de son organisation institutionnelle, c'est-à-dire que les États membres puissent perdre incidemment leur souveraineté, invite à considérer qu'il s'agit bien d'une question de représentation collective et non de droit. Il s'agit d'un changement de destinataire de l'allégeance, d'une modification du Contrat Social.

Le *telos* de la Fédération, comme projet politique, renvoie bien aux représentations collectives des individus. Or, c'est ce qui détermine la souveraineté des États membres.

Il faut donc en conclure que, indépendamment de toute organisation institutionnelle, ce qui fait qu'un groupe peut être considéré comme souverain est le fait que les individus qui le composent se pensent comme tel. La consolidation de la Fédération sur laquelle s'interroge Olivier Beaud à la fin de son ouvrage est ainsi tout simplement liée à la disparition du sentiment particulariste d'identité commune chez un nombre croissant

d'individus, disparition qui entraîne la fin du *telos* de la Fédération (qui n'a plus de raison d'être).

Car il faut admettre que si le critère de la Confédération est son *telos*, celle-ci est bien fragile du fait de sa nature contradictoire. La fin commune implique de construire une identité commune, et O. Beaud insiste notamment sur les symboles de la fédération (nom, drapeau, création d'un monopole de représentation sur certains domaines, etc.¹⁵⁸¹), distincts de ceux des États membres. La fin particulariste implique de maintenir vivante une identité particulière. Lorsqu'une des deux dynamiques identitaires l'emporte sur l'autre, alors la Confédération d'États disparaît. Si la fin particulariste et l'identité particulière deviennent minimales, la Confédération d'États se mue en État fédéral. Si la fin commune disparaît, elle peut éclater en une multitude d'États sans organes communs¹⁵⁸².

Le fait que la distinction entre une Confédération d'États et un État fédéral soit plus dépendante de représentations collectives que d'arrangements institutionnels explique alors les débats sur la classification d'entités politiques : les catégorisations scientifiques deviennent un enjeu politique.

2.2.2.3.2.4 L'impact des conceptions scientifiques sur les représentations collectives et sur l'organisation du pouvoir

Au sein d'une structure fédérative, la localisation de la souveraineté et la source du pouvoir légitime renvoie donc aux représentations collectives des individus et à la manière dont ils se perçoivent. De ce fait, la qualification scientifique des entités a un impact (dont l'importance relative reste à déterminer) sur la manière dont se pensent et évoluent ses représentations : le fait de qualifier un ensemble humain de nation ou une collectivité d'État n'est pas socialement neutre et influe donc sur la manière dont s'exerce le pouvoir. *A contrario*, l'importance des représentations sociales a un impact sur la manière dont s'organise le débat scientifique. Les notions de souveraineté partagée et d'État fédéral comme État composé d'États s'inscrivent dans ce cadre :

¹⁵⁸¹ BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, pp. 160-173.

¹⁵⁸² Il n'y a donc pas équivalence entre les deux processus : la mutation de la Confédération en État fédéral peut se faire sans modification majeure du système institutionnel, ce qui n'est pas le cas de l'éclatement en plusieurs États indépendants.

Les auteurs qui veulent enlever à l'État la notion de souveraineté se sont laissés entraîner dans cette voie par le désir de conserver le caractère d'État à des collectivités auxquelles on ne pouvait attribuer la souveraineté sans se mettre en contradiction avec les faits, et auxquelles cependant une terminologie généralement reçue, basée presque partout sur d'anciennes traditions historiques, continuait à reconnaître le titre d'État. La question se pose presque uniquement à l'occasion des États vassaux et des membres des États fédéraux ; c'est pour ces derniers surtout qu'ont été créées toutes les théories nouvelles sur la notion essentielle de l'État.¹⁵⁸³

Il est cependant regrettable que Louis Le Fur n'ait pas perçu l'importance de ces dénominations sur la réalité de la pratique du pouvoir, ce qui explique son étonnement déjà mentionné devant les difficultés à adopter la position la plus logique¹⁵⁸⁴. En effet, il a déjà été dit que, contrairement à ce qu'il affirme, les garanties constitutionnelles dont disposent les entités fédérées sont assez fragiles (comme le montre l'exemple américain). L'interprétation de la répartition des compétences est dépendante des termes employés et du sens qui leur est accordé.

Cette dimension politique de la catégorisation juridique est perçue par F. Lemaire. Il s'intéresse particulièrement au cas où des parcelles de souveraineté sont reconnues à des « collectivités membres », c'est-à-dire aux fédérations. Il affirme alors la dimension subjective de ces dénominations au sein d'un ensemble donné :

Par suite, plutôt que de conclure trop légèrement à la simple affaire de mots, il est plus juste de dire que ce que l'on caractérise par souveraineté partagée ne peut s'entendre que du regard de l'État concerné et non d'une perception extérieure ; en tout cas pas celle propre à l'État unitaire. Autrement dit, la notion de souveraineté partagée tout autant que la qualité d'État reconnue à une collectivité membre d'un État fédéral s'inscrivent dans la plus totale subjectivité normative des États.¹⁵⁸⁵

Il précise alors que ces distinctions ont pour principale fonction de s'opposer à la centralisation : « dans tous les cas, il ne s'agit que de s'opposer au principe d'un gouvernement qui serait entièrement centralisé, jamais de remettre en cause la dimension strictement interne de cette approche qui s'agence somme toute dans une « *distinction entre le national et le local* »¹⁵⁸⁶. Il s'agit donc principalement d'affirmer l'autonomie normative des entités fédérées. Il y a donc bien une dimension performative du discours, qui tend autant à rendre compte d'une situation qu'à produire et justifier des effets politiques. Il rappelle ainsi la dimension proprement interne de la qualité étatique des entités fédérées. Ces dénominations

¹⁵⁸³ LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2000 [1896], p. 396.

¹⁵⁸⁴ Cf. *supra*.

¹⁵⁸⁵ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, pp. 831-832.

¹⁵⁸⁶ LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, p. 832.

ont donc bien pour effet de renforcer la dimension particulariste au sein des structures fédératives.

Les réflexions doctrinales en Droit international traduisent bien l'inversion du rapport entre État et souveraineté. Des organes habilités par l'ordre juridique étatique et participant à l'élaboration du droit sont pensés comme extérieurs à lui et donc comme limitant sa souveraineté. L'État apparaît donc bien comme prédéfini. Or, cette conception est en contradiction avec la conception kelsénienne de l'habilitation et de l'État comme ordre juridique. Les réflexions abordées à partir de la confédération d'États semblent confirmer l'approche moniste développée par le droit international.

2.2.3 La privatisation de secteur d'activité : une recomposition du mode de gouvernement qui ne remet pas en cause la souveraineté de l'État

Un phénomène qui est considéré comme remettant en cause la souveraineté de l'État est la privatisation de secteurs d'activité. Cette conception est contraire à la logique de l'État, qui est une logique d'habilitation. Il apparaîtra en effet qu'il est tout à fait possible de considérer que des personnes privées font partie de l'État.

2.2.3.1 L'évaluation de la place de l'État : une approche quantitative qui traduit l'absence de discernement

L'approche du pouvoir en termes de cause de comportement est problématique pour déterminer qui, dans un système interactionnel, dispose du pouvoir. En effet, à partir du moment où il existe de multiples sources d'autorité coexistant et interagissant, déterminer qui

dispose du pouvoir sur qui est délicat, puisque tout acteur agit nécessairement en fonction des autres. De plus le comportement d'un acteur peut être influencé par plusieurs autorités.

Après avoir considéré la manière dont certains auteurs considéraient que la souveraineté des États était sous le pouvoir d'acteurs non étatiques, il faut maintenant montrer que certains auteurs mettent en avant le retrait à proprement parler de l'État. Il ne s'agit plus de considérer que les États sont soumis à d'autres autorités, mais bien que leur pouvoir est concurrencé par d'autres autorités.

Nombre d'études sur la mondialisation occultent ainsi la spécificité du pouvoir d'injonction de l'État pour ne considérer que les rapports de pouvoir au sens large. La question n'est alors plus seulement de savoir si l'État est influencé, mais de mettre en avant le fait que d'autres acteurs participent au processus de normalisation des individus. Cette approche leur permet alors d'affirmer que la sphère d'autorité de l'État diminue au profit de nouveaux acteurs. Or, cette approche traduit bien une négation de la spécificité injonctive de l'État qui n'est alors pas prise en compte.

La mondialisation traduirait donc, selon certains auteurs, une perte du pouvoir de l'État au profit de nouvelles sources d'autorité. Cependant, l'évaluation de cette perte ne peut se concevoir qu'en termes d'une analyse purement quantitative de l'action de l'État : chaque domaine d'intervention de l'État est alors examiné avec attention afin de précisément déterminer l'ampleur de sa perte d'autorité. Susan Strange en déduit un retrait général de l'État de ses activités : « *On en retire l'impression générale que la sphère de l'autorité étatique rétrécit dans la société et dans l'économie ; et/ou que ce qui constituait naguère des sphères d'autorités exclusives de l'État est désormais partagé avec d'autres sites ou sources d'autorité* »¹⁵⁸⁷.

Il y a donc chez Susan Strange une réduction de l'autorité de l'État aux activités qui sont directement gérées par l'État. Cela est particulièrement visible lorsqu'elle considère comme sa première hypothèse le recul des politiques interventionnistes des États. Ceux-ci se seraient « *collectivement retirés de leur participation de naguère dans la propriété et le contrôle de l'industrie, des services et du commerce* »¹⁵⁸⁸. De ce fait, « *Sur l'échelle de gradation de la prise de décision étatique / non étatique concernant ce qui est produit,*

¹⁵⁸⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 151.

¹⁵⁸⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, *op. cit.*, p. 105. Il faut se rappeler que pour elle ce sont ces aspect qui sont au cœur de l'étude du politique (cf., *supra.*).

comment, par qui et où, on peut dire que la ligne médiane s'est déplacée de la gauche vers la droite »¹⁵⁸⁹. Cela montre bien que, pour cet auteur, la question de la place de l'État dans la société se traduit principalement par la gestion directe ou non de secteurs d'activité par celui-ci. L'exemple donné concerne ici l'évolution (à la baisse) de la part des investissements publics dans la recherche sur les semi-conducteurs, ce qui illustre bien la dimension strictement quantitative de son approche¹⁵⁹⁰. Elle explique également que la redistribution des richesses provenant des pays développés vers les pays en développement est davantage le fait des politiques d'investissement des sociétés transnationales que des programmes d'aide publique. L'analyse de l'autorité de l'État est donc réduite à une dimension à la fois purement quantitative de ce qu'il gère directement. Susan Strange se situe donc bien dans un cadre consistant à analyser quantitativement les activités des États et des acteurs non-étatiques sur un domaine donné, leur pouvoir respectif s'évaluant alors par le volume d'activité exercé.

Cette approche est la conséquence directe de son assimilation du politique au social. L'État est bien pensé comme une institution similaire aux autres, agissant comme les autres, et dont le poids dans la société s'évalue alors quantitativement. Les nombreuses comparaisons entre les budgets respectifs des sociétés transnationales et des États s'inscrivent également dans cette optique. Le budget apparaît alors comme traduisant la capacité d'action et donc, à travers le volume, l'impact social (en termes de comportements induits et donc, au sein des sociétés de masse, de normalisation)¹⁵⁹¹.

C'est donc bien parce qu'elle considère que tout rapport social est politique et que l'État n'est pas différencié des autres institutions sociales, qu'il ne reste que la comparaison de ce qui est effectivement géré par telle ou telle institution.

Trois objections peuvent être formulées vis-à-vis de ce type d'approche. La première consiste à critiquer une approche qui tend à isoler chaque secteur d'activité pour y évaluer la place de l'État sans perspective générale. La seconde consiste à ne pas considérer la possibilité de superposition ou de collaboration des pouvoirs et à occulter la spécificité du pouvoir d'injonction. La troisième est d'essentialiser la fonction économique de l'État.

¹⁵⁸⁹ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 105.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 107.

¹⁵⁹¹ Ce type d'approche est toutefois fallacieux puisqu'il occulte la spécificité du pouvoir d'injonction. Il a en effet déjà été précisé qu'une fois que l'État dispose des moyens coercitifs, l'obéissance peut être augmentée à coût constant, tandis que dans le cadre d'un rapport d'influence rémunérée, chaque influence coûte (cf. *supra*).

En effet, cette mise en avant d'un rétrécissement quantitatif de l'État ne traduit pas nécessairement un rétrécissement en valeur absolue. Il est possible d'imaginer un État qui resterait stable, et s'occuperait d'un volume constant d'activité, tandis que le volume d'activité sociale augmenterait (ou diminuerait). Il faudrait alors considérer que le volume d'activité relatif de l'État baisse (ou augmente). Il pourrait y avoir alors une impression générale que la sphère de l'autorité étatique diminue (ou augmente) dans la société. De même, si le volume d'activité de l'État croît moins vite que le volume d'activité non étatique, ce sentiment pourrait également exister alors même que le volume d'activité de l'État augmente (et inversement). Enfin, si l'État réduit sa part d'activité dans chacun de ses domaines d'interventions, mais augmente le nombre de ceux-ci, elle augmentera également. Ainsi, la baisse de participation de l'État dans un nombre x d'activités ne permet absolument pas de tirer quelques conséquences que ce soit sur la place générale de l'État dans la société (excepté qu'il recule dans ces x secteurs).

Néanmoins, aborder ainsi la place de l'État est incomplet puisque cela occulte le fait que l'État règlemente les champs d'activité des autres acteurs. En assimilant la place de l'État dans la société à ce qui est effectivement géré par l'État, Susan Strange occulte, comme le faisait remarquer J. Crowley¹⁵⁹², la dimension proprement normative de l'État et sa capacité de pilotage.

Lorsqu'elle considère que la sphère d'autorité de l'État rétrécit, il ne faut pas en conclure qu'il existerait au sein des États des espaces où le pouvoir de l'État ne s'appliquerait pas, qui échapperaient à son autorité¹⁵⁹³. Les injonctions de l'État restent valides et s'appliquent à l'intégralité des rapports soumis à l'autorité de l'État, indépendamment des autres relations d'influence. Le fait que certains acteurs disposent concernant certains domaines d'activité d'une relative liberté d'action (qui n'est jamais totale) n'empêche pas que ces actions doivent rester légales, c'est-à-dire conformes aux injonctions de l'État, donc conformes à sa volonté. Ainsi, ne pas différencier les différents types de pouvoir occulte le fait que toutes les activités des autres acteurs et toutes leurs relations de pouvoir sont structurées par un cadre légal coercitif appliqué par l'État, qui constitue sa volonté. Il est possible de multiplier les sources d'influence au sein d'un groupe, alors qu'il est beaucoup plus délicat de multiplier les sources d'injonctions.

¹⁵⁹² Cf. *supra*.

¹⁵⁹³ Tant le développement de la biopolitique que de l'idéologie des droits de l'Homme ont en effet totalement éliminé l'idée d'une sphère privée dont la régulation échapperait aux pouvoirs publics.

Le développement d'une rhétorique construite sur le recul de l'État, le rétrécissement de sphère d'autorité, occulte également l'idée de délégation et de coopération entre l'État et les acteurs privés¹⁵⁹⁴. Elle traduit alors implicitement une logique de lutte et d'un conflit d'intérêt irréductible entre l'État et ces acteurs¹⁵⁹⁵.

Car ce que n'évoque pas Susan Strange, c'est la possible superposition ou collaboration des autorités. Elle semble ainsi raisonner dans un système de pouvoir exclusif, où la soumission à une autorité exclut toute soumission à une autre autorité. C'est ce qui ressort de l'expression *sphère de l'autorité*, qui laisse entendre un espace clos qui se dilaterait ou se contracterait et établirait une frontière stricte entre le pouvoir des différents acteurs.

Or, pour une même action un acteur peut très bien être inscrit dans différentes relations de pouvoir. Un recruteur peut ainsi être influencé à la fois par ses supérieurs, l'État et des conceptions éthiques inspirées d'autorités morales pour les modalités des contrats qu'il propose. La localisation des sites industriels dangereux est également soumise à réglementation, c'est-à-dire dépend à la fois des investisseurs et de l'État (de même, un fonctionnaire peut, dans le cadre d'exercice de ses fonctions, être influencé par d'autres acteurs). Cette absence est liée au fait que Susan Strange ne distingue pas les modalités d'exercice du pouvoir et donc des différents types de normes. Or, si la théorie de la souveraineté (mais également une part importante de la théorie politique tout au long de l'Histoire) pose comme fondement de l'ordre social l'unicité du pouvoir de commandement, c'est-à-dire du pouvoir d'injonction, elle n'interdit pas la multiplicité des pouvoirs d'influence, tant que ceux-ci restent dans le cadre légal (et donc *in fine*, soumis au pouvoir d'injonction et donc du souverain). Ainsi, la mise en avant de multiples relations de pouvoir, certaines agissant en complément les unes des autres, remet en cause la pertinence d'une approche du pouvoir en termes de cause de comportement. En effet, un acteur *B* peut être quantitativement plus influencé par un acteur *A*, mais qualitativement plus influencé par un acteur *A'* (dans le sens où, en cas de conflit entre *A* et *A'*, *B* choisira *A'*).

Paradoxalement, cette non-prise en compte par Susan Strange d'une possible superposition des autorités, ainsi que la relativisation des objectifs et de la volonté dans son approche du pouvoir, empêche d'envisager une possible coopération voire une convergence

¹⁵⁹⁴ Qui seront abordées au point suivant (cf. *infra*.)

¹⁵⁹⁵ Cf. *supra*.

d'intérêts entre les États et les multinationales. Le paradoxe tient au fait que, adoptant une conception du pouvoir pensée en termes de cause de comportement, elle considère que celui qui dispose du pouvoir au sein d'une structure est celui qui voit ses préférences s'imposer¹⁵⁹⁶. Or, elle reconnaît que la mondialisation a, par exemple, permis aux pays en développement de « *relever le gant avec succès en matière d'exportation de produit manufacturés* »¹⁵⁹⁷ Elle précise immédiatement que cela s'est fait « *au prix d'une dépendance accrue envers les services financiers et commerciaux fournis par de grandes entreprises de pays développés* ». Or, les gouvernants des États en développement souhaitent relancer l'emploi et l'économie en développant l'exportation de produits manufacturés. L'inscription dans une économie mondialisée et l'entrée des multinationales dans ces pays ont donc permis à leur dirigeants de réaliser leurs objectifs. Elles ont apporté capitaux, emplois et techniques (tant scientifiques que juridiques ou managériales) qui leur manquaient. Les gouvernants ayant vu leurs objectifs et préférences se réaliser, il est délicat de comprendre pourquoi Susan Strange, qui estime que c'est justement le critère du pouvoir, affirme que leur pouvoir diminue. Elle reconnaît pourtant que la plupart des dirigeants des pays en développement ne considèrent pas que les multinationales empiètent sur leur souveraineté et que les avantages contrebalancent les inconvénients¹⁵⁹⁸.

De plus, parce que cela concerne son sujet d'étude, elle ne semble considérer principalement que les activités sociales et économiques de l'État (sans prendre en compte l'activité normative). Elle s'intéresse donc uniquement aux activités directement gérées par l'État, sans réellement les distinguer entre elles. Or, dans la gestion d'activités sociales, l'activité de l'État ne se distingue pas matériellement de l'activité des autres acteurs. Les modalités d'action sont donc similaires, excepté, bien sûr, qu'il existe un acteur disposant de la possibilité d'utiliser la contrainte physique et ordonnant les modalités d'action des autres acteurs. L'impossibilité de distinguer matériellement le champ politique des autres champs sociaux est connue depuis longtemps. Elle est la conséquence de l'indétermination matérielle

¹⁵⁹⁶ Cf., supra.

¹⁵⁹⁷ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 102.

¹⁵⁹⁸ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 98. Francis Fukuyama met également en avant le changement de politique économique pris par les pays en développement (FUKUYAMA F., *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, pp.134-136).

de la loi, qui peut se saisir de tous les domaines, et a été très bien perçue par de nombreux politistes et sociologues¹⁵⁹⁹.

Cette négation de la spécificité de l'État comme institution est particulièrement visible lorsque S. Strange considère l'absence d'autorité dont disposeraient certains États sur leur société et économie : « *parmi les pays réputés souverains, s'est instaurée une asymétrie croissante dans l'autorité qu'ils exercent sur la société et l'économie* »¹⁶⁰⁰. Si les inégalités ont toujours existé, elles auraient aujourd'hui atteint, selon elle, un tel degré que la souveraineté de micro-puissances ne serait plus qu'une fiction, puisqu'elles ne détiendraient plus la réalité du pouvoir sur leurs relations sociales et économiques à l'intérieur de leurs frontières¹⁶⁰¹. Il sera montré que l'absence de souveraineté de certains États légaux n'est pas en soi un problème du point de vue de la théorie de la souveraineté¹⁶⁰². Toutefois, le point intéressant ici est que Susan Strange n'évoque pas les États effondrés, mais bien les micro-États. Or, considérer que les micro-États n'ont plus la réalité du pouvoir sur les relations sociales au sein de leur population est problématique. En effet, aussi petits soient-ils, les micro-États, tel le Vanuatu, maintiennent leur ordre de contrainte. Leurs injonctions restent contraignantes. De ce fait, il faut considérer que la volonté de ces États s'applique et est donc respectée. À partir du moment où, dans un État, l'ordre légal est (suffisamment) respecté, que cet ordre légal est par définition la volonté de l'État¹⁶⁰³, il faut alors en conclure que ces États ont toute autorité, puisque les lois sont respectées. En fait, il est difficile de déterminer en quoi ces micro-États ne disposeraient plus de la réalité du pouvoir. Ce sont les États qui ont mis en place le cadre permettant la mondialisation, et ce sont ces micro-États qui se sont inscrits (par définition volontairement) dans cette économie mondialisée et ont donc permis l'entrée des multinationales. Les multinationales respectent ainsi la volonté des États et la respectent sur place en se soumettant à l'ordre légal. L'action des multinationales est donc conforme à la volonté des États mais correspond le plus souvent (notamment pour les micro-États) aux stratégies gouvernementales mises en place.

Surtout, le fait de considérer que certains États exercent un contrôle fictif sur leur population implique alors que certains autres États y arrivent. La question du rapport à la

¹⁵⁹⁹ On peut citer, à titre d'exemple, Weber M., *Économie et société*, T.1, *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁰⁰ STRANGE S. *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 42.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁰² Cf. *supra*.

¹⁶⁰³ Cf. *infra*.

mondialisation ne serait alors pas un problème lié au concept formel d'État, qui ne serait plus adapté comme mode d'organisation des sociétés humaines, mais bien un problème contingent, concernant seulement certains États (notamment les peu puissants).

Le troisième aspect problématique de l'approche de Susan Strange est qu'elle semble bien développer une conception de la loi matériellement déterminée :

De toutes ces considérations, nous pouvons conclure que si les STN ne se substituent pas aux gouvernements des États, nul doute qu'elles empiètent sur leur domaine de pouvoir. Elles exercent de plus en plus une autorité parallèle à celle des États en matière de gestion de l'économie, qu'il s'agisse de la localisation de l'activité et de l'investissement, de l'orientation de l'innovation technologique, de la gestion des relations de travail et de la taxation de la plus-value¹⁶⁰⁴.

L'expression *empiéter sur leur domaine de pouvoir* montre bien que la gestion de l'économie est posée comme un domaine de pouvoir de l'État. Le terme *parallèle* implique bien l'idée d'une gestion séparée, qui renforce l'idée qu'il y a d'un côté l'autorité de l'État, de l'autre, l'autorité des sociétés transnationales. La question serait alors de déterminer quelle sphère de pouvoir est la plus importante.

Susan Strange multiplie alors les exemples indiquant comment certains domaines d'activité sont passés du public au privé, dans ce qu'elle considère comme des secteurs clefs. Or, la notion de secteur clef semble profondément idéologique. D'un point de vue théorique, au vu de l'indétermination tant de la loi que du politique, il n'y a pas de secteur privilégié de l'action étatique (tant que l'État reste maître en dernier ressort). D'un point de vue pratique, presque tous les secteurs d'activités ont, à un moment ou à un autre de l'histoire des États, de manière plus ou moins partielle, été confiés à des acteurs privés (diplomatie, justice, police, armée, perception d'impôt, gestion des transports et de l'approvisionnement, législation...). Il est vrai qu'il faut admettre que certains secteurs peuvent potentiellement être considérés comme privilégiés à partir du moment où leur délégation peut entraîner, à terme, l'émancipation de la structure les ayant reçus (le risque des mercenaires). En ce sens, les outils de contrainte (police, armée), qui permettent d'assurer en dernier ressort l'effectivité des injonctions et du droit sont particulièrement sensibles. Néanmoins, eux aussi ont pu faire l'objet de délégation partielle. Il apparaîtra toutefois que ce n'est pas gênant du point de vue de la souveraineté.

¹⁶⁰⁴ STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], p. 123.

2.2.3.1 La privatisation comme phénomène de recomposition de l'État.

Le développement de la biopolitique et le fait d'aborder le pouvoir en termes de cause de comportement facilite donc une approche quantitative de l'État dans ces activités. En ce sens, la privatisation, qui traduit le fait de confier à des acteurs privés certaines activités gérées par l'État, apparaît bien comme un recul de la sphère d'autorité de l'État.

Jonathan Story rappelle ainsi que le retrait des États pour Susan Strange, ce qui entame leurs pouvoirs et leurs autorités, est bien « *le partage de certaines de leurs fonctions avec un nombre toujours croissant de tiers* »¹⁶⁰⁵, considérant même que certaines de ces fonctions sont « *des services traditionnels de l'État* »¹⁶⁰⁶. Or, la notion de service traditionnel est en soi très subjective, surtout en considérant que presque toutes les fonctions de l'État (y compris régaliennes) ont, à un moment ou un autre, été exercées en collaboration avec des acteurs privés (voir complètement déléguées).

Cette idée que la privatisation de fonctions traduit un recul de la sphère d'autorité de l'État au profit d'acteurs privés est reprise par Bertrand Badie. Il considère alors que celle-ci traduit un recul de la souveraineté, ce qui traduit bien une focalisation sur les fonctions gérées directement par l'État :

La privatisation de l'État devient ainsi un symptôme banal de la régression de l'idée même de souveraineté. Elle s'exprime de façons diverses, tant en laissant échapper certaines fonctions politiques hors de la sphère publique qu'en associant certains acteurs privés aux conditions mêmes de leur accomplissement. Aussi doit-on prendre en compte, comme solidaires de la mondialisation, la montée en force des réseaux religieux et la banalisation de leurs fonctions sociopolitiques, l'extension des réseaux mafieux, mais aussi la diversification des fonctions accomplies par les firmes multinationales dans les pays du Sud au sein desquels elles se trouvent implantées¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁵ STORY J., JAQUET C., « Le système mondial de Susan Strange », *Politique étrangère*, n°2-2001, p. 438.

¹⁶⁰⁶ STORY J., JAQUET C., « Le système mondial de Susan Strange », *Politique étrangère*, n°2-2001, p. 438.

¹⁶⁰⁷ BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, pp. 101-102.

Or, cette approche est très contestable. L'identification de la souveraineté à la gestion publique des activités économiques et sociales ne se trouve chez aucun des théoriciens classiques de la souveraineté. Adopter cette conception revient à considérer que ne serait souverain qu'un État communiste et totalitaire, c'est-à-dire où il n'existe aucune fonction exercée par les acteurs non étatiques.

Blaise Knapp rappelle pourtant que la privatisation d'activités économiques et sociales ne concerne absolument pas la question de la souveraineté. Pour lui, seule la question des activités dites régaliennes entre en compte pour la souveraineté de l'État :

Il convient d'indiquer d'emblée que la souveraineté interne concerne les activités régaliennes de l'État à l'exclusion des activités commerciales, industrielles et sociales dont l'État se charge en compétition ou en substitution des activités privées.

En effet, si, quels qu'en soit les motifs, l'État dispense des enseignements dans le cadre d'une éducation nationale ; dispense des soins dans des hôpitaux publics dans le cadre d'une politique de la santé ; crée des banques, des sociétés d'assurance ; fabrique des automobiles ; etc., il ne se livre pas à une activité souveraine : il prend en main des activités qui, soit étaient le fait de personnes privées, soit auraient pu l'être. Il complète ces activités considérées comme mal ou imparfaitement gérées par le secteur privé.

En d'autre terme, même si l'État monopolise ces activités en sa faveur, il n'intervient pas avec la puissance publique au-delà du fait qu'il s'attribue ce monopole et le fait respecter : il accomplit un service dit public.

Lorsqu'au contraire, l'État renonce à fournir des services publics et les privatise, il n'abandonne pas sa souveraineté interne. Cette renonciation est l'exercice de sa souveraineté comme l'avait été la décision de les prendre en charge.

Il ne fait que réduire sa sphère d'activités.

Si l'on tient ce point de vue pour exact, la caractéristique des activités relevant de la souveraineté interne serait le fait que l'État exerce seul des tâches qui ne peuvent pas être laissées au bon vouloir des privés : les activités régaliennes.

Ces activités régaliennes sont celles dont on admet traditionnellement qu'elles sont les caractéristiques fondamentales et essentielles de l'État tel qu'il est conçu aujourd'hui par ce qu'il est convenu d'appeler « la communauté internationale » : la justice, la monnaie, la sécurité, l'usage de la force et la législation.

Partant, les limitations de la souveraineté interne ne peuvent concerner que les activités régaliennes de l'État.¹⁶⁰⁸

Il s'agira donc de montrer avec Blaise Knapp que la privatisation d'activités économiques, n'est en aucun cas problématique du point de vue de la souveraineté de l'État, et que de nombreux auteurs insistent au contraire sur la dimension stratégique de celle-ci. La privatisation de l'État apparaît alors comme un instrument traditionnel de son renforcement et d'augmentation de la gouvernementalité (2.2.3.2.1). Il s'agira ensuite de montrer contre B. Knapp que la plupart des activités dites régaliennes ne constituent pas nécessairement un champ spécifique et peuvent donc également être privatisées sans remettre en cause la souveraineté de l'État (2.2.3.2.2).

¹⁶⁰⁸ KNAPP, B. « L'État souverain en 2006 : théorie et réalité ? » in *L'État souverain aujourd'hui : mélange en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, Pédonne, 2006, pp. 147-148.

2.2.3.1.1 La privatisation de l'État comme instrument traditionnel de son renforcement et de sa gouvernementalité.

Un des reproches qu'il est possible d'adresser à la thèse de Susan Strange est d'avoir une lecture des rapports entre États et acteurs privés qui ne prend peut-être pas en compte toute la complexité de ces phénomènes. En effet, une approche indifférenciée du pouvoir et une focalisation sur les fonctions économiques de l'État peuvent laisser croire en un retrait de celui-ci, notamment en pensant l'État en concurrence avec les autres sources d'autorité. Or, plutôt que d'un déclin de l'État, il semble plus pertinent de parler d'un redéploiement de celui-ci. Ce redéploiement est fait consciemment et participe à un objectif politique (qui s'inscrit alors dans une logique de gouvernement) visant à accroître le contrôle de l'État sur la société. C'est l'idée que défend S. Sassen :

Mais dans ma lecture des faits, la nouvelle géographie du pouvoir à laquelle les États sont confrontés est issue d'un processus beaucoup plus différencié que ce que suggère la notion d'un déclin d'ensemble de la fonction étatique. Il s'agit d'un processus de transformation de l'État plus que d'un déclin. Nous assistons à un repositionnement de l'État dans un champ de pouvoir plus large et à une reconfiguration du travail des États¹⁶⁰⁹

Cette idée d'un redéploiement par la privatisation dans une optique d'augmentation du contrôle de l'État, est très bien développée par Béatrice Hibou pour les pays du Sud, mais son raisonnement paraît tout à fait transposable à l'ensemble des États. En effet, B. Hibou conteste la thèse d'un « *phénomène général de retrait, voire de déliquescence des États du Sud* »¹⁶¹⁰, à laquelle elle préfère celle d'une privatisation de l'État¹⁶¹¹. Or, pour elle, cette privatisation de l'État traduit un redéploiement de son activité et participe même à un renforcement de celui-ci. La dévolution de fonctions étatiques à des acteurs privés participerait ainsi à un renforcement de la gouvernementalité, c'est-à-dire de l'efficacité de l'action politique.

¹⁶⁰⁹ SASSEN S. « Nouvelle géographie politique », *Multitude*, 2000/3 n°3, p. 79.

¹⁶¹⁰ HIBOU B., « Retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, n°1, aut. 1998, p. 151.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 152.

Béatrice Hibou explique que la privatisation de l'État « *constitue une modalité de sa formation et de sa consolidation* »¹⁶¹². Elle montre que cette dépendance mutuelle conditionne les contours de l'État. En effet, l'appropriation de ressources par des élites politiques participe au renforcement du pouvoir politique : parce que ce sont également des acteurs politiques, cela renforce l'État. Ces pratiques deviennent donc, de fait, des pratiques politiques et font partie des modes de gouvernementalité. Surtout, cela permet une augmentation du contrôle indirect sur des Hommes et des ressources qui sinon échapperaient de fait au contrôle politique :

Les privatisations s'inscrivent dans ce cadre. Renforcer le pouvoir de tel ou tel homme politique ou de telle ou telle faction en lui permettant de s'approprier des ressources économiques, c'est, bien sûr, s'en faire un allié, dans le cadre d'une tactique à court terme, pour asseoir un pouvoir contesté ou délégitimé ; mais c'est aussi dessiner les contours possibles de l'action politique. En Afrique, c'est se donner les possibilités d'un contrôle indirect sur le capital social, c'est-à-dire sur les hommes ; c'est, par exemple à travers les ressources de l'extraversion, s'offrir des opportunités de loyauté et de générosité propres à la domination politique et à la formation de l'État.¹⁶¹³

Le développement des pratiques de gouvernance au sein des États développés semble alors participer du même phénomène : il s'agit, par l'intégration d'autorité non étatique au processus de mise en place de politiques publiques, d'augmenter le contrôle indirect sur le capital social. Dans les États postmodernes, la nécessité de consolidation existe moins. Toutefois, la participation d'acteurs privés à la gestion d'activités coordonnées par l'État permet alors à celui-ci de bénéficier de leurs ressources (matériel et symbolique) dans la réalisation de ces objectifs.

De plus, B. Hibou montre bien que ces dévolutions (elle reprend le terme wébérien de « décharge »¹⁶¹⁴) renforcent le pouvoir politique de l'État puisque celui-ci garde la maîtrise de la dévolution :

les accords, formels ou informels, passés entre l'État et les acteurs privés sont loin d'être permanents, ou même durables ; ils sont au contraire volontairement instables, secrets et sans cesse à renégocier : tel est le cas des contrats d'affermage, des contrats avec les sociétés privées de sécurité, nationales ou étrangères, ou des tolérances de faits à l'appropriation privée, à l'illégalité ou à la criminalité. [...]. Cette instabilité n'est ni le résultat d'une mauvaise gestion ou d'une incapacité quelconque, ni l'expression d'une dépendance extérieure subie. Elle se situe au cœur du politique. [...]. Entretenir l'incertitude dans le processus de délégation répond au même souci : l'imprécision des limites entre l'autorisé, le toléré et le réprimé, ainsi que le flou des règles du jeu permettent non seulement l'immixtion du politique et l'exercice de son arbitraire à tout moment, mais également la permanence des négociations entre acteurs. [...] En l'absence d'une maîtrise

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 165.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 167.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 154.

bureaucratisée et continue sur la société et ses membres les plus influents, il s'agit de créer les conditions d'un contrôle discontinu.¹⁶¹⁵

Elle rapproche d'ailleurs cette vision de l'analyse que faisait Montesquieu (dans le livre XIII de *l'Esprit des Loix*) des rapports de dépendance réciproque entre le roi et les fermiers généraux¹⁶¹⁶. Les explications de Béatrice Hibou sont alors très intéressantes puisqu'il est possible d'en déduire la prévalence du politique et de l'État sur le privé. En effet, des processus qui de toute manière échapperaient à l'État se voient alors légitimés et même attribués par lui. De ce fait, cela renforce sa légitimité puisqu'il devient source de légitimité. Il est certes possible de n'y voir qu'une légitimité de façade, instrumentalisée par les différents groupes sociaux ou entreprises pour assurer leur mainmise sur des secteurs d'activité. Néanmoins, même si cette légitimité est de façade, elle existe et son utilisation participe à son renforcement. Le renforcement de la légitimité monarchique dans l'Europe occidentale a largement bénéficié de ce type de dynamique¹⁶¹⁷.

Béatrice Hibou explique alors que la redéfinition des rapports entre acteurs publics et acteurs privés d'une part et la modification des processus de gouvernementalité d'autre part seraient les deux faces du même processus¹⁶¹⁸. Elles intègreraient ainsi la renégociation des valeurs, règles et normes comme le fondement du politique. Cette idée semble particulièrement pertinente pour la compréhension des logiques de privatisations, délégués et nationalisations qui se retrouvent tout au long de l'histoire des États. L'évolution de la gouvernementalité se traduit effectivement principalement par la modification des rapports entre acteurs privés et acteurs publics. En ce sens, le fait de confier à des acteurs privés la gestion (plus ou moins libre) de secteurs d'activités apparaît bien comme un mode de gouvernement, une stratégie adoptée par les gouvernants pour produire certains effets sociaux parce que jugée plus efficace. Le fait de confier à des acteurs privés la gestion (rentable) d'activités crée alors un rapport de dépendance entre les acteurs privés (bénéficiaires de l'activité) et les autorités publiques (dispensatrice de la ressource). Les acteurs privés voulant préserver leurs ressources collaborent donc avec les autorités publiques dans la réalisation de leurs objectifs, ce qui accroît la capacité de contrôle des autorités publiques. À titre

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, pp. 161-162.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 161. Les questions relatives à la ferme et aux délégués en général seront traitées plus en détail au point suivant.

¹⁶¹⁷ Ainsi, les monarques médiévaux acceptant et légitimant des situations de fait afin de pouvoir maintenir une domination symbolique lorsque la domination réelle n'était plus possible.

¹⁶¹⁸ HIBOU B., « Retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, n°1, aut. 1998.

d'exemple, il est possible de considérer les politiques de discriminations positives aux USA : en 1965, tous les prestataires de service privés en collaboration avec l'État durent mettre en place des politiques de discrimination positive pour pouvoir continuer leurs activités. Les entreprises voulant bénéficier de marchés publics durent donc relayer la politique du gouvernement (*executive order 11 246*)¹⁶¹⁹. Ainsi, le fait de déléguer à des acteurs privés certaines activités peut permettre aux acteurs étatiques de mieux les contrôler. Cet exemple montre la pertinence de la généralisation de l'analyse de B. Hibou.

Béatrice Hibou a conscience que ce qu'elle présente comme une forme alternative de mode de gouvernement dans les pays du Sud est ressentie par nombre d'analystes comme une faiblesse de l'État, voire un signe de son effondrement, lié à la corruption des dirigeants. Or, selon elle, cette analyse serait liée à une idée préconçue de l'État par rapport auquel il serait comparé : « *cette vision nous paraît pêcher par sa normativité. En effet, dans ces interprétations, l'État est défini à l'avance, au demeurant souvent en termes wébériens, et en tout cas fonctionnalistes.* »¹⁶²⁰. Elle considère ainsi que ces phénomènes de dévolution sont récurrents dans l'histoire de ces entités politiques (mais il faut considérer qu'ils sont récurrents dans l'histoire de presque toutes les entités politiques) :

ces phénomènes de décharge et de négociations permanentes s'inscrivent dans la durée et constituent un élément important de la trajectoire historique (spécifique à chaque pays ou à chaque région) de ces entités politiques. Le processus de délégation de l'État au privé est un phénomène très ancien, qui n'apparaît aujourd'hui comme nouveau qu'en raison de l'adoption, dans les décennies récentes, de représentations normées (l'État légal-rationnel ; l'État-providence ; l'État développementaliste) et de l'occultation – pour cause d'archaïsme ? – de formes antérieures à l'efficacité pourtant avérée.¹⁶²¹

Il y aurait donc une lecture téléologique du développement de l'État, dont la forme prise dans les années 1970 constituerait l'aboutissement ultime ou, *a minima*, la forme la plus avancée. L'idée que la dénonciation d'une faiblesse des États du Sud serait liée à une idée préconçue et particulière de ce que doit être l'État est également tout à fait transposable. L'État est assimilé à l'idéaltype wébérien légal-rationnel et à l'État-providence (ce qui était particulièrement visible chez S. Strange). Toute évolution qui se rapproche de ce modèle est alors perçue comme un renforcement de l'État, tandis que tout ce qui s'en éloigne est perçu comme un retrait. Ce serait donc par rapport à une certaine forme d'organisation de la

¹⁶¹⁹ <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-11246.html>

¹⁶²⁰ *Ibid.*, p. 165.

¹⁶²¹ *Ibid.*, p. 165. Il est regrettable qu'elle ne donne pas d'exemples issus de l'Histoire des pays occidentaux, afin de bien montrer le caractère universel de ce type de pratique, mais cela s'explique par le fait qu'elle se consacre au pays du sud.

gouvernementalité, assimilée à l'essence de la politique, que serait construite une part importante des théories du déclin de l'État et, de ce fait, des critiques de la souveraineté.

À partir de ces éléments tirés de l'analyse de B. Hibou, il est possible de poser comme hypothèse que l'évolution du degré de gestion directe par l'État des activités sociales correspond à un cycle normal. Il y aurait ainsi un jeu constant entre le désir de contrôle des gouvernants et leurs capacités réelles : lorsque les moyens dont disposent les pouvoirs publics sont insuffisants à la mise en place de politiques publiques jugées nécessaires, ceux-ci font logiquement appel à des partenaires privés afin de remplir les missions jugées adéquates. Or, l'évolution technologique implique un renouvellement constant de ce qu'il est possible de faire. Il y a donc en permanence un renouvellement et une transformation des activités sociales. Cette évolution constante implique de reconfigurer ce qui est effectivement contrôlé par l'État et ce qui est fait en collaboration avec des acteurs privés. C'est que S. Strange semblait admettre lorsqu'elle reconnaissait que seul un capital financier très important et très mobile avait pu permettre de satisfaire les besoins d'investissement pour les équipements liés à l'essor des nouvelles technologies. Les privatisations ne traduisent donc pas tant un retrait de l'État qu'une reconfiguration de son activité, afin d'intégrer de nouveaux acteurs et leurs moyens à la réalisation d'objectifs politiques. Dans les États moins stables que les États développés, le fait d'offrir des prébendes permet également d'intégrer des acteurs qui sinon pourraient nuire non seulement aux gouvernants mais potentiellement à la souveraineté même de l'État.

La privatisation peut apparaître comme une forme de démembrement de l'État. Elle peut toutefois également être considérée comme une technique de l'État consistant à faire faire. À partir du moment où l'art du gouvernement consiste à produire des effets, à obtenir un résultat, le moyen d'obtenir ces résultats est précisément l'action de gouverner. Le fait que ces résultats soient produits par une intervention directe de l'État ou par un acteur privé ne change rien à l'efficacité du gouvernement, qui voit les effets voulus produits. Il s'agit d'un choix purement stratégique laissé à la libre appréciation des décideurs.

Il est même possible de considérer que la privatisation puisse, éventuellement, accroître le contrôle de l'État sur la société. En effet, le fait d'intégrer des acteurs non étatiques dans la mise en place de politique publique permet non seulement de pouvoir bénéficier de leur ressource mais également de limiter l'effet perturbateur qu'ils pourraient avoir. Cela peut

donc participer à une augmentation du contrôle des gouvernants sur la société. C'est ce que semble considérer B. Hibou : « *C'est en ce sens que la privatisation peut être considérée comme un nouvel interventionnisme étatique. Elle n'empêche pas une très grande maîtrise sur la société et, parfois, une capacité de consolidation du pouvoir central* »¹⁶²². La conditionnalité des délégations peut alors transformer ces acteurs privés en relais de l'action publique.

La privatisation de l'État existe également, dans une moindre mesure, dans les pays développés. Il existe ainsi en France de nombreuses délégations de services dits publics (art. L 1411-1 du code général des collectivités territoriales¹⁶²³). Il est possible de citer la gestion de l'eau (par exemple Véolia) ou des transports en commun (par exemple Kéolis). Il existe même des cas de privatisation de fonctions étatiques. Il est ainsi possible de considérer les notaires, qui, tout en exerçant une profession libérale (certains sont propriétaires de leur étude), sont officiers de l'État et sont rémunérés en fonction des actes qu'ils effectuent¹⁶²⁴. De la même manière, les huissiers de justices sont également considérés comme une profession libérale (les actes sont rémunérés par les clients) tout en étant officiers ministériels et officiers publics¹⁶²⁵. Les greffiers des tribunaux de commerce cumulent également le statut de profession libérale et d'officier de l'État¹⁶²⁶. Enfin, les contrôleurs des compagnies de transports, tout en étant assermentés par l'État, travaillent pour et sont rémunérés par des compagnies privées (la Star de Rennes ou Kéolis sont des sociétés anonymes). Ils peuvent établir des amendes et disposent donc de prérogatives de puissance publique.

La question de la souveraineté renvoie à l'effectivité de l'ordre juridique. La plus ou moins grande densité de cet ordre ne concerne pas directement la question de la souveraineté. Les privatisations s'inscrivent dans le cadre de politiques publiques et consistent donc en une stratégie gouvernementale (dont l'efficacité réelle ou supposée est ici hors propos) visant à produire des effets sociaux.

¹⁶²² HIBOU B., « Retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, n°1, aut. 1998, p. 163.

¹⁶²³ http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=706B75055E9CB869D2F397A51FEA5687.tp_djo05v_2?idArticle=LEGIARTI000021479265&cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20130521

¹⁶²⁴ <http://www.notaires.fr/notaire/role-du-notaire> [consulté le 15/01/13]

¹⁶²⁵ <http://www.metiers.justice.gouv.fr/presentation-des-metiers-10070/les-autres-metiers-de-la-justice-10074/huissier-de-justice-11788.html> [consulté le 15/01/13]

¹⁶²⁶ <http://www.cngtc.fr/greffier.php> [consulté le 15/01/13]

Cette lecture des processus de privatisation de l'État comme un moyen pour augmenter le contrôle politique est particulièrement intéressante, principalement appliquée aux États développés. En effet, ce qui sous la plume de Susan Strange apparaît comme un retrait de l'État serait alors au contraire une modalité d'extension de son contrôle sur les activités sociales et les individus, de manière (pour l'instant) indirecte. Le terme de redéploiement semble alors effectivement plus pertinent. De ce fait, la contradiction apparente entre l'inflation législative, l'emprise de plus en plus forte de l'État et de la législation sur des pans de plus en plus vastes de la société et ce retrait apparent de l'État disparaît : il y a bien un contrôle politique accru des individus, contrôle auquel participent de nombreux acteurs privés.

2.2.3.1.2 La délégation d'activités publiques régaliennes et cogestion : deux pratiques aussi ancienne que l'État ne remettant pas en cause sa souveraineté

Le fait pour un État de confier certains secteurs d'activité économique ou commerciale n'est donc pas un problème du point de vue de la souveraineté de l'État. Toutefois, de nombreux auteurs, tel B. Knapp, estiment que certains domaines ne peuvent être privatisés sans remettre en cause le principe de souveraineté : les compétences régaliennes de l'État. Ces compétences régaliennes concernent la justice, la monnaie, la sécurité, l'usage de la force et la législation. Il faut ici immédiatement préciser que les développements de B. Hibou sur la privatisation de l'État concernent « *le développement, les ressources économiques, les fonctions régulatrices et les fonctions régaliennes de l'État* »¹⁶²⁷. Le redéploiement de l'État qu'elle constate dans les pays du Sud concerne donc explicitement les fonctions régaliennes.

Il n'existe aucune raison théorique justifiant que l'État ne puisse déléguer l'exercice de fonction régalienne à des acteurs privés. En considérant l'indétermination matérielle de la loi, il n'y a en effet aucune raison de considérer que certains domaines soient privilégiés. La participation d'acteurs privés à la réalisation de fonctions régaliennes est, tout autant que la participation d'acteurs privés à des fonctions non régaliennes, un choix stratégique visant l'efficacité de politiques. Le fait que celles-ci soient fondamentales pour l'État ne modifie pas substantiellement ces modes d'actions : il peut soit les gérer directement soit les faire gérer tout ou partie, de manière plus ou moins conditionnée, par des acteurs privés.

¹⁶²⁷ HIBOU B., « Retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, n°1, aut. 1998, pp. 152-153.

La délégation de compétences régaliennes est une pratique fréquente et historiquement aussi ancienne que l'État moderne (2.2.3.2.2.1), et elles ne se distinguent (presque) pas des autres (2.2.3.2.2.2).

2.2.3.1.2.1 La délégation de compétence régalienne : une pratique fréquente dans les États modernes et contemporains

La gestion de compétences régaliennes par des autorités privées n'est absolument pas une caractéristique récente du fonctionnement des États qui serait lié à la faiblesse de certains États ou à la mondialisation libérale. La participation d'acteurs privés à l'exercice de certaines fonctions régaliennes a existé tout au long de la modernité et au début de l'époque contemporaine. Aujourd'hui, elle s'observe encore pour des États dont la souveraineté ne saurait être remise en cause.

Historiquement, il est ainsi possible de considérer les corporations, ou jurandes, qui « *servent de relais aux pouvoirs publics – en fait à l'autorité royale – qui leur délèguent des compétences variées en matière civile ou économique, moyennant une contrepartie d'ordre financier* »¹⁶²⁸. Cela va même plus loin puisque « *Tous possèdent en vertu d'usage séculaire ou de concessions régaliennes expresses, des pouvoirs règlementaires et disciplinaires sur leurs membres qui incluent le droit de les taxer et de régler les contentieux nés de leurs activités* »¹⁶²⁹. Une résurgence de ces corporations peut aujourd'hui être observée, dans une moindre mesure, dans l'ordre des médecins par exemple, qui s'assure également du respect de règles éthiques et dispose de compétences d'arbitrage et de taxation (par une cotisation obligatoire)¹⁶³⁰.

De la même manière, il est possible de considérer dans la France du XVIIIe siècle le système de la Ferme : « *La ferme dispose des privilèges régaliens que lui abandonne le souverain. Elle peut armer ses employés, équiper des vaisseaux et des chaloupes sur la mer et les fleuves. Les commis peuvent librement perquisitionner chez les nobles, les ecclésiastiques*

¹⁶²⁸ POITRINEAU A., art. « Corporations ou jurandes », in. BELY L. (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, p. 339a.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, p. 341a.

¹⁶³⁰ <http://www.conseil-national.medecin.fr> [consulté le 09/10/12]

et les bourgeois »¹⁶³¹. Certes, les fermiers étaient nommés par le roi, mais ceux-ci n'étaient pas considérés comme des officiers et devaient avancer le montant des impôts à collecter, ce qui leur permettait un bénéfice variable¹⁶³². Il s'agissait donc bien de personnes privées, remplissant ce qui peut apparaître avec le recul comme un service public régalien.

Mais cette délégation de compétence peut aller encore plus loin, si l'on considère les sociétés commerciales :

Par une charte, l'État concède à un groupe de négociants privilégiés ou « compagnie », le monopole des relations avec une région déterminée ; la compagnie est une personne morale, disposant d'armoiries, d'un sceau, d'un pavillon, recevant pour une durée limitée, vingt à quarante ans, avec possibilité de renouvellement, le droit de battre monnaie, d'entretenir des troupes, de rendre justice¹⁶³³.

Celles-ci sont donc bien des instances privées, possédant une délégation de compétence régaliennne pouvant aller jusqu'au droit de guerre (la *British East India Company* – *BEIC* – disposait en effet de troupes –terrestres et navales– propres qui conquièrent la majorité des possessions britanniques en Inde¹⁶³⁴). Il faut en effet rappeler que ces compagnies pouvaient également négocier des traités et déclarer des guerres : « [avec la Charte de 1661] *La compagnie avait les mains libres en Asie, pour traiter avec les princes non chrétiens, faire la guerre, conclure la paix. Elle avait latitude de nommer des gouverneurs avec le pouvoir, pour ceux-ci, d'exercer la justice dans les limites de leur établissement* »¹⁶³⁵.

Les sociétés commerciales ne sont pas les seules entités privées à avoir bénéficié de cette délégation de pouvoirs régaliens (même si, par leur importance, ce sont de loin les plus notables). Il est ainsi possible de citer les corsaires (« *le droit de course apparaît ainsi comme une délégation du droit de guerre concédée par l'État à des particuliers* »¹⁶³⁶ – le fait que la course ne puisse avoir lieu qu'à l'encontre des ennemis de l'État tend à relativiser cette affirmation, il est plus pertinent de les rapprocher des francs-tireurs¹⁶³⁷), les mercenaires, ou, sur un autre registre, les chasseurs de primes. Les délégations de puissance publique que l'on

¹⁶³¹ DURAND Y., *Les fermiers généraux au XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1971, pp. 49-50.

¹⁶³² *Ibid.*, p. 49.

¹⁶³³ HAUDRÈRE Ph., art. « Compagnie de commerce », in. BELY L. (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, p. 305a.

¹⁶³⁴ MORINEAU M., *Les grandes Compagnies des Indes orientales (XVIe-XIXe siècles)*, Paris, PUF, QJSJ, 1994, pp. 106-107. Il y précise ainsi que « l'armée de la Compagnie avait grossi, sous l'autorité de Wellesley, de 115 000 à 155 000 hommes ». Il ajoute un peu plus loin (p. 108) : « Une expédition monstre, regroupant 113 000 hommes et 300 canons fut montée contre eux [les Pindaris] en janvier 1818 ». au début du XVIIIe siècle, seule la VOC disposait de troupes, mais également de vaisseaux de guerre (*Ibid.*, p. 61).

¹⁶³⁵ *Ibid.*, p. 31.

¹⁶³⁶ LE GUELLAFF F. *Armement en course et Droit des prises maritimes*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 51.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, p. 61.

peut donc observer aujourd'hui et qui sont analysées comme une entorse à la souveraineté de l'État (il est ainsi possible de considérer l'exemple de certaines prisons américaines gérées par des entreprises privées) n'ont donc rien d'exceptionnelles et sont sans commune mesure avec ce qui a pu se faire au XVIIe ou XVIIIe siècle, époque où les États se considéraient comme souverains.

Ainsi, alors que la guerre semble être la fonction régaliennne par excellence, une partie de son exercice a pu être confiée à des personnes privées. C'est encore le cas aujourd'hui. Les Sociétés Militaires Privées (*Privates Military and Security Companies* – PMSC) sont utilisées par de nombreux pays, dont certains États postmodernes comme les États-Unis d'Amérique. Cyril Magnon-Pujo, explorant ce phénomène, reprend la thèse de B. Hibou et confirme bien que cette privatisation d'une partie des activités militaires traduit plus un redéploiement de l'État qu'un retrait de celui-ci : « *C'est dans ce sens que le cas étudié soulève moins la question du retrait de l'État que celle de sa re-spécification dans et par les nouvelles façons de mener des conflits armés* »¹⁶³⁸. Il met en avant la part importante des activités de PMSC en Irak et en Afghanistan, mais aussi dans la protection des ambassades et des personnalités¹⁶³⁹.

Ainsi, la quasi-totalité des pouvoirs régaliens ont, à un moment ou à un autre, été confiés à des acteurs privés : la perception d'impôt, l'édition de normes, le pouvoir de police, le pouvoir judiciaire, les relations diplomatiques et la guerre. C'est la conséquence directe de l'indétermination de la loi et de l'État. Les fonctions régaliennes ne font pas exception.

Il faut donc admettre que ce qui est actuellement perçu comme une entorse à la souveraineté de l'État ne le fut pas à des époques où pourtant la théorie de la souveraineté était développée. Il s'agit donc ici d'une évolution de la manière de percevoir les choses plus qu'une évolution des choses elles-mêmes. Cela s'explique, comme le note B. Hibou, par une prégnance de la forme légale-rationnelle de l'État dans nos représentations. Cela s'explique également par l'évolution de la notion de pouvoir politique qui a mis au second plan la question de l'obéissance et du commandement.

¹⁶³⁸ MAGNON-PUJO C., « La souveraineté est-elle privatisable ? : La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, 2011/3 n° 95, p. 132. Il montre alors l'importance croissante des PMSC dans la conduite des opérations militaires américaines.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, p. 136.

La délégation de compétences régaliennes fut donc très fréquente dans l'histoire des États modernes et continue aujourd'hui. Il apparaît donc que les activités régaliennes ne se distinguent pas réellement des autres activités étatiques, même si leur délégation peut potentiellement être un risque non pas tant pour la souveraineté mais pour le souverain.

2.2.3.1.2.2 Les activités régaliennes : des activités (presque) comme les autres

Les activités régaliennes ont donc très régulièrement été l'objet de délégation à des acteurs privés. Les mettre à part revient à nier la spécificité de l'État et de la loi, qui est justement d'être matériellement indéterminée. Même en considérant que les activités régaliennes sont vitales pour la communauté, leur mode de gestion ne se différencie pas des autres activités. En ce sens, leur réalisation peut parfaitement être déléguée dans une logique d'efficacité, comme toutes les autres activités. Toutefois, il est vrai que la délégation de la fonction militaire (et exclusivement de celle-ci) peut éventuellement être un risque politique.

Si les activités régaliennes ont pu être déléguées, c'est effectivement parce qu'elles ne se distinguent pas matériellement des autres sphères d'activité de l'État. Elles sont également soumises à une logique d'efficacité, qui dépend donc des choix politiques des gouvernants. La souveraineté renvoie à l'effectivité de l'ordre juridique. Toutefois, les moyens d'obtenir cette effectivité dépendent de choix politiques qui sont propres à l'art de gouverner. L'organisation de la justice, de l'armée ou de la police, dont dépend l'effectivité du système de contrainte sont ainsi des choix politiques qui renvoient à l'art du gouvernement. En ce sens, si de l'efficacité de ces politiques dépend l'effectivité de l'État et donc la souveraineté, leur mode de réalisation est arbitraire.

Il n'y a donc pas de réelle différence entre les activités régaliennes et les autres activités de l'État excepté que de ces activités dépend l'existence de l'État. En ce sens, les politiques publiques mettant en œuvre l'effectivité de l'État sont plus sensibles que les autres parce que leur échec signifie la fin de l'État (contrairement à une crise économique ou la montée du nombre de tués sur les routes). Elles ne s'en distinguent toutefois pas matériellement. Lorsque Clausewitz affirme que la guerre est la continuation de la politique par d'autres moyens, il inclut de fait la guerre comme une politique, qui est donc soumise, comme toutes les politiques, aux questions d'efficacité. En ce sens, comme pour toutes les

autres politiques, la privatisation est un choix possible qui apparaît bien comme un mode de gouvernement.

Le fait que la collecte d'impôt, la gestion des prisons, la résolution de conflits, le maintien de l'ordre, la justice ou les combats militaires soient confiés à des acteurs privés plutôt que publics ne change strictement rien à la souveraineté de l'État, tant que le système de droit est maintenu. Ces délégations peuvent même renforcer la souveraineté de l'État lorsque celui-ci n'a pas les moyens de gérer efficacement une activité dont dépend son effectivité. Walter Bruyère-Ostells rappelle ainsi comment *Executive Outcomes* a pu participer au rétablissement de l'ordre au Sierra Leone au milieu des années 1990 :

Le savoir-faire militaire des mercenaires sud-africains explique le rapide rétablissement de l'ordre en 1995-1996. [...]. Même l'ancien secrétaire général adjoint de l'ONU semble cautionner le travail des mercenaires sud-africains : « Des pros, disciplinés et efficaces, qui épaulent le gouvernement légal dans sa lutte contre un banditisme des plus vicieux [...] »¹⁶⁴⁰

Executive Outcomes disposait de moyens et savoir-faire que le Sierra Leone ne possédait pas. Il a donc choisi de leur confier la réalisation d'une activité régaliennne, comme il aurait pu le faire, pour les mêmes raisons, pour l'installation d'un réseau téléphonique. Le fait que l'ordre et le système légal soient maintenus par une entreprise (ici étrangère) sous contrat ou par une administration publique composée de fonctionnaires rémunérés ne modifie pas le fait que l'ordre et le système légal soient maintenus. Les modalités permettant l'effectivité du système de contrainte (qui renvoient, précisément, au type d'État – légal-rationnel, patrimonial, néo-patrimonial...) ne concernent pas directement la question de la souveraineté. Dans une optique similaire, la délégation d'opération militaire par les États-Unis d'Amérique traduit également un choix politique, qui est perçu comme permettant un gain à la fois financier et symbolique : l'externalisation est pensée comme moins chère et économe en vies humaines pour les troupes officielles¹⁶⁴¹ (la vie des mercenaires semblant avoir un impact négatif plus faible sur l'opinion publique).

La souveraineté est un pouvoir de commandement dont la réalité se mesure à l'effectivité de l'ordre juridique. La question n'est donc pas de savoir si l'État exerce ou non telle compétence, ou si telle ou telle compétence est gérée par une personne publique, mais de savoir si les personnes exerçant telle ou telle compétence sont soumises à l'État, c'est-à-dire lui obéissent. Les domaines régaliens, sans nier l'importance qui est la leur, ne se distinguent

¹⁶⁴⁰ BRUYERE-OSTELLS W., *Histoire des mercenaires : De 1789 à nos jours*, Paris, Tallendier, 2011.

¹⁶⁴¹ MAGNON-PUJO C., « La souveraineté est-elle privatisable ? : La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, 2011/3 n° 95, p. 135.

pas matériellement des autres dans leur exécution. Si la spécificité des domaines régaliens est régulièrement affirmée, elle n'est jamais réellement démontrée. Ainsi, C. Magnon-Pujo estime que la dimension régaliennne de l'activité militaire empêche son autorégulation par le marché¹⁶⁴². Il s'agit toutefois d'une affirmation gratuite, qui n'est jamais expliquée. Il montre bien les difficultés (voire l'échec) de cette autorégulation. Il ne montre pas en quoi la logique (et les difficultés) de l'autorégulation par le marché pour les pratiques des PMSC serait différente de la logique d'autorégulation par le marché des pratiques dans l'agro-alimentaire ou du respect de l'environnement par les industries privées. Ces deux domaines font en effet l'objet de contrôles étatiques¹⁶⁴³, ce qui indiquerait que l'autorégulation des pratiques par les mécanismes du marché n'est pas jugée satisfaisante alors qu'il ne s'agit pas de domaines régaliens. Cette spécificité des domaines régaliens apparaît donc plus idéologique que réellement scientifique, mais reste prégnante au sein de la réflexion. Il évoque ainsi les travaux de la *Commission on Wartime Contracting* :

dont l'objectif est de définir, de nouveau, ce qui est « *inherently governmental* », autrement dit sur ce qui appartient en propre à l'État, ce qui ne peut sous aucune condition faire l'objet d'une contractualisation. Comme l'énonce le *Federal Activities Inventory Reform Act* en 1998 : « *The term "inherently governmental function" means a function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees.* » Ainsi, le débat se déplace. Il ne porte plus sur le principe même de sous-traiter des activités militaires qui jusqu'ici étaient réservées à l'État ; il porte sur ce qui, dans ces activités, doit être considéré comme intrinsèquement étatique et ce qui, à l'inverse, n'avait été jusque-là considéré comme étatique pour des raisons historiques et contingentes. Le travail au sein de la commission ne consiste donc plus à définir l'État à partir des activités de guerre, mais à distinguer, au sein de ces activités de guerre, celles qui sont du domaine de l'État de celles qui peuvent être du domaine du marché. C'est en ce sens que l'on peut parler de re-spécification. Le travail dans la commission rappelle la limitation de l'action gouvernementale aux fonctions « fondamentales », acceptant de fait la sous-traitance des tâches annexes dont elle surveille la mise en œuvre. La commission normalise alors ces pratiques et redéfinit l'État vis-à-vis du secteur privé, affirmant son rôle à la fois spécifique et limité, en vertu des caractéristiques prêtées à l'État¹⁶⁴⁴

L'expression « *caractéristiques prêtées à l'État* » est particulièrement judicieuse, car elle montre la dimension conjoncturelle et idéologique de ces caractéristiques. En fait, il n'existe pas de fonction inhérente au gouvernement¹⁶⁴⁵, puisque tout peut être, et a été, délégué¹⁶⁴⁶. Un État pourrait confier totalement l'exercice d'une guerre à une entreprise privée, cela ne remettrait pas en cause sa souveraineté. La délégation de compétence

¹⁶⁴² *Ibid.*, pp. 145-146.

¹⁶⁴³ À simple titre d'exemple, il est possible de citer la FDA et l'EPA aux USA ; ou l'ANSES en France.

¹⁶⁴⁴ MAGNON-PUJO C., *Op. cit.*, pp. 150-151.

¹⁶⁴⁵ Il faut toutefois préciser que la question s'était également posée après que l'EIC eut obtenu le contrôle (contre tribut annuel) du Bengale et y percevait des impôts (MORINEAU M. *Op. cit.*, pp. 90-91).

¹⁶⁴⁶ La seule fonction régaliennne qui ne semble jamais avoir été déléguée est le droit de grâce : à aucun moment des acteurs privés semblent avoir bénéficié du droit de suspendre une peine prononcée par la justice d'un État.

régalienne, si elle peut être risquée, ne constitue pas en soi une entrave à la souveraineté de l'État.

La délégation de compétence régaliennne, et notamment de la fonction militaire, si elle n'est pas contraire à la souveraineté de l'État peut toutefois être un risque pour elle. En effet, l'existence au sein d'un État d'une ou plusieurs armées privées peut être un risque si ces armées sont suffisamment puissantes pour s'opposer aux commandements du souverain. Lorsqu'il identifie l'État à l'existence d'une puissance de contrainte, Duguit explique que celle-ci doit être irrésistible :

Pour qu'il y ait un État, cette puissance de contrainte doit être irrésistible. Je veux dire par là qu'elle ne sera une puissance étatique que si dans l'intérieur du groupement elle ne rencontre pas une puissance rivale qui s'oppose à elle et l'empêche d'assurer par la force la réalisation de sa volonté. Si cette puissance rivale existe et s'il vient un moment où elle peut résister à la puissance préétablie, celle-ci cesse d'être étatique. Si les deux puissances s'équivalent et se neutralisent, pendant qu'il en sera ainsi, il n'y aura pas d'État, mais au sens étymologique du mot une anarchie, laquelle durera jusqu'au moment où une puissance irrésistible aura pu se constituer.¹⁶⁴⁷

L'État est donc remis en cause dans son existence même lorsqu'il existe une puissance qui lui résiste effectivement (ce qui permet de la qualifier de rivale). La simple existence d'une puissance non rivale ayant potentiellement les moyens de s'opposer à l'État n'est donc pas en soi négateur de l'État et de sa souveraineté. Ainsi, tant que le déséquilibre des forces est largement en faveur de l'État, l'existence de groupes armés n'est absolument pas problématique. Lorsque le déséquilibre est rompu, la souveraineté n'est remise en cause uniquement qu'en cas d'une résistance effective de ces groupes, c'est-à-dire lorsque les Hommes qui les composent obéissent à leur chef à l'encontre du souverain. Ce n'est qu'à ce moment, lorsque l'effectivité des commandements (donc du droit) n'existe plus et ne peut être garantie par la force que la souveraineté cesse. C'est en ce sens que l'existence de la *BEIC* ne remet pas en cause la souveraineté du souverain anglais : elle ne s'y est jamais opposée. Le même raisonnement est possible pour *Executive Outcomes* au Sierra Leone. Néanmoins, l'existence de tels groupements est alors un risque, puisqu'il existe au sein de l'État un groupe *pouvant* se rebeller et disposant immédiatement des moyens matériels de le faire. Le fait qu'il soit étranger peut éventuellement accroître ce risque, mais il ne s'agit encore que d'une virtualité. Seule la rébellion effective d'un groupement remet en cause la souveraineté d'un État. Tant que celui-ci se plie aux injonctions du souverain, la souveraineté est respectée. Il n'y a d'ailleurs pas de différence fondamentale entre la rébellion d'un groupe armée au sein

¹⁶⁴⁷ DUGUIT L., *Traité de droit Constitutionnel*, T1, *Op. cit.*, p. 537.

d'un État et la rébellion de tout ou partie de l'armée régulière (excepté qu'il est possible de supposer à l'armée régulière une loyauté supérieure –ce qui est la base des critiques du mercenariat que posait déjà Machiavel¹⁶⁴⁸).

Cette possibilité de contrôle de l'État sur ces groupes privés disposant de troupes militaires s'observe par exemple avec la *BEIC*. Les différentes réformes et contrôles que le Parlement, à travers les ministres, exercèrent sur la compagnie traduit bien cette collusion entre acteurs privés et États, dans des secteurs pourtant jugés clefs¹⁶⁴⁹. Elle participe plus d'un mode de gouvernance que d'un manque de souveraineté. Le fait que la couronne britannique ait pu reprendre le contrôle de fonctions puis la gestion des territoires préalablement administrés par la *BEIC* (et enfin dissoudre celle-ci) montre bien qu'elle n'a jamais perdu l'autorité sur elle et les territoires qu'elle administrait. De manière similaire, l'Afrique du Sud a pu dissoudre *Executive outcomes*¹⁶⁵⁰

Béatrice Hibou mettait en avant la maîtrise par l'État de la dévolution, notamment par la renégociation des conditions de celle-ci. Les monopoles accordés à la *British East India Company*, de durées limitées et régulièrement accordées en échange de prêts financiers s'inscrivent parfaitement dans ce cadre. La nationalisation, pour employer sciemment un anachronisme, des sociétés commerciales n'est qu'un exemple parmi d'autre de ce phénomène consistant à une appropriation par les pouvoirs publics d'institutions privées gérant ce qui est perçu comme une activité essentielle pour l'État. Lorsque la gestion d'une activité par les acteurs privés n'est plus jugée satisfaisante au regard des objectifs politiques des dirigeants, ceux-ci peuvent alors soit accroître le contrôle de l'État sur les acteurs privés

¹⁶⁴⁸ MACHIAVEL N., « Le Prince », in. *Œuvre Complètes*, Paris, Gallimard, 1952 [1532], pp. 329-330.

¹⁶⁴⁹ Le Parlement et le gouvernement avaient ainsi un droit de regard puis de contrôle qui s'est accru tout au long des XVIIIe et XIXe siècles. Le traité d'Aix-la-Chapelle a des dispositions concernant les compagnies : « Une autre signification était à déceler derrière cette clause du traité d'Aix-la-Chapelle [concernant la rétrocession de Madras aux anglais]. Les affaires d'Orient avaient cessé d'être le domaine réservé des Compagnies » (MORINEAU M. *Op. cit.*, pp. 77-78). Le *Regulating Act* de 1773 modifia le fonctionnement interne de la compagnie (duré des mandats...)et accrut le contrôle de l'État : « Pour les questions d'argent, tous les actes et la correspondance passeraient sous les yeux du Lord Trésorier ; pour les affaires militaires et navales, il en irait de même devant un secrétaire d'État » (*Ibid.*, pp. 91-92). De même, le roi instaura au Bengale une Cour suprême de Justice. En août 1784, l'*India Act* fait nommer les directeurs par le roi et voit la création d'un Bureau de contrôle (composé de membres du gouvernement), qui « avaient accès à tous les papiers de la Compagnie et leur approbation était requise pour toutes les dépêches envoyées aux Indes, à l'exception de celles ayant un caractère purement commercial » (*Ibid.*, pp. 97-98). La fin du monopole commercial orienta la *BEIC* vers la gestion du territoire indien, sous contrôle de l'État. En 1858, après la révolte des Cipayes, l'Inde passa sous contrôle direct de l'État.

¹⁶⁵⁰ « À la veille de sa dissolution, la société sud-africaine semble alors au sommet de sa puissance. Elle s'appuie sur un personnel de plus de 2 000 contractors et sur un armement impressionnant : trois Boeing 727, les hélicoptères utilisés en Sierra Leone, des avions légers mais aussi des chasseurs à réaction. » BRUYERE-OSTELLS W., *Histoire des mercenaires : De 1789 à nos jours*, Paris, Tallendier, 2011.

(comme le montre l'histoire de la *BIEC*), soit prendre directement le contrôle et intervenir eux-mêmes pour gérer cette activité. La gestion et l'organisation des SPMC entrent parfaitement dans cette logique. Tant la délégation que le flou entourant les contrats que leur attribution correspond parfaitement au cadre décrit par B. Hibou pour les pays du Sud de redéfinition du rapport politique entre l'État et les groupes privés :

Les États anglo-saxons continuent en effet à valoriser une régulation par le marché et à rester en retrait lorsqu'il s'agit d'envisager un contrôle direct des activités des entreprises par les agences publiques. L'arrangement qui se met en place témoigne de la volonté de maintenir le phénomène de la contractualisation de la violence d'État hors du domaine politico-légal. Reflet d'un choix politique en faveur du marché, afin notamment de réduire sa responsabilité, l'État se redessine ainsi en donnant existence, par de constants aller-retour entre le privé et le public, à des modalités nouvelles dans le rapport qu'il entretient avec l'activité étatique par excellence qu'est la guerre. Ce processus ne peut alors être assimilé uniquement à un retrait de l'État et à sa privatisation.¹⁶⁵¹

Il faut ainsi rappeler à titre d'exemple la mise en place du système ferroviaire en France (domaine non régalien mais similaire). En effet, les premières compagnies ferroviaires étaient des compagnies privées disposant de concessions accordées par l'État français¹⁶⁵². Or, François Caron explique que les élites politiques étaient divisées : « *aux défenseurs des prérogatives de l'État s'opposèrent les libéraux pour lesquels, suivant le modèle britannique, il fallait faire exclusivement appel à des capitaux privés* »¹⁶⁵³. Le détail de l'évolution des différentes lois et modalités de participation de l'État, jusqu'à la création de la SNCF en 1937 n'est pas spécifiquement pertinent ici. Il peut cependant être utile de préciser que ces capitaux privés n'étaient pas nécessairement d'origine française : la crise économique de 1839 entraîna la création d'une nouvelle compagnie pour la ligne Paris Rouen à capitaux majoritairement britanniques¹⁶⁵⁴. Il faut également préciser que la création de la SNCF fut la conséquence des grandes difficultés économiques des compagnies ferroviaires¹⁶⁵⁵. Un autre exemple, concernant également les transports, peut être trouvé dans la compagnie universelle du canal maritime de Suez, qui creusa et exploita le canal.

Ainsi, la participation plus ou moins grande des acteurs privés à des tâches et fonctions considérées comme régaliennes n'est absolument pas un phénomène récent qui serait lié à une évolution de l'État, de la société ou du contexte international. Au contraire, les

¹⁶⁵¹ MAGNON-PUJO C., « La souveraineté est-elle privatisable ? : La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, 2011/3 n° 95, p. 149.

¹⁶⁵² CARON F., *Les grandes compagnies de chemin de fer en France, 1823-1937*, Genève, Librairie Droz, Archives économiques du Crédit Lyonnais, n°5, 2005.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, pp. 396-400.

États, dès leur origine et tout au long de leur histoire se sont toujours appuyés sur certains secteurs et groupes d'intérêts privés pour assurer des tâches qu'ils estimaient nécessaires ou profitables sans nécessairement disposer des moyens financiers suffisants. Les multiples choix possibles entre une gestion totalement étatique et une gestion totalement privée relèvent ainsi de choix stratégiques propres, similaires aux choix possibles pour les fonctions non régaliennes.

Il y a donc eu au cours de l'histoire des États un jeu constant de privatisation et d'étatisation de certaines activités, plus ou moins régaliennes (allant de la réglementation de pratiques de corps de métiers à la gestion de relations diplomatiques et la conduite de la guerre). Le fait qu'à un moment donné il soit possible d'observer sur une période de quelques décennies un mouvement allant plus dans un sens que dans l'autre n'est donc absolument pas significatif. Les exemples précités montrent bien (tant dans le cas des grandes sociétés commerciales que des chemins de fer français¹⁶⁵⁶) que l'État reste le dépositaire ultime de l'autorité et du pouvoir puisqu'il peut à tout moment récupérer la gestion de ces activités (surtout si l'on se rappelle que les premières concessions de chemin de fer, accordées par ordonnance royale par Louis XVIII, l'étaient à titre perpétuel¹⁶⁵⁷).

La mise en perspective de ce jeu constant entre privatisation et étatisation d'activités sociales (dans sa phase actuelle de privatisation) et l'inflation législative évoquée précédemment devrait plus inciter à évoquer un redéploiement de l'activité étatique qu'à un retrait : cela pourrait bien être parce que l'État régule et contrôle de plus en plus l'activité des personnes, qu'il délègue une quantité plus grande de son autorité à des personnes privées. Il faut en outre préciser que ces délégations sont souvent assorties de cahiers des charges, et ne consiste donc pas en un blanc-seing définitif : les acteurs privés restent soumis à la loi de l'État qui peut toujours renationaliser. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une perte de souveraineté¹⁶⁵⁸.

La privatisation de certaines activités de l'État apparaît donc comme une stratégie réversible visant la réalisation de certains objectifs, et est donc propre à l'art de gouverner. Il est d'ailleurs surprenant que S. Strange, alors même qu'elle définit le pouvoir en termes de cause de comportement et met l'accent sur la capacité à obtenir les effets souhaités, s'attache

¹⁶⁵⁶ Cf. *supra*.

¹⁶⁵⁷ <http://www.senat.fr/rap/196-177/196-1778.html> [consulté le 28/01/12]

¹⁶⁵⁸ Il pourrait être pertinent d'essayer d'évaluer l'importance relative de ces délégations par rapport à l'activité globale des États. Néanmoins, cette comparaison semble délicate à réaliser et ne saurait être envisagée dans le cadre de cette thèse.

ainsi à ce qui est effectivement réalisé par l'État. Le fait pour l'État de faire faire peut très bien apparaître comme l'exercice par l'État de son pouvoir d'influence.

Cette confusion s'explique probablement par l'attachement, chez certains auteurs, à une conception matérielle du politique. Or, il a été rappelé qu'une des caractéristiques essentielles de la théorie de la souveraineté (selon Hobbes, Bodin, Kelsen, Weber ou Beaud par exemple) consiste justement à considérer que le domaine de la loi est indéterminé.

Le fait que des acteurs privés gèrent certains secteurs d'activité, même régaliens, n'entraîne donc pas nécessairement une remise en cause de l'effectivité de l'ordre juridique, donc de l'État (que Kelsen identifie à cet ordre juridique) et donc de la souveraineté. Toutefois, réfuter l'idée que la privatisation de certaines fonctions puisse entraîner un recul de l'État ou être une atteinte à sa souveraineté amène nécessairement à s'interroger sur la distinction entre personne privée et personne publique. En effet, la privatisation consiste à transférer aux acteurs privés (personnes privées) la gestion de certaines activités sociales. Il est donc nécessaire de s'intéresser à ce que dit la doctrine juridique à ce sujet. Or, il semble bien que la distinction soit délicate à établir avec précision, et qu'elle soit plus spécifique à l'histoire de la construction de l'État et du droit qu'à une réelle distinction de nature.

2.2.3.1.3 La distinction entre acteurs privés et acteurs publics : une distinction artificielle fruit de l'histoire de la construction des États et du droit

La distinction entre personne privée et personne publique est délicate et semble d'ailleurs être l'objet de nombreux développements doctrinaux pointus. Ce débat semble toutefois plus intéresser les juristes que les politistes. La question est pourtant importante car elle permet de déterminer s'il y a une réelle différence à ce qu'une activité, notamment régaliennne, soit gérée par une personne publique ou une personne privée. En effet, la privatisation d'une activité traduit principalement ce fait : le changement du statut juridique de la personne s'en occupant. Or, cette distinction est relativement contingente et de plus en plus floue. Elle sert principalement à identifier le régime juridique s'appliquant lors de litiges et constitue une justification idéologique au régime dérogatoire de la puissance publique. En réalité, la puissance publique peut aussi bien être confiée à des acteurs privés qu'à des acteurs

publics, sans que le changement de statut juridique ait un impact sur la souveraineté : son titulaire reste habilité par l'État et devient donc partie intégrante de celui-ci.

L'idée que la privatisation de l'Administration traduise un recul de l'État est remise en cause par le fait que la distinction entre personne privée et personne publique est de plus en plus floue et ne permet plus d'identifier les membres de l'Administration (2.2.3.2.3.1). Il y a ainsi des personnes privées au sein de l'Administration, ce qui ne pose pas de problème du point de vue de la souveraineté, vu que cette distinction apparaît comme contingente (2.2.3.2.3.2).

2.2.3.1.3.1 La distinction entre personne privée et personne publique, de plus en plus floue, ne permet plus d'identifier les membres de l'Administration

Nicolas Mathey rappelle ainsi que Jean-Bernard Auby distingue dans sa thèse trois périodes dans l'évolution des termes jurisprudentiels et doctrinaux concernant la distinction entre personnes privées et personnes publiques : classique, intermédiaire et contemporaine.

Lors de la période classique, la distinction entre personnes privées et personnes publiques relevait d'un sens clair : « *s'interroger sur la qualité de personne publique d'une personne morale, c'est s'interroger sur son appartenance à l'Administration, sur son incorporation à l'Administration* »¹⁶⁵⁹. La période intermédiaire voit un bouleversement de la matière, par la multiplication des organismes de genre incertain, d'activités publiques gérées par le secteur privé et d'activités privées gérées par le secteur public, ce qui fait dire à J.-B. Auby que « *on ne sait plus très bien ce que la distinction à vocation de cerner* »¹⁶⁶⁰. Enfin, la période contemporaine augmenterait ce flou par l'interpénétration des institutions publiques et privées ainsi que par le contraste croissant entre la qualification formelle d'une personne morale et son rôle ou régime¹⁶⁶¹.

Ainsi, non seulement la distinction entre personne publique et personne privée est délicate, mais le sens même de cette distinction semble être de plus en plus flou. En effet, alors que la

¹⁶⁵⁹ AUBY J.-B., *La notion de personne publique en droit administratif*, thèse Bordeaux, 1979, p. 98 (cit. in MATHEY N., « personne publique et personne privée », ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La personnalité publique*, Colloque de l'AFDA, 14-15 juin 2007, LexisNexis, 2007, p. 63.

¹⁶⁶⁰ AUBY J.-B. (*Ibid.*, p. 102), cit. in MATHEY N., *Op. cit.* p. 64.

¹⁶⁶¹ MATHEY N., *Op. cit.*, p. 64.

distinction avait vocation à déterminer l'appartenance à l'Administration, cette approche ne semble plus pertinente puisque de nombreux auteurs considèrent que des personnes privées en font partie.

Il y a un lien fort entre l'Administration et le droit administratif, qui sont liées : l'Administration est ce qui est régi par le droit administratif et le droit administratif est ce qui régit l'Administration. Ainsi, définir ce qui relève du droit administratif permet de définir l'Administration.

La personne publique renvoyait initialement à la question de l'appartenance à l'Administration. Didier Truchet explique que le terme administration peut avoir plusieurs sens : il désigne soit une activité (matériellement ou fonctionnellement), soit l'institution qui exerce cette activité (organiquement ou fonctionnellement). Il ajoute qu'il n'existe pas de définition précise de l'Administration¹⁶⁶².

Ces définitions de l'Administration se retrouvent également chez R. Chapus, qui distingue trois types d'approches pour définir l'Administration¹⁶⁶³ :

L'école du service public de Léon Duguit pense l'Administration comme une activité définie fonctionnellement (par les fins). Le droit administratif concerne alors toutes les activités relevant du service public.

L'école de la puissance publique de Maurice Hauriou pense l'Administration comme une activité définie matériellement (par les moyens). Le droit administratif concerne alors tous les usages de la puissance publique.

La doctrine des bases constitutionnelles de G. Vedel pense l'Administration comme une institution définie matériellement. L'Administration est « *l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique* », le droit administratif étant alors le régime s'appliquant à ces activités¹⁶⁶⁴.

Dans le cadre d'une approche théorique sur l'État visant à rendre compte de la souveraineté, une approche en termes de puissance publique semble toutefois plus pertinente. Si la notion de service public (et d'intérêt général) est fondamentale en droit administratif

¹⁶⁶² TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], p. 87. Il réserve l'usage de la majuscule à l'institution.

¹⁶⁶³ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [14^e Ed.], pp. 3-6.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 4.

français, elle n'est toutefois que la justification idéologique¹⁶⁶⁵ de l'exercice d'un pouvoir de domination (et notamment, ici, de commandement) qui se traduit par l'exercice de la puissance publique. La fin de l'État étant indéterminée (comme la Loi), le but que celui-ci se donne pour justifier son action ne saurait être déterminant. L'approche du doyen Vedel est, elle, intéressante puisqu'elle prend en compte l'usage de la puissance publique, mais la prise en compte de l'élément institutionnel limite son analyse à des cas particuliers et ne peut donc servir à une théorie plus globale.

La manière dont R. Chapus présente ces trois écoles semble donc confirmer l'identité entre les personnes morales et autorités concernées par le droit administratif et l'Administration (à l'exception des services visant à la conduite des affaires étrangères)¹⁶⁶⁶. Or, quelle que soit l'approche, et indépendamment de leurs pertinences respectives, l'évolution du droit administratif semble indiquer qu'il n'est plus possible d'identifier précisément un membre de l'Administration comme personne publique.

La principale raison d'être de la distinction entre personnes publiques et personnes privées était de déterminer l'appartenance à l'Administration. Cette question est importante du point de vue du droit administratif puisque cela permettait de distinguer le régime juridique auquel sont soumises ces personnes. Lorsque R. Chapus aborde plus précisément la question de la différence entre personnes privées et personnes publiques, il précise effectivement les différences qu'entraînent l'appartenance à l'un des régimes (en l'occurrence public)¹⁶⁶⁷. Cette différence de régime s'expliquait alors par la spécificité de l'Administration, qui se justifiait par l'exécution d'un service public (entendu comme la réalisation de l'intérêt général)¹⁶⁶⁸. La réalisation de ces services dit publics nécessitait ainsi parfois l'usage de prérogatives particulières, notamment de puissance publique.

Didier Truchet rappelle ainsi que le droit administratif s'est construit sur une forte opposition entre personnes publiques et personnes privées : « *il ne saurait y avoir d'égalité entre elles puisque les premières disposent de prérogatives de puissance publique que n'ont*

¹⁶⁶⁵ Au sens développé par Paul Ricœur de système de représentation visant à légitimer un pouvoir de domination existant (Cf. *infra.*). Cette justification idéologique semblerait toutefois de plus en plus remise en cause, notamment du fait de la difficulté à définir précisément ce que doit être l'intérêt général.

¹⁶⁶⁶ Il est vrai que cette présentation s'inscrit dans le cadre d'une introduction au droit administratif.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, pp. 163-166

¹⁶⁶⁸ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [14^e Ed.], p. 563. Il considère ainsi que c'est *la raison d'être de l'administration*.

pas les secondes »¹⁶⁶⁹. La caractéristique principale de l'Administration était de disposer de prérogatives de puissance publique¹⁶⁷⁰ (il pense donc l'Administration comme activité définie matériellement). De même, Nicolas Mathey estime que « *La distinction des personnes morales de droit public et des personnes morales de droit privé découle, notamment, de la différence des intérêts poursuivis* »¹⁶⁷¹ (il pense donc l'Administration en termes de fonction).

Le statut de personne publique était donc lié à l'exercice de la puissance publique (justifié par la réalisation de service public) permettant à l'État d'appliquer sa volonté. Il permettait d'identifier les acteurs agissant au nom de l'État (donc du souverain) et disposant à ce titre de privilèges et d'immunités (le droit administratif étant bien un privilège¹⁶⁷²). Or, comme le constatait J.-B. Auby, cette distinction n'apparaît plus comme totalement fonctionnelle. Nicolas Mathey rappelle en effet que des personnes privées peuvent se voir appliquer des règles de droit public (notamment dans le cadre de délégation), mais également que des personnes publiques peuvent se voir appliquer des règles de droit privé¹⁶⁷³. Des prérogatives de puissance publique peuvent ainsi se voir attribuées à des personnes privées¹⁶⁷⁴, qui relèvent alors dans leur application du droit administratif. C'est ce que décrit le phénomène de privatisation de l'État. Si, pour l'instant, les pouvoirs de police administrative ne peuvent pas être délégués à une personne privée, la tendance serait vers la fin de cette interdiction : « *les frontières entre sphères publiques et sphères privées sont de plus en plus ténues en pratique et la privatisation de la police administrative semble inexorable* »¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁶⁹ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], p. 46.

¹⁶⁷⁰ Selon D. Truchet la principale prérogative de puissance publique consiste en « *la capacité d'édicter des actes administratifs unilatéraux, c'est-à-dire d'imposer à des tiers des droits et obligations par sa seule volonté* » Il s'agit bien ici d'une puissance de commandement, qui renvoie au pouvoir du souverain et de l'État.. Les autres consistent en :

- la soustraction des personnes publiques aux procédures d'exécution ;
- l'imprescriptibilité des biens relevant du domaine public ;
- la prescription quadriennale des dettes ;
- le pouvoir d'émettre un ordre de recouvrement ayant force exécutoire ;
- le pouvoir d'exproprier ;
- le pouvoir d'ordonner des travaux d'office ;
- le droit de l'État de devenir propriétaire des biens vacants et sans maître ;
- le droit de lever des impôts.

Cf. TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], pp. 73-74.

¹⁶⁷¹ MATHEY N., *Op. cit.*, p. 68. Il reconnaît toutefois qu'il existe des organismes privés (fondations, établissement d'intérêt public...) dont l'objet consiste en des activités d'intérêt général. Il distingue alors l'objet de la finalité et considère que seules les personnes publiques ont une finalité d'intérêt public tandis que les personnes privées ont une finalité privée même si leur objet est d'intérêt public.

¹⁶⁷² TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], p. 89.

¹⁶⁷³ MATHEY N., *Op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁶⁷⁴ TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], p. 89.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 324.

La différence entre personne privée et personne publique est donc de moins en moins pertinente puisqu'elle ne permet plus d'identifier précisément le régime juridique s'appliquant à ces personnes. Mais au-delà de ces questions de juridictions, se pose pour le politiste la question de l'Administration. Si l'Administration se définit comme l'ensemble des organes au moins partiellement soumis au droit administratif (soit parce que dépositaires de la puissance publique ; soit parce que réalisant un service public), alors il faut admettre l'existence au sein de celle-ci de personnes de droit privé.

Didier Truchet propose ainsi de considérer l'Administration comme un ensemble de personnes morales, dont certains organes sont des autorités (dépositaire de la puissance publique)¹⁶⁷⁶. Or, il rappelle bien que certaines de ces personnes morales, faisant partie de l'Administration, sont des personnes privées¹⁶⁷⁷. De même, René Chapus explique que la raison d'être de l'Administration est son activité qui consiste en l'exercice d'activités de service public. Il y a deux moyens d'exercer ces activités : la gestion publique (qui met en œuvre les prérogatives de puissance publique) ou la gestion privée. La principale différence qu'il évoque concerne le régime juridique alors impliqué :

La différence est importante. La gestion publique provoque la soumission de l'administration à des règles spécifiques de droit public et les litiges qu'elle peut susciter relèvent en principe de la compétence des juridictions administratives [...]. La gestion privée emporte, au contraire, l'application à l'administration des règles du droit privé¹⁶⁷⁸

Le statut juridique des personnes morales devient alors une modalité de gestion. Ces deux auteurs s'accordent donc pour intégrer dans l'Administration des personnes morales de droit privé. L'existence au sein de l'Administration de personnes privées, si elle permet effectivement de parler de privatisation de l'État, invalide totalement l'idée que cette privatisation traduit un retrait de l'État. Elle signifie juste la fin d'une Administration étatique composée uniquement de personnes publiques.

La distinction entre personne privée et personne publique n'est donc plus un critère suffisant pour déterminer si une personne morale fait ou non partie de l'Administration ou si elle est soumise ou non au droit administratif. Il apparaît en effet que des personnes privées font partie de l'Administration. Or, le fait que des personnes privées puissent être intégrées à l'Administration remet en cause le fait que la privatisation de l'État traduit nécessairement un

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, pp. 87-112.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 101.

¹⁶⁷⁸ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [14^e Ed.], p. 1.

recul de celui-ci : il peut ne s'agir que d'une reconfiguration. En effet, il n'y a pas de différence de nature entre personne privée et personne publique.

2.2.3.1.3.2 Public / Privé : une distinction contingente qui ne traduit pas une différence de nature

Cette mixité statutaire des personnes exerçant des prérogatives de puissance publique (et donc, selon l'idéologie française, réalisant une activité d'intérêt général) et des personnes publiques n'en exerçant pas montre alors la contingence de cette distinction. Nicolas Mathey explique ainsi l'unité du concept de personnalité morale :

Dès lors que la personnalité morale est conçue comme un concept commun au droit privé et au droit public, il faut reconnaître qu'elle n'est en elle-même ni publique ni privée. Tout au plus est-elle soumise au droit public de manière variable¹⁶⁷⁹

Il explique alors qu'« *Il n'existe aucune différence essentielle entre les personnes morales de droit public et les personnes de droit privé. La différence apparaît bien comme une différence de degré dans la soumission au droit public* »¹⁶⁸⁰.

La distinction a donc principalement une fonction technique, permettant de faciliter la détermination du régime juridique s'appliquant à telle ou telle activité pour une personne morale donnée : une personne privée est a priori plutôt soumise au droit privé tandis qu'une personne publique est a priori plutôt soumise au droit public. La difficulté de distinguer précisément une personne privée d'une personne publique (ou à tout le moins le droit qui doit s'appliquer au litige en question) se traduit par le fait que la méthode utilisée, dans les cas délicats, est celle du faisceau d'indices¹⁶⁸¹, ce qui montre bien l'absence de critères spécifiques déterminants. Il n'y a pas d'obstacle juridique à ce qu'une personne publique se voit appliquer des règles du droit privé ou qu'une personne privée se voit appliquer des règles et prérogatives du droit public.

Or, de même que la distinction entre personne publique et personne privée n'est pas essentielle et ne trouve sa légitimité qu'en tant qu'outil permettant l'identification du régime juridique dont le cas relève (et donc de la juridiction compétente¹⁶⁸²), la distinction entre

¹⁶⁷⁹ MATHEY N., *Op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 70. (autre la différence de finalité précitée).

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 71. Sur la question du faisceau d'indice, voir également CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [14^e Ed.], pp. 178-182.

¹⁶⁸² Michel Troper rappelle toutefois que « *la juridiction administrative n'applique pas toujours ce que le droit positif appelle droit public et la juridiction judiciaire ce qu'il appelle le droit privé* ». Il donne alors en note de bas de page l'exemple de l'arrêt *Giry*, où la Cour de Cassation affirme le devoir des juges judiciaires de se

régimes juridiques (privé et public) est elle-même contingente. Michel Fromont rappelle ainsi que le droit britannique ignore en principe la distinction entre droit privé et droit public¹⁶⁸³. De manière plus générale, Michel Troper semble reconnaître l'absence de différence de nature entre droit public et droit privé. Il estime néanmoins que la distinction reste opératoire. Il explique les trois fonctions que remplit cette distinction. Il peut ainsi s'agir d'une part « *d'une simple distinction conceptuelle, qui ne correspond en réalité à aucune fonction dans le droit positif* »¹⁶⁸⁴. Il peut s'agir d'autre part « *d'une distinction entre deux groupes de normes juridiques différenciés selon leur contenu ou leur fond* »¹⁶⁸⁵. Il peut s'agir enfin d'un moyen de décrire et comprendre le discours ou la culture juridique, « *c'est-à-dire l'ensemble des raisonnements par lesquels les autorités qui posent les normes les justifient* »¹⁶⁸⁶. Il considère alors que la distinction reste valide puisqu'elle permet de rendre compte du fonctionnement et de la logique du droit :

La distinction du droit public et du droit privé n'est pas simplement, à notre époque, une distinction conceptuelle. C'est une distinction opérée par le droit positif, soit parce qu'il résulte du caractère public ou privé d'une situation, l'application d'une règle de fond, au moins une règle de compétence juridictionnelle, soit parce que les organes créateurs de droits entendent justifier ainsi certaines de leurs décisions.¹⁶⁸⁷

Ainsi, même si la distinction entre droit public et droit privé est idéologique, sa prise en compte dans la description du droit positif reste nécessaire puisqu'il opère cette distinction. Elle est donc valable au sein d'un système juridique donné (« *à notre époque* »), qui est (en partie) construit sur cette distinction. Toutefois, si la distinction entre privé et public peut apparaître comme fondamentale pour décrire le fonctionnement d'un État, elle ne l'est pas pour décrire le fonctionnement de l'État. Remettre en cause cette différence au sein d'un État ne traduit alors qu'une évolution de cet État (tant des modalités que des justifications de son action) et non une remise en cause de son pouvoir et de sa souveraineté.

La distinction entre droit privé et droit public s'explique alors pour M. Troper par la construction du droit. Il s'agissait de rendre compte des prérogatives particulières dont disposaient les agents de l'État dans un système qui affirmait l'existence de droits subjectifs des individus. La personnalité morale publique est donc apparue comme un moyen de rendre

référer aux règles du droit public dans les litiges mettant en cause la puissance publique (TROPER M. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 191).

¹⁶⁸³ FROMONT M., « Rapport introductif », in. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La personnalité publique*, Colloque de l'AFDA, 14-15 juin 2007, LexisNexis, 2007, p. 6.

¹⁶⁸⁴ TROPER M. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 189.

¹⁶⁸⁵ *Idem.*

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 191.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, 192.

compte d'un ensemble de droits et devoirs différents des autres. Le terme droit public permettant alors de qualifier les actes ou biens de ces personnes lorsqu'ils sont soumis à un régime particulier¹⁶⁸⁸.

La distinction entre personne publique et personne privée est donc liée historiquement à la mise en place d'un système juridique particulier, distinguant des personnes juridiques auxquelles sont attribuées des droits posés comme subjectifs. Il s'agit donc bien d'une construction sociale, permettant et justifiant des pratiques.

Le pouvoir de commandement de l'Administration fut justifié idéologiquement (en France) par la notion de service public, qui est au cœur du droit public qui en règle l'exercice. Cette notion de service public (liée à l'intérêt général) est au cœur de la distinction entre secteur public et secteur privé, entre acteur public et acteur privé :

À l'origine, la distinction était la traduction juridique d'une opposition, celle du secteur public et du secteur privé, de l'Administration et du privé. Aujourd'hui, ainsi que le relevait déjà M. Auby en 1988, « la distinction est le fruit d'une volonté politique ». Dit autrement, la distinction n'a pas d'autre fondement que la volonté de l'État libre d'adapter son organisation aux missions qu'il est chargé de remplir.¹⁶⁸⁹

Or, Michel Troper rappelle bien que si cette opposition entre les deux secteurs est politiquement et économiquement capitale, « elle n'a, d'un point de vue strictement juridique, qu'une signification restreinte »¹⁶⁹⁰. L'importance politique est justement liée à l'idéologie justifiant l'action de l'État. Il y a donc bien une modification de l'administration, entendue comme activité de l'État, qui maintenant passe par des acteurs privés (et Didier Truchet a donc raison de considérer que certains membres de l'Administration sont des personnes privées). Cette évolution est corrélée à une évolution idéologique traduisant l'importance croissante des conceptions du management public issues du libéralisme : l'évolution des pratiques est nécessairement liée à une évolution de l'idéologie les justifiant (la détermination du rapport cause/conséquence ne pouvant être abordée ici). Il y a donc effectivement une évolution des conceptions idéologiques justifiant l'exercice ou la dévolution par l'État de prérogatives de puissance publique dans la réalisation des services dits d'intérêt public. Cependant, l'existence au sein de l'Administration d'acteurs privés, si elle modifie le type d'État et de domination, ne modifie pas le principe de souveraineté. L'État s'éloigne de l'idéaltype wébérien de domination bureaucratique en réintroduisant des bénéfices liés aux charges. Mais

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ MATHEY N., *Op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁹⁰ TROPER M. *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 183.

cela ne le remet pas en cause : l'État patrimonial et tout autant un État que l'État bureaucratique.

Comme toute construction sociale, la question n'est donc pas tant de savoir si la distinction est réelle que de savoir si elle est utile. Nicolas Mathey affirme ainsi la nécessité du maintien de la distinction entre personne publique et privée « *dans la mesure où elle conserve une portée pratique* »¹⁶⁹¹. L'utilité et la portée pratique d'une telle distinction au sein de l'ordre juridique de certains États contemporains ne sauraient être discutées dans le cadre de cette thèse. Il s'agit seulement de considérer que cette distinction, n'étant pas une distinction essentielle, ne saurait être un élément déterminant dans le cadre d'une analyse générale de la souveraineté. Le fait que tel ou tel droit et devoir soit accordé par le souverain à une personne qualifiée de privée ou de publique par le discours juridique et idéologique (afin de justifier ses prérogatives) ne modifie en rien la portée de la souveraineté.

L'organisation de l'Administration dépend ainsi de *la volonté de l'État libre d'adapter son organisation aux missions qu'il est chargé de remplir*. De même, Didier Truchet rappelle que la dévolution du service public est un choix discrétionnaire¹⁶⁹². Il est donc impropre de considérer que cela nuit au pouvoir de commandement de l'État et donc de la souveraineté. La forme que prend son organisation est arbitraire vis-à-vis de l'État (même si elle dépend de l'idéologie qui le soutient). La qualification de personne publique ne traduit pas une différence fondamentale dans l'exercice du pouvoir de commandement. La notion même de personne étant une fiction juridique, servant à faciliter la codification juridique et l'action de l'État, il est possible de l'adapter au besoin de l'Administration. Aude Rouyère évoque ainsi l'idée de parcellisation de la personnalité publique, au sens où les propriétés attachées à la personnalité juridique ne se retrouvent pas toutes. Elle considère en ce sens les « *entités non personnalisées détenant des attributs de la personnalité juridique* »¹⁶⁹³ et les « *entités personnalisées ne détenant pas intégralement tous les attributs de la personnalité juridique* »¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹¹ MATHEY N., *Op. cit.*, p. 70.

¹⁶⁹² TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], p. 346.

¹⁶⁹³ ROUYERE A., « La personnalité publique partielle », in. ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La personnalité publique*, Colloque de l'AFDA, 14-15 juin 2007, LexisNexis, 2007, pp. 110-111.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, pp. 112.

La différence entre personne publique et personne privée est donc une distinction organisationnelle renvoyant originairement au régime juridique en vigueur et fruit de l'idéologie du service public et de l'intérêt général qui s'est développée en France. Il apparaît donc que la personnalité juridique n'est qu'un instrument technique permettant de faciliter l'organisation juridique et les rapports entre différents éléments d'un ordre juridique¹⁶⁹⁵. Elle peut être parcellisée ou non en fonction des besoins, de même qu'en fonction des besoins il est possible de différencier certaines personnes pour leur attribuer un régime particulier (à tout ou partie de leur activité) et déterminer son mode de rapport avec les autres personnes juridiques ainsi que les droits et obligations qui sont les leurs. Mais il ne s'agit ici que de techniques juridiques qui renvoient au mode d'organisation de la République. L'insertion de personnes privées au sein de l'Administration de l'État n'est donc pas en soi un affaiblissement de cette Administration, mais bien juste une évolution de son mode d'organisation. Il n'y a ainsi aucun obstacle théorique à considérer que des missions de service public puissent être confiées à des acteurs privés. Que la réalisation d'une politique soit confiée à un acteur public ou à un acteur privé disposant d'un cahier des charges et d'obligations lui imposant de la réaliser d'une certaine manière ne modifie donc pas la souveraineté de l'État : cela reste une personne morale habilitée par l'État à prendre certaines décisions.

Le fait qu'il puisse y avoir au sein de l'Administration des acteurs privés invalide l'idée que la privatisation traduit un retrait de l'État ou une remise en cause de la souveraineté. Cette idée est construite sur le postulat erroné d'une identité entre l'Administration et les personnes de droit public. Seul ce postulat permet de considérer que le changement de statut est un recul de l'Administration. Or, l'évolution de la doctrine juridique administrative infirme cette idée. À partir du moment où il est admis que l'Administration comporte également des acteurs privés, alors la privatisation n'est plus en soi un recul. Le statut juridique des personnes s'occupant de la réalisation d'une mission pour l'État n'a donc pas d'impact significatif du point de vue de la théorie de l'État. La privatisation de l'État, qu'elle se traduise par un changement de statut de certaines personnes morales ou par le changement de régime juridique appliqué à des personnes publiques, ne saurait donc signifier en soi un retrait de l'État, mais bien simplement une transformation de ses modalités d'action. Les personnes privées restent habilitées par l'État et donc, lorsqu'elles prennent une décision du fait de cette habilitation, c'est l'État qui prend une décision.

¹⁶⁹⁵ Les débats concernant le caractère fictif ou non d'une personnalité morale apparaissant alors comme inutiles : il reste que c'est utile.

L'absence de distinction de nature entre personne privée et personne publique et l'incorporation des personnes privées au sein de l'Administration permet alors d'affirmer que celle-ci se développe. En effet, en considérant comme faisant partie de l'Administration non plus seulement les fonctionnaires et personnes publiques mais l'intégralité des personnes participant à l'élaboration des politiques publiques et à la mise en œuvre de la puissance publique, il faut alors supposer que la privatisation de l'État traduit en fait un développement de l'Administration. En ce sens, la privatisation de l'État et le développement des pratiques de gouvernance sont le signe d'une compénétration de plus en plus grande de l'État et de la société civile.

2.2.3.1.4 La privatisation de l'État et la gouvernance : symptôme d'une compénétration entre État et société civile

Cette immixtion de plus en plus grande d'acteurs privés au sein de l'Administration ne s'observe pas seulement dans la gestion d'activités, mais également au sein du processus d'élaboration des politiques publiques avec le développement des pratiques de gouvernance. Guy Hermet reprend ainsi les définitions de la gouvernance de Jean Leca (pour qui la gouvernance « *consiste [...] dans l'interaction d'une pluralité d'acteurs gouvernants qui ne sont pas tous étatiques ni même publics* ») et de Richard Balme (pour qui la gouvernance « *se distingue du gouvernement en ce qu'elle caractérise les relations entre un ensemble d'institutions et d'acteurs, publics et privés, plus que l'activité d'un organe centralisant l'autorité exécutive* »)¹⁶⁹⁶. Il en tire alors ce qu'il considère être l'aspect primordial de la gouvernance, inscrit dans « *l'abandon ou du moins l'affaiblissement de la hiérarchie public-privé, en conséquence dans le passage d'une espèce de verticalité de l'exercice de l'autorité publique à l'horizontalité de celui-ci. Au-delà, elles suggèrent la nature polycentrique de la gouvernance, au sens à la fois topographique et procédural* »¹⁶⁹⁷. Ces citations montrent bien la prégnance de la distinction entre secteur privé et secteur public au sein de la réflexion théorique, alors qu'il a été montré que celle-ci est accessoire.

¹⁶⁹⁶ HERMET G., « Une extension du pluralisme limité non prévue par Juan Linz ? La gouvernance démocratique comme régime autoritaire », in. DARVICHE M.-S., GENYES W. (dir.), *Penser les régimes politiques avec Juan Linz*, l'Harmattan, Paris, 2008, p. 201.

¹⁶⁹⁷ *Idem.* Ces définitions étaient déjà reprises dans HERMET G., « La gouvernance serait-elle le nom de l'après démocratie ? », in. HERMET G., KAZANCIGIL A., PRUD'HOMME J.-F., (dir.), *La gouvernance, un concept et ses applications*, Paris, Karthala, 2005, pp. 34-35.

Néanmoins, Guy Hermet considère, tout en étant très critique vis-à-vis de la gouvernance, qu'elle est avant tout « un « mode de conduite » des affaires publiques »¹⁶⁹⁸. Elle est donc bien un mode de gouvernement et se distingue donc de la souveraineté. C'est ce que rappelle A. Kazancigil :

Tandis que la souveraineté est une dimension fondamentale de la politique dans ses rapports à l'autorité la gouvernance est un procédé ou une technique de coordination, de négociation et de prise de décisions. [...]. Ces deux concepts n'ont donc pas le même statut méthodologique en science politique et en sociologie.¹⁶⁹⁹

Il n'est pas question de nier les problèmes que cela peut potentiellement impliquer. Pour Guy Hermet la gouvernance, comme la démocratie participative, se traduirait concrètement par un système de cooptation de groupes complaisants, sans réelle représentativité, et surtout sans responsabilité politique¹⁷⁰⁰. Il évoque ainsi la perte de la sacralité du pouvoir, le fait qu'elle traduise plus une gestion visant à parer des risques que la mise en œuvre de plan pour l'avenir, et le manque de légitimité qu'elle peut entraîner¹⁷⁰¹. Toutefois, en tant que mode de gouvernement, elle ne remet pas nécessairement en cause la souveraineté de l'État. Elle est un des modes de remise en cause de l'exclusivité des acteurs publics dans l'Administration. Ces critiques s'inscrivent toutefois dans le cadre idéologique du service public et de l'intérêt général défendu par les institutions publiques, pensées comme fondamentalement différentes des institutions privées.

Or, Guy Hermet explique qu'une des particularités de la gouvernance consiste en la substitution de la négociation et du contrat à l'injonction et la délibération¹⁷⁰². En ce sens, elle pourrait traduire effectivement une transformation de la souveraineté. Cette importance du droit souple dans les nouveaux modes de gouvernement a déjà été évoquée¹⁷⁰³. Néanmoins, parallèlement au droit souple, il faut rappeler que la négociation et le contrat participent dans le cadre de la gouvernance à la mise en place des politiques publiques, qui elles restent contraignantes vis-à-vis de la population. Si effectivement les acteurs publics négocient de

¹⁶⁹⁸ HERMET G., « Une extension du pluralisme limité non prévue par Juan Linz ? La gouvernance démocratique comme régime autoritaire », in. DARVICHE M.-S., GENYES W. (dir.), *Op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁹⁹ KAZANCIGIL A., « La gouvernance et la souveraineté de l'État », in. HERMET G., KAZANCIGIL A., PRUD'HOMME J.-F., (dir.), *Op. cit.*, pp. 49-64. Il adopte toutefois une conception de la souveraineté qui la rapproche du mode d'organisation de la scène interétatique, mais cela n'enlève rien à la pertinence de sa remarque.

¹⁷⁰⁰ HERMET G., « Une extension du pluralisme limité non prévue par Juan Linz ? La gouvernance démocratique comme régime autoritaire », in. DARVICHE M.-S., GENYES W. (dir.), *Op. cit.*, pp. 205 sq.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, pp. 202 sq.

¹⁷⁰² HERMET G., « La gouvernance serait-elle le nom de l'après démocratie ? », *Op. cit.*, pp. 37-38. Également dans l'introduction qu'il rédige avec Ali Kazancigil, (*Op. cit.*, pp. 9-10)

¹⁷⁰³ Cf., *infra*.

plus en plus avec des acteurs privés les modalités d'usage de la puissance publique, celle-ci reste principalement une force d'injonction. Le fait qu'une norme soit négociée avec un acteur privé (ou même empruntée à un acteur privé) dans le but de l'adapter aux besoins des agents concernés n'a aucune importance sur l'effectivité de la souveraineté. En effet, la distinction publique / privée étant contingente, la participation d'acteurs privés au processus d'élaboration des normes ne saurait être problématique. Dans tous les cas, indépendamment des sources et du mode de création des normes, une norme n'est juridique que parce que autorisée et appliquée par le souverain qui lui accorde ce statut. Lorsque la participation d'acteurs privés est institutionnalisée, il ne s'agit que d'une modification de la procédure de décision de la norme. Ceux-ci, habilités par l'ordre juridique, doivent donc être considérés comme des organes de l'État. Il s'agit d'une modification de la structure institutionnelle de l'État afin de rendre les politiques publiques plus efficaces.

En effet, c'est bien parce que, comme l'a montré Foucault, le pouvoir est présent dans l'intégralité des rapports sociaux¹⁷⁰⁴ que le gouvernement mutualise les sources de pouvoir afin d'augmenter sa capacité de contrôle. Parce qu'il existe de nombreuses autorités non étatiques pouvant influencer les comportements (ce qui est à la base de la critique de l'État de S. Strange), il peut apparaître utile de les associer au gouvernement de la société afin de bénéficier de leur pouvoir et ressources. Ces acteurs deviennent alors relais de l'action gouvernementale. L'idée d'assimiler différents acteurs sociaux au sein des processus décisionnels afin de bénéficier de leur pouvoir n'est pas nouvelle. C'est ce que préconisait déjà Guizot :

Si donc vous voulez profiter de tous les moyens que contiennent les supériorités et les influences individuelles, remettez-leur, en réalité, une part du gouvernement. Ne faites pas du pouvoir ce que l'avare fait de l'or : ne l'entassez pas pour le laisser stérile. L'art de gouverner consiste, non à s'approprier en apparence toute la force, mais à employer toute celle qui existe.¹⁷⁰⁵

Néanmoins, comme l'indique bien Guizot, il s'agit d'une stratégie de gouvernement, renvoyant à l'art de gouverner, dans une optique téléologique de production d'effets sociaux. Cela traduirait alors selon lui par une augmentation du contrôle politique sur la société et réciproquement : « *Telle est l'idée mère de Guizot : le développement politique moderne*

¹⁷⁰⁴ FOUCAULT M., *Histoire de la sexualité*, Paris, Gallimard, 1976, p. 122.

¹⁷⁰⁵ GUIZOT F., *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, cit. in. MANENT P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmant Lévy, 1987, pp. 205-206.

conduit à l'accroissement simultané de l'action du pouvoir sur la société et de l'influence de la société sur le pouvoir »¹⁷⁰⁶.

Les phénomènes de privatisation de l'État et de gouvernance traduisent ainsi un phénomène de compénétration de plus en plus intégrée entre l'État et la société civile. Les sociétés occidentales libérales se sont construites sur la distinction, à partir de Hegel, entre État et société civile¹⁷⁰⁷, ce qui entraîna une différenciation et une spécialisation de l'Administration. La société civile est définie par J.-L. Quermonne comme « *L'ensemble des rapports interindividuels, des structures familiales, sociales économiques, culturelles, religieuses, qui se déploient dans une société donnée en dehors du cadre et de l'intervention de l'État* »¹⁷⁰⁸. La société civile est donc principalement définie négativement, comme non étatique :

Or, comme l'a relevé Norberto Bobbio, il est difficile de définir positivement la société civile dès lors que sa caractéristique essentielle est d'être du non-État, car « cela nécessiterait de faire la liste de tout ce qui reste à l'extérieur quand on a délimité la sphère de l'État ». Des définitions de ce genre, à la fois « résiduelles » et substantialistes, qui font de la société civile un ensemble d'institutions bien précises, distinctes de l'État et supposées issues d'un processus indépendant de celui-ci, n'ont guère d'utilité.¹⁷⁰⁹

Jean-Louis Quermonne distingue alors la société civile (la société moins l'État et les partis politiques) de trois autres concepts¹⁷¹⁰ : la société politique (l'ensemble des institutions publiques : l'État au sens large) ; la société globale (ensemble sociétal intégré le plus vaste – aujourd'hui les États au sens de République) ; l'espace public d'Habermas (« *qui prend en considération la capacité de communication entre les composantes de la société civile et celles de la société politique* »). L'espace public serait donc un espace où différents acteurs issus de la société civile débattent de la chose publique, notamment (chez Habermas) dans une optique critique vis-à-vis des acteurs étatiques afin d'influencer l'État.

Or, la distinction entre société civile et société politique est brouillée. La distinction entre acteurs privés et acteurs publics devient de plus en plus floue. De plus, des acteurs privés, c'est-à-dire des acteurs issus de la société civile, sont dépositaires de la puissance publique, gèrent des services publics et intègrent donc la société politique. Certains sont

¹⁷⁰⁶ MANENT P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmant Lévy, 1987, p. 205.

¹⁷⁰⁷ COLLIOT-THELENE C., art. « État et société civile », in. RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 228b.

¹⁷⁰⁸ QUERMONNE J.-L., *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Seuil, 2006 [1986, 5^e Ed.], p. 201. Il précise ensuite que « *la société civile est la résultante de la multiplicité des relations interindividuelles et des forces sociales qui unissent, dans une société donnée, les hommes et les femmes qui la composent, sans l'intervention ni le secours immédiats de l'État* » (*Ibid.* p. 202).

¹⁷⁰⁹ KHILNANI S., « La « société civile », une résurgence », *Critique internationale* 1/ 2001 (n° 10), §16 . URL : www.cairn.info/revue-critique-internationale-2001-1-page-38.htm.

¹⁷¹⁰ QUERMONNE J.-L., *Les régimes politiques occidentaux*, *Op. cit.*, pp. 202-203.

intégrés au processus d'élaboration des politiques publiques. La place des acteurs privés au sein de l'Administration est de plus en plus importante, la gouvernance traduisant bien l'inscription des éléments de la société civile à l'exercice de la régulation sociale¹⁷¹¹. Il faut donc en déduire que le développement de la gouvernance et de la privatisation de l'État rend de plus en plus floue la distinction entre la société civile et la société politique (qui, chez J.-L. Quermonne, est liée au statut juridique des acteurs et à leur origine), puisque des acteurs privés font partie de l'Administration.

La privatisation de l'État à travers les pratiques de dévolution et le développement de la gouvernance traduisent donc une fusion entre l'État et les acteurs de l'espace public, c'est-à-dire entre l'État et une part de plus en plus importante de la société civile (dont sont issus les acteurs de l'espace public incorporés à l'Administration). Ce qui donc au premier abord peut apparaître comme un recul de l'État ou une diminution de son pouvoir peut également apparaître comme une stratégie de gouvernement consistant à investir les différents champs sociaux en intégrant à l'Administration les acteurs dominants de ces champs. Le fait d'associer à l'élaboration des politiques publiques les acteurs dominants de l'espace public permet alors de neutraliser leur fonction critique mise en avant par Habermas. Cela stabilise donc le système politique. La gouvernance, à travers la privatisation de l'État, réalise le vœu de Guizot de voir associées au gouvernement *les influences individuelles*. Les phénomènes en cours traduisent ainsi autant une privatisation de l'État qu'une publicisation de la société civile.

Ainsi, ce que Susan Strange présente comme un paradoxe, le décalage entre le déclin du pouvoir de l'État et l'intervention de plus en plus grande de l'Administration dans la vie quotidienne¹⁷¹² n'en est pas un. Le maillage de plus en plus fin du contrôle juridique des conduites individuelles observable dans les États dits postmodernes est justement permis par cette compénétration de l'État et des acteurs de la société civile, qui mutualise ainsi les pouvoirs des différents acteurs pour la normalisation de la société. Ainsi, si effectivement la part des acteurs publics au sein de l'Administration est en baisse, la part de l'Administration

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 212.

¹⁷¹² « L'un [des paradoxes], qui cache à beaucoup de gens le déclin général du pouvoir de l'État est que l'intervention de l'administration publique dans la vie quotidienne du citoyen semble en expansion. [...] On a ainsi l'impression que la vie quotidienne échappe de moins en moins aux activités et décisions de l'administration publique. Cela ne contredit pas nécessairement mon affirmation selon laquelle le pouvoir de l'État diminue. » STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, Temps Présent, 2011 [1996], pp. 29-30.

au sein de la société est en hausse. La privatisation de l'État traduit donc davantage son renforcement que son retrait.

Il apparaît donc que ce qui est remis en cause, ce n'est pas tant la souveraineté de l'État que sa réduction à une bureaucratie légale rationnelle de type wébérien. Ce ne sont plus uniquement les fonctionnaires qui exercent les fonctions considérées comme étatiques, puisqu'y sont associés par contrat des organismes considérés comme privés, dont les personnels ne sont plus recrutés sur concours, et peuvent être intéressés à l'exercice de leur mission. Ils ne correspondent donc pas à l'idéaltype wébérien du fonctionnaire

Il n'y a donc aucun problème d'un point de vue juridique à confier l'exercice de la puissance publique à des acteurs privés. Du fait de cette délégation ou autorisation, il est alors possible de considérer que des acteurs privés font partie de l'Administration d'un État. La qualification de personne privée ou publique n'a d'importance que dans un système juridique qui s'est construit autour de la notion de service public comme réalisation de la volonté générale, attachée à l'État. Si l'insertion d'acteurs privés dans l'Administration est effectivement un recul vis-à-vis d'une certaine conception de l'État et de la politique, il est impropre, d'un point de vue plus général, de parler du recul de l'État.

Les critiques de la souveraineté du fait du polycentrisme croissants des États ou de la privatisation apparaissent donc bien comme justifiées par une conception prédéfinie de l'État. C'est seulement à partir de cette définition préalable qu'il est possible de critiquer le concept de souveraineté en considérant que des normes adoptées par l'État ou par des organes qu'il a habilités puissent être une limite à sa souveraineté.

C'est donc bien une transformation de la conception de l'État qui entraîne la critique de la souveraineté.

L'évolution de la pensée juridique a donc entraîné deux grands types corrélés d'évolution conceptuelle. La première est l'affirmation de l'État comme personne morale, souvent considéré comme sujet du droit international. La seconde est l'affirmation de la souveraineté comme attribut juridique de cette personne morale, puis, dans le domaine international, comme le principe d'organisation de la scène interétatique (voire comme le principe d'organisation du système westphalien). L'État n'est donc plus la République de Bodin (ni le Common-Wealth de Hobbes) et la souveraineté n'est plus la puissance normative qui donne corps à cette République.

En effet, une part conséquente des critiques de la souveraineté s'attache ainsi à dénoncer la souveraineté à travers l'organisation de la scène interétatique, soit du fait de son évolution, soit du fait d'une incompatibilité entre le système westphalien et une société mondiale pacifiée. Ces critiques sont liées à la distinction puis la séparation progressive des concepts de souveraineté interne et de souveraineté externe. Pensée à travers sa dimension externe, la souveraineté subit alors un retournement complet de sa signification par rapport à sa formulation originale : elle est attribuée par le droit international et désigne la liberté légale de l'État, puis par extension le système créé par cette liberté légale.

Un autre type de critiques est lié à l'assimilation de l'État à une personne morale prédéfinie. Il est alors possible de considérer l'existence d'organes (ou de personnes) disposant de capacités normative qui ne font pas partie de l'État. L'État, ainsi prédéfini, se trouverait alors soumis à des normes dont il ne serait pas la source. Ce type de critique traduit une cristallisation de l'État sur la forme nationale et légale-rationnelle qu'il a pris au cours des XIXe et XXe siècles. Il y a alors une confusion entre organes (et droits) supranationaux et organes (et droits) supra-étatiques, de même qu'il y a une confusion entre organes privés et organes extra-étatiques. Ces deux dénominations (supra- et extra-étatique) ne peuvent se comprendre qu'en ayant une conception prédéfinie de l'État dont seraient exclus les organes et personnes en question.

Il apparaît donc bien que les critiques de la souveraineté soient construites sur les conceptions actuelles de l'État et de la souveraineté, qui sont bien différentes de celles qui étaient entendues par Hobbes et Bodin. Il est possible que les États, tels qu'ils sont pensés aujourd'hui, ne soient pas souverains. Il est toutefois impossible de déduire de ces critiques que la théorie de la souveraineté, telle qu'elle fut originellement pensée, est fautive.

Conclusion

L'objectif de cette thèse était de comprendre la crise que subit actuellement le principe de souveraineté. L'étude des critiques dont la souveraineté est l'objet a permis de valider l'hypothèse avancée : il existe bien un fort décalage entre la conception de la souveraineté telle qu'elle est critiquée et la conception de la souveraineté telle qu'elle fut originellement formulée.

Cette transformation du concept de souveraineté est liée à son insertion dans des champs disciplinaires différents, utilisant des paradigmes différents. Chacun de ces paradigmes étant distincts de ceux qui présidaient lors de la conceptualisation de la souveraineté, le dialogue entre les auteurs du concept et ses lecteurs actuels est rempli de *malentendus*. Ce sont ces *malentendus* qui permettent de considérer que la souveraineté est une fiction qui n'a jamais fonctionné pour décrire le phénomène politique ou qu'elle n'est plus d'actualité.

Deux principales sources de malentendus ont pu être identifiées. Celles qui sont liées à des modifications entourant le concept de pouvoir et celles qui sont liées à des modifications entourant le concept d'État.

La première partie a montré que de nombreuses critiques de la souveraineté s'inscrivent dans une conception différente du pouvoir, qui est pensé avant tout comme une cause de comportement, indépendamment de ces modalités d'exercice.

Cet élargissement de l'analyse du phénomène politique à l'intégralité du droit positif peut s'expliquer par plusieurs raisons qui ont été suggérées.

Tout d'abord, le développement de la biopolitique entraîne nécessairement une focalisation des sciences sociales sur la question des pratiques de gouvernement. Or, l'art de gouverner consiste aujourd'hui en la production d'effets sociaux. En ce sens, les gouvernements utilisent des outils différents du droit. L'étude concrète de l'État se traduit principalement par une étude des politiques publiques et de leur efficacité. Parallèlement à cette augmentation de l'importance de la biopolitique dans l'action gouvernementale, la question théorique de la constitution des communautés humaines politiquement organisées

perd de son importance. Les États contemporains, notamment occidentaux ne semble pas menacés dans leur existence. La nécessité d'un pouvoir absolu et arbitraire disparaît du fait du fort consensus social qui existe au sein de ces sociétés.

Ensuite les sciences sociales ont pour fonction de comprendre le fonctionnement des sociétés et de leur évolution. Une prise en compte plus large des relations de pouvoir apparaît ainsi plus à même de comprendre les différentes dynamiques sociales.

Les conséquences de cet élargissement de la conception du pouvoir dans les sciences sociales sont multiples.

La première conséquence est la transformation de la conception du droit. Alors que celui-ci était défini en termes d'injonction et avait pour caractéristique d'être sanctionné, il se rapproche de plus en plus d'une définition sociologique, entendu comme norme de comportement.

La seconde conséquence est la négation (ou du moins l'occultation) de la spécificité de l'État. Puisque la problématique concerne maintenant la capacité à produire des normes de comportement, il entre en concurrence avec d'autres sources d'autorité qui certes ne disposent pas d'un pouvoir de commandement assorti de sanction mais peuvent de fait créer des comportements de masse.

La troisième est une assimilation de la volonté de l'État aux objectifs politiques des gouvernants. Alors que la volonté de l'État consistait dans l'application du droit, elle consiste maintenant en la production d'effets sociaux. La volonté de l'État s'analysait en termes d'effectivité de la puissance publique, elle se pense maintenant en termes d'efficacité des politiques publiques.

Ces modifications autour de la réflexion sur le pouvoir ont donc nécessairement un impact fort sur la conception de la souveraineté entendue comme pouvoir absolu et illimité. Il y aura donc une tendance forte à penser la souveraineté en termes d'omnipotence détachée de toute contrainte et influence.

C'est en ce sens qu'il est possible de comprendre que le droit de l'État ou l'idéologie dominante au sein du groupe puissent limiter le pouvoir de l'État.

C'est également en ce sens qu'il est possible de comprendre que la mondialisation et les effets qu'elle entraîne soient perçus comme remettant en cause la souveraineté des États.

La souveraineté de l'État est donc analysée non pas par rapport au droit qu'il applique, mais par rapport à des situations fictives. C'est par rapport à ce que l'État ne *pourrait* pas faire qu'est évaluée sa souveraineté. Il y a donc ici un décalage frappant avec les théories de Hobbes et Bodin qui ne faisaient qu'affirmer l'autonomie juridique de la République.

La seconde partie répertoriait elle les critiques de la souveraineté qui découlait d'une inversion du rapport entre État et souveraineté. Alors que celui-ci était pensé à partir de la souveraineté, c'est maintenant la souveraineté qui est attribuée à l'État.

Cette évolution du rapport entre l'État et la souveraineté peut s'expliquer par plusieurs raisons. Elles sont principalement liées à des acceptions différentes du concept d'État. Toutefois, la principale raison est la distinction entre souveraineté interne et souveraineté externe, qui a permis de détacher le concept de souveraineté de l'État.

D'abord, l'État s'est trouvé assimilé aux formes qu'il a pris au XX^{ème} siècle : il est un État légal-rationnel construit sur le mode de l'État-Nation. Cela est probablement lié au succès qu'a connu ce mode d'organisation politique.

Ensuite, l'État est pensé avant tout comme un membre de la société internationale, dont la souveraineté est un attribut lui conférant son identité corporative.

Cette inversion du rapport entre souveraineté et État a de nombreuses conséquences sur le principe de souveraineté et d'État.

La principale reste la forte polysémie du concept. La souveraineté externe peut désigner l'indépendance, la reconnaissance de cette indépendance, les modalités de reconnaissance de cette indépendance, un attribut juridique de l'entité reconnue, la liberté légale de l'État et le principe d'organisation de la scène interétatique sur le mode westphalien.

La seconde est qu'il va y avoir une inversion de la problématique de la souveraineté. Ce n'est plus l'exercice de la souveraineté qui permet de définir l'État. Il s'agit de déterminer si tel ensemble institutionnel, de fait qualifié d'État, est souverain ou non.

Ces modifications ont également un fort impact sur la notion de la souveraineté, qui va alors être critiquée dans ses différentes acceptions.

Tout d'abord la souveraineté de l'État est remise en cause comme critère de l'État pour deux principales raisons. D'une part, l'existence d'entités qui sont considérées comme

étant des États mais qui ne peuvent être considérées comme souveraines. Cela concerne à la fois certaines entités fédérées, mais également les États faillis ou effondrés. D'autre part, la souveraineté de l'État apparaît comme limitée par toutes les entités habilitées par l'ordre juridique s'ils ne sont préalablement perçus comme faisant partie de l'État (organes privés et internationaux).

Ensuite, la souveraineté est dénoncée comme un principe fictif et nuisible d'organisation de la scène interétatique. Elle ne permettrait pas de rendre compte des pratiques des acteurs, qui seraient mouvantes, et nuirait à la réalisation de politiques publiques à l'échelle internationale.

Il apparaît donc bien que la manière de penser l'État et le pouvoir a radicalement changé depuis les premières formulations du concept de souveraineté. Les problématiques sociales sont différentes, de même que les enjeux politiques et la manière de les étudier. De ce fait les interrogations autour du concept de souveraineté, les réponses attendues et les termes du débat ne sont plus les mêmes. La souveraineté apparaît donc bien insérée dans des paradigmes de recherche radicalement différents.

Cette évolution des paradigmes conceptuels fait que, excepté l'existence du droit international, aucune des critiques de la notion de souveraineté ne concerne réellement le concept tel qu'il a été formulé par Bodin ou Hobbes.

Pourtant, alors même que la souveraineté désigne des objets radicalement différents, les auteurs continuent de la rattacher à Hobbes et Bodin et de dénoncer leur conception ou à utiliser leur formulation. La souveraineté est alors un très bon exemple de la reconstitution de l'Histoire des disciplines en vue de réinterpréter les inventions successives dans un récit linéaire et cumulatif. L'exemple de la souveraineté externe est à ce titre saisissant. Il a été montré que la souveraineté interne (comme puissance normative autonome) et externe (attribut juridique d'une personne morale au sein de l'ordre juridique international) sont bien deux notions disjointes. Toutefois, elles continuent d'être présentées comme les deux faces du même objet. De ce fait, parce que la souveraineté externe implique nécessairement l'existence d'un système d'États, l'existence de ce système d'États va être posée comme une conséquence de la souveraineté chez Hobbes et Bodin. Sa condamnation de l'autorité de l'empereur sur le roi de France peut alors apparaître sous cet angle comme le rejet de la monarchie universelle et l'annonce anticipée du système westphalien qui découlerait automatiquement de sa théorie de la souveraineté. Ce sont de telles reconstructions

historiques qui permettent de dénoncer le concept de souveraineté sous couvert qu'il serait hostile à l'idée de pouvoir commun, alors qu'il affirme justement le contraire.

Cette thèse présente ainsi plusieurs intérêts.

Elle permet en effet de mieux comprendre la crise de la notion de souveraineté. Celle-ci n'est pas liée à un défaut du concept original, mais aux transformations qu'il a subies du fait des révolutions paradigmatiques ayant eu lieu dans les différentes disciplines traitant du pouvoir de l'État. Il n'était pas question de montrer chacune de ces révolutions, mais seulement de signifier leur présence en montrant les différences d'acception du concept ou des termes attenants. Les différents sens révélés à travers les critiques, concernant les concepts d'État de pouvoir et les multiples définitions du terme souveraineté ont permis de montrer les malentendus entourant les débats sur la notion de souveraineté.

Elle a en outre permis de résoudre un certain nombre de ces malentendus qu'il est maintenant nécessaire de rappeler.

Tout d'abord, devant la multitude des acceptions de la souveraineté, il a été nécessaire d'en donner une définition précise : la souveraineté est une *puissance normative autonome*. Il faut alors opposer cette définition aux autres, non pas pour nier leur réalité mais pour bien les séparer conceptuellement. S'il n'y a pas de problème en soi à considérer la souveraineté comme statut juridique de l'État sujet de droit international, ou comme principe d'organisation de la scène interétatique, ou comme liberté légale de l'État, ou comme droit à l'indépendance, il faut bien se rappeler que ces différents sens renvoient à des concepts différents et que les théories de Hobbes et Bodin ne concernent que la souveraineté comme puissance normative autonome. Le propos de la thèse dénonce l'affirmation d'une conception unitaire de la souveraineté, que traduisent les critiques, alors que la souveraineté et l'État renvoient à plusieurs concepts radicalement différents, mais pourtant souvent non distingués.

Ensuite, la théorie originale de la souveraineté identifie la volonté de l'État à l'intégralité du droit positif en vigueur. Elle ne s'évalue donc que par rapport à l'effectivité de l'ordre juridique, et non par rapport à l'efficacité des politiques publiques ou des possibilités d'action offertes aux gouvernants.

Enfin, dans cette conception originale, c'est l'État qui doit être pensé à partir de la souveraineté et non l'inverse. Les organes habilités par l'État doivent être considérés comme

faisant partie de l'État. Cela implique que les organisations internationales ou la constitution d'ensembles régionaux ne sont pas des remises en cause de l'unité de l'État, mais seulement de sa dimension nationale. Il en est de même pour la privatisation de certains secteurs d'activité (fonctions régaliennes comprises), qui doit être pensée comme une simple transformation de la forme de l'État.

Cette thèse est partie du constat d'une crise dans la pensée de l'État, du fait de la mondialisation et de la recomposition des institutions créatrices de normes. Le fait de considérer que la crise du concept de souveraineté n'est pas liée au concept en tant que tel mais à des malentendus liés aux évolutions conceptuelles permet de reconsidérer avec intérêt les théories de Hobbes et Bodin. Toutefois, affirmer que les difficultés actuelles à penser les évolutions de l'État du fait de la mondialisation et de la recomposition des formes étatiques ne concernent pas la théorie classique de la souveraineté ne fait pas disparaître ces difficultés. En effet, la déconstruction des critiques dont fait objet la conception classique de la souveraineté ne saurait non seulement ôter toute pertinence à certaines critiques (mais simplement considérer qu'elles ne remettent pas en cause la souveraineté de l'État dans son sens classique) ni valoir comme une validation de cette conception de la souveraineté (la remise en cause d'une critique ne pouvant valoir comme affirmation de la pertinence d'un concept).

Si la conception classique de la souveraineté n'est pas en cause cela signifie que les difficultés puisent leurs origines dans d'autres causes. Certaines d'entre-elles ont pu apparaître au cours de cette recherche : la définition de l'État comme État-Nation et son acception légale sont des pistes qui ont été soulevées.

Mais surtout, il est apparu au cours de cette recherche que la conception classique de la souveraineté, strictement entendue comme *puissance normative autonome*, apparaissait comme traduisible dans les termes contemporains des théories de l'État et du Droit. En ce sens, il est possible de suggérer que la théorie de la souveraineté, ayant été fonctionnelle et ayant été formulée avant les conceptions qui semblent aujourd'hui en crise, pourrait permettre de refonder une théorie de l'État à partir de la souveraineté. Cela pourrait être le sujet d'un autre travail de recherche.

Bibliographie

Seuls sont indiqués dans la bibliographie les ouvrages et articles ayant été explicitement utilisé dans la thèse.

Les années entre crochets renvoient à la première édition en langue originale.

OUVRAGES GENERAUX :

- ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1649 p.
LEBEN Ch. « ordre juridique », pp. 1113b-1119a.
- ARDENT PH., MATHIEU B., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, lextensoéditions, 2013 [25^e Ed.], 506 p.
- BELY L. (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Paris, PUF, 1996, 1384 p.
HAUDRERE Ph., art. « Compagnie de commerce », pp. 305a-307a.
PERONNET M., art. « Révolution des temps modernes », pp. 1101a-1102a.
POITRINEAU A., art. « Corporations ou jurandes », pp. 339a-342b.
NOYE I., art. « Censure », pp. 217b-219a.
- BRAUD Ph., *La Science Politique*, Paris, PUF, QSJ n°909, 1990, 127 p.
- BRAUD Ph., *Sociologie politique*, Paris, L.G.D.J, lextensoéditions, 9^e éd., 2008 [1992], 785 p.
- BURDEAU G., *Manuel de Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 1984 [20^e Ed.], 690 p.
- CARREAU D., *Droit international*, Paris, Pédone, Études internationales, 10^e Ed., 2009 [1986], 633 p.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, T1, Paris, Montchrestien, 2000 [14^e Ed.], 1399 p.
- CHEVALLIER J-J., *Histoire de la pensée politique*, Paris, Payot & Rivage, 2006, p., 277.
- COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e Ed., 2010, 830 p.
- CONSTANTINESCO V., PIERRE-CAPS S., *Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, 2013 [6^e Ed.], 535 p.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF Quadrige, 2005, 7^e Ed. [1987], 970 p.
- DECAUX E., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 5^e Ed., 2006, 230 p.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, T.1, Paris, de Boccard, 1927 [3^e Ed.], 763 p.

- DUGUIT L., *traité de droit constitutionnel*, T.2, Paris, de Boccard, 1928 [3^e Ed.], 888 p.
- DUPUY P.-M., KERBRAT Y. *Droit international public*, Paris, Dalloz, 10^e Ed., 2010, 849 p.
- FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 2004 [3^e Ed.], 531 p.
- GICQUEL J., GICQUEL J.-É., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Montchrestien, 2010 [24^e Ed.], 802 p.
- GRAWITZ M., LECA J., *Traité de Science Politique*, T.1, Paris, PUF, 1985, 723 p.
 ZOLBERG A., « L'influence des facteurs « externes » sur l'ordre politique interne », pp 567-598.
- BRAUD Ph., « Du pouvoir en général au pouvoir politique », pp. 335-393.
- HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'antiquité*, Paris, Dalloz, 2011 [10^e Ed.], 545 p.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF Quadrige, 2006 [1926], 1323 p.
- LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e Ed. [1996], 577 p.
- LEBRETON G., *Libertés publiques & droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2005, 7^e Ed. [1995], 577 p.
- MATHIEU B., VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, 874 p.
- NEMO Ph., *Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, 2002, 1428 p.
- NEMO Ph., *Histoire des idées politiques dans l'antiquité et au Moyen Âge*, Paris, PUF, 1998, 1121 p.
- PERRIN Y., BAUZOU Th., *De la Cité à l'Empire : histoire de Rome*, Paris, Ellipses, 1997, 448 p.
- PONTHOREAU M.-C., *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 401 p.
- PRELOT M., *Sociologie politique*, Paris, Dalloz, 1976, 711 p.
- RAYNAUD Ph., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, Paris, PUF, 1996, 776 p.
 COLLIOT-THELENE C., art. « État et société civile », pp. 225b-230b
 HAARSCHER G., art. « Droits de l'Homme », pp. 190a-197b.
 MANENT P., art. « Machiavel », pp. 369a-374a.
 LAZZERI Ch., art. « Spinoza », pp. 633a-639a.
 ZARKA Y.-C., art. « Raison d'État », pp. 531b-535a.
- REUTER P., COMBACAU J., *Institutions et relations internationales*, Paris, PUF, 1978, 589 p.
- RIEGEL M., PELLAT J.-C., RIOUL R., *Grammaire méthodique du français*, Paris, PUF, Quadrige, 2009 [1994], 1107 p.

- ROCHE J.-J., *Relations internationales*, Paris, L.G.D.J, 2010 (5^e Ed.), 328 p.
- RODIERE R., *Traité général de droit maritime, introduction ; l'armement*, Paris, Dalloz, 1976, 711 p.
- TOUCHARD J., *histoire des idées politiques*, T.1, Paris, PUF, 1978 [1959], 382 p.
- TURPIN D., *Droit Constitutionnel*, Paris, PUF Quadrige, 2007 [1992], 846 p.
- WEINDENFELD K., *Histoire du droit administratif : Du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, 345 p.

OUVRAGES SPECIALISES

- ARON R., *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Folio Essais, 1965,
- ARON R., *les sociétés modernes*, Paris, PUF, Quadrige, 2006, 1174 p.
- ARROW K. J. (trad. Association de traductions économiques), *Choix collectif et préférences individuelles*, Paris, Calmann-Lévy, 1974 [1951], 234 p.
- ASSOCIATION FRANÇAISE POUR LA RECHERCHE EN DROIT ADMINISTRATIF, *La personnalité publique*, Colloque de l'AFDA, 14-15 juin 2007, LexisNexis, 2007, 256 p.
 FROMONT M., « Rapport introductif », pp.1-9.
 MATHEY N., « personne publique et personne privée », pp. 63-89.
 ROUYERE A., « La personnalité publique partielle », pp.91-112.
- BADIE B., *L'État importé*, Paris, Fayard, 1992, 334 p.
- BADIE B. *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999, 306 p.
- BADIE B., *La diplomatie des droits de l'homme : entre éthique et souveraineté*, Paris, Fayard, 2002, 324 p.
- BADIE B., *La fin des territoires : essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, 1995, 276 p.
- BARTHELEMY D., *L'ordre seigneurial*, Paris, Seuil, 1990, 321 p.
- BATTISTELLA D., *Théories des relations internationales*, Paris, Presses de Science Po, 2009, 3^e édition revue et augmentée, 694 p.
- BEAUD O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1994, 512 p.
- BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

BECK U., *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, (trad. Duthoo A.), Paris, Flammarion, 2003 [2002], 600 p.

BEN ACHOUR Y. R., GICQUEL J., MILACIC S., (dir), *La démocratie représentative devant un défi historique*, Paris, Bruylant, 2006, 296 p.

MILACIC S., « La démocratie représentative devant un défi historique ? », pp. 3-37.

BERNAYS E., *Propaganda*, Paris, La Découverte, 2007 [1928], trad. Bonis Oristelle, 140 p.

BICKERTON Ch. J., CUNLIFFE Ph., GOUREVITCH A., *Politics without sovereignty*, New York, Routledge, 2007, 208 p.

BICKERTON Ch. J., CUNLIFFE Ph., GOUREVITCH A., « The unholy alliance against sovereignty », pp. 1-19.

CHANDLER D., « Deconstructing sovereignty: constructing global civil society », p. 150-167.

BIERSTEKER Th. J., WEBER C., (dir.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 316 p.

BIERSTEKER Th. J., WEBER C., « The social construction of state sovereignty », pp. 1-21.

MURPHY A. B., « The sovereign state as political-territorial ideal », pp. 81-120.

BILLIER J.C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, Armand Colin, 2001, 328 p.

BIRNBAUM P. *Sociologie politique*, T.1 et T.2, Paris, A. Colin, 1971 [1961], 350 p. et 408 p.

DAHL R. A., LINDBLOM CH. E., « les conditions préalables à la polyarchie », [1957], pp. 153-156.

BLANC-NOËL N., « Régner sans gouverner ou presque : le parti populaire danois, un exemple de populisme établi », in *Les populismes d'hier et d'aujourd'hui*, Politeia, automne 2013, N°24, pp 321-336.

BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Paris, Librairie générale française, 1993 [1576], 607 p.

BOUDON R., *Effet pervers et ordre social*, Paris, PUF, 1977, 288 p.

BOUDON R., *L'idéologie ou l'origine des idées reçues*, Paris, Seuil, 1992 [1986], 330 p.

BOURDIEU P., *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Droz, 1970, 269 p.

BOUTHOU G., *Traité de polémologie : sociologie des guerres*, Paris : Éditions Payot, 1991, 560 p.

BRUYERE-OSTELLS W., *Histoire des mercenaires : De 1789 à nos jours*, Paris, Tallendier, 2011, 270 p.

BURDEAU G., *L'État*, Paris, Seuil, 2009 [1970], 204 p.

BURDEAU G., *problèmes politiques fondamentaux de l'État*, Paris, les cours de droit, 1969, 396 p.

- BURDEAU G., *Traité de Science Politique*, T1, Paris, L.G.D.J., 1949, 499 p.
- CARE S., *La pensée libertarienne*, Paris, PUF, 2009, 360 p.
- CARLSNAES W., RISSE TH., SIMMONS B. A., (ed.) *Handbook of international relations*, London, Sage publications, 2002,
BIERSTEKER Th. J., « State, Sovereignty and territory », pp.157-176.
- CARON F., *les grandes compagnies de chemin de fer en France, 1823-1937*, Genève, Librairie Droz, Archives économiques du Crédit Lyonnais, n°5, 2005, 411 p.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données du droit Constitutionnel français*, T. 1, Paris, Sirey, 1920, 838 p.
- CASTELLAN G., *Histoire des Balkans, XIV^e – XX^e siècle*, Paris, Fayard, 1991, 532 p.
- CAZZANIGA G. M., ZARKA Y. C., (dir.), *Penser la souveraineté*, T. 2, Paris, Vrin, 2001, 688 p.
ESPOSITO M.-C., « GLOBALISATION DE LA FINANCE : LES ÉTATS-NATIONS ET LES BANQUES INTERNATIONALES », pp. 565-592.
- CHAVAGNEUX Ch., *Économie politique internationale*, Paris, La découverte, 2010 [2004], 126 p.
- CHEMILLIER-GENDREAU M., *Humanité et souverainetés : Essai sur la fonction du droit international*, Paris, Éditions La découverte, 1995, 382 p.
- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, Paris, Lextensoéditions, 2008 [2003], 266 p.
- COHEN S., *La Résistance des États*, Paris, Seuil, 2003, 263 p.
- COLONOMOS A., *La morale dans les relations internationales*, éd. Odile Jacob, Paris, 2005, p.
- CONDORCET J.-A.-N. de Caritat (marquis de), *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, Impr. Royale, 1785, 304 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, Paris : La Documentation française, 2013, 297 p.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 : Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, 412 p.
- CORVISIER A., COUTAU-BEGARIE H., *La guerre. Essais historiques*, Paris, Perrin, 2005,
- CRAVERI B., *Reines et favorites*, (trad. Deschamps-Pria É.), Paris, Gallimard, 2009 [2005], 484 p.
- DAHL R., *L'analyse politique contemporaine*, (trad. Lain Whyte), Paris, Robert Laffont, 1973, 260 p.
- DARVICHE M.-S., GENYES W. (dir.), *Penser les régimes politiques avec Juan Linz*, Paris, l'Harmattan, 2008, 283 p.

HERMET G., « une extension du pluralisme limité non prévue par Juan Linz ? La gouvernance démocratique comme régime autoritaire », pp. 187-212.

DELMAS-MARTY M., WILL P.-E. (dir.), *La Chine et la démocratie*, Paris, Fayard, 2007, pp. 551-5576.

DELMAS-MARTY M., « La construction d'un État de droit en Chine dans le contexte de mondialisation », pp 551-576.

DUCROCQ M.-I., *Aux sources de la démocratie anglaise*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2012, 290 p.

DUMONT J.-P. (dir.), *Les Présocratiques*, Paris, Gallimard, 2008 [1988], 1641 p.

DURAND M.-F., LEVY J., RETAILLE D., *Le monde espaces et systèmes*, Paris, Presses de la fondation nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1993 [2nde Ed.], [1992], 697 p.

DURAND Y., *Les fermiers généraux au XVIIIe siècle*, Paris, PUF, 1971, 664 p.

DUSSOUY, G., *Les théories de l'interétatique*, Paris, L'Harmattan, 2006, 351 p.

EINSTEIN A., *Albert Einstein : Physique, philosophie, politique ; textes choisis et commentés par Françoise Balibar*, Paris, Seuil, 2002, 481 p.

ELIAS N., *La dynamique de l'Occident*, (trad. Kamnitzer P.), Paris, Calmann-Lévy, 1975 [1939], 320 p.

FOUCAULT M., *Dits et Écrits*, 1954-1988 T.2, T.4, Paris, Gallimard, 1994, 901 p.

« L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté » pp. 783-813.

« « La « gouvernementalité » », pp. 635-657.

FOUCAULT M., *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France en 1976, Paris, Seuil, Gallimard, 1997, 283 p.

FOUCAULT M., *Sécurité, territoire, population*, Cours au Collège de France en 1978, Paris, Seuil Gallimard, 2004, 435 p.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité*, T.1, T.2, T.3, Paris, Gallimard, 1976, 211 p, 285 p et 284 p.

FUKUYAMA F., *La fin de l'histoire et le dernier Homme*, Paris, Flammarion, 1992, 451 p.

GAUCHET M., *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002, 387 p.

« Avant-propos » [2002], pp. I-XXIX.

« Les droits de l'Homme ne sont pas une politique » [1980], pp. 1-26.

« Quand les droits de l'Homme deviennent une politique » [2000], pp. 326-385.

GENEREUX J., *L'économie politique*, Paris, Larousse, 1996, 479 p.

GIRARD A., NEUSCHWANDER C., *Le libéralisme contre la démocratie, le temps des citoyens*, Paris, Syros, 1997, 247 p.

GOTTLIEB G, *Nation against state: New Approach to Ethnic Conflicts and the Decline of Sovereignty*, New York, Council on foreign relation press, 1993, 164 p.

GOYARD-FABRE S., *L'interminable querelle du contrat social*, Ottawa, Éditions de l'université d'Ottawa, 1983, 372 p.

GRAVEN J., *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit*, Paris, Ed. A. Pédone, 1970, 602 p.

GRIMAL P., *L'Empire romain*, Paris, Édition de Fallois, 1993, 224 p.

GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, (Pradier-Fodéré, P. Trad.), Livre 2, chap. XXIII et XXIV, Paris, P.U.F, 1999, [1625], 868 p.

GROUPEMENT POUR LES DROITS DES MINORITES, *Les minorités à l'âge de l'État-nation*, Paris, Fayard, 1985, 320 p.

CHALIAND G., « les minorités à l'âge de l'État-nation », pp. 9-25.

HABERMAS J., *De l'éthique de la discussion*, Paris, Édition du cerf, 1992, 208 p. (trad. HUNYADI M.)

HABERMAS J., *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998 [1996], 386 p.

HACKING I., *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi ?*, Paris, La Découverte, 2008, 298 p.

HALBECQ M., *L'État : son autorité, son pouvoir ; (1880 – 1962)*, Paris, L.G.D.J., 1965, 651 p.

HARDT M., NEGRI A., *Empire*, London, Harvard University Press, 2000, 571 p.

HASSNER, P., *La violence et la paix : de la bombe atomique au nettoyage ethnique*, Paris, Le Seuil, 1995, 398 p.

HAYEK F. A., *Droit, Législation et Liberté*, (trad. Audouin R. ; Némó Ph.), Paris, PUF, 2007 [1973], 948 p.

HELD D., BOUYSSOU R. (trad.), *Un nouveau contrat mondial*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005 [2005], 306 p.

HELD D., *Democracy and the Global Order*, Stanford, Stanford University Press, 1995, 324 p.

HERMET G., KAZANCIGIL A., PRUD'HOMME J.-F., (dir.) *La gouvernance, un concept et ses applications*, Paris, Karthala, 2005, 228 p.

HERMET G., KAZANCIGIL A., « introduction », pp. 5-14.

HERMET G., « La gouvernance serait-elle le nom de l'après démocratie ? », pp. 17-47.

KAZANCIGIL A., « La gouvernance et la souveraineté de l'État », pp. 49-64.

HINSLEY F. H., *Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986 [1966], 255 p.

HOBBS Th., *De Cive*, (trad. Sorbière S.), Paris, Flammarion, 1982 [1642], 408 p.

HOBBS Th., *Léviathan*, (Trad. Mairé G.), Paris, Vrin, 2004, [1651], 559 p.

- HOBBS Th., *Léviathan*, (Trad. Tricaud F.), Paris, Sirey, 1971 [1651], 780 p.
- HOBBSAWM É. J., *L'Empire, la démocratie, le terrorisme*, Paris, André Versailles éditeur, 2009 [2007], 179 p.
- HOLSTI K. J., *The state, war, and the state of war*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 254 p.
- HORKHEIMER M., *théorie traditionnelle et théorie critique*, Paris, Gallimard, 1974 [1968], 315 p. (trad. MAILLARD C. ; MULLER S.)
 HORKHEIMER M., « théorie traditionnelle et théorie critique » [1937], pp. 15-90.
- HUNTINGTON S., *Le choc des civilisations*, (trad. Fidel J.-L ; Jorland P. ; Joublain G. ; Pédussaud J.-J.), Paris, Odile Jacob, 1997, 402 p.
- IKENBERRY J. *After Victory: Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order after Major Wars*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 293 p.
- JACKSON R. (dir.), *Sovereignty at the millennium*, Oxford, Blackwell Publisher Ltd., 1999, 191 p.
 JACKSON R., « Introduction: Sovereignty at the Millennium », pp. 1-8.
 JACKSON R., « Sovereignty in World Politics », pp. 9-34.
 PHILPOTT D., « Westphalia, Authority, and international society », pp. 144-167.
- JACKSON R., *Sovereignty*, Cambridge, Polity Press, 2007, 180 p.
- JACQUET P. (dir.), *Regard sur la Terre 2009*, Paris, Presses de Sciences Po, Annuels, 2009, 296 p.
 LERIN F., TUBIANA L., « les paradoxes de la souveraineté », pp. 96-107.
- JAUME L., *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, 1986, 236 p.
- JELINEK G., *L'État moderne et son droit*, T.2, Paris, Panthéon Assas, 2005 [1911], 593 p.
- KANT E., *Doctrine du droit*, (trad. A. Philonenko), Paris, Vrin, 1971 [1795], 279 p.
- KANT E., *Théorie et pratique*, (trad. Guillermit), Paris, Vrin, 1967 [1797], 100 p.
- KELSEN H., *Écrits français de droit international*, (textes rassemblés et préfacés par Leben Ch.), Paris, PUF, 2001, 316 p.
 KELSEN H., « De la séparation du pacte de la Société des nations et des traités de paix » [1938], pp. 221-240.
 KELSEN H., « Du droit de se retirer de l'Organisation des Nations Unies » [1948], pp. 277-305.
 KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne » [1936], pp. 175-214.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, (trad. Eisenmann Ch.), Paris, Dalloz, 1962, 2^{nde} Éd. [1934], 496 p..
- KONONENKO V., MOSHES A., (dir.) *Russia as a Network State*, New York, Palgrave Macmillan, 2011, 190 p.

- KOYRE A., *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, 372 p.
- KRASNER S. D. (dir.), *Problematic Sovereignty*, New York, Columbia University Press, 2001, 367 p.
 KRASNER S. D., « Problematic Sovereignty », pp. 1-23.
- KRASNER S. D. *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 264 p.
- KUHN Th. S., *La structure des révolutions scientifiques*, (trad. Meyer L.), Paris, Flammarion, 2008 [1962], 284 p.,
- KYMLICKA W., *Les théories de la justice : une introduction*, (trad. Saint-Upéry M.), Paris, La Découverte, 2003 [1999], 363 p.
- L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechet*, Paris, A. Pédone, 2008, 332 p.
 GUILLAUME G., « *Jus cogens* et souveraineté », pp. 127-136.
 KNAPP B., « L'État souverain en 2006 : théorie et réalité ? », pp. 145-152.
 PELLET A., « *Lotus* que de sottises on profère en ton nom ! – Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », pp. 215-230.
 PESCATORE P., « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême... Coalisable, partageable, divisible, intégrable... Responsable ? Justiciable ? », pp. 231-245.
- L'évolution du droit international : Mélanges offerts à Hubert Thierry*, Paris, A Pédone, 1998, 417 p.
 CHEMILLIER-GENDREAU M., « Le droit international : entre volontarisme et contrainte », pp. 93-105.
- LANGE L. C., *Histoire de l'internationalisme*, Paris, Félix Alcan, 1919, 542 p.
- LE FUR L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon Assas, 2000 [1896], 839 p.
- LE FUR L., *Races, Nationalités, État*, Paris, Alcan, 1922, pp. 76-77.
- LE GUELLAFF F. *Armement en course et Droit des prises maritimes*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, 998 p.
- LIVELY J., *Democracy*, Oxford, Basil Blackwell, 1975, 155 p.
- LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, (trad. Mazel D.), Paris, Garnier-Flammarion, 1984 [1690], 408 p.
- LYOTARD J.-F., *La condition postmoderne*, Paris, Les Edition de Minuit, 1979, 109 p.
- MACHIAVEL N., *Œuvre Complètes*, Paris, Gallimard, 1952, 1639 p.
 « Le Prince » [1532], pp. 287-371.
- MACINTYRE A., *Après la vertu*, (trad. Bury L.), Paris, PUF, 1997 [1981], 282 p.
- MAILLARD DESGREES DU LOU D., (s.d) *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, 229 p.

CHEMILLIER-GENDREAU M., « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogation sur un concept en crise », pp.127-137.

MAIRET G., « Les six Livres de la République et la fondation moderne de l'État profane » in. *Jean Bodin, Les six livres de la République*, Paris, L.G.F, 1993, 607 p.

MAIRET G., *Le principe de souveraineté : histoire et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997, 311 p.

MANENT P., *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmant Lévy, 1987, 250 p.

MAULIN É., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p. 344.

MEINECKE F., *L'idée de la raison d'État dans l'histoire des Temps modernes*, (trad. Chevalier M.), Genève, Droz, 1973, 396 p.

MOCKLE D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 411 p.

MORIN J.-Y., « La mondialisation, l'éthique et le droit », pp. 81-137.

MOMMSEN Th., *Le Droit Public Romain*, (trad. Girard P. F.), T.1, Paris, De Boccard, 1984 [1892], 436 p.

MORGENTHAU H., *Politics among nations: the struggle for power and peace*, Boston, éd. Mc. Graw Hill, 1948, 703 p.

MORINEAU M., *Les grandes Compagnies des Indes orientales (XVIe-XIXe siècles)*, Paris, PUF, QSJ, 1994, 128 p.

NEGRI A., *Traversées de l'Empire*, Paris, L'Herne, coll. Carnets, 2011, 97 p.

NICHOLAS B., *An introduction to roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, 281 p.

NOLTE G., *Le droit international face au défi américain*, éd. A Pédone, Paris, 2005, 101 p.

NOZICK R., *Anarchie, État et Utopie*, Paris, PUF, 2008 [1974], 442 p.

PELLET A., *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, A. Pedone, 2014, 364 p.

PHILONENKO A., *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1968, 227 p.

PHILPOTT D., *Revolutions in sovereignty*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 339 p.

PLATON, *Œuvres Complètes*, Paris, Flammarion, 2008, 2204 p.
« Premier Alcibiade », 103a-135^e.

POLIN, R., *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, P.U.F, 1953, 267 p.

QUERE S., RAUFER X., *Le crime organisé*, Paris, PUF QSJ, 2005 [2000], 126 p.

- QUERMONNE J.-L., *Les régimes politiques occidentaux*, Paris, Seuil, 2006 [1986], 345 p.
- RAWLS J., *La justice comme équité*, (trad. Guillaume B.), Paris, La Découverte, 2008 [2001], 289 p.
- RAWLS J., *Théorie de la justice*, (trad. Audard C.), Paris, Points, 2009 [1971], 666 p.
- RICŒUR P., *L'idéologie et l'utopie*, (trad. Revault d'Allonne M. ; Roman J.), Paris, Seuil, 2005 [1986], 418 p.
- ROSANVALLON P., *Le sacre du citoyen : histoire du suffrage universel en France*, Paris, PUF, 1992, 640 p.
- ROUSSEAU J.-J., *Œuvres Complètes*, vol. 5, « Du contrat Social », Paris, Gallimard, 1964, II., 405 p.
- ROUSSO-LENOIR F., *Minorité et droits de l'Homme : l'Europe et son double*, Bruxelles, Bruylant, 1994, 200 p.
LALUMIERE C., « préface », pp.
- SAUSSURE de F., *Cours de linguistique général*, Paris, Payot, 1995 [1916], 520 p.
- SMOUTS M.-C., *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, 409 p.
BADIE B., « Chapitre 1. De la souveraineté à la capacité de l'État », pp. 35-58.
SMOUTS M.-C. « Introduction. La mutation d'une discipline », pp. 11-32.
- SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'État dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, 31 mai – 2 juin 2012, Paris, Ed. A. Pédone, 2013, 591 p.
BACHAND R., « Préconception de la souveraineté de l'État chez les internationalistes : l'exemple des affaires argentines »
CHEMAIN R., « Les États et la régulation des marchés financiers », pp. 265-285.
- SOCIETE FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *L'État souverain à l'aube du XXIe siècle*, Colloque de Rennes, Paris, Ed. A. Pédone, 1994, 318 p.
CHARPENTIER J., « Le phénomène étatique à travers les grandes mutations politiques contemporaines », pp. 11-38.
- SPINOZA B., *Œuvres Complètes*, Paris, Gallimard, 2006 [1954], 1576 p.
« Traité de l'autorité politique », [1677], pp. 909-1044.
« Traité des autorités théologique et politique », [1670], pp. 606-908.
« L'Éthique », [1677], pp. 301-605.
- STOPFORD J., STRANGE S., *Rival States, Rival Firms competition for world market shares*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 321 p.
- STRANGE S., *Le retrait de l'État*, Paris, TempsPrésent, 2011, [1996], 346 p.
- STRAUSS L., *Droit naturel et Histoire*, (trad. Dampierre E ; Nathan M.), Paris, Plon, 1949, 391 p.
- TALMON J., *The Origins of Totalitarian Democratie*, New York, Norton, 1970, 412 p.

- TERREL J. *Hobbes, matérialisme et politique*, Paris, Vrin, 1994, 397 p.
- TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1951 [1835 et 1840], 2 vol, 466 p. et 398 p.
- TOMBOUE F. M., *Jürgen Habermas et le tournant délibératif de la philosophie*, Paris, L'Harmattan, 2011, 268 p.
- TOURAINÉ A., *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992, 510 p.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF Léviathan, 1994, 358 p.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris, Paris, PUF, 2013 [2008], 476 p.
- TZITZIS S., *Introduction à la philosophie du droit*, Paris, Vuibert, 2011, 284 p.
- VATTEL de, É., *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Lyon, Robert et Gauthier Libraires, 1802 [1758], 2 vol., 594 p.
- VEYNE P. *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, 438 p.
« Foucault révolutionne l'histoire », pp. 386-429.
- VEYNE P., *L'inventaire des différences. Leçon inaugurale au collège de France*, Paris, Seuil, 1976, 61 p.
- VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F, Quadrige, 2008 [1983], 169 p.
- VIRALLY M., *Le droit international en devenir : Essais écrits au fils des ans*, Paris, PUF, 1990, 504 p.
« Le droit international en question » [1963], pp. 13-30.
« Sur un point aux ânes : Les rapports entre droit international et droits internes », [1964], pp. 103-118.
- WALTZ K., *Man, State & War*, Columbia University Press, 1959, 263 p.
- WEBER M., *Économie et société*, (trad. Freund J. et al.), T.1, Paris, Pocket, 1995 [1921], 411 p..
- WEBER M., *Économie et société*, (trad. Freund J. et al.), T.2, Paris, Pocket, 1995 [1921], 425 p.
- WEBER M., *Le savant et le politique*, Paris, La découverte, 2007 [1919], 230 p.
- WEIL É., *Philosophie politique*, Paris, Vrin, 1996 [1956], p. 8

Thèse

MERCIRIS J.-P., *Les nouvelles déclinaisons de la souveraineté*, thèse de doctorat, Science Politique, Université des Antilles et de la Guyane, 2009, 403 p.

MORTIER P., *Les métamorphoses de la souveraineté*, thèse de doctorat, Droit public, Université d'Angers, 2011, 473 p.

Articles spécialisés

ACHARYA A., « Mondialisation et souveraineté : une réévaluation de leur lien », *Revue internationale de politique comparée*, 2001/3, Vol. 8, pp. 383-394.

AMSELEK P., « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droit*, 1987, n°6, pp. 131-141.

BADIE B., « L'adieu au gladiateur ? La mondialisation et le renouveau des relations internationales », *Relations internationales*, 2005/4, n°124, pp. 95-106.

BARTELSON J., « Y a-t-il encore des relations internationales ? », *Études internationales*, vol. 37, n°2, 2006, pp. 241-256.

BARTELSON J., « The Concept of Sovereignty Revisited », *The European Journal of International Law*, vol. 17, n°2, 2006, pp. 463-474.

BECK U., « Redéfinir le pouvoir à l'âge de la mondialisation : huit thèses », *Le Débat*, 2003/3 n°125, pp. 75-84.

BEAUD O., « Le souverain » *Pouvoirs*, n°67, nov. 1993, pp. 33-46.

BEAUD O., « La souveraineté dans la « Contribution à la théorie générale de l'État » de Carré de Malberg », *Revue du Droit Public*, 1995, n°5, pp. 1251-1301.

BOUTROS-GHALI B., « Une nouvelle dimension pour l'ONU », *Revue des deux mondes*, 1^{er} trimestre 1993, pp. 96-112

BRETON G., « mondialisation et science politique : la fin d'un imaginaire théorique ? », *Études internationales*, vol. 24, n°3, 1993, pp. 533-548.

BRUNKHORST H., « Droit de l'homme et souveraineté – un dilemme ? », *Trivium* [en ligne], n°3, 2009, § 2, < <http://trivium.revues.org/3358> > (trad. TRIERWEILER D.)

CHARVIN R., « la doctrine américaine de la souveraineté limitée », *Revue Belge de Droit International*, 1987, n°1, pp. 5-27.

CHAVAGNEUX Ch., « Le pouvoir dans l'économie mondiale », *Alternatives Économiques* [en ligne], HS n° 047, jan. 2001, < http://www.alternatives-economiques.fr/le-pouvoir-dans-l-economie-mondiale_fr_art_31_2869.html>

CHEVALLIER J., « L'État régulateur », *Revue française d'administration publique*, 2004/3, n°111, pp. 473-482.

COHEN J. L., « les transformations contemporaines de la souveraineté », *Raison Publique*, n°5, oct. 2006, pp. 31-53.

COHEN, S. « Les États face aux 'nouveaux acteurs' », *Politique internationale*, no. 107 (printemps 2005), pp. 409-424

COMBACAU J. « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archive de philosophie du droit*, t. 31, 1986, pp. 85-105.

COMBACAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, pp. 47-58.

COPPENS F. « Loi humaine ou loi divine ? La doctrine du consentement populaire chez Marsile de Padoue », *Revue philosophique de Louvain*, t. 103, n°4, nov. 2005, pp. 531-563.

COPPENS Ph., « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et Société*, n°22, 1992, pp. 5539-556.

CROWLEY J., « Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité », *Critique internationale*, 2003/4, n°21, pp. 52-61.

CUBERTAFOND B., « souverainetés en crise ? », *Revue du Droit Public*, 1989, vol. 2, pp. 1273-1303.

CYTERMANN L., PASTOR J.-M., RICHARD J., « Le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ? », *Dalloz*, [en ligne],
< http://www.dalloz-actualite.fr/interview/droit-souple-quelle-efficacite-quelle-legitimite-quelle-normativite#.Uxi2Ec6U1_A > [consulté le 05/03/2014]

DAHL R. « The Concept of Power », *Behavioral science*, n°2, July 1957, pp. 201-215.

DEL COURT V. B., « le principe de souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires » *Pyramides*, n° 9, 2005 [en ligne] < <http://pyramide.revue.org/349#quotation> > [consulté le 07/12/2011]

DOYLE M. W., « Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, n°3, summer 1983, pp. 205-235.

DOYLE M. W., « Kant, Liberal Legacies, and Foreign Affairs, Part 2 », *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 12, n°4, autumn 1983, pp. 323-353.

DUPUY R.-J., « les espaces hors souveraineté », *pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 99-106.

GALDEMAR V., GILLES L., SIMON M.-O., « Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents », *Cahier de Recherche*, Crédoc, déc. 2012, n°299, 80 p.

GOMES Ch. P., « Les limites de la souveraineté. Les changements juridiques dans les cas d'immigration en France et aux États-Unis », *Revue française de science politique*, 2000, n°3, pp. 413-438.

HASSNER P., « Un entretien avec Pierre Hassner », *Le Monde*, 27/10/1992.

HENRY J. P., « Le marché contre l'État : La Fin du Rêve Prométhéen ? », *Revue du Droit Public*, n°3, 1991, p. 631-656.

HIBOU B., « retrait ou redéploiement de l'État ? », *Critique internationale*, n°1, aut. 1998, pp. 151-158.

INNERARITY D., « gouverner une société complexe », in. *Les métamorphoses de la souveraineté*, Raison Publique n°5, PUPS, Paris, 2006, pp. 17 à 30

JOLICOEUR A., « de la reconnaissance en droit international », *Les Cahiers de droit*, vol. 6, n°2, 1965, pp. 85-92

KHILNANI S., « « La « société civile », une résurgence », *Critique internationale* 1/ 2001 (n° 10), pp. 38-50 [en ligne] <www.cairn.info/revue-critique-internationale-2001-1-page-38.htm>

KRULIC J., « La revendication de la souveraineté », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 21-32.

KRASNER S. D., « Regimes and the limits of Realism: Regimes as Autonomous Variable », *International Organisation*, spring 1982, n°36, pp. 497-510

LAÏDI Z., « Mondialisation et démocratie », *Politique étrangère*, n°3 – 2001, 66^e année, pp. 603-618.

LEMAIRE F. « Propos sur la notion de « souveraineté partagée » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *Revue française de Droit Constitutionnel*, n°92, 2012, pp. 821-850.

LEWIS B., « La carte du Proche-Orient », *Le Débat*, n°58, jan. 1990, pp. 100-115

LIPSET S. M., « Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy », *The American Political Science Review*, Vol. 53, n°1, 1959, pp. 69-105.

LUKE T. W., « the discipline of Security Studies and the Code of Containment: Learning from Kuwait », *Alternatives*, n°16, 1991, pp. 315-344.

MARIE J.-B., « Paix et droits de l'homme » [en ligne] <<http://www2.cnrs.fr/presse/thema/196.htm>>

MAGNANT DE BORNIER J., TOSI G., « L'hétérogénéité des mécanismes spontanés et ses implications pour la lecture de Hayek », *Philosophie Économique*, n°2, 2002/2, pp. 141-165.

- MAGNON-PUJO C., « La souveraineté est-elle privatisable ? : La régulation des compagnies de sécurité privée comme renégociation des frontières de l'État », *Politix*, 2011/3 n° 95, pp. 129-153
- MAHMOUD, M. S. M., « Mondialisation et souveraineté de l'État », *Journal du Droit International*, 1996, n°3, pp. 611-662.
- MASPETIOL R., « L'État d'aujourd'hui est-il toujours celui d'hier ? », *Archive de philosophie du droit*, 1976, n°21, pp. 3-21.
- NADEAU Ch., « Ingérence humanité et *jus post bellum* », *Aspects*, n° 2, 2008, pp. 51-66.
- NOWAK M. « Les mystères de la grippe espagnole », *La recherche*, déc. 2005, n°385, p. 52.
- PEERENBOOM R., « Law and development of constitutional democracy: is China a Problem Case? », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2006, pp. 191-199.
- RANGEON F., « Réflexion sur l'effectivité du droit », < <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf> >, [consulté le 22/02/2014]
- RENAUT A., « Habermas ou Rawls ? », *Réseaux*, 1993, vol. 11, n°60, pp. 123-136.
- ROSENAU J., « Les constitutions dans un monde en proie aux turbulences », *Cultures et Conflits*, n°8, hiv. 1992, [en ligne], < <http://conflits.revue.org/533> > [consulté le 28/01/2013]
- RUDOLPH Ch., « Sovereignty and Territorial Border in a Global Age », *International Studies Review*, Vol. 7, pp. 1-20
- SANDEFUR T., « Some Problems with Spontaneous Order », *The independent review*, vol 14, n°1, summer 2009, pp. 5-25.
- SASSEN S. « Nouvelle géographie politique », *Multitude*, 2000/3 n°3, pp. 79-96.
- SCHNAPPER D., « Ethnies et nations », *Cahier de recherche sociologique*, n° 20, 1993, pp. 157-167
- SKINNER Q., « Meaning and Understanding in the History of Ideas », *History and Theory*, Vol. 8, n°1, 1969, pp. 3-53.
- SOREL A., « De Leoben à CampoFormio », *Revue des deux mondes*, T. 128, 1895, pp. 278-315.
- SØRENSEN G., « Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution », *Political Studies*, 1999, vol. 47, pp. 590-604
- STORY J., « Le système mondial de Susan Strange », *Politique étrangère*, n°2-2001, pp. 433-447, JAQUET C.(trad.)
- TEITEL R., « For Humanity », *Journal of Human Rights* (vol 3), 2004, pp. 225-238

TROPER M., « Comment la constitution de 1958 définit la souveraineté nationale », < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html> > [consulté le 02/09/2014]

WENDT A., « Anarchy is what states makes of it », *International organization*, vol. 46, n°2, 1992, pp. 391-425.

Sites internet

SITES INSTITUTIONNELS

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=20174&lang=fr>

<http://www.cngtc.fr/greffier.php> [consulté le 15/01/13]

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-5.17354.html> [consulté le 02/09/2014]

http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/etude_annuelle_2013_le_droit_souple.html ; [consulté le 16/02/14]

<http://www.conseil-national.medecin.fr> [consulté le 09/10/12]

http://www.cvce.eu/content/publication/2001/10/19/423d6913-b4e2-4395-9157-fe70b3ca8521/publishable_fr.pdf [consulté le 10/11/2014]

<http://www.metiers.justice.gouv.fr/presentation-des-metiers-10070/les-autres-metiers-de-la-justice-10074/huissier-de-justice-11788.html> [consulté le 15/01/13]

<http://www.notaires.fr/notaire/role-du-notaire> [consulté le 15/01/13]

<http://www.senat.fr/rap/196-177/196-1778.html> [consulté le 28/01/12]

<http://www.senat.fr/senatsdumonde/etats-unis-amerique.html> [consulté le 08/10/2011]

<http://www.un.org/fr/documents/udhr>

www.unpo.org [consulté le 19/08/2012]

SITES JOURNALISTIQUES

<http://alternatives-economiques.fr/blogs/vauplane/2012/01/17/un-nouvel-abandon-de-la-souverainete-grecque-les-futurs-titres-seront-soumis-au-droit-anglais/> ;
[consulté le 13/08/2013]

<http://www.agoravox.fr/actualites/europe/article/la-grece-perd-un-peu-plus-de-sa-97046> ;
[consulté le 13/08/2013]

http://www.alternatives-economiques.fr/le-pouvoir-dans-l-economie-mondiale-fr_art_31_2869.html ; [consulté le 03/02/2013]

<http://www.courrierinternational.com/breve/2010/06/29/bon-deroulement-des-elections-presidentielle-et-legislatives> ; [consulté le 27/11/12]

<http://www.lefigaro.fr/impots/2012/11/12/05003-20121112ARTFIG00566-le-fisc-francais-enquete-illegalement-en-suisse.php> ; [consulté le 12/11/2012]

http://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/11/27/routine-electorale-en-somaliland-en-marge-du-chaos-somalien_1796331_3212.html ; [consulté le 27/11/12]

http://www.lemonde.fr/europe/article/2010/04/26/l-intervention-du-fmi-une-humiliation-pour-la-grece_1342905_3214.html [consulté le 13/08/2013]

http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/03/11/l-iran-empeche-le-contournement-de-la-censure_1846123_651865.html ; [consulté le 28/05/13]

http://www.lemonde.fr/week-end/article/2011/06/10/les-differents-visages-de-la-censure-d-internet-en-chine_1534205_1477893.html ; [consulté le 28/05/13]

<http://www.liberation.fr/monde/0101637522-l-armee-jamaicaine-donne-l-assaut-au-fief-du-narcotrafiquant-christopher-coke> ; [consulté le 09/12/2012]

<http://www.monde-diplomatique.fr/2010/10/PRUNIER/19778> ; [consulté le 27/11/12]

<http://www.rferl.org/info/history/133.html> [consulté le 28/05/13]

http://www.rfi.fr/actufr/articles/069/article_38862.asp ; [consulté le 27/11/12]

Table des matières

Sommaire.....	5
Introduction.....	9
0 Trois histoires de la souveraineté : penser l'autonomie de la République.....	33
0.1 L'histoire théorique de la souveraineté : penser l'autonomie de la République.....	35
0.1.1.1 Machiavel : la rupture épistémologique.....	37
0.1.1.2 Bodin et la théorisation de la république souveraine.....	39
0.1.2 La construction du principe de souveraineté.....	43
0.1.2.1 Hobbes : La loi comme volonté arbitraire du souverain.....	44
0.1.2.2 Spinoza : la loi conforme à la raison.....	50
0.1.2.3 Locke : la loi conforme au droit naturel.....	53
0.1.2.4 Montesquieu : la loi conforme à l'esprit des lois.....	54
0.1.2.5 Rousseau : la loi conforme à la Volonté Générale du Peuple.....	55
0.1.2.6 Fichte : la théorisation de la nation.....	59
0.1.2.7 La synthèse hégélienne.....	60
0.1.2.8 Kant et Clausewitz : penser les rapports entre nations subjectives....	62
0.1.3 Rectification du principe de souveraineté : la dénonciation du mythe de la Volonté Générale.....	66
0.1.3.1 Guizot : la dénonciation du principe de souveraineté et de la fiction du peuple.....	67
0.1.3.2 Tocqueville et la fondation démocratique.....	68
0.1.3.3 Marx et la dénonciation de la fiction de la Nation.....	71
0.1.3.4 Lénine et la consécration du rôle du parti.....	72
0.1.4 L'achèvement par la reconnaissance explicite de la dimension morale de la République.....	74
0.1.4.1 Arendt et la nécessaire prise en compte des phénomènes totalitaires	74
0.1.4.2 Weil : La République comme réalisation d'une morale.	76
0.2 L'histoire de la souveraineté : L'unité institutionnelle des États souverains.....	81

0.2.1	L'émergence des États souverains : la concentration du pouvoir au sein d'un seul corps institutionnel.	82
0.2.1.1	La République Chrétienne : un espace commun pour une identité commune	83
0.2.1.2	Confusion des pouvoirs entre institutions laïques et cléricales	85
0.2.1.3	Éclatement et spécificité du pouvoir au sein des institutions laïques.	88
0.2.1.4	L'éclatement de la République Chrétienne en entités souveraines.....	91
0.2.2	L'évolution de la souveraineté : différents modes de légitimation de la domination étatique	101
0.2.2.1	Souveraineté de droit divin.....	101
0.2.2.2	Souveraineté dynastique.	103
0.2.2.3	Souveraineté impériale (<i>Imperial sovereignty</i>)	104
0.2.2.4	Souveraineté parlementaire (<i>Parliamentary sovereignty</i>).....	107
0.2.2.5	Souveraineté démocratique (<i>Democratic sovereignty</i>)	108
0.2.2.6	Souveraineté totalitaire (<i>totalitarian sovereignty</i>)	109
0.2.2.7	Souveraineté nationale (<i>National self determination</i>)	111
0.2.2.8	Souveraineté territoriale (<i>Territorial sovereignty</i>)	112
0.3	L'histoire de la souveraineté : les relations entre puissances.....	115
0.3.1	L'apparition contestée et circonstanciée du concept de souveraineté	117
0.3.1.1	L'invention du concept par les philosophes : diversité et désaccord.....	118
0.3.1.2	La souveraineté comme modèle non universel des relations entre puissances	126
0.3.2	Un concept inadapté pour ordonner et rendre compte de la scène internationale.....	133
0.3.2.1	La souveraineté dynastique	134
0.3.2.2	La souveraineté nationale.	135
0.3.2.3	La souveraineté indépendance.	135
0.3.2.4	La souveraineté-puissance.	137
0.3.2.5	La souveraineté wilsonienne.....	137
1	L'élargissement des notions de pouvoir et de droit font apparaitre comme limitée la volonté du souverain.....	141
1.1	La question de la souveraineté de l'État s'inscrit dans une conception particulière du pouvoir : un pouvoir de commandement	143
1.1.1	La polysémie des termes pouvoir et politique en science politique ..	144

1.1.1.1	Trois manières d'aborder la question du pouvoir	144
1.1.1.2	Deux modalités de pouvoir : pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence	150
1.1.1.3	Le pouvoir politique : un pouvoir d'injonction légitime, caractéristique de la souveraineté	155
1.1.2	La dilution du politique dans le social à travers les notions de pouvoirs et de normes : la négation de la spécificité de l'État.	158
1.1.2.1	La réduction du politique au social.....	158
1.1.2.1.1	La dilution du politique à travers une conception non différenciée du pouvoir	159
1.1.2.1.2	La dilution du politique à travers le concept non différencié de norme	163
1.1.2.2	Une sociologie de la société internationale entraînant une négation de la spécificité de l'État.....	166
1.1.2.2.1	Une sociologie de la société internationale pensée en termes de relation de pouvoir.....	167
1.1.2.2.2	La négation de la spécificité de l'État.....	171
1.1.3	La distinction nécessaire entre État et gouvernement : l'impossibilité de penser la souveraineté en termes de contrôle.	175
1.1.3.1	Souveraineté et art du gouvernement : deux logiques distinctes	176
1.1.3.2	Souveraineté et gouvernement : deux pouvoirs différents.	179
1.1.3.3	Le développement des pratiques de gouvernement dans les sociétés modernes indépendant de la logique étatique.....	185
1.1.3.4	La souveraineté impropre à être considérée à travers les logiques du gouvernement.....	188
1.1.4	La volonté de l'État identifiée à l'ensemble du droit contraignant..	190
1.1.4.1	La volonté d'un corps collectif n'a d'existence que dans l'application de la procédure qui lui donne forme.....	190
1.1.4.1.1	La volonté du groupe comme artifice	191
1.1.4.1.2	L'artifice qu'est la volonté du groupe prend forme par l'application d'une procédure.....	192
1.1.4.2	L'identité entre la loi et la volonté de l'État : la Loi comme formalisation de la volonté de l'État.....	194
1.1.4.2.1	Les actes de l'État comme procédure de formalisation de la volonté du souverain.	194
1.1.4.2.2	L'identification de la volonté de l'État à la loi : l'intégralité du droit positif contraignant.....	197
1.1.4.2.2.1	La contingence de la question des sources du droit rendue obsolète par une conception décisionniste du droit.	199
1.1.4.2.2.2	Les tribunaux comme organe de l'État : un rôle important dans la détermination du droit.....	202
1.1.4.2.3	Le droit souple étranger à la logique de la souveraineté : un outil de gouvernement.....	208

1.2	La souveraineté de l'État comme puissance normative autonome : une puissance de commandement qui reste absolue et illimitée...	215
1.2.1	La souveraineté absolue et illimitée dénoncée au nom de principes que le groupe devrait respecter	216
1.2.1.1	L'existence de principes objectifs que le groupe doit respecter	217
1.2.1.1.1	Les nouvelles tentatives pour fonder rationnellement la justice.	218
1.2.1.1.1.1	Les contraintes de justice matériellement définies	219
1.2.1.1.1.2	Les contraintes de justice formellement définies.....	223
1.2.1.1.2	Les droits de l'Homme : nouvelle norme transcendante.....	226
1.2.1.1.2.1	Les droits de l'Homme comme nouvelle transcendance.	226
1.2.1.1.2.2	Les droits de l'Homme comme principe structurant des sociétés démocratiques contemporaines.....	228
1.2.1.1.3	La fondation rationnelle de valeurs transcendantales : une démarche contestée	231
1.2.1.2	L'Existence de principes subjectifs que le groupe doit respecter	235
1.2.1.2.1	Le droit comme norme comportementale : le droit dissocié de l'État ..	236
1.2.1.2.1.1	La norme chez Hayek et Duguit : un fait social observable	236
1.2.1.2.1.2	La norme comme fait social dissocié de l'État.....	241
1.2.1.2.2	La critique du positivisme juridique au nom de l'opinion prévalente au sein des sociétés	245
1.2.1.2.2.1	La critique du positivisme juridique : l'opinion prévalente pensée comme limite à la souveraineté de l'État.....	246
1.2.2	Le droit nécessairement absolu et illimité dans son application.....	253
1.2.2.1	Le droit est nécessairement l'application illimitée et absolue de conceptions de justice dominante au sein de la société.....	254
1.2.2.1.1	La nécessaire acceptation du droit par les individus.....	254
1.2.2.1.2	Le droit comme actualisation d'une conception de la justice	256
1.2.2.2	La conception dominante de la justice comme volonté de l'État : l'exemple des droits de l'Homme	259
1.2.2.2.1	Les droits de l'Homme nécessairement définis par leur application	260
1.2.2.2.2	Les droits de l'Homme comme système de contrainte formellement identique à tout autre	264
1.2.2.3	Constitutionnalisme et autolimitation de l'État : un État toujours absolu et illimité	267
1.2.2.3.1	La confusion entre la volonté de l'État et la volonté de l'organe.....	268
1.2.2.3.2	Le respect de la hiérarchie des normes comme conditions de l'absoluité du pouvoir du souverain.....	272
1.2.2.4	L'arbitraire de la loi comme condition de l'évolution juridique des sociétés	276
1.2.2.4.1	La limitation de la souveraineté par la conception dominante de la justice construite sur une conception unanimiste de la société	277
1.2.2.4.2	La souveraineté illimitée et absolue comme seul moyen de dépasser les inévitables conflits de valeurs au sein d'une société complexe en évolution.....	280
1.2.2.4.3	La limitation de la souveraineté par la conception dominante de la justice construite sur une conception désincarnée de la volonté de l'État	287

1.3	La souveraineté assimilée au gouvernement : des critiques construites sur des rapports d'influence.....	293
1.3.1	Les États ne sont pas contraints par le système économique.....	294
1.3.1.1	Les États construisent l'ordre international et exercent le pouvoir structurel	295
1.3.1.2	La relation entre États et économie : une relation impropre à être pensée en termes de pouvoir	300
1.3.1.2.1	Les acteurs économiques subsumés sous une catégorie unique.....	301
1.3.1.2.2	Une économie personnifiée, pensée à tort comme acteur exerçant du pouvoir	304
1.3.1.3	La soumission des États à l'économie : un conflit latent plus idéologique que matériel	310
1.3.1.3.1	La soumission des États pensée par rapport un conflit latent	310
1.3.1.3.2	Le conflit latent entre les entreprises et les États : la dénonciation d'un pouvoir global toutefois dominé par les États.....	314
1.3.2	Les États soumis à la volonté des acteurs non étatiques : un rapport problématique entre pouvoir d'injonction et pouvoir d'influence...	318
1.3.2.1	Les États soumis au pouvoir des organisations internationales et des acteurs économiques : une relation d'influence.....	319
1.3.2.2	Le pouvoir d'influence des ONG : un pouvoir d'influence minimale .	323
1.3.2.3	Le pouvoir d'influence : un pouvoir impropre à s'appliquer à la nature juridique de l'État	326
1.3.2.4	États et souveraineté : une liberté strictement négative	334
1.3.3	La confusion entre État et gouvernement : fondement de critiques de l'État et de la souveraineté	342
1.3.3.1	La souveraineté domestique pénalisée par le différentiel d'efficacité entre les différents modes d'organisation.....	344
1.3.3.1.1	L'échec des Gouvernements à réaliser certains objectifs particuliers dans un contexte global	345
1.3.3.1.2	Le différentiel d'efficacité entre politiques comme limite de l'action de l'État : le pouvoir de la structure	350
1.3.3.2	La souveraineté domestique pénalisée par la transformation de l'État.	357
1.3.3.3	La souveraineté interdépendance dénoncée par la multiplication des flux transnationaux	362
2	L'inversion du rapport entre souveraineté et État fait apparaître la souveraineté comme limitée par le droit.	371
2.1	L'État comme personne morale : la critique de la souveraineté comme attribut juridique de l'État	373

2.1.1	La dissociation non finalisée entre souveraineté interne et souveraineté externe source de confusions multiples.....	374
2.1.1.1	Souveraineté interne et souveraineté externe : une distinction à l'origine inconnue.	374
2.1.1.2	Un premier type de dissociation entre souveraineté interne et souveraineté externe : la souveraineté externe comme principe de reconnaissance.	379
2.1.1.2.1	Chez les théoriciens des Relations internationales.....	379
2.1.1.2.1.1	L'État et la souveraineté appréhendés à travers les pratiques des acteurs	380
2.1.1.2.1.2	La souveraineté comme pratique de reconnaissance	383
2.1.1.2.2	La souveraineté en droit international : les attributs légaux de l'État... 390	
2.1.1.2.2.1	La souveraineté comme formalisation de l'indépendance d'un État	391
2.1.1.2.2.2	De l'État comme entité politique à l'État comme personne morale : la souveraineté comme attribut juridique conférant la personnalité.	392
2.1.1.2.2.3	La souveraineté comme liberté légale.	395
2.1.1.2.2.4	L'État comme sujet de droit d'un ordre juridique supérieur : un renversement de perspective.....	398
2.1.1.2.3	La nécessaire distinction entre les différents sens d'État et de souveraineté.....	401
2.1.1.3	De la souveraineté reconnaissance à la souveraineté comme institution du système international	406
2.1.1.3.1	La primauté de la souveraineté externe : l'État comme unité d'un système 407	
2.1.1.3.2	La souveraineté comme institution du système international : l'identification au système westphalien	411
2.1.1.3.3	La scène interétatique : un espace juridique distinct de l'espace mondial 418	
2.1.2	La critique de la souveraineté à travers l'évolution de la constitution internationale.....	421
2.1.2.1	La souveraineté et l'État : des fictions juridiques inadaptées à la réalité du monde contemporain.	423
2.1.2.1.1	L'évolution des régimes internationaux ou de la constitution internationale mobilisée pour montrer le caractère contingent de la souveraineté et de l'État.	424
2.1.2.1.1.1	La remise en cause des concepts d'État et de souveraineté à travers la multiplicité de leurs formes historiques.....	424
2.1.2.1.1.2	La souveraineté : un genre indifférent créant le genre interactif État souverain.....	430
2.1.2.1.2	La souveraineté réduite au système westphalien dénoncée par l'évolution du système international.....	433
2.1.2.2	La modification de la constitution internationale parfaitement compatible avec le principe de souveraineté	435

2.1.2.2.1	Reconnaissance, égalité souveraine et non-ingérence : des pratiques liées aux dynamiques de puissance entre entités souveraines et à leur conception du monde.	436
2.1.2.2.1.1	L'absence d'incompatibilité entre souveraineté, intervention et ingérence dans les théories de Hobbes et Bodin.	437
2.1.2.2.1.2	L'égalité souveraine des États : une réalité dépendante des rapports de puissance	443
2.1.2.2.1.3	Le système international fruit des dynamiques de puissance et de conception idéologiques	449
2.1.2.2.2	La spécificité de l'État comme sujet de droit international.....	453
2.1.2.2.2.1	Le rapport entre État et territoire : le territoire comme conséquence logique de l'application d'un système de norme.	453
2.1.2.2.2.2	L'émergence de nouveaux acteurs internationaux : l'État pensée comme un acteur parmi d'autre.	459
2.1.3	La critique de la souveraineté à travers la dénonciation de l'organisation de la scène interétatique.....	467
2.1.3.1	La division du monde en une multitude d'États souverains empêche la mise en place de solutions jugées satisfaisantes	468
2.1.3.1.1	La dynamique de la mondialisation : l'État comme forme politique inadaptée aux processus économiques et identitaires.	468
2.1.3.1.1.1	Le développement d'une société mondiale transcendant les frontières politiques	469
2.1.3.1.1.2	Le développement d'une communauté mondiale	472
2.1.3.1.2	La nouveauté de la mondialisation en question : un phénomène récurrent dans l'histoire de l'humanité.....	476
2.1.3.1.2.1	La société mondiale comme aboutissement d'un processus millénaires de coalescence des sociétés humaines	477
2.1.3.1.2.2	La communauté universelle : une affirmation récurrente dans l'histoire des idées politiques.....	480
2.1.3.1.3	La pluralité de souverainetés comme obstacle au gouvernement des intérêts communs et à la réalisation de la communauté mondiale	482
2.1.3.1.3.1	La pluralité de souverainetés comme facteur de trouble sur la scène internationale.	483
2.1.3.1.3.2	La pluralité de souveraineté comme obstacle à la gestion des biens communs de l'humanité et à la mise en place de politiques publiques.....	486
2.1.3.2	Le nécessaire dépassement de la souveraineté des États : une confirmation de la théorie de la souveraineté comme puissance normative.....	489
2.1.3.2.1	La souveraineté interne dénoncé au nom de la souveraineté externe : une contradiction qui montre la confusion des termes.....	490
2.1.3.2.2	Repenser la souveraineté : l'État comme administrateur local de l'intérêt universel	498
2.1.3.2.3	L'État mondial comme seul moyen logique d'assurer une régulation globale	505
2.2	La souveraineté pensée à partir de l'État : une inversion source de confusion du fait de la recomposition institutionnelle des États ..	513

2.2.1	La souveraineté de l'État confrontée au monisme juridique : le droit international comme droit interne.....	514
2.2.1.1	Le rapport entre droit international et droit étatique chez Kelsen : un dualisme méthodologique contestable	515
2.2.1.1.1	La conception moniste de H. Kelsen affirmant la primauté du droit international.....	515
2.2.1.1.2	La primauté du droit international sur le droit interne chez H. Kelsen construite sur un dualisme méthodologique.....	520
2.2.1.1.2.1	L'unité et l'effectivité comme conditions nécessaires de l'ordre juridique.....	521
2.2.1.1.2.2	L'unicité du fondement des normes de droit international simplement postulée par Hans Kelsen.....	522
2.2.1.2	La négation d'un ordre juridique international par l'affirmation d'une pluralité de souverainetés : le droit international comme droit interne.....	526
2.2.1.2.1	L'ordre juridique international : un concept contradictoire du fait de la multiplicité des interprétations authentiques.....	527
2.2.1.2.2	Le droit international comme simple source du droit interne : la réaffirmation d'une pluralité de souverainetés.....	531
2.2.1.2.2.1	L'unité de la puissance d'application comme condition nécessaire à l'existence du droit	531
2.2.1.2.2.2	Le droit international comme simple source du droit interne.....	533
2.2.1.2.2.3	La réaffirmation d'une pluralité de souveraineté : un droit international propre à chaque État	537
2.2.1.2.3	Cohérence et efficacité du droit international	542
2.2.1.2.3.1	Le droit international comme un droit de coordination.....	542
2.2.1.2.3.2	Les outils de coordination : les juridictions et organes internationaux comme juridictions et organes internes propre à chaque État.....	544
2.2.2	Fédéralisme et États polycentriques.....	549
2.2.2.1	La souveraineté dans les structures fédératives : l'impossibilité de penser deux niveaux d'État	550
2.2.2.1.1	Le problème des États non souverains : l'indépassable critère de la souveraineté pour penser l'État.....	552
2.2.2.1.2	La difficulté de penser la Fédération en dehors de la souveraineté et de l'État.....	557
2.2.2.1.3	L'impossibilité de qualifier simultanément les entités fédérées et l'entité fédérale d'État.	560
2.2.2.2	Le polycentrisme croissant des États ne remet pas en cause leur unité	562
2.2.2.2.1	Un État qui reste maître de la dévolution : la distinction entre possession et exercice.....	562
2.2.2.2.2	La remise en cause de l'unité de l'État par la décentralisation : une assimilation abusive de l'État à ces organes centraux.....	566
2.2.2.2.3	L'affirmation de l'unité institutionnelle de l'État à travers l'exemple des États fédéraux.....	575

2.2.2.3	La détermination du souverain dans les ensembles polycentrique : une question qui échappe au droit	582
2.2.2.3.1	L'impossible distinction juridique entre État fédéral et Confédération d'État.....	583
2.2.2.3.1.1	La distinction entre État fédéral et confédération d'État construite sur la seule souveraineté.	583
2.2.2.3.1.2	L'impossible distinction entre État fédéral et confédération d'État sur des critères juridiques	585
2.2.2.3.2	La détermination de l'État et du souverain dépendantes de critères non juridiques.....	590
2.2.2.3.2.1	La Fédération définie par son <i>telos</i>	591
2.2.2.3.2.2	La souveraineté comme condition du <i>telos</i> de la Fédération.....	593
2.2.2.3.2.3	La détermination du souverain par la fin particulariste : le fruit de représentations collectives	595
2.2.2.3.2.4	L'impact des conceptions scientifiques sur les représentations collectives et sur l'organisation du pouvoir.....	597
2.2.3	La privatisation de secteur d'activité : une recomposition du mode de gouvernement qui ne remet pas en cause la souveraineté de l'État .	599
2.2.3.1	L'évaluation de la place de l'État : une approche quantitative qui traduit l'absence de discernement	599
2.2.3.2	La privatisation comme phénomène de recomposition de l'État.	607
2.2.3.2.1	La privatisation de l'État comme instrument traditionnel de son renforcement et de sa gouvernementalité.....	609
2.2.3.2.2	La délégation d'activités publiques régaliennes et cogestion : deux pratiques aussi ancienne que l'État ne remettant pas en cause sa souveraineté.....	615
2.2.3.2.2.1	La délégation de compétence régalienne : une pratique fréquente dans les États modernes et contemporains.....	616
2.2.3.2.2.2	Les activités régaliennes : des activités (presque) comme les autres	619
2.2.3.2.3	La distinction entre acteurs privés et acteurs publics : une distinction artificielle fruit de l'histoire de la construction des États et du droit.....	626
2.2.3.2.3.1	La distinction entre personne privée et personne publique, de plus en plus floue, ne permet plus d'identifier les membres de l'Administration.....	627
2.2.3.2.3.2	Public / Privé : une distinction contingente qui ne traduit pas une différence de nature	632
2.2.3.2.4	La privatisation de l'État et la gouvernance : symptôme d'une compénétration entre État et société civile.....	637
	Conclusion.....	645
	Bibliographie... ..	651