



HAL
open science

Souveraineté de l'État et puissance de l'État

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Souveraineté de l'État et puissance de l'État. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2017, 165, pp.123. hal-01634256

HAL Id: hal-01634256

<https://hal.science/hal-01634256>

Submitted on 13 Nov 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Souveraineté de l'État et puissance de l'État

Boris Barraud

Docteur en droit (Laboratoire interdisciplinaire droit, médias et mutations sociales (LID2MS), Université d'Aix-Marseille)

Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif 2017-1, n° 165

I. L'indistinction constatée de la souveraineté de l'État et de la puissance de l'État

- A. L'identité de la souveraineté de l'État et de la puissance de l'État
 - 1. L'habituelle association de la souveraineté et de la puissance étatiques
 - 2. L'inhabituelle dissociation de la souveraineté et de la puissance étatiques
- B. La juridicité ou la factualité de la souveraineté-puissance de l'État
 - 1. La conception juridique de la souveraineté-puissance étatique
 - 2. La conception factuelle de la souveraineté-puissance étatique

II. La distinction proposée de la souveraineté juridique de l'État et de la puissance factuelle de l'État

- A. La puissance comme état de l'État
 - 1. La puissance, force matérielle et symbolique de l'État
 - 2. La puissance, élément constitutif de l'État
- B. La souveraineté comme droit au droit
 - 1. La souveraineté, norme fondamentale de l'ordre juridique
 - 2. La souveraineté, outil de légitimation de la puissance factuelle

La souveraineté de l'État serait au droit ce que la puissance de l'État serait au fait. Et la souveraineté se concevrait tel un droit au droit quand la puissance désignerait l'état de l'État. Tel est le sens de la distinction de la souveraineté et de la puissance étatiques esquissée en ces pages. La souveraineté est comprise comme une *méta-prérogative juridique*, comme la « norme fondamentale » ou « *Grundnorm* » kelsenienne, tandis que la puissance est envisagée en tant que *donnée factuelle empiriquement accessible*, traduisant la force et l'efficacité réelles de l'action de l'État. Pareille conception est pour une large part stipulative et il ne saurait s'agir, en ces pages, d'autre chose que d'un essai de distinction, d'autre chose que d'une proposition de distinction. Classiquement, les notions de souveraineté de l'État et de puissance de l'État sont envisagées en tant que synonymes ; mais leur sens supposément commun est controversé, notamment car il revêt un caractère juridique pour certains auteurs et un caractère factuel pour d'autres auteurs.

Souveraineté de l'État et puissance de l'État sont des concepts qui semblent indiscutables tant leur succès est grand, tant ils sont omniprésents dans les discours de ceux qui interrogent, sous un angle ou sous un autre, l'État et les institutions publiques. Peut-être, néanmoins, l'un et l'autre peuvent-ils ou même doivent-ils être aujourd'hui encore pensés et débattus dès lors que leurs sens et leurs portées sont incertains. Et peut-être mieux vaut-il ne pas les approcher tels deux signifiants d'un seul et même signifié ; peut-être la science, la théorie, la philosophie et les autres formes d'étude et de pensée de l'État ont-elles besoin à la fois de la notion de souveraineté étatique et de la notion de puissance étatique. Avec Raymond Carré de Malberg, on pourrait alors soutenir qu'« il convient, dans une bonne et saine terminologie, de ne pas employer

indistinctement l'une pour l'autre les deux expressions puissance d'État et souveraineté »¹. S'il serait sans doute peu conséquent de vouloir interroger les significations d'outils verbaux qui seraient l'objet d'un consensus ou d'un quasi-consensus, les hésitations qui entourent les sens et les portées de « souveraineté de l'État » et de « puissance de l'État » paraissent autoriser quelque entreprise de clarification et/ou de réorientation.

Raymond Carré de Malberg, après avoir détaillé les diverses acceptions du mot « souveraineté » de son époque, en concluait qu'il ne pouvait guère s'agir que d'un concept « embrouillé et obscur » ayant subi d'« excessives extensions »². Un même constat semble pouvoir être dressé aujourd'hui, si bien qu'on voit dans la souveraineté un « concept aussi inconsistant qu'incontournable »³, un « voile dont il nous faut comprendre ce qu'il cache »⁴, cela après Léon Duguit qui en avait déjà fait un « principe totalement vide »⁵. La Cour de cassation, le Conseil d'État, la nation, le peuple, le constituant, le législateur, le roi ou encore le Président de la République⁶ sont souvent qualifiés de « souverains ». Toute institution qui, dans l'ordre de sa compétence, ne relève d'aucune autorité supérieure et a le pouvoir de décider à titre définitif et irrévocable serait souveraine. Mais la souveraineté ne peut-elle pas, dans un sens strict, être comprise tel le propre de l'État ? Et, si elle n'était pas le propre de l'État, ne s'attacherait-elle pas davantage au législateur et au constituant qu'aux cours suprêmes dès lors que les compétences de celles-ci sont imposées par ceux-là ? Alors que la notion de puissance de l'État, si elle est d'usage moins courant, semble entourée elle-aussi par une certaine confusion sémantique, ce ne sont là que quelques problématiques parmi les nombreuses qui peuvent amener à proposer des *définitions complémentaires de la souveraineté et de la puissance de l'État*.

Les concepts de souveraineté et de puissance occupent une position cardinale dans la plupart des théories de l'État. La polysémie qui les frappe serait dès lors préjudiciable à l'intérêt de ces théories et inviterait à les retravailler. Pour comprendre ce qu'est l'État, il faut comprendre ce que sont sa souveraineté et sa puissance ; celles-ci seraient donc les clés permettant d'ouvrir les portes de l'État ou, du moins, de la pensée de l'État. Peut-être est-ce la majuscule initiale d'« État » qui les exprime le mieux. Il faut néanmoins pousser la réflexion plus avant, en premier lieu afin d'aborder la problématique de l'identité ou de la dissemblance entre souveraineté et puissance de l'État. Et cela apparaît aujourd'hui de plus en plus pressant tant, à travers la question de la souveraineté-puissance, il s'agit de faciliter les études et les réflexions relatives à l'actualité et à l'avenir de l'État à l'heure où celui-ci est chaque jour davantage remis en cause par des phénomènes qui le débordent et tendent à le faire passer de la figure du Léviathan à la figure du partenaire ou à la figure de l'obstacle. Dans le même temps, ce n'est peut-être pas sans raisons qu'on juge que « le “malaise” d'une modernité en quête de repères »⁷ serait imputable à « la facilité que constitue le fait d'accepter des notions comme “souveraineté” telles des données atomiques dont le sens et la portée seraient universellement évidents et compris, et sur lesquels le consensus social aurait été depuis longtemps établi »⁸. Parce qu'ils sont aussi souvent employés que rarement théorisés, les concepts de souveraineté de l'État et de puissance de l'État seraient actuellement trop abscons et obscurs, trop énigmatiques et ésotériques. Dès lors, ils mériteraient d'être réinterrogés et redéfinis.

Les incertitudes qui empreignent les notions de souveraineté et de puissance étatiques incitent à les revisiter et, en particulier, à les distinguer en voyant dans la puissance le pendant factuel de la souveraineté juridique (*II*), cela bien qu'il soit devenu ordinaire de les envisager en tant que synonymes (*I*). Il faut croire que la souveraineté et la puissance peuvent toutes deux être utiles, à des points de vue et dans des champs différents.

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, 1920, p. 191.

² *Ibid.*, p. 79.

³ Th. BERNIS, « Souveraineté, droit et gouvernementalité », *Arch. phil. droit* 2002, p. 353.

⁴ F. DE SMET, *Le mythe de la souveraineté – Du Corps au Contrat social*, EME, coll. Politique & culture, 2014, p. 8.

⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome deuxième : La théorie générale de l'État – Première partie : Éléments, fonctions et organes de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1928, p. 27.

⁶ Par exemple, O. CAMY, « Le chef de l'État est-il souverain sous la V^e République ? », *RFD Const.* 1996, p. 3 s.

⁷ F. DE SMET, *Le mythe de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 8.

⁸ *Ibid.*

I. L'indistinction constatée de la souveraineté de l'État et de la puissance de l'État

La souveraineté se présente tel un mythe ; et cela s'explique en premier lieu en raison de son aspect nébuleux et indéterminé. Le terme « souveraineté » constituerait « une ligne imaginaire telle que l'équateur : tout a un certain sens avant, tout a un certain sens après »¹ ; mais encore faut-il être en mesure d'identifier et de borner ces sens opposés. D'aucuns relèvent que la souveraineté a déjà été « abordée dans tous ses aspects et sous tous les angles »², ce qui n'implique guère qu'un signifié un et univoque soit forcément attaché au signifiant « souveraineté », bien au contraire. Le concept est employé afin de désigner de nombreuses situations politiques ou juridiques relatives, notamment, à la légitimité du pouvoir, à l'exercice de certaines prérogatives ou à la définition de l'État. Et la situation de la puissance est peu ou prou identique à celle de la souveraineté : on ne sait, semble-t-il, pas plus précisément ce qu'est la puissance de l'État que ce qu'est la souveraineté de l'État.

Mais la souveraineté et la puissance ne se rejoignent pas seulement en ce que l'une et l'autre baignent dans un certain flou sémantique. Parmi les discours de ceux, juristes, politistes ou autres, qui s'intéressent à l'État, souveraineté et puissance sont généralement utilisées alternativement et indistinctement. Il est rare que des auteurs se proposent d'envisager l'un et l'autre concept en termes différents (A). Par suite, la polysémie de la « souveraineté-puissance » a pour conséquence, notamment, qu'on ne sait pas si elle appartient au domaine juridique ou au domaine factuel (B). Or il sera proposé, au sein de la seconde partie de cette étude, de définir la souveraineté en tant que prérogative juridique, en tant que « droit au droit », et de définir la puissance en tant que donnée factuelle, en tant qu'« état de l'État ». La souveraineté serait ainsi un instrument conceptuel à destination des juristes quand la puissance serait un outil conceptuel à destination des politistes et des sociologues. Il faudrait séparer la souveraineté et la puissance comme il faut séparer le domaine du droit et le domaine du fait.

A. L'identité de la souveraineté de l'État et de la puissance de l'État

Un auteur explique l'intérêt d'écrire un ouvrage au sujet de la souveraineté en raison du fait que « la notion de souveraineté n'a rien d'évident ni de spontané [...] mais elle s'avère difficile à dépasser »³. La puissance étatique aussi ne possède rien d'évident ni de spontané et pourtant elle est au cœur des réflexions touchant à l'État. En réalité, si la puissance se trouve au cœur des réflexions touchant à l'État, c'est parce qu'on l'associe depuis longtemps à la souveraineté ; mais la notion la plus essentielle pour la théorie de l'État semble bien être celle de souveraineté. Alors qu'il sera proposé, en ces pages, de distinguer la souveraineté et la puissance afin de permettre à chacune de contribuer à la compréhension et à l'étude du phénomène social, politique et juridique qu'est le phénomène étatique, la plupart des penseurs et commentateurs de l'État se rejoignent en ce qu'ils ne s'intéressent qu'à la souveraineté-puissance (1), bien qu'ils s'éloignent les uns des autres en ce qu'ils ne s'intéressent pas à la même souveraineté-puissance. Ce n'est qu'au sein de rares écrits que quelques tentatives de dissociation de la souveraineté et de la puissance étatiques peuvent être dénichées (2).

1. L'habituelle association de la souveraineté et de la puissance étatiques

Par exemple, le fait qu'Olivier Beaud ait publié sa thèse *État et souveraineté*⁴ sous le titre *La puissance de l'État*⁵ est significatif de l'indistinction de la souveraineté et de la puissance de l'État qui empreint actuellement la psyché *jus*-politique collective. L'idée de puissance de l'État a de la sorte été mise sur le devant de la scène de la pensée de l'État sans être particularisée par rapport à la souveraineté⁶. Ainsi,

¹ J.-P. COLIN, « Variations sur la souveraineté », *Annuaire Français de Relations Internationales* 2009, p. 3.

² S. SAURUGGER, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum* 2012, n° 8, p. 1.

³ F. DE SMET, *Le mythe de la souveraineté*, *op. cit.*, p. 7.

⁴ O. BEAUD, *État et souveraineté – Éléments pour une théorie de l'État*, th., Université Paris II - Panthéon-Assas, 1989.

⁵ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994.

⁶ Cf., néanmoins, O. BEAUD, « Souveraineté, pouvoir, puissance », in Ph. RAYNAUD, S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 1996, p. 625 s.

dans ce qui constitue l'une des toutes dernières contributions majeures à la théorie de l'État, Olivier Beaud retient que « la puissance étatique signifie puissance unilatérale de commandement. Elle est donc synonyme de la souveraineté »¹ ; ou que « la puissance de l'État n'est rien d'autre que la souveraineté »². De plus, alors que son ouvrage est intitulé *La puissance de l'État*, il souligne dès les premières lignes que « la question capitale à l'origine de ce travail est celle du rapport existant entre les notions d'État et de souveraineté »³. Et de rapprocher la puissance publique de la puissance étatique et de la souveraineté en évoquant « la souveraineté comme puissance publique »⁴ ou « la souveraineté qu'on appelle "puissance publique" »⁵. L'auteur n'ignore pas qu'il serait possible de délier souveraineté et puissance, remarquant que seule « une doctrine minoritaire dissocie puissance et souveraineté »⁶, mais se positionne clairement contre pareille option⁷.

Plus tôt, Léon Duguit a pu voir dans les termes « souveraineté » et « puissance » deux parfaits synonymes⁸, parlant souvent de la « puissance ou souveraineté »⁹, tandis que Raymond Carré de Malberg faisait observer à ses lecteurs combien « la puissance porte, dans la terminologie traditionnellement consacrée en France, le nom de souveraineté »¹⁰, combien « le terme "souveraineté" désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière »¹¹. Et d'autres auteurs de se référer à la « puissance dite souveraine »¹². Mais c'est dans une époque plus lointaine qu'il convient de rechercher les origines de l'association de la souveraineté et de la puissance étatiques. En effet, au XVI^e s., Jean Bodin, premier penseur de la souveraineté, et par la même occasion premier penseur de l'État moderne, définissait celle-ci en tant que « puissance absolue et perpétuelle de la République »¹³ ; et il percevait le signe caractéristique de cette « République » — nom qu'il donnait à l'État — dans le « droit gouvernement [...] avec puissance souveraine »¹⁴. Depuis lors, on assimile ordinairement souveraineté de l'État et puissance de l'État. Par exemple, Loyseau, dans son *Traité des Seigneuries* paru en 1614, pouvait écrire que « la souveraineté est le comble de puissance »¹⁵. Ainsi, historiquement, la souveraineté a-t-elle toujours été définie en tant que puissance, à tel point que les expressions « souveraineté de l'État » et « puissance de l'État » ont pu apparaître équivalentes. Seulement, la difficulté, dès lors que la souveraineté est la puissance, provient du fait qu'on ne sait pas exactement ce que désigne l'idée de puissance et, spécialement, s'il s'agit d'une puissance factuelle ou bien d'une puissance juridique.

Aujourd'hui, à la suite de Julien Laferrrière qui s'intéressait à « la souveraineté en quoi consiste la puissance de l'État »¹⁶, beaucoup étudient « la puissance, c'est-à-dire la souveraineté »¹⁷ ou « la souveraineté qu'on appelle aussi puissance d'État »¹⁸. Les manuels de droit, pour la plupart, retiennent que, « pour qu'existe un État, il faut que la population et le territoire soient soumis à une forme spécifique de pouvoir politique. Cette condition d'existence est généralement appelée la puissance publique ou encore souveraineté »¹⁹. Les professeurs enseignent que la souveraineté serait la « puissance suprême de domination »²⁰ ou une « puissance de droit »²¹. Dans les années 1920, Raymond Carré de Malberg remarquait que, très vite, la souveraineté en est venue à s'identifier avec la puissance, si bien que des générations de *jus-publicistes* et de *politistes* ont utilisé alternativement et indistinctement « souveraineté de

¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 18.

² *Ibid.*, p. 10.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 198.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁷ O. BEAUD, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'État" de Carré de Malberg », *RDP* 1994, p. 1251 s. Également, par exemple, O. BEAUD, « Nationalisation et souveraineté, la nationalisation comme acte de puissance », *LPA* 24 nov. 1995, p. 11 s.

⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 3.

⁹ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ *Ibid.*, p. 79.

¹² M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État : essai d'une théorie réaliste de droit politique*, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

¹³ J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, L. I, chap. 8.

¹⁴ *Ibid.*, L. I, chap. 1.

¹⁵ Ch. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, 1614, chap. 2 (cité par Th. BERNIS, « Souveraineté, droit et gouvernementalité », art. préc., p. 352).

¹⁶ J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, p. 359.

¹⁷ H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 1159.

¹⁸ M. TROPER, « Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale ? », [en ligne] <conseil.constitutionnel.fr>, 2008.

¹⁹ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 28.

²⁰ J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2011, p. 28.

²¹ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2013, p. 36.

l'État » et « puissance de l'État »¹. Pareille observation semble pouvoir être opérée *a fortiori* à l'ère contemporaine tant, depuis que l'illustre professeur strasbourgeois a écrit, cette tendance à la réunion de la souveraineté et de la puissance étatiques n'a eu de cesse de se renforcer. Seuls de rares auteurs proposent de voir dans « souveraineté de l'État » et « puissance de l'État » deux objets distincts.

2. L'inhabituelle dissociation de la souveraineté et de la puissance étatiques

Au milieu du XX^e s., le sociologue Georges Gurvitch — dont les écrits sont moins importants en matière de théorie de l'État qu'en matière de sociologie du droit — ne départageait pas souveraineté et puissance mais dissociait deux souverainetés : la « souveraineté juridique » et la « souveraineté politique »², ajoutant que « la combinaison des deux est la souveraineté absolue »³. Maurice Hauriou lui-aussi a pu opérer une distinction entre « la conception politique de la souveraineté "indépendance" et la conception juridique de la souveraineté "faisceau de droits régaliens" »⁴. Actuellement, on en vient de la même manière à opposer, par exemple, la « puissance absolue » (le fait que « quelqu'un peut agir de fait ») et la « puissance ordinaire » (le fait que « quelqu'un peut agir de droit »), la « puissance absolue » étant une autre façon de désigner la « souveraineté absolue » et la « puissance ordinaire » étant une autre façon de désigner la « souveraineté ordinaire »⁵. Ainsi d'aucuns préfèrent-ils particulariser différents degrés ou types de souveraineté ou de puissance plutôt que de discriminer la souveraineté et la puissance — éventuellement en associant, comme cela sera proposé plus loin en ces pages, la puissance à la capacité factuelle d'agir et la souveraineté à la capacité juridique d'agir.

Néanmoins, il est possible de trouver, parmi l'ensemble de la littérature *jus*-politique moderne, quelques essais de démarcation de la puissance étatique par rapport à la souveraineté étatique. La première différenciation entre la souveraineté (*Souveränität*) et la puissance (*Staatgewalt*) étatiques semble avoir été l'œuvre de la doctrine allemande de la fin du XIX^e s., laquelle souhaitait de la sorte proposer un outil efficace de distinction de l'État fédéral, qui détiendrait la souveraineté et la puissance, et des États fédérés, qui disposeraient seulement de la puissance, sans être souverains. Il existe donc une doctrine minoritaire, organisée autour des œuvres de Laband et Jellinek — pour qui « il ne faut pas confondre la puissance étatique avec la souveraineté »⁶ —, qui considère que l'on devrait conceptuellement distinguer souveraineté et puissance dans le cadre des États fédéraux. Mais alors, outre le fait que cette conception ne peut valoir qu'à l'égard d'une certaine catégorie d'États, si différenciation de la souveraineté et de la puissance il y a, celle-ci ne repose guère sur la division fait/droit ; il est davantage question de niveaux : la puissance serait un niveau inférieur par rapport à la souveraineté. Ainsi comprises, puissance et souveraineté se démarquent par des différences de degré mais non par des différences de nature.

Pour ce qui est des penseurs de l'État francophones, Rousseau avait élaboré une subtile classification : le corps politique devrait être appelé « souverain » lorsqu'il est actif, « État » quand il est passif et « puissance » par opposition aux autres corps politiques⁷. Cette tripartition, amenant à placer l'État aux côtés de la souveraineté et de la puissance, loin de faire de ces deux dernières des caractères de ce premier, n'a toutefois guère été reprise. Si on sépare quelques fois la souveraineté et la puissance étatiques, c'est toujours en en faisant différents degrés d'une même nature et non différentes natures d'un même objet. Ainsi Raymond Carré de Malberg pouvait-il estimer que la souveraineté serait une « qualité » ou une « certaine façon d'être » de la puissance de l'État⁸. Cependant, lorsqu'on envisage la souveraineté en tant que « degré de la puissance »⁹, il est difficile de considérer qu'il s'agirait là d'une véritable dissociation de la souveraineté et de la puissance, l'une étant comprise dans l'autre. Aujourd'hui, la position selon laquelle la souveraineté serait le « critère formel de la puissance »¹⁰ est également avancée. Et on préfère parfois parler de souverain plutôt que de souveraineté afin d'en faire le « titulaire légitime de la puissance »¹¹. Souverain et

¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 75.

² G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 205.

³ *Ibid.*, p. 107.

⁴ M. HAURIUO, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 17.

⁵ Th. BERNS, « Souveraineté, droit et gouvernementalité », art. préc., p. 351.

⁶ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Deuxième partie : Théorie juridique de l'État* (1911), trad. G. Fardis, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2005, p. 126.

⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 6.

⁸ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 70.

⁹ F. POIRAT, « État », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 646.

¹⁰ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, Armand Colin, coll. Cursus philosophie, 1999, p. 20.

¹¹ É. MAULIN, « Souveraineté », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1434.

puissance sont dans ce cas des données juridiques non identiques mais intimement interdépendantes, l'une ne pouvant aller sans l'autre.

Au sein de la seconde partie à venir, il s'agira d'envisager qu'il y aurait, entre la souveraineté de l'État et la puissance de l'État, des *différences de nature*, des différences de dimension ou d'espace, non des différences de degré ou de niveau. La proposition sera que la souveraineté appartiendrait au monde du droit quand la puissance appartiendrait au monde du fait. Il ne s'agira nullement de faire de la puissance un critère, un caractère ou une espèce de la souveraineté ou de faire de la souveraineté un critère, un caractère ou une espèce de la puissance. Il n'est peut-être pas inconsidéré de faire de la souveraineté un type ou une catégorie de puissance. Un tout autre chemin sera néanmoins emprunté, cela afin d'esquisser des outils sémantiques devant permettre de rendre justice tant de la supériorité juridique de l'État que de sa supériorité factuelle, matérielle ou réelle. En effet, si les théoriciens de l'État se rejoignent ordinairement en ce qu'ils pensent la souveraineté-puissance étatique plutôt que la souveraineté et la puissance étatiques, ils se scindent en revanche en deux camps : ceux pour qui cette souveraineté-puissance étatique serait une donnée factuelle ; ceux pour qui cette souveraineté-puissance étatique serait un objet juridique.

B. La juridicité ou la factualité de la souveraineté-puissance de l'État

La « souveraineté-puissance » — ainsi qu'un auteur la désigne très significativement¹ — relève-t-elle du fait ou relève-t-elle du droit ? Les théoriciens de l'État ne sont jamais parvenus à apporter une réponse claire à cette question. C'est notamment pour cette raison que les notions de souveraineté et de puissance étatiques sont polysémiques ; et c'est notamment pour cette raison qu'au long de la seconde partie de cette étude la spécification de la souveraineté et de la puissance de l'État sera organisée autour de la rupture humienne entre être et devoir-être, autour de l'opposition entre domaine factuel et domaine juridique. Il paraît tout autant loisible de soutenir que la souveraineté-puissance serait un fait que de soutenir qu'elle serait un droit. Parmi les prochaines pages, il sera proposé de voir *dans la puissance un fait et dans la souveraineté un droit*. Et cette approche ne sera pas entièrement novatrice puisque déjà Maurice Hauriou distinguait les « États de fait » et les « États de droit »² et s'intéressait à « la mutation du pouvoir politique brut en souveraineté juridique »³. Aussi l'illustre doyen de la faculté de droit de Toulouse s'appuyait-il sur la *summa divisio* consistant à partager l'univers étatique entre un monde factuel et un monde juridique. Cependant, à l'instar de Raymond Carré de Malberg qui observait la « transformation de la puissance de fait en puissance de droit »⁴, il n'utilisait pas les concepts de puissance et de souveraineté afin d'exprimer la différence entre force factuelle et prérogative juridique. « La puissance de commander avec une force irrésistible ou — selon la terminologie française — la “souveraineté” forme le trait caractéristique de l'État »⁵, pouvait rappeler Carré de Malberg. Cela illustre l'importance en même temps que la difficulté des enjeux attachés à la distinction du droit et du fait en matière de pensée de l'État et, plus particulièrement, en matière de pensée de la souveraineté-puissance.

La conception juridique de la souveraineté-puissance de l'État l'emporte certainement sur sa conception factuelle en ce qu'elle est soutenue par un plus grand nombre d'auteurs. Toutefois, l'écart entre le relatif succès de l'une et le relatif insuccès de l'autre est assez faible, ce qui favorise le développement des incertitudes sémantiques et conceptuelles autour de cette souveraineté-puissance. Mais les discussions et l'indécision se retrouvent également à l'échelle des penseurs de la souveraineté-puissance juridique (1) et à l'échelle des penseurs de la souveraineté-puissance factuelle (2). Cela pourrait autoriser à envisager la souveraineté juridique et la puissance factuelle dans des sens précis mais spécifiques : la souveraineté en tant que « droit au droit » ; la puissance en tant qu' « état de l'État ».

¹ B. PAUVERT, *Droit constitutionnel – 30 fiches de synthèse*, Studyrama, coll. Panorama du droit, 2004, p. 82.

² M. HAURIUO, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 2^e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1916, p. 11.

³ *Ibid.*, p. 12.

⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 255.

⁵ *Ibid.*, p. 194.

1. La conception juridique de la souveraineté-puissance étatique

Beaucoup de théoriciens de l'État, spécialement parmi les juristes, font de la souveraineté-puissance la pierre angulaire de leurs constructions juridiques de l'État. Il est ainsi relativement courant que les manuels de droit constitutionnel enseignent que, « s'il s'agit de définir l'État par la souveraineté, on ne peut pas considérer cette suprématie comme une suprématie de fait, comme une suprématie réelle. Il peut se trouver en effet, dans certains pays, des institutions ou des groupes plus puissants en faits que l'État. La puissance dont il s'agit est donc une puissance qui n'est pas supérieure en fait, mais seulement en droit »¹. Il s'agit là d'une affirmation logiquement classique parmi les facultés de droit.

Déjà Hugo Grotius soulignait qu' « il n'existe aucune société qui puisse se maintenir sans le droit »². L'histoire du droit et l'histoire de l'État se mêleraient largement et parfois même se confondraient. Il apparaît dès lors justifié de chercher à définir l'État par le droit, de chercher à placer la théorie juridique de l'État au centre de la théorie générale de l'État. Or on place souvent au centre de la théorie juridique de l'État la théorie de la souveraineté-puissance de l'État. Kelsen disait de l'État qu'il serait une « construction auxiliaire de la pensée juridique »³. Si nombre d'auteurs, parmi les sciences humaines et sociales, envisagent l'État comme un objet a-juridique, considérant qu'il serait avant tout un phénomène politique et social, il en va différemment dans le cercle des juristes où il est généralement postulé qu'il y aurait identité ou altérité entre droit et État, *a fortiori* au sens des normativistes qui conçoivent l'État en tant que personnification d'un ordre juridique⁴.

En réalité, ce n'est pas que Kelsen et ses successeurs n'envisagent d'État que juridique ; ils ne s'autorisent simplement à le définir et à l'étudier que juridiquement. Il en résulte que la souveraineté-puissance est communément un élément d'essence juridique aux yeux des juristes. Pour eux, l'État est avant tout une notion de droit distincte des réalités socio-factuelles qui font aussi l'État et il en va à l'identique de la souveraineté-puissance. Michel Troper, par exemple, soutient, contre Kelsen, que « l'État ne s'identifie pas avec le droit »⁵ ; mais il observe ensuite que « ce n'est pas l'État qui définit le droit mais le droit, la forme juridique, qui définit et constitue l'État »⁶, de telle sorte que ce serait nécessairement le droit, la forme juridique, qui définirait et constituerait la souveraineté-puissance étatique.

La définition juridique la plus ordinaire de l'État est celle qui en fait une personne morale souveraine, cette définition étant celle agréée d'Adhémar Esmein⁷ à Georges Vedel⁸. Beaucoup présentent donc la souveraineté-puissance tel un « attribut juridique de l'État »⁹, enseignent que « la souveraineté est une puissance exercée dans les formes, pour les finalités et selon les moyens du droit »¹⁰, en viennent à interroger « les caractéristiques de la puissance de l'État » qui font de l'État une « institution juridique »¹¹ ou expliquent qu' « étudier l'État sous l'angle de sa puissance ou de sa souveraineté » revient à « tenter de rendre compte *juridiquement* de l'État »¹². Il est ainsi habituel, dans l'antre des facultés de droit, de considérer que « la souveraineté est une puissance de droit »¹³. Et des propositions concurrentes à celle consistant à voir dans l'État une personne souveraine peuvent néanmoins conserver la souveraineté parmi les caractères juridiques de l'État : en ce sens, ce dernier, sous l'angle du droit, reposerait sur « la souveraineté et la citoyenneté »¹⁴, « la puissance, les organes et les fonctions »¹⁵ ou bien encore « la souveraineté et l'institution »¹⁶.

D'aucuns peuvent dès lors constater à quel point « le mot souverain a d'abord une signification juridique »¹⁷. Jacques Chevallier, notamment, estime que la souveraineté-puissance serait un « élément

¹ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 28.

² H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix* (1625), Guillaumin, 1867, p. XXIII.

³ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 387.

⁴ F. POIRAT, « État », art. préc., p. 644.

⁵ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Puf, coll. Léviathan, 1994, p. 159.

⁶ *Ibid.*

⁷ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd. (1914), Éditions Panthéon-Assas, 2001.

⁸ G. VEDEL, *Droit constitutionnel*, Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 99.

⁹ J.-C. ZARKA, *Introduction au droit constitutionnel*, 4^e éd., Ellipses, coll. Mise au point, 2011, p. 11.

¹⁰ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 38.

¹¹ F. POIRAT, « État », art. préc., p. 644.

¹² O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 11 (souligné dans le texte original).

¹³ D. BARANGER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 36.

¹⁴ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, op. cit., p. 21.

¹⁵ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 70.

¹⁶ O. BEAUD, « La notion d'État », *Arch. phil. droit* 1990, p. 119.

¹⁷ O. BEAUD, « Le Souverain », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 33.

essentiel » de la « constitution juridique de l'État »¹. Et le professeur d'écrire que « l'État est un concept dont la consistance est d'abord juridique et qui ne peut être appréhendé qu'à travers le prisme du droit »². Mais il note aussi, par ailleurs, que cela « néantis[e] la dynamique sociale et politique dont [l'État] est le produit [...] et qui l'agit[e] en permanence et le [fait] évoluer »³. Peut-être faudrait-il séparer le concept d'État, avant tout juridique, et la réalité de l'État, qui serait au moins autant sociologique et politique ; il serait logique que l'abstrait aille de pair avec le droit et que le concret aille de pair avec le fait. C'est pourquoi nombreux sont ceux qui envisagent principalement l'État sous l'angle concret et matériel, de telle sorte que, lorsqu'ils se réfèrent à la souveraineté-puissance, ils se réfèrent à un objet factuel et non à un objet juridique.

2. La conception factuelle de la souveraineté-puissance étatique

Tandis que Maurice Hauriou, à l'instar des auteurs précédemment cités, concevait la souveraineté-puissance de l'État en termes juridiques — il la désignait en tant que « droit subjectif de l'État »⁴ —, Léon Duguit constatait à la fois que « les distinctions [entre souveraineté et puissance de l'État] n'ont qu'une importance secondaire et les deux expressions peuvent être prises comme synonymes »⁵ et que « l'une et l'autre ne désignent que le droit appartenant à une personne de donner des ordres à une autre personne »⁶. L'opinion majoritaire était alors, au moins à l'échelle des juristes, celle consistant à concevoir la souveraineté-puissance étatique en tant que prérogative juridique. Aujourd'hui, la situation semble inchangée. Mais Duguit ne s'en satisfaisait guère comme, actuellement, beaucoup d'auteurs ne s'en satisfont guère, au moins parmi les politistes. C'est pourquoi l'illustre professeur bordelais a conçu sa thèse du « fait-souveraineté ». Soit il « ni[ait] purement et simplement la souveraineté »⁷, soit il « affirm[ait] que la souveraineté est un simple fait »⁸. Selon lui, « de même qu'on ne peut démontrer que l'autonomie de l'individu est un droit, de même on ne peut davantage démontrer que la souveraineté de l'État est un droit »⁹. Il défendait la théorie dite « de la force » selon laquelle seule la force des individus et des organes qui mettent en œuvre concrètement la puissance serait à observer parce qu'elle serait le témoignage de la « différenciation des gouvernants et des gouvernés », c'est-à-dire des origines foncièrement factuelles de l'étaticité. Il écrivait : « Les gouvernants ont toujours été, sont et seront toujours les plus forts en fait. Le fait simple et irréductible, c'est la possibilité pour quelques-uns de donner aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle ; [...] c'est la force des plus forts dominant la faiblesse des plus faibles »¹⁰.

Au sens de la théorie duguiste, il serait uniquement possible de relever empiriquement le fait que la volonté des gouvernants s'impose aux gouvernés et d'en tirer toutes les conséquences quant à la question de l'État. La souveraineté-puissance ne serait que le fruit de la différenciation entre forts et faibles, de telle sorte que « ceux qui détiennent la puissance détiennent une puissance de fait et non pas une puissance de droit. [...] Ils n'ont pas le droit de formuler des ordres »¹¹. Léon Duguit ne voyait guère comment l'État et donc sa souveraineté-puissance pourraient être autres choses que des réalités factuelles et, en particulier, comment ils pourraient être des réalités juridiques. Il écrivait encore : « Ma doctrine est essentiellement objectiviste : je nie la puissance publique conçue comme droit subjectif ; [...] je ne reconnais à l'État qu'une puissance de fait »¹².

En même temps que Duguit, Raymond Carré de Malberg convenait que « la souveraineté est un fait »¹³ et que « la puissance de l'État est un pur fait »¹⁴. Quelques années plus tard, Santi Romano pouvait relever combien « d'aucuns voient dans la puissance de l'État un pouvoir de fait et un attribut

¹ J. CHEVALLIER, *L'État*, op. cit., p. 27.

² *Ibid.*, p. 3.

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès sciences politiques*, 8^e éd., Librairie du recueil Sirey, 1918, p. 28 (cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel – Tome premier : La règle de droit, le problème de l'État*, 3^e éd., De Boccard, 1927, p. 546).

⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, op. cit., p. 3.

⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, op. cit., p. 553.

⁸ *Ibid.*, p. 546.

⁹ *Ibid.*, p. 545.

¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹¹ *Ibid.*, p. 640.

¹² *Ibid.*, p. 549-550.

¹³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, op. cit., p. 64.

¹⁴ *Ibid.*, p. 57.

préjuridique »¹, même si, pour sa part, il ne concevait cette puissance qu'en tant que « caractère essentiel de l'État qui n'est jamais antérieur ni extérieur au droit mais naît avec l'ordre juridique qui le régit et le régit »². Quant à Kelsen, il percevait en la souveraineté-puissance un outil factuel bien davantage qu'une prérogative juridique, la qualifiant de « masque vraiment tragique derrière lequel se cachent des revendications de pouvoir de différentes natures »³. C'est pourquoi l'auteur de *Théorie pure du droit* n'a guère cherché à réutiliser ce concept.

Aujourd'hui, il n'est pas rare de trouver des professeurs qui enseignent que « la souveraineté est un élément de pur fait »⁴ ou un « fait purement négatif »⁵, bien que ces professeurs soient moins nombreux que ceux qui envisagent la souveraineté-puissance en tant qu'élément de pur droit. Par exemple, on propose d'« étudier la souveraineté “au concret” »⁶ et on décrit des étapes de l'affirmation progressive de la souveraineté qui sont des étapes factuelles et non des étapes juridiques : consolidation par rapport aux seigneurs féodaux, émancipation par rapport à la Papauté etc.⁷. Et, lorsque la souveraineté est caractérisée telle une « relation de supériorité exercée par une volonté sur d'autres volontés »⁸ ou telle une simple « autorité supérieure »⁹, elle paraît relever du monde factuel bien plus que du monde juridique.

En outre, il est remarquable que certains dictionnaires de la langue française caractérisent la souveraineté en termes factuels plus qu'en termes juridiques, la présentant comme le « caractère de ce qui est d'une efficacité totale »¹⁰, là où la puissance est définie en tant que « caractère de ce qui est capable de produire de grands effets »¹¹. Également « capacité d'une unité politique d'imposer sa volonté aux autres unités »¹² au sens de Raymond Aron et « chance de voir triompher [...] sa propre volonté contre la résistance d'autrui »¹³ aux yeux de Max Weber, la souveraineté-puissance pourrait donc se comprendre tel un fait autant que tel un droit.

Si « puissance de l'État » et « souveraineté de l'État » sont deux signifiants différents servant à désigner un seul et même signifié, il y a donc bien deux camps : celui de ceux pour qui il s'agit d'un seul et même signifié d'ordre juridique et celui de ceux pour qui il s'agit d'un seul et même signifié d'ordre factuel. Il est à présent temps de présenter et d'expliquer les conceptions de la souveraineté et de la puissance étatiques que cette étude souhaite proposer. Telle qu'ici comprise, la souveraineté serait une notion qui pourrait difficilement être séparée du droit. Plus précisément, elle ne désignerait pas autre chose que la « norme fondamentale » ou « *Grundnorm* » de la « pyramide des normes » kelsénienne. En d'autres termes, elle serait le « droit au droit » qui permet à l'État de maîtriser *en théorie* l'élaboration des règles de droit. Dans le même temps, il faut constater qu'« État » et « droit » ne sont pas deux mots différents utilisés afin de désigner un seul et même phénomène, que la réalité de l'État excède très largement la réalité juridique de l'État, que la théorie de l'État excède très largement la théorie juridique de l'État, de telle sorte qu'il pourrait s'avérer utile d'utiliser le concept de puissance de l'État dans le cadre d'approches plus politiques et sociologiques. Ainsi faudrait-il comprendre cette puissance en tant que force réelle et capacité à imposer ses normes et à exercer sa contrainte de l'État, en tant que donnée factuelle traduisant l'« état de l'État ».

La démarcation de la souveraineté juridique et de la puissance factuelle de l'État doit permettre tout à la fois de rendre justice de la nature foncièrement juridique de l'État et de témoigner de sa réalité largement matérielle et effective, loin de ne voir en lui qu'une entité « abstraite », « virtuelle » et « imaginaire »¹⁴. Bien sûr, les juristes sont tentés de façonner uniquement une « notion juridique »¹⁵ ou « conception juridique »¹⁶ de l'État. Reste que le phénomène étatique se laisse observer dans l'espace empirique autant que dans l'espace juridique. Un portrait de l'État omettant son aspect factuel comme un portrait de l'État négligeant

¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique* (1946), trad. L. François, P. Gothot, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1975, p. 59.

² *Ibid.*

³ Cité par C. COLLIOT-THÉLÈNE, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum* 2012, n° 8.

⁴ B. PAUVERT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 82.

⁵ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 47.

⁶ S. SAURUGGER, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », art. préc., p. 1.

⁷ A. TRUYOL Y SERRA, « Souveraineté », *Arch. phil. droit* 1990, p. 316.

⁸ D. BARANGER, « Utilitarisme (utilitarisme classique et droit) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1502.

⁹ F. POIRAT, « État », art. préc., p. 646.

¹⁰ V° « Souveraineté », in *Dictionnaire Hachette*, Hachette, 2013.

¹¹ V° « Puissance », in *Dictionnaire Hachette*, Hachette, 2013.

¹² R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, p. 58.

¹³ M. WEBER, *Économie et société*, t. I (1922), Plon, 1965.

¹⁴ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 101.

¹⁵ Réf. à M. REGLADE, « La notion juridique d'État en droit public interne et en droit international public », in *Mélanges Georges Scelle*, LGDJ, 1950.

¹⁶ Réf. à X. S. COMBOTHECRA, *La conception juridique de l'État*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899.

son aspect juridique ne sauraient être mieux que des portraits flous car incomplets de l'État. La souveraineté de l'État et la puissance de l'État pourraient donc trouver chacune sa place au sein de la pensée de l'État.

II. La distinction proposée de la souveraineté juridique de l'État et de la puissance factuelle de l'État

« Je n'accorde dans une cité quelconque de droit au souverain sur ses sujets, écrivit un jour Spinoza, que dans la mesure où, par la puissance, il l'emporte sur eux : c'est la continuation de l'état de nature »¹. Outre qu'elle illustre l'ambiguïté qui recouvre le couple de concepts souveraineté-puissance, cette citation témoigne du besoin de ne pas réduire l'État au droit, à l'État de droit et au droit de l'État. Étant très humain, l'État « reste encore imprégné par l'idée de force brute »² et, lorsqu'il s'exprime par le droit, ce n'est pas autre chose que cette « force brute » qui s'exprime. De même, quand l'effectivité ou efficacité du droit diminue, cela traduit une diminution concomitante de cette force brute. Autrement dit, il semble que le droit ne puisse guère aller sans le fait, que le droit repose sur le fait. Par suite, la souveraineté serait au droit ce que la puissance serait au fait, si bien que la souveraineté ne pourrait pas aller sans la puissance, que la souveraineté reposerait sur la puissance, que la puissance serait la condition de la souveraineté.

Déjà Simone Goyard-Fabre a pu énoncer que « la souveraineté est la puissance saisie par le droit »³, la puissance étant « un simple fait [qui] se mesure en termes de forces »⁴. La puissance de l'État serait le pendant empirique du concept juridique de souveraineté de l'État, si bien que toute étude de l'État pourrait être amenée à interroger sa puissance sous l'angle sociologique et politique et sa souveraineté sous l'angle juridique. Pour employer quelques formules mnémotechniques, il s'agirait d'envisager la puissance en tant qu'« état de l'État » (A) et la souveraineté en tant que « droit au droit » (B).

A. La puissance comme état de l'État

On souligne souvent combien l'État est invisible. Aussi Hegel pouvait-il estimer que l'État ne serait pas davantage qu'une idée⁵. Nul doute qu'il repose sur des fondations abstraites, au premier rang desquelles figurent les fondations juridiques. Il semble toutefois que l'État se matérialise aussi à de nombreuses occasions par des éléments tangibles. Ces éléments, empiriquement saisissables, permettraient de mesurer le niveau de puissance de l'État, de jauger l'état de l'État. En effet, plus l'État est puissant, plus il parvient à contrôler les activités des individus présents sur son territoire. À l'inverse, moins l'État est puissant, moins il maîtrise ces activités et moins ses interventions, normatives notamment, sont efficaces. L'opposition de la puissance et de la souveraineté correspondrait ainsi à celle de l'effectivité et de la validité des normes.

Il est donc proposé de concevoir la puissance en tant que force matérielle et symbolique de l'État (1). Si cette approche pourrait éventuellement être mise à profit parmi divers travaux d'ordre sociologique ou politique, elle pourrait aussi servir à affiner la définition de l'État en devenant un élément constitutif supplémentaire, aux côtés de la population, du territoire et du gouvernement (2).

1. La puissance, force matérielle et symbolique de l'État

La puissance est depuis longtemps conçue par certains théoriciens de l'État telle une capacité de contraindre⁶, en l'occurrence capacité de contraindre les individus qui appartiennent à la population de l'État et/ou qui se situent sur le territoire de l'État. L'idée de puissance implique ainsi « une volonté qui, en soi, est

¹ B. SPINOZA, « Lettre à Jarig Jelles », 2 juin 1764.

² R. DRAÏ, *L'État purgatoire – La tentation postdémocratique*, Michalon, 2005, p. 35.

³ S. GOYARD-FABRE, *L'État, figure moderne de la politique*, op. cit., p. 140.

⁴ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 929. Et on a pu également envisager que « la souveraineté de l'État est la traduction juridique de son indépendance de fait » (E. JOUANNET, « Du droit des gens au droit international », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 467) — simplement faudrait-il ajouter que la souveraineté de l'État serait aussi et surtout la traduction juridique de sa puissance de fait.

⁵ Cité par P. KAHN, *L'État*, Quintette, coll. *Philosopher*, 1989, p. 7.

⁶ Notamment, M. BLUNTSCHLI, *Théorie générale de l'État*, trad. M. Armand de Riedmatten, Guillaumin, 1877.

d'une qualité supérieure [...] et qui comme telle s'impose »¹. Dans le sens retenu ici, la puissance de l'État désigne principalement son *aptitude à régir efficacement et entièrement les activités des individus présents sur son territoire ou qui font partie de sa population*. Elle se rapporte aussi à sa faculté d'imposer ses vues et ses décisions dans le cadre des relations internationales et à sa faculté de protéger ses frontières contre toutes les formes de menaces et de violations. Les États, fondamentalement humains, sont imprégnés par la nature humaine — qui conduit l'homme à aspirer à toujours plus que ce qu'il détient déjà —, si bien que la puissance s'accompagnerait irrésistiblement d'une volonté de puissance, d'une quête de puissance. Celle-ci a souvent trouvé son expression la plus primaire dans le conflit armé. Par conséquent, il serait important de ne pas omettre le pan extérieur de la puissance de l'État, lequel lui permettrait d'exister hors de son territoire. Ce pan s'exprimerait, certes, à travers les aspects externes de la souveraineté — tout État est engagé dans des relations contractuelles sur la scène internationale — mais, surtout, il s'exprimerait loin du domaine juridique dans la guerre, la conquête, le jeu des influences et, en somme, dans la « loi du plus fort », dans l'état de nature des États. Ainsi la puissance est-elle présentée telle une *caractéristique purement factuelle*, qui doit pouvoir *se mesurer à l'intérieur mais aussi à l'extérieur des frontières* — c'est-à-dire du point de vue des autres États —², et susceptible de *connaître des degrés*. D'ailleurs, il faut gager que nul État ne jouit d'une puissance absolue, que la puissance est toujours faible, moyenne ou forte en fonction des niveaux réels de contrôle des activités des individus, de domination dans les relations internationales et de conservation des frontières.

Plutôt que d'être synonyme de souveraineté, la puissance — qui ne serait pas autre chose qu'une forme d'inégalité³ — tendrait à être synonyme de domination, d'autorité et de pouvoir réel⁴. Il n'est pas inutile de reprendre alors les acceptions retenues au sein des dictionnaires de la langue française. Selon ceux-ci, la puissance serait la « faculté ou capacité de produire un effet [et la] force qui en résulte »⁵, le « pouvoir de dominer, d'imposer son autorité »⁶. La puissance de l'État serait la faculté ou capacité propre à l'État de produire un effet et la force qui en résulte, le pouvoir propre à l'État de dominer, d'imposer son autorité. Rousseau expliquait que la puissance serait le propre des régimes militaires et des systèmes totalitaires ou despotiques, car elle coïnciderait avec des rapports de domination/soumission et non avec des rapports de commandement/obéissance⁷. Il semble davantage que la puissance soit indifférente au fait qu'elle s'appuie sur la soumission, l'obéissance, la peur ou encore le consentement. Il importerait uniquement d'observer si les gouvernants *dirigent effectivement les conduites des supposés gouvernés*.

En outre, la puissance étatique se réaliserait dans deux dimensions différentes : elle consisterait à *la fois en une force et une contrainte matérielles et en une force et une contrainte psychologiques, morales et symboliques*. Il y aurait puissance lorsque les individus présents sur le territoire ou qui constituent la population de l'État se décident à agir dans le sens indiqué par les institutions étatiques alors que, pourtant, leur nature ne les incite pas à le suivre spontanément et/ou lorsque ces individus, s'ils n'entendent pas se conformer aux règles établies par les organes de l'État, sont effectivement contraints de les respecter ou sont effectivement sanctionnés dès lors qu'ils les bafouent. Ce n'est pas autre chose que Max Weber exprimait lorsqu'il décrivait l'État telle une entité qui « revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime »⁸ — la contrainte physique est matérielle quand la contrainte légitime est psychologique. Il est assurément préférable pour l'État que la puissance se traduise tout autant moralement et symboliquement que matériellement. Quand la puissance ne repose plus que sur la force psychologique — ce qui est presque un cas d'école —, nul doute que la pérennité de l'État est en péril. Plus encore, il semble que tel soit le cas quand la puissance ne repose plus que sur la force matérielle — ce qui n'est pas un cas d'école.

Pour être puissant, l'État doit revêtir une forme de charisme, de prestige et d'autorité intrinsèque, suscitant de ce fait l'assentiment ou même l'adhésion de ceux qui constituent sa population. Partant, il s'appuie largement sur des croyances irrationnelles et mystiques telles que celles qui portent les religions. Thomas Hobbes le nommait « Léviathan » en référence à l'animal biblique dont le *Livre de Job* dit que, « sur Terre, nul n'est son maître ». L'État se présente ainsi telle une sorte de dieu terrestre, telle la « nouvelle idole »⁹ qui, par le seul fait qu'elle est, inspire le respect et la soumission. Et Rousseau pouvait juger que « le

¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 86.

² Cf., par exemple, B. BADIE, *L'impuissance de la puissance – Essai sur les nouvelles relations internationales*, Fayard, 2004 ; M. LEFEBVRE, *Le jeu du droit et de la puissance : précis de relations internationales*, Puf, 2000.

³ Ph. BRAUD, *Sociologie politique*, 10^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2011, p. 27.

⁴ Par exemple, J. HALBECQ, *L'État, son autorité, son pouvoir*, LGDJ, 1965 ; Ph. BRAUD, « Du pouvoir en général au pouvoir politique », in *Traité de science politique*, t. I, Puf, 1985, p. 341 s.

⁵ V^o « Puissance », in *Trésor de la langue française*.

⁶ V^o « Puissance », in *Le petit Larousse illustré 2015*, Larousse, 2014.

⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755.

⁸ M. WEBER, *Le savant et le politique* (1959), 10/18, coll. Bibliothèques, 2002.

⁹ F. NIETZSCHE, « La nouvelle idole », in *Ainsi parlait Zarathoustra*, Verlag von Ernst Schmeitzner (Chemnitz), 1883.

pistolet est aussi une puissance »¹ ; mais cette puissance matérielle ne saurait seule constituer une puissance étatique forte et pérenne. Que la majorité des individus composant une population étatique respectent les règles uniquement par peur et non parce qu'ils croient en une légitimité quelconque de celles-ci n'enlève rien au fait qu'ils soient soumis à une puissance véritable et effective. Seulement, il est difficile d'imaginer comment une puissance non légitime pourrait ne pas être une puissance fragile. Mais il faut ajouter qu'étaticité et légitimité tendent normalement à se renforcer l'une l'autre : l'étaticité est une source de légitimité, laquelle conforte l'étaticité etc.

Et Thomas Hobbes de convenir que « l'opinion selon laquelle tout monarque tient sa puissance d'une convention [...] procède de l'incompréhension de cette vérité simple selon laquelle les conventions, n'étant rien que des mots et du vent, n'ont aucune force pour obliger, contenir, contraindre ou protéger quelqu'un en dehors de la force du glaive public »². Cela explique pourquoi la faculté de contraindre doit être physique et matérielle en plus d'être psychologique et morale : dès lors que quiconque sur le territoire de l'État ou parmi la population de l'État décide d'enfreindre quelque norme de l'ordre juridique, l'État doit être capable soit de l'empêcher d'agir de la sorte, soit de le condamner s'il a agit de la sorte. La puissance étatique s'habille alors d'un mélange de coercition, de force et de violence confinant à la « peur »³, si ce n'est à la « terreur »⁴. La puissance est normalement irrésistible en ce que « celui qui y est soumis ne peut s'y soustraire par aucune démission : quand encore l'individu déclinerait la qualité de national ou prouverait sa qualité d'étranger, il ne peut tant qu'il se trouve sur le territoire échapper à la puissance dominatrice de l'État »⁵. Cela implique que la puissance soit incarnée concrètement par divers organes — et, derrière ces organes, par des personnes physiques — qui la concrétisent dans les faits, qui la font devenir et demeurer réalité. C'est parmi les actes de ces organes — et personnes physiques — et parmi leurs effets qu'il conviendrait tout spécialement de rechercher les indices de la plus ou moins forte puissance de l'État.

Factuelle, la puissance de l'État ne serait cependant jamais très éloignée du droit puisqu'elle s'exprime à travers lui. Cela implique que la puissance de l'État ne soit jamais très éloignée de la souveraineté et qu'elle s'exprime à travers elle. Peut-être est-ce pour cela qu'il est tentant de considérer les expressions « puissance étatique » et « souveraineté étatique » en tant que synonymes. Reste que ce qui semble compter sous l'angle de la puissance étatique, ce ne seraient pas les devoir-être, pas les normes, mais les être, les faits. L'important serait que les normes soient des normes *de facto*, concrètement, du point de vue de leurs destinataires qui les respectent, non des normes dans l'ordre juridique, du point de vue des organes qui les produisent. À travers la puissance de l'État, ce ne serait toujours que de « faits de puissance »⁶ dont il serait question. Elle se présenterait ainsi telle une donnée que le sociologue et le politiste seraient à la fois plus aptes et plus tentés d'étudier que le juriste. Aussi n'est-il guère surprenant que Léon Duguit, qui fréquentait Émile Durkheim à Bordeaux, ait entendu « non pas recherche[r] quelle est l'origine de cette puissance mais la prend[re] telle qu'elle est et telle qu'elle [se] constate dans la presque totalité des sociétés humaines, la prend[re] comme un fait dont l'exactitude paraît ne pouvoir être contestée, [...] [se] borne[r] à décrire et à constater un simple fait »⁷.

« L'obligation des sujets envers le souverain, écrivait Thomas Hobbes, s'entend aussi longtemps, et pas plus, que dure la puissance grâce à laquelle il a la capacité de les protéger »⁸. La puissance serait la raison d'être du Léviathan ; elle lui permettrait de protéger individuellement et collectivement sa population à l'intérieur et contre l'extérieur. À la suite d'Aristote, Saint Thomas d'Aquin comprenait qu'il ne saurait y avoir de vie commune sans que l'un de ceux qui vivent ensemble ait reçu autorité pour conserver le bien commun⁹. C'est pourquoi le besoin d'État, s'il n'est guère un besoin de population ou un besoin de territoire, serait un besoin de puissance et, pour exercer la puissance, un besoin de gouvernement. C'est pour donner vie à ceux-ci que les unités individuelles du corps social s'associeraient, bâtiraient la nation, édifieraient l'État. En ce sens, Duguit pouvait juger que « la puissance publique se légitime seulement par les services qu'elle rend »¹⁰.

Par ailleurs, si le droit est sans nul doute indispensable à l'État, ce dernier est aussi et peut-être même surtout une réalité factuelle. Pour savoir si un État existe, il importerait d'observer les faits davantage que d'observer le droit — *a fortiori* dès lors que l'étaticité est comprise comme un critère ou comme le critère de

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, L. I, chap. 3.

² Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 18.

³ J. BAGUENARD, *L'État – Une aventure incertaine*, Ellipses, coll. Mise au point, 1998, p. 42.

⁴ Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 17.

⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 158.

⁶ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 547.

⁷ *Ibid.*, p. 537.

⁸ Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, chap. 21.

⁹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1273, I, q. 96 (cité par J.-F. SPITZ, « L'État et la famille », *Droits* 1993, n° 16, p. 64).

¹⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. IX.

la juridicité. Or la puissance, telle qu'ici définie, ne doit-elle pas être *incluse parmi les éléments constitutifs de l'État* ? N'y a-t-il pas d'État que lorsque sont réunis *un territoire, une population, un gouvernement et une puissance* ? En ces lignes, il est également proposé d'ériger la puissance en élément constitutif de l'État, considérant qu'un État ne saurait être impuissant et que ce serait abusivement que les « États fantômes » — lorsqu'il existe une population, un territoire et un gouvernement mais que la population et le territoire ne sont pas effectivement gouvernés par le gouvernement — sont appelés « États ».

2. La puissance, élément constitutif de l'État

On recense ordinairement trois « éléments constitutifs » de l'État : une population, un territoire et un gouvernement. Peut-être pourrait-on considérer que la puissance étatique, telle que décrite précédemment, serait un quatrième élément constitutif de l'État. Il semble que cette puissance soit indispensable à tout État et qu'un supposé État ne profitant d'aucune puissance ou profitant d'une puissance faible ou même moyenne ne puisse guère espérer continuer longtemps à s'imposer dans le cadre intérieur et sur la scène extérieure. Comme tout État dispose d'une population, d'un territoire et d'un gouvernement, tout État disposerait d'une puissance, ces différents éléments étant des données factuelles empiriquement observables.

L'érection de la puissance étatique en élément constitutif de l'État conduit en particulier à réinterroger l'idée de « gouvernement de l'État ». Différents professeurs enseignent en effet que le troisième élément constitutif de l'État ne serait pas le gouvernement mais la puissance publique. Il paraît possible à la fois de distinguer puissance et gouvernement et de voir en l'une et en l'autre des éléments constitutifs de l'État, si bien que ceux-ci seraient au nombre de quatre et non au nombre de trois.

La puissance serait donc la capacité à régir effectivement les activités des individus présents sur le territoire ou qui font partie de la population nationale ainsi que l'aptitude à imposer ses vues et ses décisions dans le cadre des relations internationales et à protéger ses frontières contre toutes les formes de menaces et de violations. Le gouvernement serait autre chose : il s'agirait d'une organisation politique et administrative complexe et hiérarchisée servant à gérer concrètement et quotidiennement les affaires de l'État et ses relations avec les administrés. En d'autres termes, le gouvernement serait un ensemble institutionnel peu ou prou complet et structuré permettant de créer et d'appliquer le droit. Le critère du gouvernement fait, notamment, qu'il ne peut pas exister d'État sans Constitution — au moins coutumière —, sans lois et sans organes législatifs, exécutifs et judiciaires, ceux-ci pouvant cependant prendre de multiples formes. Partant, la condition de gouvernement oblige à rechercher empiriquement l'existence de ces textes et organes quand la condition de puissance oblige à observer empiriquement si la population et les individus présents sur le territoire sont effectivement, matériellement et psychologiquement, contraints par la puissance supposée, autrement dit si les gouvernés obéissent aux gouvernants.

Certainement la puissance, pour être d'un niveau élevé, a-t-elle besoin d'un gouvernement. En revanche, le gouvernement semble pouvoir se développer sans puissance concomitante. Il faut gager que n'est alors pas en cause un État en bonne et due forme car il manque l'un de ses éléments caractéristiques : la puissance. Par exemple, dans le cas d'une population sur un territoire qui était effectivement gouvernée par une organisation politique et administrative complète et structurée mais qui décide, quasi-collectivement et plus ou moins soudainement, de se révolter et, en conséquence, de ne plus respecter les normes et les gouvernants, tandis que ces derniers ne disposent pas ou plus des moyens matériels afin d'obliger cette population à se conformer aux règles qu'ils édictent et de sanctionner les infractions, le gouvernement n'est à cet instant pas associé à une puissance et il ne serait pas possible de parler d'État.

À l'inverse, sur une île tropicale aux mains d'une bande de pirates, il existe une force coercitive matérielle et psychologique mais on ne qualifie pas pour autant cette bande de pirates, qui est une population déterminée située sur un territoire déterminé, d'État. Il manque pour cela un gouvernement, une organisation politique et administrative complète et structurée. Léon Duguit notait que « la hache du bourreau et le sabre du gendarme sont les symboles de la puissance contraignante, qui est ce qui constitue l'État par définition »¹. En revanche, il est difficile de suivre l'illustre professeur lorsqu'il enjoignait ses lecteurs en ces termes : « Partout où nous constatons que dans une communauté donnée existe une puissance de contrainte, nous pouvons dire, nous devons dire qu'il y a un État »². De même, il n'est peut-être pas lieu d'adopter la théorie allemande de la « *Herrschaft* » (domination) selon laquelle le pouvoir de contrainte inconditionnée serait

¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 536.

² *Ibid.*

l'élément nécessaire et suffisant de l'État, selon laquelle la puissance serait « le critère de l'État »¹. Accepter ces affirmations obligerait à qualifier d'« État » la bande de pirate. Or, si cette dernière connaît la force coercitive, celle-ci emprunte des voies souvent primaires, loin de toutes procédures et de tous droits. *La puissance est une force matérielle et psychologique brute qui peut aussi exister hors de l'État*. Lorsqu'elle n'est pas celle d'un État, elle peut parfaitement ne pas aller de pair avec un gouvernement. La puissance serait un élément constitutif de l'État parmi d'autres, pas davantage ; elle ne saurait être une condition suffisante d'étaticité. Quand une bande de pirates domine une île propre, trois des quatre éléments constitutifs de l'étaticité sont réunis, ce qui interdit d'y voir un État — il y a un peuple, un territoire et une puissance, mais il manque une organisation politique et administrative complète et structurée.

Aussi aborder la question des éléments constitutifs de l'État donne-t-il l'occasion de préciser que, s'il est fait référence à la population *de l'État*, au territoire *de l'État*, au gouvernement *de l'État* et à la puissance *de l'État*, cela s'explique par le fait qu'il existe des populations, des territoires, des gouvernements et des puissances qui ne sont pas attachés à des États mais à d'autres formes d'organisations socio-politiques. Tous les anthropologues voient de la puissance, de la contrainte, du pouvoir et des normes dans des sociétés dites « primitives » qui sont qualifiées de « sociétés sans État »². Si ce sont des populations situées sur des territoires qui sont en cause, il leur manque des gouvernements.

Partant, la souveraineté se distinguerait de la puissance également en ce qu'elle serait une prérogative juridique qui se définirait par l'État, qui n'existerait que parce qu'existe l'État, qui ne pourrait pas se développer sans État. La puissance, elle, connaîtrait une relation inverse vis-à-vis de l'État : celui-ci se définirait par la puissance, n'existerait que parce qu'existe la puissance, ne pourrait pas se développer sans puissance. Mais ce n'est qu'accompagnée d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement que la puissance deviendrait la preuve de l'étaticité. Par conséquent, parler de « souveraineté » reviendrait toujours à parler de « souveraineté de l'État » quand la « puissance de l'État » serait quelque-chose de plus précis que la simple « puissance », même si la puissance d'un chef de tribu est de même nature que celle d'un État. *Il n'y aurait pas d'État sans puissance mais il existerait des puissances sans État*.

Par ailleurs, une autre possibilité serait de continuer à envisager trois éléments constitutifs de l'État (une population, un territoire et un gouvernement) en faisant de la puissance non un élément définitionnel de l'État mais un *élément définitionnel du gouvernement*. Il faudrait alors voir dans ce dernier plus qu'une organisation politique et administrative : une *organisation politique et administrative efficace*. Peut-être les auteurs qui citent en tant que troisième élément constitutif la « puissance publique » se réfèrent-ils le plus souvent à pareille association du gouvernement et de la puissance. Et peut-être l'expression « autorité publique » pourrait-elle être utilisée plus pertinemment dans un sens englobant à la fois puissance et gouvernement étatiques. Il pourrait être néanmoins préférable de distinguer gouvernement et puissance, *i.e.* organisation de l'État et efficacité de l'État. En ce sens, parmi ceux qui hiérarchisent les éléments constitutifs de l'État, beaucoup placent la puissance au sommet, contribuant à en faire le critère le plus important de l'État. Ainsi, selon Raymond Carré de Malberg, « la caractéristique de l'État, c'est qu'il est capable de dominer et de réduire les résistances individuelles [...] ; la puissance dominatrice [est] le trait spécifique de l'État, le point culminant de sa définition »³. Il n'existerait donc pas d'État sans effectivité du droit et sans effectivité du pouvoir ; et cela semble justifier d'élever la notion de puissance de l'État, distinguée de celle de souveraineté de l'État, au rang de notion-cadre de la pensée et des études de l'État.

Que le gouvernement et la puissance s'appuient sur des normes et des institutions juridiques, qu'ils se traduisent par des normes et des institutions juridiques n'implique pas qu'ils soient eux-mêmes juridiques. En tant qu'éléments constitutifs de l'État, ils se laissent déjà observer à travers des données sensibles au nombre desquelles figurent, par exemple, l'existence et les conséquences des actions du personnel de l'État dont les fonctions consistent à définir les politiques publiques et à gérer les affaires publiques, ce qui l'amène à produire des normes et à établir des institutions juridiques. Et l'existence et les conséquences des actions des services de police, des institutions judiciaires, des services pénitentiaires ou encore de l'administration fiscale pourraient être citées. Tout à l'inverse, la souveraineté serait une donnée purement juridique. En effet, il est ici proposé de la concevoir tel un autre nom donné à la norme fondamentale ou « *Grundnorm* » qui, dans la théorie kelsénienne, chapeaute l'ensemble de l'ordre juridique et est la source de la validité de toutes les normes qui l'intègrent. Aussi la souveraineté serait-elle, en quelque sorte, un *droit au droit théorique* propre à l'État. Elle serait un *pouvoir de droit* quand la puissance serait un *pouvoir de fait*.

¹ P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. C. Gandillon, Giard et Brière, 1900.

² Cf., par exemple, P. CLASTRES, *La société contre l'État* (1974), Minuit, coll. Reprise, 2011.

³ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. XIV.

B. La souveraineté comme droit au droit

À l'inverse de la puissance qui ne serait qu'un élément constitutif parmi d'autres, la souveraineté serait un véritable trait définitionnel propre au système étatique, lequel ne le partagerait avec aucune entité n'étant pas un État. La difficulté est que la relation logique entre État et souveraineté ne semble fonctionner que dans un sens : on déduirait la souveraineté de l'étaticité mais on ne pourrait pas déduire l'étaticité de la souveraineté ; l'étaticité serait le critère et la condition de la souveraineté mais la souveraineté ne serait ni le critère ou la condition ni même un critère ou une condition de l'étaticité puisqu'elle apparaîtrait *ipso facto* dès que cette étaticité apparaît. Pour savoir si un État est une réalité, il ne serait pas possible de rechercher la souveraineté car, sans avoir au préalable circonscrit l'État, nulle souveraineté ne saurait être observée ; il importerait de rechercher les trois ou quatre éléments factuels constitutifs pour en déduire tout à la fois la réalité de l'État et la réalité de la souveraineté. Il ne serait donc pas possible d'identifier la souveraineté sans avoir au préalable identifié l'État. Il y aurait souveraineté parce qu'il y a État et non État parce qu'il y a souveraineté ; à l'identique de la personne qui possède des droits du seul fait qu'elle est sans que le fait d'avoir ces droits conduise à la qualité de personne.

Reste que la souveraineté telle qu'ici comprise est le propre de l'État, une caractéristique qui ne saurait s'attacher à autre chose qu'à des organisations socio-politiques étatiques. Les idées de souveraineté du peuple, de souveraineté de la nation ou de souveraineté de la Cour de cassation ou du Conseil d'État seraient dès lors des compréhensions *lato sensu* de la souveraineté. Lorsque, par exemple, on fait remarquer que l'État et l'internet seraient pris dans un « jeu de concurrence des souverainetés »¹, peut-être s'agit-il plutôt d'une concurrence des puissances, c'est-à-dire d'une concurrence entre les capacités concrètes de l'un et de l'autre à agir et à influencer sur les sociétés. Et, si seul un État peut être souverain, tout État est par définition souverain. Rien ne paraît devoir invalider l'opinion répandue selon laquelle « il n'y a pas d'État sans souveraineté ni de souveraineté sans État »². Si « la souveraineté est un caractère substantiel de l'État »³, il faut croire qu'elle en est même un caractère consubstantiel. La position avancée par Georg Jellinek selon laquelle « il y a toujours eu et il y a encore des États non souverains »⁴ ne saurait donc être accueillie. La souveraineté serait ce qui différencierait essentiellement l'État des autres personnes juridiques — mais sans en être un élément constitutif puisqu'il s'agirait au contraire d'un élément consécuteur : une qualité qui naît parce que l'État naît.

C'est avec la souveraineté, et avec Jean Bodin qui l'a théorisée au XVI^e s., que l'État est entré dans l'ère de la modernité — si tant est qu'il exista des États prémodernes⁵. Loin de considérer que « la souveraineté n'est pas une condition essentielle de l'État »⁶ ou que, « entre l'État souverain et l'État non souverain, il n'existe pas de grande différence »⁷, rien ne serait plus au cœur de la définition de l'État, plus caractéristique de l'État et plus spécifique à l'État que la souveraineté. « État non souverain » paraît constituer une *contradictio in adjecto* tant la souveraineté se présente comme la « qualité essentielle de l'État »⁸, le « signe distinctif de l'État »⁹, le « propre de l'État »¹⁰, la « forme historique prise par l'organisation juridique du pouvoir qui distingue l'État des autres puissances »¹¹. Déjà au début du XVII^e s. le juriconsulte Charles Loyseau liait ainsi État et souveraineté lorsqu'il convenait que « la souveraineté est inséparable de l'État, elle est la forme qui donne l'être à l'État : même, l'État et la souveraineté sont synonymes »¹².

Outre la nécessaire étaticité de la souveraineté, celle-ci est ici conçue tel un élément purement juridique et c'est principalement en cela qu'elle s'opposerait à la puissance de l'État. Il faudrait suivre la trace des penseurs de l'État qui ont vu dans le droit la terre d'élection de la souveraineté et qui ont considéré

¹ K. BENYEKHLEF, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex electronica* 2002, vol. 8, p. 10.

² R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, 2^e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2012, p. 14.

³ *Ibid.*, p. 105.

⁴ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Première partie : Doctrine générale de l'État*, trad. G. Fardis, Fontemoing, 1904 (cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 128).

⁵ G. MAIRET, *Le principe de souveraineté – Histoire et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, 1997.

⁶ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 172.

⁷ *Ibid.*, p. 176.

⁸ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, *op. cit.*, p. 31.

⁹ J. CHEVALLIER, *L'État*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰ J. FAVRE, « La pensée juridique est-elle nécessairement une pensée de l'État ? », in D. ROUSSEAU, dir., *Le droit dérobé*, Montchrestien, coll. Grands colloques, 2007, p. 97.

¹¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 15.

¹² Ch. LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, 1614, chap. 2 (cité par R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 85).

que partout ailleurs elle ne saurait être à sa place¹. Parler de souveraineté reviendrait toujours à parler de souveraineté juridique, comme parler de puissance reviendrait toujours à parler de puissance factuelle. La souveraineté serait donc connue de l'État et seulement de l'État et se définirait et s'exprimerait par le droit et uniquement par le droit. Il convient de préciser davantage l'idée de souveraineté de l'État, cela en la concevant telle la norme fondamentale, telle la norme suprême de l'ordre juridique — mais une norme théorique et non positive — (1). Ensuite, les relations entre puissance factuelle et souveraineté juridique pourront être interrogées : la souveraineté serait un outil de légitimation de la puissance, le droit serait un outil de légitimation de certaines réalités factuelles (2).

1. La souveraineté, norme fondamentale de l'ordre juridique

Les grands penseurs modernes de l'ontologie de l'État — non de son rôle, de sa légitimité ou de sa crise — ont été et sont principalement des théoriciens-juristes ; cela témoigne du lien étroit qui relie le phénomène étatique au droit. Peut-être « les juristes ont[-ils] un titre particulier pour proposer quelques clés en vue d'une définition [de l'État] sensiblement plus consistante que la plupart des autres »². La définition juridique de l'État, ajoutée à sa définition factuelle à laquelle la puissance contribue, permet de dessiner finement les contours de l'État. Or la souveraineté est, plus que la personnalité morale qui est aussi le propre d'organisations non étatiques, au cœur de cette définition juridique de l'État — ce qui n'est pas contradictoire avec le fait qu'elle ne permette pas de le reconnaître puisque c'est l'État qui permet de reconnaître la souveraineté. En termes juridiques, l'État semble être une « personne morale bénéficiant d'un attribut discriminant : la souveraineté »³, si bien que cette dernière apparaît tel le « critère juridique de l'État »⁴. La souveraineté est certainement la pierre angulaire de la définition juridique de l'État et peut-être la notion-clé de la définition générale de l'État. Il est donc indispensable de comprendre ce qu'elle est pour pouvoir comprendre ce qu'est l'État, sous l'angle juridique et au-delà. En ce sens, il est significatif que, depuis longtemps, les théories générales de l'État tendent à muer en théories juridiques de l'État, comme en témoigne la proportion élevée de ces théories générales qui ont été écrites par des juristes. Par exemple, dans sa *Contribution à la théorie générale [et non juridique] de l'État*, Raymond Carré de Malberg expose les « éléments constitutifs de l'État » au sein de « préliminaires » longs de moins de dix pages⁵ avant de ne plus se préoccuper, durant des centaines de pages, que de la « définition juridique de l'État »⁶.

Il n'en demeure pas moins que, ayant été pensée par les plus grands philosophes⁷ et par les plus grands *jus-publicistes*, la souveraineté a revêtu et revêt encore des significations multiples et parfois contradictoires. Elle évolue aujourd'hui plus que jamais dans un cadre conceptuel et sémantique incertain et équivoque. Tel est trop souvent le sort des notions à succès, qui deviennent de ce fait des notions à contenu variable. En ces lignes, la souveraineté est assimilée à la norme fondamentale ou « *Grundnorm* » qui, dans la théorie de la « pyramide des normes » kelsénienne, se situe au sommet de l'ordre juridique et est un présupposé logique permettant de valider l'ensemble des normes qui constituent cet ordre sans avoir besoin d'être soi-même validée par une norme supérieure puisqu'elle est la « norme dernière et suprême »⁸. La souveraineté serait ainsi, en tant que norme fondamentale, la « source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique »⁹. Indispensable afin d'éviter que le recours à la validité dans la théorie du droit ne conduise à consacrer une *regressio infinitum*, la norme-souveraineté juridiciserait l'ensemble des normes contenues dans l'ordre normatif étatique, des normes à valeur constitutionnelle aux normes à portée individuelle émises par l'administration ou par les juridictions. Cette norme-souveraineté serait donc une norme hypothétique répondant à un besoin logique et prévoyant que « les normes portées par la Constitution historiquement première sont valides et donc juridiques ». Ainsi consacrerait-elle le droit au droit de l'État, prérogative juridique suprême.

Notamment parce qu'elle est avant tout acceptable aux yeux d'un juriste normativiste — n'imaginant pas qu'un objet juridique, que ce soit la souveraineté ou tout autre, puisse être autre chose

¹ Par exemple, L. LE FUR, « La souveraineté et le droit », *RDP* 1908, p. 412 s.

² D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 100.

³ F. POIRAT, « État », art. préc., p. 646.

⁴ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 10.

⁵ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 2 à 8.

⁶ *Ibid.*, p. 8 s.

⁷ Cf., par exemple, A. EBERHARDT, « La souveraineté chez Kant et Rousseau », *RRJ* 2003, p. 573 s.

⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 257.

⁹ *Ibid.*

qu'une norme ou qu'un ensemble de normes —, pareille approche de la souveraineté est largement stipulative et donc assurément discutable. Toutefois, il semble que ce ne soit pas une autre conception de la souveraineté qui est proposée par qui la spécifie en tant que « droit propre et originel de domination »¹, en tant que « pouvoir de droit originaire et suprême »² ou en tant que pouvoir suprême, « sans être contrôlé, [de] créer librement le droit positif »³. Peut-être est-ce aussi l'idée de droit au droit qui est exprimée par qui explique que l'État souverain a la « capacité de se déterminer soi-même »⁴, qu'« il ne s'autorise que de lui-même »⁵ ou qu'il dispose d'un libre arbitre total et de la compétence de la compétence⁶. Plus explicitement, un *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques* récemment paru enseigne que la souveraineté serait « la source d'où procède directement ou indirectement toute légitimité institutionnelle. [...] La souveraineté, norme fondamentale (*Grundnorm*) au sens de Hans Kelsen, apparaît ainsi comme un moyen de légitimer l'ensemble de la construction constitutionnelle »⁷. Et un auteur, à l'occasion d'un ouvrage lui-aussi récemment paru, d'écrire que « la souveraineté est la norme fondamentale d'un État dont dérivent toutes les autres normes de droit inhérentes à l'ordre juridique de cet État — elle est la clef de voûte de ce système juridique, qu'elle hiérarchise et clôt »⁸. Enfin, y compris les dictionnaires de la langue française paraissent spécifier la souveraineté tel un droit au droit lorsqu'ils évoquent un « pouvoir suprême reconnu à l'État, qui implique l'exclusivité de sa compétence sur le territoire national »⁹.

« Principe des principes du droit public »¹⁰, pivot de l'État autour duquel tournent les principales notions du droit public moderne, la souveraineté serait un titre juridique habilitant son détenteur — qui ne pourrait être que l'État — à commander, décider, diriger unilatéralement et arbitrairement (« souverainement ») dans les limites du cadre géographique et humain que son territoire et son peuple déterminent. À l'instar de toute personne physique ou morale, la personne étatique jouit de droits fondamentaux ; la souveraineté ou, du moins, les droits découlant de la souveraineté¹¹ figurerait(aient) au nombre de ceux-ci. Et il serait possible de résumer son sens en empruntant les mots de Georges Gurvitch selon lesquels elle serait un « droit subjectif de commander »¹². Parce qu'il est souverain, l'État serait juridiquement fondé à prendre toute mesure concernant son peuple, son territoire ou son gouvernement. La souveraineté permettrait d'aller jusqu'à « décide[r] de la situation d'exception », suivant les termes de Carl Schmitt¹³.

Par suite, la souveraineté aurait une *portée formelle* et non une portée substantielle, se bornant à consacrer la liberté juridique de l'État sans exprimer plus avant de quelles manières cette liberté devrait se traduire. Il serait donc aventureux de chercher à en fournir une définition matérielle. Lorsque Maurice Hauriou percevait dans la souveraineté la « propriété des droits régaliens de gouvernement »¹⁴ et entendait lister ces droits régaliens (« droits de justice, police et finances, droits de législation, droit d'impôt, droit de battre monnaie, droit de légation etc. »¹⁵), il semble heureux que cette liste ne soit pas exhaustive. Il ne saurait s'agir là que d'illustrations et la souveraineté pourrait possiblement se réaliser de manières infinies. Simplement faudrait-il retenir que la souveraineté conférerait à l'État une *compétence générale* — ou « omniscience »¹⁶. Juridiquement, l'État pourrait tout tout le temps, dans le cadre géo-social que son territoire et sa population constituent, lesquels seraient donc les limites de la validité de la souveraineté comme de toutes les normes étatiques. Kelsen a montré que le territoire et la population sont les projections personnelle et spatiale de la souveraineté¹⁷, si bien qu'on retient parfois que « territoire et population apparaissent moins comme des éléments constitutifs de l'État que comme des cadres d'exercice de la souveraineté étatique »¹⁸. Reste que, si, grâce à la souveraineté, l'État peut juridiquement tout tout le temps,

¹ P. LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, op. cit.

² J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 359.

³ O. BEAUD, « Le Souverain », art. préc., p. 34.

⁴ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit – Deuxième partie : Théorie juridique de l'État*, op. cit., p. 70.

⁵ D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 105.

⁶ A. TRUYOL Y SERRA, « Souveraineté », art. préc., p. 313.

⁷ V° « Souveraineté », in B. BADIE, P. BIRNBAUM, Ph. BRAUD, G. HERMET, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8^e éd., Armand Colin, 2015.

⁸ F. DE SMET, *Aux origines théologiques de la souveraineté*, EME, coll. Divin & sacré, 2015.

⁹ V° « Souveraineté », in *Le petit Larousse illustré 2015*, Larousse, 2014.

¹⁰ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 12.

¹¹ F. POIRAT, « La doctrine des “droits fondamentaux” de l'État », *Droits* 1992, n° 16, p. 89.

¹² G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, op. cit., p. 104.

¹³ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Gallimard, 1988, p. 16 (cité par J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, p. 95).

¹⁴ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 17.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 148.

¹⁷ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 379 s.

¹⁸ J. CHEVALLIER, *L'État*, op. cit., p. 29.

cela n'implique pas qu'il puisse factuellement tout le temps puisque la souveraineté ne va pas automatiquement de pair avec une puissance totale et parfaite. La contestation juridique des décisions étatiques valides est impossible, tandis que leur contestation factuelle, elle, interroge la puissance de l'État.

« La négation de la souveraineté, disait Adhémar Esmein, aboutit à affirmer le règne de la force. [...] C'est le fait mis à la place du droit »¹. Aussi serait-ce essentiellement en raison de la souveraineté que l'État est un être juridique, le terreau de multiples phénomènes juridiques et l'origine des normes et des institutions juridiques. Cela permet en premier lieu de justifier la puissance étatique : la force ne disparaît pas mais est recouverte, cachée presque, par le voile légitimant du droit ; la puissance ne disparaît pas mais est recouverte, cachée presque, par le voile légitimant de la souveraineté — même si celle-ci n'est qu'un concept abstrait : une norme supposée et non une norme positive². Sans souveraineté et donc sans droit, il serait autrement difficile pour l'État de jouir longtemps d'une forte puissance psychologique, morale et symbolique, ainsi que, par ricochet, d'une forte puissance matérielle. L'État, s'il naît des faits et est en premier lieu fait de faits, s'habille de droit ; or, souvent, l'habit se voit mieux que le corps qu'il recouvre. L'État semble bien être cela : un corps de faits habillé de droit, *une puissance factuelle habillée d'une souveraineté juridique*.

2. La souveraineté, outil de légitimation de la puissance factuelle

« L'État, enseignait Jacques Ellul, est une réalité tellement terrible, quand on la considère dans sa nudité, que l'on a cherché tous les moyens pour la voiler, pour l'appriivoiser »³. La principale enveloppe formelle de l'État semble être le droit, au premier rang duquel figure la souveraineté. Les inventions du droit et de la souveraineté, à l'identique de celle du contrat social ou de celle de la nation, doivent permettre de justifier l'existence et l'action de l'État. Cette force juridique en quoi consisterait la souveraineté permet de légitimer la violence étatique, de la faire accepter. Face à Léon Duguit qui soutenait que « rien ne permet à une volonté humaine, même collective, d'être supérieure à une autre »⁴, il faut répondre qu'un droit peut le permettre et que la souveraineté est un tel droit. La force juridique est une création humaine indispensable à la régulation d'une société développée et, depuis Jean Bodin, le rôle premier de la souveraineté est de légitimer la puissance de l'État. On invoque ainsi le droit afin de rendre tolérables certaines réalités factuelles objectivement violentes et, parfois, désagréables, auxquelles il est difficile d'adhérer spontanément. Là où la puissance correspond au fait de maîtriser effectivement les activités d'un peuple sur un territoire, la souveraineté serait le droit de maîtriser effectivement les activités d'un peuple sur un territoire. Or il est plus aisé de maîtriser effectivement les activités d'un peuple sur un territoire lorsqu'on en a le droit que lorsqu'on n'en a pas le droit — même si ce droit n'est qu'une construction psychologique n'existant pas en dehors de la psyché collective. Les formes d'autorité politique archaïques que sont le « pouvoir traditionnel » et le « pouvoir charismatique » ne pouvant plus suffire, le « pouvoir légal », fondé sur la croyance en un statut juridique de l'autorité et sur l'idée que ceux qui l'exercent ont pour ce faire une compétence positive, a pris le relais⁵. Or la souveraineté, comprise comme droit au droit, ne serait pas autre chose que ce pouvoir légal.

Certainement Benjamin Constant a-t-il entendu « détruire la notion de souveraineté » car « c'est contre l'arme et non contre le bras qu'il faut sévir »⁶, regrettant que « le courroux des hommes s'est dirigé contre les possesseurs du pouvoir et non contre le pouvoir lui-même »⁷. Et certainement Léon Duguit ne voyait-il dans la souveraineté qu'un outil symbolique au service de la domination politique et aboutissant à la « négation même du droit public »⁸ puisque, selon lui, « la souveraineté conduit forcément à l'absolutisme, [...] au despotisme »⁹. Contre ces illustres figures de la pensée *jus*-politique, il semble toutefois que la souveraineté soit en règle générale bien davantage profitable que préjudiciable à l'homme et à la société, cela parce qu'elle protège l'état social contre tout retour à l'état de nature, parce qu'elle sert à justifier l'État et, donc, à le renforcer, à le structurer, à le pérenniser, au bénéfice des individus qui sont sous sa coupe. S'il dénonçait

¹ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 52.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 265.

³ J. ELLUL, « Remarques sur les origines de l'État », *Droits* 1992, n° 15, p. 14.

⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, op. cit., p. 552.

⁵ M. WEBER, *Le savant et le politique*, op. cit., p. 102-103.

⁶ B. CONSTANT, *Principes de politique*, Guillaumin, 1872, p. 10.

⁷ *Ibid.*

⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, op. cit., p. 117.

⁹ *Ibid.*

cette situation, Duguit reconnaissait que la fonction de la souveraineté est de « donner un fondement juridique à l'omnipotence de l'État, à son pouvoir sans limite »¹. Or il faut croire que cette fonction ne doit pas être dénoncée mais plutôt saluée tant, sans elle, l'autorégulation des sociétés serait rendue ô combien plus délicate et pénible. Sans doute la loi du plus fort en fait et la loi du plus fort en droit sont-elles incomparables. La fonction de la souveraineté serait de servir d'outil symbolique et psychologique permettant à l'État d'être le plus fort en fait en en faisant le plus fort en droit.

Le droit permet à l'État de vivre, il est son moteur en même temps que son carburant. Néanmoins, il ne lui permet pas de naître et le rapport de dépendance entre puissance et souveraineté, entre fait et droit est à double sens. Ainsi serait-il tout aussi vrai que la souveraineté et la force juridique procèdent de la puissance et de la force factuelle. Les premières normes de l'ordre juridique — historiquement et hiérarchiquement —, c'est-à-dire la souveraineté hypothétique et les règles positives portées par la Constitution initiale, trouvent leur origine dans les seuls faits, s'expliquent uniquement par le développement d'une force de contrainte matérielle et symbolique, de telle sorte que le fait est logiquement à l'origine du droit, que la puissance est logiquement à l'origine de la souveraineté. Avec Santi Romano, il faudrait retenir que « l'État est une entité juridique parce qu'il existe, [donc] dès le moment où il accède à la vie. Il ne s'explique pas par une procédure réglée par des normes juridiques mais par un fait »². La souveraineté et la personnalité juridique de l'État apparaîtraient exactement au même moment et pour les mêmes raisons que celui-ci. Il y aurait donc un besoin indispensable de puissance du point de vue de la souveraineté puisque cette puissance, en tant qu'élément constitutif, est une condition d'étatité. Autrement dit, la puissance serait nécessaire à la souveraineté puisqu'il n'est pas de souveraineté sans État et pas d'État sans puissance. En ce sens, la Cour internationale de La Haye a pu préciser que la souveraineté ne saurait être reconnue qu'à condition que des actes positifs démontrent une capacité d'agir en tant que souverain³.

L'État requiert à la fois une force factuelle supérieure et une force juridique suprême. C'est pourquoi il pourrait être intéressant de séparer la souveraineté et la puissance et de considérer que la souveraineté serait au droit ce que la puissance serait au fait. Peut-être la puissance, conçue comme état de l'État, devrait-elle rejoindre la souveraineté au centre des études relatives à l'État, en tout cas lorsque celles-ci sont entreprises par des politistes ou par des sociologues. Et cela serait d'autant plus vrai à l'ère contemporaine, alors que les frontières se font toujours plus poreuses et qu'une part croissante des travaux consacrés à l'État vise à interroger son futur incertain dans un monde en voie de globalisation⁴. Aujourd'hui, il semble qu'il existe beaucoup d'« États dont la puissance n'est pas réellement et matériellement supérieure »⁵, tandis que « la mondialisation des problèmes les plus importants rend un peu vaine l'idée de souveraineté »⁶.

¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *op. cit.*, p. 548-549.

² S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 37.

³ Cour internationale de Justice, avis, 15 oct. 1975, *Sahara occidental*.

⁴ Par exemple, D. TURPIN, « Mondialisation et normes juridiques – Pour un nouveau contrat social global », *Mélanges Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 437 s.

⁵ F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 28.

⁶ V° « Souveraineté », in B. BADIE, P. BIRNBAUM, Ph. BRAUD, G. HERMET, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, *op. cit.*

Juridiquement, l'État se définirait en tant que personne morale bénéficiant d'une prérogative juridique discriminante : *la souveraineté*. Factuellement, l'État se reconnaîtrait à la réunion d'une population, d'un territoire, d'un gouvernement *et d'une puissance*. Ainsi pourrait-on voir dans la souveraineté de l'État et la puissance de l'État deux données tout à fait dissemblables.

Peut-être l'intérêt de pareille distinction de la souveraineté et de la puissance grandit-il à l'heure actuelle, à mesure que la globalisation et l'internationalisation des activités, du droit et de la politique viennent remettre en cause l'État et ses fondations. Un nombre croissant d'auteurs considèrent que la souveraineté deviendrait un concept désuet qui ne pourrait plus être évoqué que pour penser son dépassement et souligner à quel point elle se trouverait désormais disqualifiée par le droit public externe et par la mondialisation des échanges de biens et de services, donc par des phénomènes appelant des réponses débordant, d'une manière ou d'une autre, les États. La séparation de la souveraineté juridique et de la puissance factuelle, du droit au droit et de l'état de l'état pourrait permettre de mieux comprendre et expliquer ces mutations et ces enjeux. En vertu de sa souveraineté, l'État peut vouloir toute chose ; la question de savoir s'il obtient ce qu'il veut intéresse, elle, le problème de sa puissance. Par suite, tant la souveraineté que la puissance paraissent rencontrer de plus en plus de difficultés.

La souveraineté, tout d'abord, est peut-être malmenée par le déploiement des organisations supranationales¹, l'exemple le plus évocateur étant certainement celui de l'Union européenne — la souveraineté s'élèverait de l'échelon national à l'échelon régional². Ce sont déjà l'unité, l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté qui sont mises à mal³. Le droit interétatique repose sur des abandons volontaires de compétences au profit des institutions internationales et ces abandons s'analysent possiblement tels des abandons de portions de souveraineté. N'existe-t-il pas un « effet cliquet » faisant que, dans bien des cas, l'État ne saurait se soustraire à ses engagements internationaux ou se retirer des organisations interétatiques parmi lesquelles il prend place ? À l'aune de l'émancipation du droit international et du droit européen, on en vient à soutenir que « la souveraineté demeure un concept opératoire, mais à condition que l'on en comprenne bien la relativité [...] [car] elle reçoit de la réalité juridique tantôt des confirmations et tantôt des infirmations »⁴. La souveraineté se présenterait ainsi telle *une notion juridique permettant de s'intéresser à la problématique des défis que les sources supra-étatiques (ou internationales) de normes posent à l'État*⁵.

Factuelle et empiriquement mesurable, la puissance se présenterait pour sa part telle *une notion socio-politique permettant de s'intéresser à la problématique des défis que les sources extra-étatiques (ou privées) de normes posent à l'État*. Cette puissance est certainement altérée par le développement des relations et des activités transnationales, faisant que la régulation et la réglementation étatiques sont de plus en plus souvent ignorées ou outrepassées par des formes de régulation et de réglementation privées indépendantes des structures publiques. De la *lex mercatoria* à la *lex electronica* — régissant les échanges électroniques —⁶, les illustrations de la dégradation de la puissance étatique ne manquent pas. Les problèmes les plus contemporains relativement à l'état de l'État, spécialement ceux qui se rapportent aux effets induits par la globalisation sociale, culturelle et économique, défient les fondations factuelles de l'État (de la nation au territoire en passant par la puissance) bien plus que ses caractères juridiques.

La séparation de la puissance et de la souveraineté trouverait donc sa raison d'être dans le fait qu'elle pourrait permettre des enseignements importants, tel celui selon lequel *les normes d'origine internationale contribueraient à diminuer la souveraineté de l'État tandis que les normes d'origine privée contribueraient à diminuer la puissance de l'État* — la prolifération de ces normes d'origine privée traduisant un effritement plus ou moins grave de l'influence étatique et du contrôle étatique des activités privées. La puissance

¹ Par exemple, F. LEMAIRE, « Propos sur la notion de "souveraineté partagée" ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté », *RFD Const.* 2012, p. 821 s.

² Par exemple, A. PLIAKOS, « La souveraineté internationale de l'Union européenne : de la puissance étatique à la liberté collective », *RDUE* 2005, p. 11 s.

³ Par exemple, P. PESCATORE, « La souveraineté dans une société d'inégaux, pouvoir suprême... coalisable, partageable, divisible, intégrable... responsable ? justiciable ? », in *Mélanges Jean-Pierre Puissechet*, Pedone, 2008, p. 231 s.

⁴ H. DUMONT, « La notion juridique de souveraineté aujourd'hui : de l'absolu au relatif », *Cahiers du Centre de Recherches en Histoire du Droit et des Institutions des Facultés Universitaires Saint-Louis* 1997, n° 7 (cité par Ch. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État – Recueil de textes*, Larcier (Bruxelles), coll. Faculté de droit de l'Université de Liège, 2009, p. 452).

⁵ Par exemple, J. LAPIN, « L'équilibre des finances publiques : une exigence externe mettant en cause la souveraineté de l'État », *RDP* 2014, p. 733 s.

⁶ Par exemple, P. TÜRK, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP* 2013, p. 1489 s. ; B. BENHAMOU, *Souveraineté et réseaux numériques*, Armand Colin, 2006.

pourrait être mesurée et, grâce à cette mesure, la crise ou, à l'inverse, l'épanouissement de l'État pourraient être estimés ; alors que la souveraineté, si elle connaît peut-être, en tant que « droit au droit », différents degrés d'intensité en fonction des niveaux de développement des droits européen et international, ne saurait donner lieu à des conclusions importantes en termes d' « état de l'État ». Dès lors que la souveraineté est une méta-prérogative confiant à l'État le monopole de la production du droit, que des sources privées élaborent de nombreuses normes — non juridiques puisque ces sources n'ont *ipso facto* pas le droit de créer du droit — ne peut porter atteinte à ce monopole. La situation de la souveraineté est alors similaire à celle d'une loi désuète mais non abrogée formellement qui demeure pleinement valide, « en vigueur » du point de vue juridique.

En effet, une règle de droit existe dans son ordre juridique indépendamment des faits et, en particulier, indépendamment de son effectivité. La validité est indifférente à l'effectivité ; il faut seulement que les normes constituant l'ordre juridique soient « effectivement obéies et appliquées en gros et de façon générale »¹, ce que signifie très exactement l'idée selon laquelle la puissance serait une condition d'existence de l'État. Il n'y aurait donc que si la puissance devenait trop faible pour que l'État continue à exister que la souveraineté serait impactée par l'émancipation des activités privées. La dilution de la puissance, dès lors qu'elle entraînerait l'extinction de l'État, provoquerait mécaniquement l'extinction de la souveraineté, comme les droits d'une personne disparaissent avec la mort puisqu'ils ne peuvent se maintenir sans titulaire. Si l'ordre des faits ne doit pas être confondu avec l'ordre du droit, il serait donc vrai, en dernière analyse, que la souveraineté pourrait devenir un concept dévalorisé car rattrapé par les faits, car rattrapé par l'érosion de la puissance.

Et d'autres enseignements pourraient être recherchés à partir de la dissociation de la souveraineté juridique et de la puissance factuelle. Notamment, tandis que tout État profite, par nature et en théorie, d'une force juridique suprême et que les États sont souverainement égaux², le niveau de force matérielle et symbolique peut en revanche varier sensiblement d'un État à l'autre.

À l'heure du passage de l'État moderne à l' « État postmoderne »³, les concepts de souveraineté de l'État et de puissance de l'État pourraient permettre de mieux comprendre quel est et quel sera le destin de l'État, quelle est et quelle sera la crise de l'État, quelles sont et quelles seront les mutations de l'État, *dans toutes leurs dimensions*.

¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 286.

² L'article 2 alinéa 1^{er} de la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 indique que « l'organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres ». Ledit principe est peut-être la règle la plus essentielle du droit international public (*cf.* D. TOURET, « Le principe de l'égalité souveraine des États, fondement du droit international », *RGDI publ.* 1973, p. 136 s.). Il explique pourquoi la portée interne de la souveraineté se manifeste par des actes unilatéraux qui traduisent un rapport de subordination entre auteur et destinataires des normes quand sa portée externe donne lieu à des actes bilatéraux ou plurilatéraux impliquant normalement le consentement des destinataires des normes.

³ Réf. à J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2014.