

Denis Baranger

NOTES SUR L'APPARITION DE LA SOUVERAINETÉ
(ET DES DROITS DE L'HOMME)¹

« Quel est le système qui, dans sa morale et dans sa politique, aux endroits donc où il est question d'action, peut renoncer à la distinction du réel et de l'apparent, de l'important et du négligeable, de l'essentiel et de ce qui ne l'est pas ? »².

« Our feeling for reality depends utterly upon appearance, and therefore upon the existence of a public realm, into which things can appear out of the darkness of sheltered existence ... »³.

Partons d'un énoncé tel que celui de l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Le *principe* de toute Souveraineté *réside essentiellement* dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut *exercer* d'autorité qui n'en *émane* expressément ». Quelle signification donner aux mots qu'on a ici signalés par des italiques ? N'est-il pas possible de voir dans chacun de ces mots, et dans les structures de pensée que ce vocabulaire semble mobiliser, un objet digne d'intérêt pour la recherche juridique ? Tel sera le parti pris des pages qui suivent. Je me propose de rechercher la manière dont le langage du droit résout le problème de la manifestation de la souveraineté. Le vocabulaire de l'article 3 de la Déclaration de 1789 attire notre attention dans une direction particulière, rarement mise en évidence par le commentaire juridique. Pourquoi tente-t-on de localiser la souveraineté, de la faire « résider » quelque part, par exemple dans le chef de la nation ? Pourquoi dit-on qu'elle peut « émaner » de telle ou telle entité, ou bien que d'autres entités peuvent être des « émanations » du souverain ? Il est possible d'étendre une telle enquête au-delà de la

1. Une version préliminaire de ce travail a été présentée lors d'une des *Soirées de la salle de droit public*, le 24 juin 2009. Je remercie vivement Jean-Jacques Bienvenu, Norbert Foulquier et Benoît Plessix de leur invitation. Je remercie aussi chaleureusement Mikhaïl Xifaras, Mélanie Plouviez et Quentin Epron d'avoir lu et critiqué des versions préliminaires de ce texte.

2. Éric WEIL, *Hegel et l'État: cinq conférences*, Paris, Vrin, 2002, p. 25.

3. Hannah ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, University of Chicago Press, 1958, p. 51.

Déclaration de 1789. Pourquoi le vocabulaire de la « reconnaissance » est-il si répandu s'agissant de la souveraineté ? Pourquoi a-t-il été si important d'identifier des « marques » de la souveraineté ? Pourquoi distingue-t-on à son sujet entre « titre » et « exercice » ? La notion de souveraineté n'est pas la seule concernée. Si on regarde, non pas la souveraineté, mais les droits de l'homme, on pourrait poser des questions comparables. En particulier : pourquoi a-t-il fallu les « déclarer » ? Il ne s'agit bien sûr que d'opérations langagières, par exemple de métaphores. Mais ce qu'on se propose de mettre en évidence est le fait que le langage en question est tourné vers le monde sensible. En d'autres termes : dans certains cas, le langage juridique, tel qu'on le trouve dans les textes généralement reconnus comme pertinents par les juristes (une constitution écrite, une décision de jurisprudence, une œuvre de doctrine, ...) contient des figures de langage qui renvoient à l'existence d'ancrages sensibles pour le droit. Le droit est alors présenté comme le résultat d'une *apparition*. Les pages qui suivent visent à comprendre de telles figures de langage. À partir de quelques hypothèses sur la portée générale de ce phénomène pour la théorie du droit, on se proposera d'en examiner plus spécifiquement les applications dans le cas de deux concepts centraux du droit moderne : la souveraineté, et les droits de l'homme. L'article ne les traite pas de manière quantitativement équitable : il ne parvient à la question du langage juridique des droits de l'homme qu'après s'être concentré assez longtemps sur la question de la souveraineté. À titre principal, donc, c'est sur la souveraineté que se concentre cet article. On se propose ici de contribuer à identifier ce que l'on pourrait appeler les modes de présentation de la souveraineté en droit. Procéder ainsi revêt un intérêt du point de vue de l'histoire intellectuelle et de l'histoire juridique de la souveraineté. Pour des raisons qui seront développées plus loin, cela semble un moyen de dépasser le débat sur le moment et les conditions d'une « invention » ou d'une « découverte » de la souveraineté par tel ou tel auteur ou personnage historique. Mais au-delà de cet intérêt historique, je pars aussi en quête d'une manière d'interroger la dogmatique juridique et en particulier, ici, de reprendre l'interprétation des grands textes constitutionnels. Accepter d'emprunter cette voie suppose d'admettre que les figures de langage qu'on se propose de recenser et d'examiner sont porteuses d'une signification qui mérite d'être prise en compte. Il y a bien sûr ici un danger qui consiste à « tirer le sang des pierres », c'est-à-dire à surinterpréter ce qui ne serait que verbal ou (au sens naïf du terme) rhétorique. Un problème tout à fait sérieux consiste dans la sélection des faits de langage qu'on choisit de considérer comme porteurs de sens. Pour prendre un exemple simple, il ne s'agit pas de dire que chaque fois que quelqu'un parlant de la souveraineté emploie le verbe « apparaître » ou des mots tels que « émanation » ou « signe », cela implique d'en tirer de hautes conclusions phénoménologiques. Mais un danger symétrique consiste à ne pas voir ce qui est dit exactement, à ignorer certaines composantes des formules que l'on interprète. C'est en particulier le cas dans les grands textes de la tradition constitutionnelle et

pré-constitutionnelle où ce langage abonde. Un vocabulaire gravitant autour de ces idées est présent de manière trop insistante dans le langage de la souveraineté pour que cette présence soit accidentelle. L'hypothèse ici formulée est que ce langage n'a pas été regardé suffisamment en détail, peut-être à cause de présupposés intellectuels trop restrictifs. Il semble possible de montrer que suivre les pistes ainsi désignées permet de comprendre quelque chose au sujet de l'histoire conceptuelle de la souveraineté et de son statut en droit constitutionnel. Si on traite ces figures de langage correctement, il est possible d'espérer mieux cerner les formes au moyen desquelles la souveraineté est mise en évidence dans le droit.

Une étude comme celle-ci se doit d'opérer à partir d'un corpus construit de manière assez particulière. Il doit être aussi large que possible, à la fois dans le temps et du point de vue des types de littératures concernés. On trouvera donc des références à des époques assez diverses de la pensée, de Bodin (par exemple) à des auteurs modernes comme Carré de Malberg. Il en ira de même pour les textes de droit positif. Il est également pertinent d'aller regarder ce que disent sur la souveraineté des auteurs dits « politiques », ne serait-ce que pour constater qu'ils emploient les mêmes figures de langage et qu'il est possible de les utiliser pour dégager les schèmes conceptuels qui nous intéressent⁴. Il s'agit là d'une étude qui, si elle était conduite de manière systématique, prendrait pour matériau les discours de tous ceux qui ont parlé de la souveraineté, et se proposerait d'y détecter des figures récurrentes. Les pages qui suivent ne prétendent pas à une telle exhaustivité ni à une telle systématité. C'est pourquoi le titre fait référence à des « notes » et non à un travail achevé.

Une précaution de pensée importante doit consister ici à suspendre certaines grandes distinctions usuelles, telles que celle opposant droit et fait, ou registre du « déclaratif » et registre du « constitutif ». Il s'agit de comprendre ce que signifie cette idée d'apparition, quelle est en quelque sorte son autonomie par rapport à des modes plus couramment repérés de création ou de mise en évidence du droit. De la même manière, il est très important de renoncer à se demander si l'apparition préexiste ou existe séparément de son insertion dans ces figures. C'est précisément *la question à ne pas se poser* pour espérer avancer en direction d'une solution. J'aurai l'occasion de dire pourquoi, notamment dans la conclusion de cet article. Mais on peut d'ores et déjà faire comprendre cette précaution de pensée par un exemple simple. Imaginons un grand génie qui aurait inventé

4. Une étude plus précise du même problème en histoire des idées a été proposée dans : Denis BARANGER, « 2. The Apparition of Sovereignty », in : Quentin SKINNER (dir.), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

une notion telle que la souveraineté, et imaginons qu'il s'agisse réellement d'une totale innovation. L'idée ici défendue est que, pour se faire comprendre de ses contemporains, notre grand génie n'aurait pas toute latitude quant au registre de langage qu'il devrait employer. Il lui faudrait en passer par des manières de parler spécifiques, et dire qu'il a identifié la souveraineté dans la réalité préexistante, en d'autres termes qu'elle lui est apparue, et qu'il fait à tous la promesse (convaincante) qu'il en ira de même les concernant. Il rassemblera pour cela des « preuves », et en « déduira » l'existence de ce phénomène qui n'aurait pas de sens s'il était présenté comme une totale innovation. Même s'il était l'inventeur génial du concept de souveraineté, il n'aurait rien à en dire et il ne serait pas compris s'il s'en tenait à enregistrer cette invention sous la forme d'une sorte de brevet. Dire qu'il a inventé la souveraineté serait auto-destructeur. Il doit en passer par un mode de présentation spécifique, qui masque le fait que l'invention est une invention et qui la présente sous une autre forme. Par cet exercice de pensée, il s'agit de désamorcer toute accusation de naïveté revenant à dire : « cela ne s'est naturellement pas passé comme cela » dans un sens ou dans un autre (dans un sens : « il n'y a jamais eu d'inventeur de la souveraineté » ; ou dans un autre « c'est Philippe le Bel, Jean Bodin, etc. qui l'a inventée »)⁵. On se trouve là confronté à des structures antinomiques qui font que la discussion perd de son intérêt, car on voit bien que chaque « partie » dit quelque chose de valable, mais aussi que chaque position possède des failles. Il serait donc souhaitable de trouver un cadre de pensée qui intègre ce que chaque prétention comporte de vraisemblable, en remarquant (comme pour toute solution à une antinomie) que la discussion se situe en réalité sur deux plans : celui de l'alternative entre invention et découverte ; et celui des formats de langage dans lesquels, quoi qu'il en soit de la réponse à la première question, on doit présenter le résultat. La question qui nous préoccupe ici n'est pas celle de savoir qui invente et qui se borne à décrire. Mais plutôt : par quelles figures de langage doit-on en passer pour exprimer en droit la souveraineté ou les droits de l'homme ?

On parlera souvent ici de « modes de présentation » au sujet des figures de langage utilisées pour « faire apparaître » des « objets » tels que la souveraineté ou les droits de l'homme. Ces modes de présentation ne semblent pas être utilisés de manière totalement aléatoire, et il paraît possible, en les analysant, de dégager des schémas conceptuels relativement stables dans le temps et dans différentes sortes de textes. Lorsque j'examinerai une notion telle que la « reconnaissance », ou la « déclaration », je parlerai dans certains cas de la figure de langage telle

5. On retrouve exactement la même problématique dans les débats relatifs, par exemple, à la fonction juridictionnelle. Le grand nombre parle : « le juge n'invente rien, il dégage le droit ». Un petit nombre de sceptiques objecte : « le juge ne dégage naturellement pas le droit, il l'invente ».

qu'on en retrouve des occurrences, par exemple, dans les textes constitutionnels positifs ; et dans d'autres cas d'un schème conceptuel portant le même nom. On tentera donc de passer de la figure de langage au niveau de l'analyse conceptuelle. On voit bien là que plusieurs niveaux d'analyse sont mobilisés : la figure de langage, et le schème conceptuel que l'on peut identifier à travers la figure de langage. Un troisième niveau d'analyse pourrait consister dans le phénomène lui-même que la figure de langage est censée prendre en charge. La question de savoir si un tel phénomène existe, s'il existe indépendamment, n'est à aucun titre celle qui est posée dans ces pages. L'argument consistant à dire : « il n'y a rien de phénoménal qu'on puisse appeler droit » est très convaincant. Mais il trouve une limite lorsqu'on se penche sur le langage du droit, et donc qu'on se déplace du niveau du phénomène à celui de la figure de langage qui le prend en charge. Lorsqu'on parle du droit, on fait couramment appel à des figures de langage qui renvoient à quelque chose de phénoménal. Peu importe à vrai dire que ce « quelque chose » existe ou non. Ce n'est pas la bonne question. Ce sont les figures de langage et elles seules qui sont pour nous la donnée observable et interprétable. On pourrait même comprendre cet article comme un plaidoyer en vue de l'intégration des figures de langage en question dans le cadre des schèmes conceptuels du droit constitutionnel. Les sous-estimer ou ne pas en saisir le sens exact, c'est laisser de côté un contenu riche de signification juridique et politique tout à la fois. C'est donc risquer de mal interpréter des énoncés classiques en droit constitutionnel, tels que ceux contenus dans les grandes déclarations de droits, ou dans les décisions de nos juridictions. C'est appauvrir notre compréhension du constitutionnalisme. Parler de la souveraineté, comme parler des droits de l'homme, c'est toujours viser la possibilité (au moins) d'un discours juridique porteur d'implications politiques de première importance.

Le plan que je vais suivre peut se résumer ainsi. Je voudrais commencer par un propos général relatif à la théorie du droit (à défaut de meilleur terme). Il s'agit de questionner les raisons pour lesquelles nous identifions si fortement le droit à quelque chose qui n'a rien à voir avec le sensible, mais résiderait exclusivement dans des significations à caractère normatif. Le propos est de montrer qu'avant même toute interprétation de son contenu, l'*identification* du droit est un problème en soi. À ce problème, le langage des juristes apporte des solutions. Il parle d'un droit qui réside dans le sensible en tant qu'il y *apparaît*. Cette apparition s'effectue selon certaines formes précises, codifiées de longue date par la tradition juridique. La première partie de cet article a donc une portée générale : elle vise à esquisser comment notre conception du droit inclut une prise en compte du phénomène de l'apparition (I). La suite de l'article vise à présenter des cas d'application de cette problématique générale, à travers des observations relatives à la souveraineté et aux droits de l'homme. Dans la seconde partie, je propose de faire usage de cette analyse au sujet de la souveraineté (II). La troisième partie visera à commencer

une liste des modes de présentation de la souveraineté que l'on peut identifier au moyen de la méthode ainsi proposée (III). J'en proposerai ensuite quelques interprétations préliminaires (IV). Enfin, la cinquième partie vise à esquisser le problème de l'apparition des droits de l'homme à travers la forme privilégiée de la « déclaration ». On cherchera à en tirer certaines conséquences en discutant la question du statut dit « modal » (c'est-à-dire soit descriptif soit prescriptif) des déclarations révolutionnaires (V).

I. LE DROIT ET LE PROBLÈME DE L'APPARITION

On peut partir d'une remarque que fait Alexandre Kojève dans son *Esquisse d'une phénoménologie du droit* (1943) : « Comme toute entité réelle, le droit 1) se "montre" ou se "révèle" à l'homme, 2) "existe" ou entre en interaction avec d'autres entités [...] et 3) "est", tant en lui-même que dans l'ensemble de l'Être ». Et Kojève de continuer : « Je me contenterai ici de décrire l'aspect "superficiel" du Droit, de l'analyser en tant que "phénomène" »⁶. La manière de procéder de Kojève le conduit à rechercher une expérience première du droit, tel qu'il est, dit-il, « donné à la conscience immédiate de l'homme, qui "sait" ce que c'est que le Droit et le distingue des autres choses, tout en ne pouvant pas décrire correctement ce "savoir immédiat", c'est-à-dire donner une définition phénoménologique du Droit »⁷.

Je ne veux pas tout retenir de ces propos, ni tenter de les commenter de manière approfondie. Mais j'en retiens tout de même cette idée que le droit « se montre ou se révèle à l'homme ». Ensuite, sur la question de savoir là où il faut le rechercher, je ne crois pas immensément fécond, concernant le droit, de partir à la recherche de l'existence « sous le savoir d'une expérience originaire, libre et sauvage, comme le voudrait la phénoménologie »⁸.

Dire, comme Kojève, que le droit se donne à la conscience des hommes, ce n'est qu'un aspect du problème. On doit tout aussi bien dire que le droit n'est pas donné, du moins de manière immédiate. Il n'est pas immédiatement présent dans le monde des hommes. Sa présence, autrement dit, est un problème à part

6. Alexandre KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit - Exposé provisoire*, Gallimard, 1981, § 4, p. 17.

7. *Ibid.*

8. Gilles DELEUZE, *Foucault*, Paris, Éditions de Minuit, 2004, p. 89. Il ne s'agit pas ici de critiquer ce que dit Deleuze, mais de cerner, grâce à ce qu'il dit au sujet de la phénoménologie, un penchant naturel de cette manière de penser à rechercher le plus originaire, le plus immédiat.

entière. Elle ne peut pas être tenue pour acquise, ni être considérée – sans autre forme de procès – comme originaire. Les choses seraient différentes pour nous si « le droit » était constamment accessible, de manière immédiate. Au-delà des illusions couramment répandues et tout aussi couramment déjouées (le client : « je connais mes droits » ; l'étudiant naïf : « le droit est dans le code »), l'expérience commune aux juristes et à ceux qui en savent « un peu plus » sur le droit est au contraire qu'il n'en est rien. On est ici pris dans un cercle. Dans un premier temps, le droit est en général perçu comme n'étant pas accessible. Une chose est le sentiment d'injustice qui s'exprime spontanément (« j'y ai droit », « c'est moi la victime »), autre chose est le droit, et la société, à travers ses corps organisés, se charge de le rappeler aux individus. Le justiciable, ou celui à qui se pose un problème « juridique », ignore le droit. Il va le demander à l'expert. Le juriste lui-même n'est pas celui qui détient le droit à tout moment, mais celui qui sait effectuer le travail d'élaboration d'une « réponse ». Issue du droit romain archaïque, où elle était dotée de fortes connotations religieuses, la « réponse » est une forme primordiale du droit. Le droit n'est pas là d'avance. Il doit être donné sous forme d'une réponse à une question posée, et cela y compris dans le for intérieur de l'expert en droit. Il y a donc une donnée primordiale qui est la non-présence initiale du droit. Il n'est pas là tout le temps. Il n'est pas là d'avance. Seuls quelques experts savent où est le droit (car notre langage et notre culture nous indiquent qu'il est quelque part). Eux-mêmes ne savent pas d'avance en quoi il consiste, même s'ils ont pour l'identifier des aptitudes supérieures au commun des mortels. Ils ne le sauront qu'après avoir travaillé, ou ils ne le savent qu'au terme d'une longue éducation et d'un long travail : « une bien plus longue étude & une plus grande application, & par conséquent un très-grand travail »⁹. Pour savoir en quoi consiste le droit, il faut accomplir des opérations très réglementées. Le savoir-faire en la matière est codifié et ses opérations élémentaires peu évolutives. Il faut par exemple identifier les « sources »¹⁰ du droit et les « interpréter ». D'autres opérations canoniques consistent à « trouver » le droit, ou à le « donner ». « Trouver le droit » (*Rechtsfindung*, *lawfinding*) suppose qu'il n'était pas là où se trouvent ceux qui en ont besoin, ou qu'il était en quelque sorte indisponible. « Donner » le droit (*lawgiving* ; ou les termes allemands employant le suffixe

9. Jean DOMAT, *Harangues*, cité par Quentin EPRON, *La manière française du droit. Contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, thèse Paris II Panthéon-Assas, 2006, p. 335.

10. De ce point de vue, la métaphore des « sources » du droit n'est pas vide de sens : elle indique une structure qui gouverne les conditions de mise en évidence du droit. Cette structure est bipolaire : les sources ne sont pas le droit, mais pour dire le droit, on a besoin d'en remonter à des sources. La source du droit n'est que le point de départ du raisonnement. En même temps, la structure bipolaire en question met à distance la source du droit et lui confère le caractère d'indisponibilité. Celui qui puise à la source n'est pas supposé pouvoir l'altérer.

– *gebung* : comme dans *Gesetzgebung*) présuppose également, par la radicalité de la « manifestation de volonté » que cela implique, que le droit était dans un premier temps absent. Sinon, il n'y aurait pas de « don » ; autrement dit : le droit ne serait pas « donné ». Le législateur est celui qui est capable d'innovation. L'accès au droit implique donc de renoncer à l'immédiateté. Si l'on regarde les tendances de longue durée du droit occidental, ce qui se dégage est une tendance à raisonner en opposant le monde sensible immédiat (où le droit ne semble pas être) et un monde des choses intelligibles, où on peut le trouver. Il faut accepter de cheminer de l'immédiat (duquel le droit est absent) vers ce qui n'est pas immédiat. Ce n'est pas un hasard si la philosophie kantienne du droit a établi un lien étroit entre juridicité et appartenance à la sphère de l'intelligible, laquelle est par définition distincte de manière radicale de la sphère du sensible. Aux yeux de Kant, une possession intelligible est une possession sans détention¹¹. Autrement dit : si le propriétaire avait toujours la chose entre ses mains, il serait inutile d'avoir le concept juridique de propriété. Celui-ci ne prend de sens que lorsque la chose est entre les mains d'autrui et que le propriétaire doit pouvoir exercer (par exemple) un droit de suite sur elle, la réclamer en faisant valoir que les apparences sensibles sont trompeuses et qu'en réalité la chose est sienne. Le juriste ne dira pas cela ainsi. Il n'aura pas recours à ce vocabulaire philosophique idéaliste qui n'est pas le sien. Mais il se livrera à un exercice de pensée assez comparable. Il dira : « vous pensez que vous avez seulement acheté une baguette, mais en réalité vous avez conclu un contrat de vente ». Ou bien : « la meilleure qualification pour telle action qui a eu lieu me semble être, etc. ».

Avant même de pouvoir prétendre que le droit, ou tel ou tel objet juridique comme une norme, « appartient à la sphère du devoir être », il y a quelque chose qui doit être dit : le droit est affecté par cette problématique de la présence. Parler du droit implique d'admettre un certain décalage par rapport à l'immédiateté. La difficulté est même encore plus grande que cela. Le droit, je vais le trouver, il va m'être donné, mais pas tout de suite, pas dans l'immédiat. Sa présence même dans le monde est grevée d'une certaine dose d'incertitudes de ce type. Pourtant, on doit en même temps dire que sa légitimité à être (autrement dit sa valeur) est la plus élevée possible. C'est le sens de l'identification du droit au devoir être. Pour que le droit appartienne au domaine du devoir être, il faut qu'il « soit » sans être déjà un « étant ». Le droit n'est pas d'ores et déjà réalisé. Sinon, il serait inutile (et contradictoire) de le rattacher au devoir-être. Son être consiste dans une prétention légitime à avoir une existence, une priorité élevée dans l'ordre de ce qui doit être accompli. Lorsque cette prétention s'accomplit, le droit a joué son rôle. Il a accompli son œuvre propre.

11. Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs II, doctrine du droit*, GF-Flammarion, 1994, § 1, p. 36.

Le droit ne peut se présenter que sous certaines formes dont le propre est de le faire accéder à cette présence qui, dans un premier temps, lui faisait défaut. Par exemple, c'est une forme de ce genre que désigne l'idée que le droit est posé, idée qu'expriment le latin *latere*, et l'allemand *gesitzen* (*Gesetz*, *Gesetzgebung*, etc.). Énoncer le droit, c'est le « poser ». Poser le droit consiste à le faire apparaître comme droit.

On peut en déduire que l'acte d'énonciation du droit implique deux moments. 1/ Un moment d'expression du contenu de ce qui doit être. C'est sur lui que se porte le regard de toute théorie normativiste. Mais, avant que cela soit possible, il faut nécessairement : 2/ un moment consistant dans le passage d'un monde dans lequel le droit n'est pas – *i.e.* : une réalité où il n'est pas présent – à un monde dans lequel le droit est – *i.e.* : une réalité où il est présent parce qu'il a été par exemple « posé » ou « trouvé ». En d'autres termes : les théories qui se concentrent sur l'étude des normes présument qu'elles sont une donnée observable. C'est un aspect très mystérieux et à ma connaissance peu exploré du normativisme. Si le droit consiste dans l'existence de normes, comment est-il possible de les *observer* ? Ont-elles la moindre stabilité ? Par exemple, si la norme consiste dans la signification objective de la manifestation de volonté, comment imaginer qu'elle survit à cette manifestation de volonté ? Comment faire entrer les normes, ces particules élémentaires à la vie si brève, dans des schémas stables et complexes tels que des *hiérarchies* ? Il est peut-être pertinent, donc, de se poser avant toute chose la question de la présence du droit. Je compte pour ma part m'intéresser à la manière dont cette présence du droit est rendue possible, prise en charge par le langage juridique.

Ici, il faut continuer à explorer le sens du lien existant entre les idées de droit et de devoir-être. Le droit n'est pas seulement le « contenant » de prescriptions qui « doivent être », autrement dit un dépôt pour le devoir-être. Le droit lui-même, en tant que droit, « doit être ». Devoir-être est un impératif affectant le droit lui-même. Mais cet impératif (qu'on pourrait appeler le « devoir être du droit dans son ensemble ») est ambigu, et presque contradictoire. Ce qui rend les choses difficiles, c'est que, pour satisfaire à cet impératif, le droit doit à la fois être rendu présent et demeurer indisponible. Il doit à la fois *être là* – comme chose ayant prise sur le monde et l'action – et *ne pas être là* – son indisponibilité initiale étant la marque de sa valeur supérieure. La finalité des formes juridiques, c'est de rendre le droit présent dans le monde des hommes de manière, entre autres choses, à pouvoir « déterminer des comportements ». Mais elles n'y parviendront que si, tout en rendant le droit présent, elles le montrent en même temps comme étant à distance, comme n'étant pas disponible dans l'immédiat. Cette indisponibilité provisoire, ce fait d'être à distance, procèdent aussi de l'apparement du droit

avec la sphère des valeurs¹². Ce qui vaut est nécessairement à distance de ce qui est. S'il en allait autrement, « ce qui vaut » ne serait pas en mesure de servir de mobile à des actions. L'existence de cette tension entre présence et non présence du droit est ce qui explique que l'on doive se poser des questions telles que celle de l'effectivité des règles juridiques. C'est aussi une des raisons pour lesquelles certaines théories juridiques insistent à juste titre sur le fait que le droit ne se donne, ou ne se trouve, que dans un contexte de conflit. Le procès, la confrontation des positions au sujet du droit (et pas seulement au sujet des intérêts respectifs), est un lieu naturel d'émergence du droit, et non une regrettable pathologie.

Le droit ne se donne nulle part de manière immédiate. Il passe toujours par des formes qui rendent sa présentation possible. C'est ce caractère qui est mis en évidence dans le § 210 de la *Philosophie du droit* lorsque Hegel se penche sur la « réalité objective du droit », laquelle dit-il « présente ce double aspect : il faut, d'une part, que le droit existe pour la conscience et soit donc connu ; il faut, d'autre part, qu'il ait la puissance d'être effectivement réel et valide pour tous, et qu'ainsi, il soit connu comme ayant une validité universelle »¹³. La condition pour que le droit soit ainsi « connu » et doté de cette capacité à être « effectivement réel », c'est le fait pour le droit d'être « posé » (*gesetzt*) dans son existence empirique, c'est-à-dire déterminé pour la conscience par la pensée¹⁴. Cela se réalise dans la loi, que Hegel définit par ailleurs comme « l'identité de l'être-en-soi (*Ansich-sein*) et de l'être-posé (*Gesetzsein*) »¹⁵. On pourrait ajouter quelque chose du type : en accédant à l'être-posé, l'être-en-soi de la loi devient un « être-pour-tous ».

On trouve quelque chose de comparable chez un adversaire de Hegel tel que Savigny. Dans le *Vom Beruf*, Savigny distingue les fonctions spirituelles (*geistigen Funktionen*) du droit et les « corps » dans lesquels il faut qu'elles s'incarnent. Les fonctions spirituelles « ont besoin d'une existence corporelle pour se fixer ». S'agissant du droit, cette incorporation se fait à travers ce que Savigny appelle des « modalités de fixation » (*Art der Festhaltung*). « L'expressivité sensible (*die sinnliche Anschaulichkeit*) de ces actes est ce qui confère extérieurement au droit une forme stable et déterminée »¹⁶. Pour le reste, il est bien clair que Savigny voit

12. Étienne Picard dit à ce sujet que : « le droit n'est pas ce qui est, mais ce qui *doit pouvoir être* ». Étienne PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p. 6 s.

13. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la Philosophie du droit*, trad. Robert DERATHÉ, Paris, Vrin, 1998, § 211, p. 231.

14. *Ibid.*, § 211, p. 231 (mes italiques)

15. *Ibid.*, § 212, p. 233.

16. Friedrich Carl VON SAVIGNY, *De la Vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. Alfred DUFOUR, Paris, PUF, Léviathan, 2006, p. 54.

les choses très différemment de Hegel, en ce qui concerne les conditions dans lesquelles le droit apparaît ou n'apparaît pas (d'où ses réflexions, par exemple, sur le droit « visible » ou « invisible »). Là où, par exemple, il se sépare de Hegel, c'est sur l'appréciation qu'il porte au sujet de la législation comme mode de présentation du droit. Il trouve à cette forme de « fixation » et de manifestation sensible du droit des défauts tels que l'arbitraire, alors qu'il reconnaît aux « anciennes formes » du droit, comme la coutume, des qualités supérieures. Mais on trouve chez les deux auteurs une insistance, quelque peu perdue de vue de nos jours, sur la composante sensible du droit. On voit aussi qu'à leurs yeux, le droit n'est jamais accessible à la conscience de manière immédiate. Il doit passer par des formes particulières, et il n'est pas anodin de remarquer que ces formes sont léguées par la culture juridique de longue durée. Le droit ne se présente qu'à travers ces formes, et pas autrement.

Les propos de Hegel montrent que l'interprétation n'est pas une opération qui se limite à l'identification du sens d'un énoncé juridique. L'interprétation commence par l'effort d'identification du droit au sein de la réalité sensible. On pourrait parler à ce sujet d'une *herméneutique de l'identification*, qui vise à appréhender la manifestation du droit. Il s'agit d'identifier comment il se présente, par opposition avec une autre branche de l'herméneutique – celle à laquelle on s'en tient habituellement – et qui vise pour sa part à permettre l'interprétation du *contenu* du droit. Trouver le droit moderne « là où il est » paraît assez simple et semble aller presque de soi, précisément parce que les formes de présentation du droit ont été rationalisées à l'extrême¹⁷. On va le chercher dans des sources assez bien répertoriées : la constitution, la loi, les décisions de jurisprudence. On en a écarté ou marginalisé d'autres : le savoir des docteurs, la nature, la coutume. Une grande partie du processus que Max Weber décrit sous l'appellation de « rationalisation » pourrait être décrite sous ce jour. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Il est impossible de traiter ici ce point dans un quelconque détail. Mais on se doit de faire observer que la tradition du droit naturel avait développé une riche herméneutique de l'identification sensible. La question était par exemple : où trouver, dans la réalité, les signes de la volonté de Dieu qui lui donnent sa juridicité ? Le travail exégétique vise ainsi à identifier, à partir de tel ou tel fait relaté dans les Écritures, quelle était la loi voulue par Dieu. Caïn ayant déclaré « celui qui me rencontrera me tuera », Grotius rappelle que cela suffit à servir de socle à la règle selon laquelle chacun doit souffrir autant de mal qu'il en a fait. « D'un

17. Avec le « droit global » et différentes autres évolutions des systèmes juridiques, caractérisées par une moindre prise de l'État sur la production du droit, les choses vont peut-être changer. L'identification du droit va peut-être redevenir un problème à part entière. C'est déjà le cas dans certaines branches de la pratique juridique.

fait unique, dit Grotius, on tira ainsi la conclusion que telle était la volonté divine, et cette conjecture passa [...] à l'état de loi »¹⁸. Pour un auteur tel que Grotius, le problème devient ensuite de mettre convenablement en rapport les uns avec les autres les fruits prélevés à chacune de ces sources distinctes : le droit qui s'exprime dans la « naturelle et perpétuelle jurisprudence » et « ce qui tire son origine de la volonté arbitraire des hommes »¹⁹. Pour ne citer qu'un autre passage, on pourrait aussi montrer que Grotius différencie, plutôt qu'il n'oppose, les modes sensibles de manifestation du droit. Ainsi en est-il à ses yeux de l'institution de la propriété. La propriété est certes une création artificielle, mais, dans la nature, l'homme a des droits sur les choses nécessaires à la satisfaction de ses besoins.

« Il est aisé de comprendre qu'il en aurait été ainsi, quand même le droit que nous appelons maintenant « la propriété » n'aurait pas été créé, car la vie, le corps, la liberté, auraient toujours été des biens propres à chacun, auxquels on n'aurait pu attenter sans injustice. C'est ainsi que le premier occupant aurait eu le droit de se servir des choses communes dans la limite de ses besoins, et que celui qui l'aurait dépouillé de ce droit, se serait rendu coupable d'injustice à son égard. Mais aujourd'hui que la propriété a reçu de la loi ou de l'usage une existence propre et distincte, la chose est devenue beaucoup plus facile à comprendre »²⁰.

Ainsi, les vérités évidentes par elles-mêmes qui peuvent être appréhendées avant la formation des grands artifices juridiques d'origine humaine, tels que l'institution de la propriété, sont encore plus faciles à voir quand ces institutions deviennent positives. Le droit humain ne contredit pas le droit naturel ; bien mieux il le rend plus *visible* pour la raison. Les conclusions à en tirer ne sont que plus claires. L'identification des marques de la volonté divine est, pour prendre un autre exemple, un des problèmes qui occupent Locke dans le *Premier Traité du Gouvernement Civil*. On pourrait parvenir à la même conclusion en se livrant à une étude des droits des anciens régimes européens. Dans ces systèmes juridiques, identifier le *locus* du droit était une opération à part entière, qui n'allait nullement de soi. Elle supposait un savoir spécifique et ses résultats étaient au demeurant aléatoires.

Les propos de Savigny cités plus haut montrent pour leur part que ces techniques herméneutiques se rattachent à des traditions, et ont une histoire. Ces

18. Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Paul PRADIER-FODÉRÉ, Paris, PUF, 1999, p. 57.

19. *Ibid.*, p. 20.

20. *Ibid.*, p. 52.

traditions traitent du problème de la présence du droit dans la réalité. Elles sont donc naturellement tournées vers les marques, les signes sensibles, les rituels, les procédures, etc. Elles appellent interprétation parce que le sensible est la ressource de toute signification et qu'en même temps il ne livre jamais immédiatement son sens. C'est dans le sensible que la signification se trouve *en réserve*. D'ailleurs le vaste projet herméneutique du positivisme juridique ne le conteste pas, qui commence par désigner l'acte juridique comme ressource du sens, avant de se donner une méthode pour extraire ledit sens, donc pour échapper au sensible, laisser de côté l'acte pour de bon, et, telle Alice au pays des merveilles, plonger dans la dimension de l'intériorité de l'acte (intériorité alors appréhendée comme sa *signification*) comme au fond d'un puits. Mais précisément, la question est résolue par cette distinction entre acte et signification de l'acte. C'est une distinction très efficace, mais qui comporte en soi ses limites. Tout ce qui porte du sens n'est pas nécessairement un « acte ». Penser ce qui porte du sens comme « acte » repose sur des présupposés très restrictifs. Ensuite, cette distinction vise surtout à mettre de côté l'acte en tant que tel et à s'intéresser exclusivement à la signification dont il est porteur, mais dont on peut et doit le séparer par une opération de « purification ». Il est donc très logique que le positivisme moderne ait renoncé radicalement à toute théorie des signes dans l'ordre juridique. L'idée d'une sémiotique juridique est pour l'essentiel périmée. C'est un des aspects du désenchantement du droit.

Pour l'essentiel, les lectures dominantes du phénomène juridique à l'époque moderne (ce qu'on peut ramener au label commode et très englobant de « positivisme ») s'appuient sur une logique d'intériorisation. Le droit doit être cherché en dégageant une gangue phénoménale (sensible) externe et en cherchant son sens à l'intérieur de celle-ci. Il s'agit d'une intériorité d'ordre herméneutique : le contenu « intérieur » de l'acte est compris comme un noyau de signification à caractère juridique qu'il faut isoler au cours d'une opération d'interprétation. Il s'agit avant tout d'extraire le droit du sensible, de le montrer comme relevant exclusivement du domaine de l'intelligible. Faire signe vers un au-delà du sensible n'est certes pas accidentel pour le droit. C'est au contraire une nécessité pour qu'il soit appréhendé comme droit. Partant de là, ce qui dans le droit conserve une dimension sensible porte sur soi une marque défavorable, le présage d'une sorte de discrédit potentiel. S'il reste du sensible dans le droit, c'est peut-être que quelque chose ne convient pas et qu'il faut encore aller de l'avant. Michel Troper, exprimant là un des présupposés fondamentaux du positivisme moderne, écrit ainsi que : « le droit ne possède aucune propriété empirique qu'on pourrait décrire à l'aide de propositions vraies »²¹. Au contraire, d'autres formes d'intériorité sont

21. Michel TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 101. Ce

rejetées par la théorie moderne du droit. Il s'agit en particulier de l'essentialisme et du conceptualisme. Il n'est pas admis que l'on puisse cheminer de la « surface » du droit vers des essences juridiques. Il n'est pas non plus admis, ce qui est assez proche mais mérite d'être distingué, qu'on cherche à identifier des concepts juridiques et à leur attribuer un rôle dans l'interprétation des règles juridiques. On pourrait montrer que ces positions sont communes à des analyses théoriques (le normativisme de M. Troper, par exemple) et à des lectures du droit positif qui ne prétendent pas être de la théorie, mais qui visent à décrire le droit positif français (par exemple l'interprétation des limites du pouvoir constituant chez beaucoup d'interprètes autorisés de la jurisprudence administrative et constitutionnelle).

II. MONTRER LE POUVOIR EN SA VÉRITÉ JURIDIQUE : LES MODES DE PRÉSENTATION DE LA SOUVERAINETÉ

La souveraineté et le problème de l'apparition

Au cœur de ce mouvement d'intériorisation du droit moderne se trouve le problème de la souveraineté. Si le souverain reste trop homme, c'est qu'on n'a pas saisi encore assez nettement la souveraineté qui est un caractère de droit indépendant de sa matérialité d'être de chair et de sang. Si le droit est droit de l'État, n'est-ce pas encore parce qu'on a transposé sur l'État des caractères tels que la « personnalité » qui renvoient à cette dimension sensible de l'homme.

Pour une conception volontariste du droit, l'existence du souverain est nécessaire : si l'on sait qu'il est là, on sait où est le droit, en quoi le droit consiste. Le paradoxe est donc que pour prendre congé du sensible en droit, il a fallu lui trouver un dernier point d'accrochage qui, dans la théorie de l'État, était la présence sensible d'un souverain identifiable, repérable dans la réalité. Avec Kelsen, la souveraineté devient une fiction, un alias pour l'idée d'unité du système juridique. Cette relégation de la souveraineté par Kelsen clôt un parcours au cours duquel l'identification du droit a été opérée via la réduction de cette question précise à la question de l'identification du souverain. Ce processus rejoint celui par lequel Kelsen s'est employé à supprimer toute référence à la « personnalité naturelle »

propos associe de manière significative la question de l'existence de propriétés empiriques et celle de la description en termes de propriétés qui peuvent être soit vraies soit fausses. Or on se proposera de montrer plus loin que cette liaison ne va nullement de soi. Le renvoi du langage à des propriétés empiriques ne signifie pas que ces propriétés empiriques existent pour les sens. D'autre part, ce langage de l'empirique peut tout à fait relever d'un régime de cohérence qui n'est pas celui du vrai ou du faux, mais de l'évidence en tant que celle-ci est considérée comme infalsifiable. Cf. la V^e partie de cet article.

dans son système. On peut dire au sujet de l'histoire de la souveraineté ce que Stanley L. Paulson a dit au sujet de l'histoire de la personnalité juridique : ce qui dans le *System* de Savigny commençait comme une recherche sur un sujet de droit réel et substantiel, se termine avec Kelsen par le refus de la personne physique considérée comme une « *contradictio in adjecto* » et par l'affirmation que la personne « constructiviste » est la seule admissible en droit²².

Au demeurant, la solution est la même puisqu'elle réside dans le recours à la notion de « point d'imputation ». La conclusion de Kelsen est que : « ce que l'on appelle "volonté" de l'État est simplement l'expression anthropomorphique du "devoir-être" des normes [juridiques] »²³. M. Troper réoriente donc la doctrine analytique²⁴ au sujet de la souveraineté dans un sens kelsénien lorsqu'il réintègre dans les significations de la souveraineté un quatrième sens, à savoir la souveraineté comme imputation.

L'État s'identifie à l'ordre juridique. La souveraineté est le nom donné à l'unité de cet ordre juridique, et non pas un caractère inhérent à l'État, une propriété distincte qui lui appartiendrait. Cette relégation de la souveraineté effectuée par Kelsen ne va pas sans poser problème. Ce n'est pas parce qu'on relativise de cette manière la référence à la souveraineté, qui devient simplement un label pour une propriété d'un système de normes, que l'on supprime la propriété en question, à savoir l'impératif d'unité. Celui-ci est réalisé par d'autres voies. Kelsen reconstitue dans la sphère du « droit pur » l'unité à laquelle parvenaient ceux qui liaient existence d'un droit positif et existence d'un souverain. Il n'est pas difficile de voir en effet que la norme fondamentale, entre autres choses, effectue l'unité selon d'autres moyens que le recours à la souveraineté. Elle ne supprime pas l'impératif d'unité. Au contraire, elle le purifie de toute dimension sensible, et le consacre comme un des déterminants principaux du phénomène juridique. Au passage, cependant, dans cette théorie du « phénomène juridique », ce qu'il y a de phénoménal dans le droit a été également supprimé.

On pourrait faire des remarques comparables en examinant la structure de la théorie de l'État de Carré de Malberg. Il déplace certes l'essentiel de l'attention

22. Stanley L. PAULSON, « Introduction », in : Hans KELSEN, *Théorie Générale du Droit et de l'État*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1997, p. 17.

23. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cité par Stanley L. PAULSON, « Introduction », in : Hans KELSEN, *Théorie Générale du Droit et de l'État*, p. 17.

24. Il lui arrive d'employer ce terme au sujet des différents sens possibles de la souveraineté : voir par exemple Michel TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales*, 1992, Vol. 47, n°6, p. 1173.

de la « souveraineté » vers la « puissance de l'État ». Mais il attribue à cette puissance de l'État des caractères traditionnellement attribués à la souveraineté, en particulier l'indivisibilité. Et ce faisant, il se permet de parler d'*une* puissance de l'État, sans particulièrement insister – du moins dans un premier temps - sur les raisons de ne pas reconnaître l'existence de plusieurs *puissances* distinctes au sein de l'État. Lorsqu'il semble donner ses raisons pour procéder ainsi, il renvoie au rôle unificateur de la constitution :

« C'est cette constitution [la constitution initiale avec laquelle a coïncidé la naissance de la personne étatique] qui a fondé l'organisation de la collectivité nationale [...] d'où résultent à la fois l'unification de la collectivité en une personne juridique et la réduction de la volonté du groupe en une volonté unifiée, qui sera exprimée par les organes constitutionnels du groupe et qui devient par là même, juridiquement parlant, la volonté la plus puissante qui existe au sein du groupe »²⁵.

On doit remarquer que, pour sa part, M. Troper est plus sceptique et prend soin de ne pas reconnaître le caractère d'indivisibilité à la souveraineté prise dans le sens de puissance de l'État.

L'état d'avancement de la théorie de la souveraineté

L'attitude que l'on pourrait dire classique vis-à-vis de la souveraineté a consisté à en rechercher l'essence, et à déduire de cette essence des caractères de droit qui étaient donc des caractères conceptuellement nécessaires (l'indivisibilité, l'inaliénabilité, par exemple). Si un auteur tel que Kelsen a pu mettre en évidence les défauts d'une telle méthode, il en a conclu qu'il fallait révoquer autant que possible le concept de souveraineté, ou du moins redéfinir la souveraineté comme l'exclusivité d'un ordre juridique. D'autres auteurs, appartenant également à l'école positiviste, ont adopté une autre ligne de conduite. Ils ont pris le parti de procéder en identifiant tous les usages du terme « souveraineté » en droit positif. Le résultat principal de cette manière « analytique » de procéder revient à constater qu'un ensemble unique de conséquences, spécialement en termes de régime juridique, ne résulte pas de l'usage du terme souveraineté. Différentes significations attachées à ce terme emportent différentes conséquences de droit.

25. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, t. I, p. 196 (ci-après *CTGE*).

L'effet principal de l'interprétation analytique de la souveraineté est de fragmenter celle-ci en une série de concepts ayant chacun des implications différentes. Deux auteurs français, à deux générations différentes, ont travaillé dans cette direction. L'un est Carré de Malberg. L'autre est Michel Troper. Au terme d'un « aperçu historique », Carré de Malberg conclut que le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales :

- *l'absence de subordination* à toute autorité interne ou externe ;
- *la puissance étatique* : l'ensemble des droits de domination compris dans cette puissance (par exemple, l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) ;
- *le caractère de l'organe suprême* de l'État (souveraineté du peuple, du monarque).

Michel Troper a poursuivi cette réflexion. Il a repris à son compte les trois sens de Carré de Malberg et il en a ajouté un quatrième.

- La souveraineté est d'abord « la qualité d'un être qui n'a pas de supérieur ».
- Dans un deuxième sens, la souveraineté est « l'ensemble des pouvoirs ou des compétences que peut exercer cet État. On appelle aussi cet ensemble puissance d'État ».
- Dans un troisième sens, « la souveraineté est donc l'ensemble du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ».
- Un quatrième concept de souveraineté est révélé par le discours constitutionnel : c'est la qualité de l'être au nom duquel est exercée la souveraineté dans les trois premiers sens. La souveraineté est ainsi, dans ce quatrième sens, un principe d'imputation²⁶.

Dans une autre présentation, Michel Troper a distingué cette fois en cinq significations, de manière à tenir compte du fait que « l'une des qualités que l'on rattache ordinairement à la souveraineté, l'indivisibilité, concerne seulement la position de celui qui est au-dessus de tous les autres. Plusieurs autorités peuvent en effet n'avoir pas de supérieur, tandis que si l'on tente de partager la qualité d'être au-dessus de tous les autres, personne ne la possède plus et elle se trouve détruite »²⁷. On arrive donc ainsi à identifier cinq significations du terme « souveraineté » :

- 1) L'indépendance vis-à-vis de toute puissance extérieure ou souveraineté internationale.
- 2) La puissance d'État, c'est-à-dire la somme de tout ce que l'État peut faire.
- 3) La qualité de l'organe qui n'a pas de supérieur, parce qu'il exerce la puissance

26. Michel TROPER, « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes », *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 318.

27. *Ibid.*

la plus élevée, c'est-à-dire la puissance législative, ou qu'il participe à cet exercice.

4) La qualité de l'organe, qui est au dessus de tous les autres.

5) La qualité de l'être, au nom duquel l'organe souverain (aux sens 3 ou 4) exerce sa puissance.

Les bienfaits de ce travail analytique ne sont guère contestables. En particulier, on ne peut que rendre hommage à la clarification conceptuelle qu'il a opérée et qui est un acquis indiscutable. On doit également rendre hommage à une méthode consistant à rester aussi près que possible de ce qui est dit effectivement, à savoir le langage employé au sujet du droit.

En même temps, ce qui est dit au terme d'un tel travail sur la souveraineté peut laisser un sentiment d'insatisfaction qui n'est pas effacé par son impeccable pédigree méthodologique. Certes, le mot « souveraineté » peut renvoyer dans certains cas à la puissance de l'État, dans d'autres à l'indépendance, dans d'autres enfin à la suprématie de tel ou tel organe au sein de l'État. Certes encore, il est très intéressant de relever que telle signification est logiquement indépendante de telle autre. Pour autant, n'est-on pas en train de manquer un aspect central de la souveraineté ? Si elle a joué le rôle qui est le sien dans l'histoire de l'État, n'est-ce pas en raison du fait, précisément, qu'elle était saisie comme un tout ?

En d'autres termes : l'approche analytique de la souveraineté, consistant à identifier une série de significations distinctes, est liée à l'attitude anti-essentialiste en droit. Ce qui pourrait me gêner au sujet de cette attitude anti-essentialiste en droit ne vient pas du fait que je prétende pouvoir, pour ma part, accéder à telle ou telle essence, par exemple une essence de la souveraineté, ou que, plus modestement, je pense que de telles essences sont accessibles à d'autres. Elle vient du fait que le raisonnement en termes d'essence ou de principe de la souveraineté est présent dans le droit positif²⁸ et dans la pensée politique. Or la méthode anti-essentialiste ne prend pas en charge cette présence. Elle se contente de la nier. Il doit pourtant y avoir une manière de prendre en compte le raisonnement essentialiste présent dans les textes constitutionnels, les arrêts, les écrits de la pensée juridique et philosophique, sans adopter soi-même une position essentialiste²⁹.

28. Sur le vocabulaire essentialiste et le recours aux concepts en droit constitutionnel français positif, je me permets de renvoyer à : Denis BARANGER, « The language of eternity : judicial review of the amending power (or the absence thereof) », *Israel Law Review*, Vol. 44, n°3, 2011, p. 420 s.

29. La même chose vaut du recours aux concepts en droit constitutionnel. La méthode analytique vise clairement à se dispenser du concept de souveraineté. Elle entend faire comme s'il n'était pas là, en le fragmentant et en montrant qu'il n'est qu'un nom pour une série de significations distinctes. Reste à savoir s'il est admissible de faire comme si ce n'était pas le mot « souveraineté » qui restait

Pour avancer dans cette direction, il faut adopter une autre méthode. Cette méthode ne vise ni à en revenir à une enquête sur ce que serait l'essence de la souveraineté, ni à s'en tenir à la méthode analytique. Elle pose une question au sujet de la souveraineté qui est la suivante : *n'y a-t-il pas quelque chose à retenir du fait que la souveraineté a été posée comme fondamentalement une*, et non comme multiple ? Est-il satisfaisant de la fragmenter en plusieurs éléments, sachant que l'idée d'unité du pouvoir était, de l'aveu général, centrale pour ceux qui l'ont posée ? En un mot : une fois la fragmentation analytique opérée, n'y a-t-il pas un résidu que la théorie correspondante a balayé sous le tapis, placé en quelque sorte hors de portée de l'analyse elle-même ? Il ne s'agit pas d'en revenir à l'unité conceptuelle, mais de s'interroger sur la manière dont « la » souveraineté est prise en charge par les procédés de la raison pratique. L'histoire de la souveraineté est tapissée de modes de raisonnement dans lesquels la manière dont le droit se donne, dont il circule aussi, est prise en charge par des procédés discursifs, des manières de dire. Dans le langage du droit, on parle de la souveraineté d'une manière assez spécifique et qui n'est pas anodine.

Le lien étroit entre théorie de la souveraineté et problème de l'apparition

Kelsen a dit que « la souveraineté [...] ne représente pas une qualité perceptible [...] d'un objet réel [...]. La question de savoir si un objet est réel ne peut pas trouver de réponse par le moyen d'une investigation dans la réalité naturelle ou sociale »³⁰. La même idée est exprimée très clairement dans l'*Aperçu de Théorie Générale de l'État* de 1926 : « si elle est une propriété de l'État [...] la souveraineté ne peut être une propriété sensible, comme elle le serait s'il avait une réalité empirique ; c'est l'attribut d'un ordre juridique »³¹. M. Troper insiste pour sa part fréquemment sur le fait que la souveraineté n'existe pas comme une « chose » appartenant au monde réel. Elle est seulement, dit-il, une caractéristique du discours relatif au droit. Tout cela, fondé ou infondé, suppose (très consciemment, je pense) de mettre de côté certaines caractéristiques importantes de la manière de parler de la souveraineté, manière qui est la seule ressource dont nous disposons quand nous envisageons les transformations de ce concept. Un grand nombre des

employé dans le droit positif, et s'il n'y a pas lieu d'en tirer les conséquences.

30. Hans Kelsen, « Sovereignty », in : S. Paulson (ed.), *Normativity and Norms*, Oxford, 1998, p. 528.

31. Hans Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue de Droit Public*, 1926, p. 581. Voir aussi Hans Kelsen, « Souveränität », in : *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, W. de Gruyter und Co, 1962, p. 526.

problèmes auxquels se confronte celui qui étudie la souveraineté rentrent assez bien, en effet, dans la catégorie des problèmes touchant à la relation entre être et apparaître :

- à quoi reconnaît-on qu'une certaine entité est ou non souveraine ?
- quelle est la nature de la relation entre la souveraineté et les différents caractères (par exemple des capacités d'action ou des immunités) qui lui sont associés ?
- comment est exprimée la relation entre celui qui est dit souverain et ceux qui ne le sont pas ?
- pourquoi la discussion politique et/ou juridique revient-elle, à tort ou à raison, et même si cela n'a semble-t-il aucun sens, au problème de la *disparition* de la souveraineté ? C'est en effet de cette manière que la question a régulièrement été posée. Ainsi, Duguit a été l'un des premiers à détecter des indices, non pas d'une inexistence de la souveraineté (ou, ce qui revient pratiquement au même dans le contexte des discussions du droit public français de l'époque, de la « puissance publique ») mais de sa « disparition ». Il évoquait ainsi une « transformation rapide et profonde, qui se rattache tout entière à la disparition de la notion de puissance publique »³².

Certaines questions touchent à ce qu'on pourrait appeler les pathologies de l'apparition. On devrait pouvoir attendre du droit qu'il apparaisse selon son concept, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de distorsion entre ce qui est nécessaire que le droit soit, et ce que le droit est. Dire que le droit relève du devoir être, cela n'est pas trivial, parce que cela dissimule la prétention centrale de l'art juridique : mettre les hommes en présence du devoir être. Mais rien ne va moins de soi qu'une telle mise en présence. Il semble en effet que la manière dont apparaît la souveraineté n'est pas satisfaisante. Elle devrait, dans ses apparitions, rester *une* car une partie de sa signification réside dans le fait d'être une et non pas fragmentée.

La nécessité conceptuelle de maintenir la souveraineté dans l'unité devrait, c'est logique, se retrouver là où elle se manifeste dans le droit existant. Si la souveraineté, c'est l'unité du pouvoir, il doit y avoir une manière de dire le pouvoir dans son unité. On rencontre pourtant des phénomènes de discordance : l'unité entre ce que la souveraineté doit être et la manière dont elle paraît est rompue. Ainsi, on rencontre parfois dans les textes constitutionnels plusieurs attributions de souveraineté, allant à différentes autorités dans le même système juridique (le peuple, l'État, un certain organe au sein de l'État). Ce fait a souvent été relevé, par exemple par Carré de Malberg : « il résulte de l'extension de la notion de souveraineté aux organes étatiques qu'il faudrait admettre deux sortes de souverainetés : d'une part,

32. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cité par Raymond CARRÉ DE MALBERG, *CTGE*, t. I, p. 223.

celle de l'État, d'autre part, celles de certaines personnes dans l'État ». Carré de Malberg parle à ce sujet de « relâchement dans le concept de souveraineté »³³. Une autre illustration d'une telle discordance se trouve dans la pratique, tout à fait courante dans l'histoire juridique, consistant à dissocier entre le titre et l'exercice de la souveraineté.

De telles questions, qui préoccupent les juristes, ressemblent fort à autant de variantes des questions que pose Platon dans le livre X de la *République*, au sujet, précisément du fait de connaître quelque chose à travers ses manifestations :

- ce qui se manifeste est-il la chose elle-même ou « seulement une apparence » ?

- si la chose, lorsqu'elle est envisagée « depuis différents points de vue, obliquement ou directement, ou depuis un autre point de vue », apparaît comme différente, s'agit-il d'une différence réelle ?

- si la chose est telle que, par nature, elle apparaît à travers une diversité de manifestations, n'est-ce pas parce que « nous l'avons envisagée dans un état analogue à celui de Glaucos, le Dieu marin, chez lequel, en le voyant actuellement, on aurait de la peine à voir encore sa primitive figure : des anciennes parties de son corps, les unes en effet ont été brisées, les autres se sont usées et ont été complètement endommagées par les vagues, tandis que d'autres corps sont venus s'y incruster, coquillages, algues »³⁴ ?

C'est en ce sens que je parle d'*apparition* de la souveraineté. Le mot n'est pas un substitut pour « avènement historique ». Plutôt, il s'agit de dire que l'objet « souveraineté » n'est accessible que selon certains modes discursifs (appelés ici des modes de présentation) qui prennent en charge, chacun à leur manière, son apparition. La controverse entre la position essentialiste et l'école analytique n'est au fond qu'une variété de ce problème. Les uns pensent que si la souveraineté n'est pas une, y compris conceptuellement, elle n'est rien ; elle n'a pas été cernée. Les autres considèrent qu'ils ont efficacement montré qu'elle était conceptuellement fractionnable en plusieurs entités. Et ayant montré cela, ils ont en quelque sorte « liquidé » le concept de souveraineté, et rendu par là un grand service à une conception anti-conceptualiste du droit. Je ne me mêle pas à ce débat, qui a sa légitimité propre. Je voudrais plutôt clarifier le contexte formel dans lequel il se déroule.

33. Raymond CARRÉ DE MALBERG, *CTGE*, t. I, p. 84-85.

34. PLATON, *République*, in : *Ceuvres complètes*, t. I, trad. Léon ROBIN, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1950, X, 611 d, p. 1228.

III. LES RÉPONSES DE LA PENSÉE PRATIQUE : LES MODES DE PRÉSENTATION DOGMATIQUES DE LA SOUVERAINETÉ

L'intuition première : la souveraineté est « quelque part »

Il est significatif que l'histoire de la formation de l'État moderne ait correspondu avec un immense effort pour localiser la souveraineté. Par « localiser » je veux dire : lui attribuer une place dans la sphère des représentations humaines. Il ne s'agit pas ici de prendre parti sur ce qu'est la réalité, voire la réalité juridique. Il s'agit de relever que, dans le langage même employé par les juristes, on détecte les traces d'un effort de mise en situation, de « placement » si je puis dire, ou si l'on veut de positionnement, dans la réalité sensible. Il ne s'agit bien sûr que d'opérations langagières, dans certains cas de métaphores, mais le langage en question est tourné vers le monde sensible. Les premiers théoriciens de la souveraineté évoluaient dans un univers de pensée où les choses sensibles comptaient. La Renaissance n'est nullement un moment où s'impose purement et simplement la rationalité scientifique moderne, comme si celle-ci avait pu sortir tout armée du cerveau de tel ou tel génie. Le monde du XVI^e siècle est loin d'être désenchanté, même si surgit alors la conscience d'un changement des temps. Mais il demeure que lorsqu'on se penche sur les archives du monde médiéval, comme il est indispensable de le faire pour tout acteur de cette période de sortie du féodalisme, on y trouve un « mélange de droit et de légende, de fait et de fiction, de lois, d'interprétations et de mésinterprétations »³⁵. Cette orientation en direction du sensible, ainsi que cette impureté constitutive, sont restées des dimensions fondamentales de la pensée moderne de la souveraineté.

Ainsi, ne doit-on pas remarquer que, pour un nombre important d'auteurs aux préoccupations très différentes, le souverain doit être *quelque part*. Il s'agit là de la formulation d'une sorte d'impératif, d'une exigence centrale au sujet de l'ordre politique et de la souveraineté. Si cet impératif n'est pas satisfait, le dispositif d'ensemble de l'État s'effondrera. Or ce qui est dit là n'est pas seulement : il faut un souverain. C'est, plus exactement : un souverain doit être localisé quelque part. Locke écrit ainsi que « in omni republica debet esse aliqua suprema potestas sine qua republica esse non potest »³⁶. Au XVIII^e siècle, le juriste anglais William Blackstone écrira que « dans tout gouvernement, il doit y avoir une

35. James Clarke HOLT, « The ancient constitution in medieval England », in : Ellis SANDOZ (dir.), *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2008, p. 34.

36. John LOCKE, *Two Tracts on Government* (opuscule latin), Cambridge, Cambridge University Press, 1967, p. 201.

autorité souveraine absolue logée quelque part dans la constitution ». Enfin, on peut mobiliser non plus des auteurs de théorie politique ou de doctrine juridique, mais des textes de droit positif. N'est-ce pas également ce dont nous parle l'article 3 de la Déclaration de 1789 lorsqu'il énonce que « le principe de toute souveraineté *réside* essentiellement dans la nation ». Il faut donc que le principe de la souveraineté *élise résidence* en un certain point, dans le chef d'une certaine personne. Voici ce qu'on pourrait tirer de toutes ces citations : penser la souveraineté comme objet de droit semble supposer de lui trouver une place dans le monde, en ne partant pas de l'idée que ce monde est irrémédiablement divisé par une séparation infranchissable entre être et devoir être. Les métaphores spatiales, la tendance de la pensée à se spatialiser ou à prendre la forme d'une topologie, ne sont pas dépourvues de sens. Certainement, ces métaphores spatiales ont eu tendance à devenir moins importantes au cours du temps. On s'est éloigné d'une vision de la constitution en termes mécanistes, la décrivant comme un ensemble d'objets célestes dépendant les uns des autres (une « disposition des choses » aurait dit Montesquieu). La souveraineté est devenue plus abstraite, et de telles figures de langage sont devenues plus rares. Mais les textes constitutionnels, en particulier, en ont gardé la trace et cette trace demeure, puisque ces textes font toujours partie de notre droit positif. Et il semble bien qu'une telle vision des choses a gardé sa place dans nos représentations juridiques et constitutionnelles. On sait comment cette manière de voir trouvera une expression théorique dans les idées de John Austin. La littérature juridique et politique n'est pas en reste. On pense naturellement à l'exigence formulée par Austin quant à la nécessité d'identifier un « souverain déterminé ». Dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg écrit pour sa part que « dans tout État, on doit être préparé à trouver un organe prépondérant »³⁷. Les citations diverses allant dans le même sens pourraient être multipliées. « Trouver » le souverain, ou « l'identifier » dans la réalité juridique et constitutionnelle, est une tâche qui n'a pas disparu pour nous.

Ce qu'ont dit les théoriciens de la souveraineté, notamment quand celle-ci ne s'était pas encore imposée dans le paysage de la sortie du féodalisme, c'est en substance ceci : les apparences du droit sont trompeuses. Elles nous montrent une grande variété de pouvoirs faiblement coordonnés et mal hiérarchisés. Or, à y regarder de plus près, on discerne à la surface même des choses que le pouvoir est en réalité unitaire. Pour Bodin et ses contemporains, la tâche a consisté à explorer patiemment le paysage chaotique du droit de leur temps pour y « trouver » la souveraineté. Plusieurs siècles plus tard, le problème pour les théoriciens de la souveraineté sera de répondre à ceux qui veulent montrer que la souveraineté est

37. Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. II, p. 61.

une hypothèse inutile du droit public, qu'il est plus conforme aux faits de ne pas l'employer. Telle est la position de Duguit : « le concept de souveraineté est un concept sans valeur et sans réalité »³⁸. Et la réponse de Carré de Malberg est bien au contraire que « cette théorie [de Duguit] ne laisse subsister qu'une apparence, et une ombre de gouvernement ». Tout au long de l'histoire du concept de souveraineté, il y a un enjeu décisif qui est celui de montrer le pouvoir dans sa vérité. Cette question regarde de près la présente enquête, car ce dont il s'agit concerne la présentation même de la souveraineté. C'est une question d'herméneutique de l'identification : où est le pouvoir ? À quels signes le reconnaît-on ? Est-il unique ou est-il fragmenté ? Cette question nous hante encore. Il suffit à ce sujet de renvoyer en passant aux controverses liées aux travaux de Michel Foucault sur les « micro-pouvoirs », les pouvoirs sociaux cachés dont la généalogie est pensée comme constituant une tâche plus importante, politiquement plus décisive, que celle du « grand » pouvoir des États et de la souveraineté. La question spécifique qui nous occupe ici se trouve, non pas au niveau de la théorie politique, mais à celui des formes juridiques. La souveraineté telle que la pensent les juristes n'est pas n'importe quel pouvoir. C'est un pouvoir de droit. Nombre de catégories du droit public peuvent, on le verra, être décrites comme des solutions formelles à ce problème de la manifestation juridique du pouvoir en sa vérité.

Une recension des figures de langage pertinentes

Dans un premier temps, je voudrais seulement faire une liste provisoire des figures de langage qui me semblent porteuses de cette idée que la souveraineté se traite comme une apparition. Je m'en tiens provisoirement à cette recension de quelques modes de présentation, avant de passer à quelques essais d'explication. Citons par exemple :

- les emplois juridiques de la notion de *reconnaissance* en relation avec la notion de souveraineté.
- la doctrine des *marques* de la souveraineté. Certes, cette manière de faire semble caractéristique des juristes d'Ancien Régime. Mais ce n'est pas exactement vrai. On doit ainsi relever la persistance impressionnante du vocabulaire des « marques » bien au-delà des juristes d'Ancien Régime. Austin parle encore des « marques

38. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, cité par Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. I, p. 201.

et caractères qui distinguent les lois positives »³⁹. Carré de Malberg, en France, emploie aussi le terme près d'un siècle plus tard⁴⁰.

- la doctrine très proche, et étroitement liée à la précédente, des droits de souveraineté (*jura regalia*).

- le fait que ces deux modes de présentation (et beaucoup d'autres, dans d'autres contextes) reposent sur le procédé de l'*énumération*.

- la distinction entre *titre* (ou principe) et *exercice* de la souveraineté.

- les variations linguistiques autour de l'idée que la souveraineté est accompagnée d'*émanations*, etc. Qu'on pense, par exemple, à l'article 3 de la Déclaration de 1789 qui énonce que « Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui [n']émane expressément » de la nation. On peut aussi citer l'article 33 de la Constitution belge de 1831-1994 : « tous les pouvoirs émanent de la nation ». L'idée que la souveraineté s'accompagne d'émanations est également fréquente dans la littérature juridique et politique.

- la problématique de l'*inhérence* en droit public, même si elle dépasse largement le cadre de la souveraineté. Telle ou telle autorité constitutionnelle ou administrative détient des compétences de droit, mais il n'est pas possible de rattacher ces compétences à un texte de droit écrit. Le droit public français se caractérise par des efforts, parfois à la limite du désespéré, pour rattacher tout pouvoir de droit à un texte. Cela donne l'arrêt Heyriès⁴¹, ou, pour prendre un exemple récent, le fait pour le juge constitutionnel d'avoir dû dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour trouver une base constitutionnelle au droit alsacien-mosellan⁴². Mais, par delà tous ces efforts, le droit public français admet, de manière au moins interstitielle, de reconnaître certains pouvoirs inhérents à des autorités constitutionnelles ou administratives. Ainsi en est-il, pour ne prendre qu'un exemple célèbre, du pouvoir d'organisation du service reconnu aux chefs de service⁴³. Le droit public britannique en connaît un exemple important avec

39. John AUSTIN (ed. Wilfrid E. RUMBLE), *The province of jurisprudence determined*, New York, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 165 (lecture VI).

40. Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. I, p. 159.

41. Conseil d'État, 28 juin 1918, S. 1922, III, p. 49. Le C.E. avait rattaché le pouvoir du Président de la République de suspendre l'application d'un article de loi prévoyant une garantie par décret à la « charge » d'exécuter des lois que lui attribuait l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

42. C.C., décision 2011-165 QPC, société Somodia.

43. On ne peut que citer la célèbre jurisprudence Jamart de 1936 : « même dans le cas où les ministres

la doctrine de la prérogative de la Couronne. Enfin, de tels pouvoirs inhérents sont parfois reconnus au Président des États-Unis. À chaque fois, ce n'est pas seulement l'étendue de ces pouvoirs qui fait débat, mais l'existence même de la catégorie de l'inhérence, qui remet en cause l'attachement au caractère écrit du droit constitutionnel et des pouvoirs que confère la constitution.

IV. LA SOUVERAINETÉ COMME REGISTRE : DES MODES DE PRÉSENTATION AUX SCHÉMAS DE PENSÉE SOUS-JACENTS

Une technique commune aux juristes qui raisonnent en termes de souveraineté

La souveraineté doit être quelque part : autant dire qu'elle doit être *là*. C'est ce que diront tous les penseurs de la souveraineté qui réclameront qu'un souverain soit « logé quelque part dans la constitution ». Ces manières de présenter la question reposent sur un raisonnement dont le squelette est toujours le même : il y a en quelque sorte une surface, quelque chose ayant une extension – l'État, la constitution, le « système de gouvernement », le droit lui-même. En le considérant seulement comme une surface, dans sa dimension extensive en quelque sorte, on manque quelque chose de décisif, qui est la raison pour laquelle ses différentes composantes peuvent être dites par un même mot : par exemple, « État » plutôt qu'ensemble de pouvoirs, d'autorités, etc. Le moyen de résoudre le problème est d'identifier au sein de cet ensemble un barycentre, un point depuis lequel est effectuée l'unité.

Une implication du type d'analyse suggéré dans ces pages, c'est que la plupart des juristes, depuis le légiste d'Ancien Régime jusqu'au rédacteur d'une constitution contemporaine, depuis Carré de Malberg jusqu'au membre du Conseil constitutionnel, fait quelque chose de très comparable. Chacun effectue des « manœuvres d'approche » en direction de la souveraineté. Il répond à la question : « que puis-je connaître » au sujet de ladite souveraineté ? Or, ce qu'il peut en savoir, c'est ce qu'il en a fait. Il l'a insérée dans un couple d'opposition tel que celui associant « marque » et « essence », ou bien « titre » et « exercice ». Il est passé du repérage des marques à la déduction de l'essence. Ou bien, en sens inverse, il questionne différentes manifestations du pouvoir en vue de savoir si elles peuvent être rattachées à un titre de souveraineté, dont seule la présence

ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité », CE, 7 février 1936, rec. 172.

permettrait de dire qu'on se trouve là devant des exercices de ladite souveraineté⁴⁴. Ou encore, en renversant le chemin parcouru, il ira de l'exercice de la souveraineté à son essence⁴⁵.

Dans le rapport à la souveraineté, une constante se présente :

- l'État (ou plus exactement, en général, les autorités exécutives de cet État) qui reconnaît la souveraineté d'un autre État ...
- le juriste qui identifie des « marques » de souveraineté...
- le philosophe jusnaturaliste (Hobbes, par exemple) qui dresse une liste des « droits » de souveraineté...
- le juge contemporain qui identifie des « conditions essentielles de souveraineté » ou bien, car cela me semble assez proche, des « prérogatives de puissance publique »...
- le détenteur du pouvoir constituant, ou (plus pragmatiquement) le rédacteur d'une disposition constitutionnelle relative à la souveraineté, telle que l'article 3 de la Constitution de 1958...

...se livrent fondamentalement à la même opération. D'un point de vue pragmatique, ce qu'ils font est très comparable. Le juriste opère toujours à la surface des choses. C'est au sujet de cette surface des choses que je demande à l'observateur de « suspendre son jugement » – donc d'être effectivement un observateur et non un scientifique d'ores et déjà armé de sa méthode de travail et s'estimant capable d'appliquer à la réalité les catégories qu'il a préalablement élaborées – et de ne pas se demander si les indices en question sont « de droit » ou « de fait ». La raison en est que ce qui nous semble relever du droit (une marque de souveraineté telle que la puissance législative) ou du fait (l'autorité effective d'un gouvernement sur un certain territoire) est traité à ce stade de la même manière. L'interprète n'est pas conduit à repérer du droit du fait qu'il identifie une norme habilitée par une norme supérieure. Ce qui le conduit à repérer un indice, un marqueur de souveraineté est d'une autre nature.

44. Citons par exemple Bodin : « [les écrivains politiques du passé] pensaient que l'autorité souveraine était définie par la création des magistrats et par le pouvoir de châtier et de récompenser, mais comme ces peines et ces faveurs relèvent ordinairement de la décision et de l'autorité des magistrats, *on en déduirait que ceux-ci participent, de compagnie avec le prince, à l'exercice de la souveraineté, ce qui est absurde* ». Jean BODIN, *Ceuvres Philosophiques*, texte établi, traduit, et publié par Pierre MESNARD, Paris, PUF, 1951, t. V, 3, p. 358. De nos jours, l'opposition entre titre et exercice de la souveraineté est particulièrement présente en droit international public.

45. On trouve cette liaison entre l'exercice de la souveraineté et son « essence » dans l'article 3 de la Déclaration de 1789 : « Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

À la surface des choses, le juriste repère certains indices. Ce qui est ainsi repéré ne l'est pas en tant qu'il serait « du droit » ou « du fait ». La doctrine ancienne des marques le montre bien : parmi ces marques, on trouve tout aussi bien des prérogatives que nous rattachons aisément au droit (faire la loi) que des signes sensibles que nous inclinerions à rattacher au fait. Par exemple, voici ce que dit le juriste français d'Ancien Régime La Roche Flavin sur la notion de « main de justice » : « il est commun à tous les rois de porter le sceptre, mais seuls les rois de France portent conjointement la main de justice pour une des marques de leur royauté : pour ce que la justice est née avec la France »⁴⁶. Dans le droit moderne, on est certes bien loin de ces expressions si incarnées, de ces manifestations si matérielles de la puissance. Mais le même langage sera aisément transposé au droit étatique rationalisé qui est devenu notre matériau de travail le plus courant.

Le sens du raisonnement en termes de souveraineté

On doit d'ores et déjà remarquer que ces cadres de pensée fonctionnent souvent sous forme de couples conceptuels. Par exemple, la marque renvoie à une essence ou à un principe de la souveraineté. Ou bien, on arrange d'autres indices selon l'opposition entre titre et exercice de la souveraineté. Ces concepts fonctionnent très souvent en couple, soit visiblement, soit parce que l'un (qui est dit) implique l'autre (qui reste implicite). Une illustration de cette présence par implication se trouve dans l'usage du terme « émanation ». Cardin le Bret dit ainsi que « la souveraineté est à la royauté ce que la lumière est au soleil, et sa compagne inséparable ». Mais il dira aussi, beaucoup plus explicitement que : « les pairs de France sont les rayons de la monarchie, les vives images des princes et les miroirs éclatants de la royauté [...] cet avantage les associe avec le roy en la plus haute fonction de sa charge, qui est l'exercice de la justice »⁴⁷.

À travers ces couples, la souveraineté se présente comme un *registre*. Elle est le cadre au moyen duquel on peut mettre en ordre une série de modes de présentation. Il est alors possible de dire certaines choses qu'il ne serait pas possible d'exprimer autrement.

Quelle est en effet la signification de ce vocabulaire ? Ne réside-t-elle pas dans le fait que ces indices ramassés à la surface des choses sont replacés dans des cadres de pensée dont l'objet est de montrer qu'ils sont indices *de quelque chose* ? Ils sont

46. Cité par Philippe PICHOT-BRAVARD, *Conserver l'ordre constitutionnel (XVI^e-XIX^e siècles) : les discours, les organes et les procédés juridiques*, préf. François SAINT-BONNET, Paris, LGDJ, 2011, p. 45.

47. Cité par *Ibid.*, p. 230.

le signe d'une présence : celle du souverain, ou de la souveraineté. On a dit plus tôt que le droit moderne s'était détourné pour des raisons profondes de toute théorie des signes. Mais il n'est pas certain que le langage juridique effectivement employé ait été pleinement en mesure d'opérer cette révocation du signe. Avec le registre de la souveraineté, on peut mettre en ordre les signes prélevés ici ou là en vue de mettre en évidence ce qui fait signe vers l'unité. On peut aussi montrer ce qui fait signe vers la fixité, l'intangibilité. On comprend dès lors pourquoi ces figures de langage se révèlent précieuses pour parler de la souveraineté.

La question ici n'est pas qu'il y ait effectivement fixité ou intangibilité. Ainsi, le juge constitutionnel peut accorder ou refuser avec une certaine marge de liberté le caractère souverain à un mode d'expression de la légalité constitutionnelle (par exemple les lois de révision de la constitution) ou bien à un organe constitutionnel (reconnaître ou non à un État-membre d'une fédération une immunité souveraine). Qu'il le fasse ou non n'est pas ici ce qui compte. Ce qui importe est que, s'il va dans le sens de l'attribution de la souveraineté, il emploiera le mode de présentation approprié et se référera à l'intangibilité et à la fixité de la souveraineté qu'il reconnaît. On peut faire œuvre de soupçon, refuser d'être naïf, et dire qu'il crée ce qu'il prétend reconnaître. Mais telle n'est pas ici la question. Pour comprendre ce dont il s'agit, il faut accepter de se situer « par delà » le reconnaissant et le constitutif.

Les modes de présentation de la souveraineté ont pour caractère commun de projeter dans la réalité sensible des images spatialisées qui renvoient toujours à ces caractères d'unité ou de fixité. La manière dont un raisonnement en termes de souveraineté construit la réalité s'opère en général sur deux plans : cette dualité des plans est un aspect très récurrent du langage de la souveraineté. On mettra en rapport la surface avec la profondeur ; ou ce qui revient au même l'extérieur avec un intérieur. Carré de Malberg dit ainsi significativement : « Jellinek a poussé plus loin que Laband la détermination des marques extérieures qui révèlent la puissance étatique »⁴⁸. Lorsqu'on comprend l'identité de l'État comme souveraineté (l'État n'est que s'il y a un souverain en lui ; puis : l'État n'est que s'il est lui-même souverain), on tend à tout voir selon un schéma rapprochant une essence plus ou moins cachée et des manifestations plus ou moins apparentes. La souveraineté est l'*animus* universel de l'État, ou du moins la forme que prend cet *animus*, cette volonté incessante, capable de se porter sur tous les objets. Les pouvoirs sont le *corpus*, l'infinie diversité des expressions de la volonté souveraine manquant en

48. Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. I, p. 159.

elles-mêmes de substance. En étant reliés à la souveraineté, ils en deviennent par exemple des « conditions essentielles »⁴⁹.

Il peut aussi s'agir de mettre en rapport le divers / changeant avec ce qui demeure « identique et constant ». J'extrais ces deux mots, non pas d'une controverse entre deux philosophes présocratiques, mais d'une conversation entre Hauriou et Carré de Malberg. Hauriou avait suggéré que les lois étaient toujours des ordres « provisoires »⁵⁰ car, dit Carré de Malberg interprétant les idées de Hauriou, « [elles] ne constitue[nt] qu'un acheminement vers un droit définitif à obtenir par des révisions successives »⁵¹. Mais la réponse de Carré de Malberg est sans appel : « Les "états de droit provisoires", dont parle M. Hauriou, ont beau se transformer ; parmi leurs changements successifs, il y a une chose qui demeure identique et constante, c'est la puissance dominatrice actuelle de l'État »⁵².

On va trouver une telle mise en rapport de deux plans dans des modes de présentation très bien connus dans l'histoire de la souveraineté. Il en est ainsi de la doctrine des marques, par exemple. D'une part, les marques sont les signes superficiels d'une intériorité. Ils renvoient à l'existence d'un souverain. Bodin dit ainsi : « la puissance de la loy *gist* en celuy qui a la souveraineté, et qui donne la force à la loy par ces mots : AVONS DIT ET ORDONNE [...] »⁵³. On pourrait jouer sur l'idée que ce souverain est à la fois pleinement visible, puisqu'on le voit à des marques, mais aussi un peu caché tout de même, parce que l'effort de synthèse, le passage des marques à ce dont elles sont les marques, a supposé un effort d'identification. C'est exactement en cela que consiste la reconnaissance. Elle n'est donc à proprement parler ni constitutive ni déclarative. Elle doit être l'une pour être l'autre. Il est très remarquable que, dans ces mises en relation, les deux composantes sont préservées : on ne nie pas l'existence ou la valeur de ce qui est en surface au seul profit de ce qui est en profondeur, ou de ce qui change au profit de ce qui est immuable. Par exemple, il ne faut pas sous-estimer le rôle de la marque : elle ne disparaît pas une fois joué son rôle de signalement. Elle est la liaison entre

49. On doit relever le fait tout aussi remarquable que constitue la diffusion, dans de nombreuses branches du droit, de l'idée de « conditions essentielles ». Le juriste français de droit public la connaît bien dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais pour prendre un exemple en droit international, elle est aussi utilisée s'agissant de la reconnaissance d'État. On se pose alors la question des « conditions essentielles de la reconnaissance ».

50. Maurice HAURIOU, « Les idées de M. Duguit », in : *Recueil de législation*, Toulouse, E. Privat, 1911, p. 25.

51. Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. I, note 8, p. 209.

52. *Ibid.*

53. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, 1986, Livre premier, p. 305.

l'intériorité de la souveraineté et le monde de l'action humaine, y compris l'action qui consiste en des actes au sens juridique du terme. La Roche Flavin fait ainsi cette remarque profonde : « la loy est l'outil de la souveraineté »⁵⁴. Le rapport de la marque à ce dont elle est marquée est d'une grande intensité. La marque n'est pas seulement un indice que l'on pourra ensuite oublier, pour ne plus voir que ce qu'elle nous a désigné. T. Berns remarque que « se démarquer, disposer de quelque chose de propre, est dans le cas de la souveraineté une véritable exigence plutôt qu'une simple possibilité de définition »⁵⁵.

Peut-être ces observations sur ce que l'on fait lorsqu'on raisonne en termes de souveraineté portent-elles en elles une information relative au concept de souveraineté lui-même. Il ne peut pas être dit de n'importe quelle manière. Il est en quelque sorte contraint par les modes de présentation employés à son sujet et qu'on vient de tenter de recenser et d'analyser. Il y a dans tout cela quelque chose qui n'est pas accidentel, et qui réside dans le rapport entre une surface qui fait signe (et peut être dite) et un fond, vers lequel il est fait signe et sur lequel tout ne peut pas être dit, du moins en même temps. C'est une structure primordiale lorsqu'il est question de souveraineté, et en même temps, c'est une sorte de labyrinthe dans lequel nous sommes tous enfermés. Nous pouvons nous déplacer en son sein, mais nous ne pouvons guère en sortir, c'est-à-dire penser autrement. Quand nous parlons de la souveraineté, même pour nos fins les plus instrumentales, même « de mauvaise foi », nous n'avons pas toute liberté. Cette structure primordiale pourrait être énoncée de la manière suivante. Dans l'histoire de la souveraineté, il y a une nette propension à identifier la souveraineté en la définissant. Pour le dire autrement : c'est comme si le concept de souveraineté s'épuisait dans chacun de ses prédicats, qu'il s'identifiait totalement à lui. Il en est ainsi, tout particulièrement, de l'indivisibilité. Cette insistance conduit presque à conclure que la souveraineté, c'est l'indivisibilité du pouvoir. On pourrait dire de même que la souveraineté, c'est l'inaliénabilité du pouvoir. Telle est l'interprétation qu'on pourrait offrir de la proposition de Bodin au sujet de la souveraineté : *identifier ses manifestations est exactement la même chose que de procéder à la déduction des conditions logiques de son existence*. D'où la nette inclination rationaliste de la théorie de la souveraineté. Explorer les implications du concept et explorer la « réalité juridique » sont des activités difficiles à dissocier. Telle est la logique des marques. Telle est également, à notre époque, la logique des « conditions essentielles ». C'est aussi pour cette même raison que la théorie de la souveraineté

54. Cité par Frédéric MARTIN, *Justice et législation sous le règne de Louis XI : la norme juridique royale à la veille des temps modernes*, Thèse Paris II, 2008, p. 187.

55. Thomas BERNS, « Bodin : la souveraineté saisie par ses marques », *Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance*, Droz, 62, n°3, 2000, p. 611-623.

ressemble de si près à de la métaphysique : l'exploration de la réalité juridique dans sa diversité, son absence d'ordre apparent, conduit (pour qui sait s'y repérer) à identifier des caractères qui ne peuvent pas être présents dans l'expérience. Bodin compulse les archives des anciennes monarchies d'Europe (ou d'ailleurs : les rois tartares, etc.) et il en parvient à la déduction que la souveraineté est *absolue*, qu'elle est *perpétuelle, inaliénable, ...*

Dans les termes de la philosophie idéaliste kantienne, on pourrait dire que, s'agissant de la connaissance juridique, l'analytique (l'exploration conceptuelle) et le synthétique (la liaison des données recueillies dans l'expérience) se rejoignent. Pour connaître le droit, on se doit de faire appel à l'expérience. Le droit s'apprend. Il suppose une longue pratique. On peut « ne pas en savoir assez » à son sujet, ou au contraire être un expert. Dans le même temps, le connaître ainsi ne s'apparente pas exactement à une connaissance purement analytique du type de celle des mathématiques. Celui qui se bornerait à saisir le droit analytiquement, purement *a priori*, fabriquerait un objet de sa pure invention, auquel font défaut les ancrages dans la réalité juridique, les formes reçues propres au droit et qui permettent de l'identifier. C'est à cela que peut ressembler le « droit des philosophes » quand il est élaboré totalement *a priori*. Inversement, celui qui sera seulement un collectionneur, glanant des morceaux épars à la surface du droit, se laissera tromper par les apparences et ne saisira pas la cohérence conceptuelle du droit. Rien ne garantit que cette cohérence conceptuelle existe, mais elle est ardemment recherchée. Un fort présumé rationaliste préside à l'entreprise que constitue la science juridique. Celle-ci semble dire en permanence : « certes, le droit qui est produit dans notre société, à notre époque, semble chaotique, dominé par le désordre, mais nous allons vous montrer qu'il n'en est rien. Il existe un ordre sous-jacent, dont voici les caractères... ».

On comprend dès lors pourquoi la « marque de souveraineté » ou toute autre forme de repérage par l'extérieur, se suffit souvent à elle-même. Comme le dit de manière très intéressante T. Berns : « l'essence de la souveraineté, son propre essentiel, sa marque qui n'a même pas besoin d'être évoquée, est bel et bien d'avoir des marques »⁵⁶. Il en va exactement de même de la « condition essentielle d'exercice de la souveraineté ». La formule est fortement contradictoire : on est dans l'exercice et non dans le principe, l'essence. Mais dans le même temps, il y a des compétences étatiques, repérables, comme le fait le Conseil constitutionnel, en naviguant par exemple dans les traités qu'il contrôle au titre de l'article 54 de la Constitution de 1958, qui font impérativement signe vers l'intérieur, à savoir la souveraineté de l'État lui-même.

56. *Ibid.*

Ce en quoi consiste cette souveraineté du point de vue de l'intérieur, le juge ne nous le dira jamais. Il reste à la surface, depuis laquelle « se montrent » à ses yeux les signaux indiquant le chemin vers la souveraineté. Celle-ci reste cachée, du moins en tant que concept. La définir n'est pas l'office du juge français, et la nature de l'exercice auquel il se livre rend cette élucidation hors de propos. Il se contentera d'établir un lien entre la « condition essentielle d'exercice » et l'article 3 de la Constitution, par exemple. Après tout, le garant de la constitutionnalité des lois ou des traités est confronté à une contrainte d'apparition déterminante qui est que la souveraineté qu'il connaît, celle qui s'impose à lui, n'est autre que celle qui est exprimée dans les énoncés constitutionnels. Cela est d'autant plus le cas que le juge français s'enferme dans le schéma visa/motivation, l'une et l'autre ne pouvant se comprendre que comme les deux facettes de l'*imperatoria brevitatis*. Tel est le *point de vue* qui est celui du juge. Il entend rattacher ce qu'il dit à un texte. Il obéit ainsi à un impératif admirablement exprimé par Carré de Malberg : « du *point de vue* spécial de la science du droit, la puissance dominatrice de l'État *apparaît* comme *prenant sa source dans* la constitution de l'État, sans que le juriste ait à *remonter au delà* de la constitution initiale avec laquelle a coïncidé la naissance de la personne étatique »⁵⁷. « *Apparaît comme prenant sa source...* » ; « *remonter au delà* » : on ne peut qu'être tenté d'insister sur ces mots dans le cadre d'une enquête comme la nôtre...

Ce dernier point explique peut-être une autre caractéristique. Il est très frappant de remarquer que les auteurs qui ont fait avancer la théorie de la souveraineté ont souvent eu tendance à passer d'une énumération de diverses marques à l'affirmation qu'il n'y en a qu'une seule. Ainsi Bodin pour la marque de donner la loi : « à parler proprement on peut dire qu'il n'y a que ceste seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en cestui là »⁵⁸.

Des observations comparables pourraient être effectuées au sujet du couple titre/exercice ou d'autres couples très proches (principe/exercice ou essence/exercice). Ces couples d'opposition sont en même temps créateurs d'une sorte de complémentarité. Il y a opposition parce que titre et exercice, par exemple, se différencient dans leur manifestation. Ainsi, Bentham utilise-t-il le concept de « titre » de la souveraineté pour opposer la « notion d'unité de la souveraineté » et les différents « actes de pouvoir » qui sont « exercés »⁵⁹. Mais il y a

57. Raymond CARRÉ DE MARLBERG, *CTGE*, t. I, p. 196 (mes italiques).

58. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Livre premier, 10, p. 309.

59. Jeremy BENTHAM, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, ed. Philip SCHOFIELD, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 88 (note a).

complémentarité, à l'évidence, parce que l'exercice est manifestation du titre, ou du principe sous-jacent.

Il a déjà été remarqué que, dans beaucoup de cas, on emploie un seul des deux termes composant le couple, et c'est seulement implicitement (par implication) que s'opère le renvoi à l'autre terme. Lorsque je parle de l'essence de la souveraineté, je fais nécessairement appel à l'idée qu'il y a des caractères extérieurs depuis lesquels j'ai été reconduit en direction de cette essence. C'est exactement ce que dit la formule des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Il y a quelque chose du titre qui est en jeu dans l'exercice. Au demeurant, si ce n'était pas le cas, ce ne serait pas d'un « exercice » de la souveraineté qu'il s'agirait, mais d'une manifestation quelconque de pouvoir, en quelque sorte *sans qualité*. Le titre (ou le principe) donne à l'exercice cette qualité qui fait que l'acte ponctuel de pouvoir est transcendé, qu'il devient autre chose que lui-même. Là encore, on voit la manière dont toute théorie de la souveraineté implique des structures de renvoi d'un *ici* à un *au-delà*.

Les couples d'opposition tels que marques/essence ou titre/exercice sont des cadres de pensée très fréquents lorsque le droit public est confronté au problème de la souveraineté. Ils peuvent être présents de manière explicite ou par implication. Le fonctionnement de chacun des termes mérite l'attention. Le premier des deux termes a les caractères sensibles de la fixité et/ou de l'intériorité. Le « titre », c'est ce que l'on peut présenter. C'est un acte dans la dimension sensible du terme. Le « principe », pour sa part, ou l'essence, ou la « condition essentielle », c'est l'inverse. La référence au monde sensible est ici donnée négativement : nous voilà mis en présence de ce qui, au sujet de la souveraineté, est désigné par le langage comme non-sensible. Nous avons été conduits du sensible à l'intelligible, *sans que la composante sensible ait pour autant été supprimée ou reniée*. Si l'on était exclusivement dans la sphère de l'intelligible, il serait en effet inutile d'avoir recours à une telle terminologie. Elle ne se justifie que parce que parvenir à cette sphère a supposé un cheminement à partir du sensible. Le titre renvoie à l'idée d'une propriété, ce qui a de nombreuses implications potentielles. Par exemple :

- est opérée une imputation ;
- la souveraineté est présentée comme susceptible d'appartenance : « la souveraineté nationale *appartient* au peuple ».

Au contraire, un terme tel que « exercice » de la souveraineté, renvoie à des idées telles que celles de la mobilité ou de l'extériorité. L'exercice est une action, quelque chose qui suppose un mouvement, une modification de la réalité. Pour l'identifier, il faut une certaine théorie de l'action, même si elle est implicite. Le point commun, c'est le renforcement de la composante sensible, et la mise en retrait, l'obscurcissement, de la composante intelligible du droit. L'exercice de

la souveraineté, je l'ai vu s'accomplir, d'une manière ou d'une autre. Tandis que le titre peut rester caché, voire inusité. S'il y a exercice, quelque chose de plus se donne à voir : plus d'images de la même chose, des images plus diverses, des images plus mobiles. Mais, donc, on concède alors que ce qui est à voir, le pouvoir dans son unité, est d'ores et déjà moins visible. Cela ne signifie pas qu'il soit totalement caché. Il faut faire apparaître la multiplicité extérieurement visible, mais en même temps il faut absolument dire qu'elle est multiplicité *de* quelque chose d'unique. L'exercice de la souveraineté, c'est autre chose que la simple compétence, par exemple, ou autre chose encore que le « pouvoir » au sens de la séparation des pouvoirs.

On peut raisonner de manière identique au sujet du couple marque/essence de la souveraineté. La logique des marques, c'est la logique de l'identification dans le multiple, dans le divers, de ce qui fait l'unité. On passe donc de figures diverses de la souveraineté à l'essence de celle-ci. C'est ce qu'opère le Conseil constitutionnel quand il part à la recherche des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Dans un traité, le juge identifie des compétences qui ne sont pas seulement elles-mêmes, mais qui disent quelque chose de plus. Elles renvoient à cette intériorité, constitutive de l'État lui-même, qui est la souveraineté. Il faut partir à la recherche de ces marques dans les textes. C'est exactement comme cela que procède, par exemple, le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle au titre de l'article 54 de la Constitution. On pourrait aussi rapprocher cette quête de celle opérée par le juge administratif quand il entreprend de discerner les « prérogatives de puissance publique ». On serait alors progressivement dirigé vers l'idée que le droit public est le droit de ce qui est distinct, de ce qui n'est pas le droit commun. L'autonomie du droit public n'a pas été bâtie *ex nihilo*. Plutôt, le juge a identifié dans la réalité préexistante des indices de cette autonomie. C'est la raison pour laquelle elle a d'abord été dite sous forme négative, en énonçant que l'action de l'État dans le cadre du service public *ne peut être régie* par le droit privé⁶⁰.

La reconnaissance

Il ne s'agit bien sûr pas ici de proposer une théorie générale de la reconnaissance en droit, mais seulement de montrer comment la reconnaissance est un des modes de présentation privilégiés de la dogmatique juridique de la souveraineté. Pour le dire en des termes très généraux, mais aussi très récurrents dans le droit public depuis des siècles, la souveraineté est une réalité qui « apparaît » et qui

60. On renvoie bien sûr ici aux termes de l'arrêt Blanco, T.C. 8 Fév. 1873, rec. p. 61.

fait l'objet d'une « reconnaissance ». Repérer des marques, et à partir de ces marques, révéler le souverain (« sous-jacent » en quelque sorte), n'est-ce pas cela la reconnaissance de la souveraineté ? Il s'agit seulement de révéler (au sens photographique du terme) que les marques sont marques de quelque chose. Insérer les indices dans un cadre de pensée du type dont je viens de donner des exemples revient à les montrer, justement, comme les apparitions à la surface d'une réalité qui existe en profondeur.

On trouve très couramment ces termes dans le droit public européen d'Ancien Régime. « Reconnaître » le droit au milieu d'un désordre de sources difficiles à interpréter était une fonction du juriste, en particulier dans la tradition humaniste : « que si vous trouvez quelque obscurité, ou trop grande antiquité en aucunes de ces reigles, la practique d'icelles vous les exclaircira de plus en plus et monstrera qu'elles servent grandement à la recognoissance de nostre droit François », écrit ainsi Antoine Loisel dans ses *Institutes Coutumières*⁶¹. Le langage de la reconnaissance est également très présent en ce qui concerne la souveraineté et sa mise en évidence. Dans la *Methodus*, Bodin affirmait déjà que « La république se reconnaît à l'unité de souveraineté »⁶². Dans ce contexte, la reconnaissance n'est pas seulement une fonction du juriste mais, avant tout peut-être, une opération politique entre (au moins) deux détenteurs d'autorité, ou même plus largement entre plusieurs personnes impliquées dans une relation politique. Ainsi en est-il des « lettres de reconnaissance » par lesquelles un vassal reconnaissait se trouver dans le « ressort et souveraineté » d'un suzerain⁶³. La reconnaissance semble souvent impliquer une relation de hiérarchisation, mais seulement une hiérarchisation relative, non-inclusive, de la sorte qui pouvait exister dans le droit

61. Cité par Quentin EPRON, *La manière française du droit*, p. 155. Q. Epron relève cependant qu'avec Domat et son projet de mettre les lois dans leur « ordre naturel », cette perspective de procéder par voie de « reconnaissance » devient obsolète. Il y a peut-être là un « moment » historique à identifier. Avec le tournant rationaliste dont Domat est un des grands représentants, la science du droit sera peut-être moins encline à voir le monde sous forme de signes épars dont il importe de « reconnaître » la normativité. Le droit et le fait se séparent plus nettement. On parlera de moins en moins du « droit » avec le vocabulaire adapté aux « faits » (par exemple celui de *l'observation*). Quoi qu'il en soit, on ne peut qu'être frappé du fait que le vocabulaire de la souveraineté se fixe, au moins en partie, à la fin de l'âge humaniste. Il se peut bien que si la souveraineté avait été le fruit intellectuel de l'âge de Domat, plutôt que de celui de Loisel et Bodin, elle aurait été dite en d'autres termes. Mais si la science du droit a évolué dans une autre direction, il est assez frappant que le traitement de la souveraineté en soit resté, au moins en partie, sur ce registre de la reconnaissance.

62. *Ibid.*, p. 352.

63. La forme des « lettres de reconnaissance » était d'usage plus général : de telles lettres pouvaient être accordées, par exemple, pour « reconnaître » l'existence d'une dette, ou en tant que « lettres de noblesse ».

politique médiéval. Dans le premier des six livres de la *République*, Bodin rappelle que les ducs de Lorraine « passèrent reconnaissance en forme authentique [...] qu'ils n'entendoient en rien déroger à la foy et hommage, ressort et souveraineté qu'ils devoient à la couronne »⁶⁴. Il dit aussi, à une autre occasion, que « c'est la reconnaissance et obéissance du franc sujet envers son prince souverain qui fait le citoyen : qui est la différence essentielle du bourgeois à l'étranger »⁶⁵. Du fait qu'elle établissait un rapport de hiérarchisation qui n'était pas pour autant un rapport d'inclusion ou d'absorption, la reconnaissance pouvait aussi servir à son auteur pour imposer son existence sous la forme d'un *refus* de reconnaissance. C'est en ces termes que des cités indépendantes, par exemple les cités-républiques italiennes, se déclarèrent « *universitates superiores non recognoscentes* ». Il en va quelque peu de même lorsque les souverains s'affirmaient eux-mêmes en niant toute reconnaissance d'un supérieur terrestre. Significativement, aux yeux de Bodin, le souverain lui-même se reconnaît : « il est absolument souverain, celui qui ne reconnaît rien de supérieur à lui-même après Dieu »⁶⁶.

La reconnaissance est une opération compatible avec un degré élevé d'autonomie de la part de celui qui reconnaît. Plus l'État moderne acquiert ses caractères constitutifs, plus elle devient hors de propos *au sein* de la nouvelle structure étatique, voire contradictoire avec cette nouvelle construction. Le fonctionnaire ne « reconnaît » pas son supérieur hiérarchique ; la collectivité territoriale ne « reconnaît » pas l'État central, etc. Il est peut-être plus délicat de dire que le citoyen ne « reconnaît » pas la supériorité de l'État sur lui, car la reconnaissance possède une fonction de légitimation qui n'a peut-être pas disparu dans les États représentatifs modernes⁶⁷.

Par ailleurs, il est bien connu que le concept de reconnaissance possède une force explicative importante s'agissant de désigner le processus par lequel, aux yeux de certains, une règle se voit attribuer sa validité juridique. Ce n'est pas un hasard si la théorie de la « règle de reconnaissance » a vu le jour au Royaume-Uni, sous la plume de H.L.A. Hart. En effet, tout le dispositif de la souveraineté du « roi en parlement » repose ultimement sur une reconnaissance effectuée par les juridictions britanniques. Mais, comme l'a relevé récemment Carlos Pimentel, la reconnaissance chez Hart n'est que le nom d'un « mode commode

64. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Livre premier, p. 323.

65. *Ibid.*, p. 118-119.

66. *Ibid.*, p. 182.

67. Voir en ce sens : Carlos-Miguel PIMENTEL, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », <http://www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html>.

d'authentification » auquel le juriste d'Oxford n'attache pas d'importance intrinsèque⁶⁸.

Mais il reste que, dans le droit moderne, le terrain le plus favorable pour la reconnaissance est probablement celui du droit international interétatique classique, du fait même que celui-ci met en rapport des entités autonomes, supposées égales, sans organe hiérarchiquement supérieur capable d'imposer une norme ou une décision politique en l'absence du consentement des intéressés. Ainsi construit, le droit international classique exclut toute notion de hiérarchisation, même relative, entre États souverains. Mais il pose plus que jamais, du fait de l'absence d'un supérieur capable de dire à lui seul le droit et de prendre les décisions politiques qui s'imposent, la question de l'existence même des États, des situations juridiquement pertinentes, des normes incluses dans l'ordre juridique interétatique. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que la question de la souveraineté soit notamment prise en charge à travers le concept de reconnaissance et à travers la distinction entre titre et exercice. La reconnaissance connaît des applications dans la plupart des domaines du droit international : « tout, ou presque, peut être reconnu »⁶⁹ – l'État nouveau ; le gouvernement nouveau d'un État déjà reconnu (reconnaissance de gouvernement) ; l'autorité de fait qu'exerce sur un territoire un groupe de personnes (reconnaissance de belligérants ou d'insurgés) ; la légitimité des prétentions d'un groupe à des compétences légales sur un territoire qu'il ne maîtrise pas (reconnaissance de nation, de gouvernement en exil) ; une mutation territoriale ; ou enfin des règles de droit. Que l'on pense par exemple à la notion de « règles du droit international généralement reconnues », utilisée dans l'article 4 de la Constitution de Weimar et qui se retrouvait dans une première version de l'article 25 de la loi fondamentale (*Allgemein anerkannte Regeln*)⁷⁰. C'est encore le cas des « principes qui sont à la base de la Convention [des Nations Unies] [qui] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »⁷¹.

68. *Ibid.*, p. 3.

69. Jean COMBACAU et al., *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1986, p. 223 s.

70. On lui préféra finalement la formule de « règles générales du droit international » (*Allgemeine Regeln*). Cf. Marie-Françoise RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 151-153.

71. Avis de la C.I.J. du 28 mai 1951, rec. 1951, p. 23. (v. aussi les principes reconnus dans l'affaire *Barcelona Traction*). Cf. le commentaire d'Anschutz : « Ein Satz des Völkerrechts, der einer ausdrücklicher Vorschrift des deutschen rechts widerspricht, selbstverständlich kein allgemein anerkannter ist (...) ». *Ibid.*, n. 34, p. 154.

En raison même de cette centralité, on peut tenter d'esquisser en quoi consiste cet acte de reconnaissance. C'est donc ici que l'on passe des figures de langage au schème conceptuel dont elles sont porteuses. La formule générale pourrait ressembler à ceci : *ce qu'on reconnaît, c'est ce qui apparaît avec le caractère d'autorité, et qui de ce fait se trouve individualisé*. On peut brièvement développer cette définition sous quatre rubriques.

a/ La reconnaissance *suppose une apparition*. Le langage de la sensation est ici mobilisable dans toutes ses ressources. Par exemple, la référence à la vue, à ce qui est de l'ordre du visuel, est ici très importante. La souveraineté se voit, et elle fait voir. Inversement, Bodin dit dans la *République* que l'absence de souveraineté, l'anarchie signifie l'extinction du pouvoir : « l'état [est] estaint [...] quand il n'y a ni souveraineté, ni Magistrat, ni commissaire qui ait puissance de commander »⁷².

b/ La reconnaissance implique *que ce qui apparaît est doté d'autorité*. Mais pour comprendre ce qui se passe alors, il faut se situer par delà la question de savoir si cette autorité préexiste à la reconnaissance ou en résulte. En un mot : si la reconnaissance est déclarative ou constitutive. Se demander cela, c'est commencer à *ne pas comprendre* le processus de reconnaissance. Dans le contexte du droit, ce que l'on reconnaît, c'est l'autorité de l'autre, c'est-à-dire le pouvoir qui est de droit. La reconnaissance fonctionne comme une attribution d'autorité, mais qui ne prend pas la forme d'une création. Raisonner en termes d'apparition permet de surmonter cette difficulté, là où l'opposition entre le déclaratif et le constitutif nous enferme à l'intérieur de ladite difficulté. Par ailleurs, celui qui reconnaît (et qui donc est *reconnaisant*, y compris au sens moral et affectif du terme) se voit lui-même investi d'autorité. La relation est circulaire : je te reconnais comme ayant autorité, donc cela me donne à moi-même autorité. Il est vain de chercher si j'avais cette autorité avant de te reconnaître, ou si cette autorité m'est venue en raison de la reconnaissance. La question est dépourvue de sens. La reconnaissance est en ce sens intimement liée à la souveraineté en cela qu'avec cette dernière « la société politique est fondée sur une relation structurellement inégalitaire de pouvoir et non, comme chez Aristote, sur un rapport toujours réversible entre *archein* et *archestai* »⁷³.

c/ La reconnaissance a *valeur d'attestation*. C'est un des sens qu'a gardé le mot « reconnaître » dans notre langue moderne : ce que l'on reconnaît est ainsi

72. Jean BODIN, *Les six livres de la République*, Livre IV, 1, p. 13.

73. Jean-François KERVÉGAN, *L'effectif et le rationnel, Hegel et l'esprit objectif*, Paris, Vrin, Bibliothèque de l'Histoire de la Philosophie, 2008, p. 142.

accepté parmi les choses réelles, celles qui ne font plus débat. La reconnaissance vaut enregistrement ; elle a valeur de preuve. On le voit très clairement dans le droit médiéval. Les « Constitutions » de Clarendon de 1164, par lesquelles Henri II Plantagenêt tenta de limiter les immunités du clergé et la compétence des juridictions ecclésiastiques, se voulaient être une « *recordatio* » en même temps qu'une « *recognitio* ». Il s'agit là d'une formule courante dans les textes juridiques médiévaux.

d/ La reconnaissance est *source d'individuation*. Cela est aussi vrai de la reconnaissance de règles que de la reconnaissance d'organes politiques. En réalité, la reconnaissance porte souvent sur les deux à la fois : on reconnaît en même temps un organe politique et sa capacité à produire des règles de droit. Mais dans tous les cas, en reconnaissant autrui, j'affirme son identité tout en montrant qu'il lui manquait auparavant quelque chose que ma reconnaissance lui apporte. En d'autres termes, cette individuation se fait dans un contexte intersubjectif, et elle s'effectue au bénéfice des deux parties prenantes (celui qui reconnaît et celui qui est reconnu). Du fait qu'elle contribue à individualiser son destinataire (mais aussi, donc, celui qui l'effectue), la reconnaissance joue un rôle dans les processus d'institutionnalisation.

V. « DÉCLARER » LES DROITS DE L'HOMME

Jusqu'à maintenant, cet article s'est efforcé d'identifier certaines structures constitutives de la réalité juridique, en particulier s'agissant de la question de la souveraineté. Ces structures contraignent ceux qui entendent raisonner en termes de souveraineté, voire simplement « en parler » (comme dans le cas du rédacteur d'une constitution). Très souvent, effectuer les opérations typiques du travail juridique impose de traiter le droit avec des outils de langage appropriés s'agissant d'une réalité factuelle. Cela est peut-être perturbant pour nous, mais c'est ainsi. Si cela nous perturbe, c'est surtout en raison de la distorsion entre la théorie du droit qui est dominante à notre époque, et la pratique observable chez les juristes. On ne peut pas échapper à la tentation de remarquer que des structures extrêmement proches existent au sujet des droits de l'homme. Cette proximité formelle entre souveraineté et droits de l'homme n'est probablement pas un hasard. Histoire de la souveraineté et histoire des droits de l'homme sont des chapitres de l'histoire plus vaste de la constitution juridique du sujet. Si on devait résumer cette histoire, on pourrait dire que le sujet moderne a construit le souverain sous la forme d'un autre lui-même, et qu'en retour le souverain, une fois constitué, a reconnu l'individu comme étant le titulaire de droits comparables aux droits des souverains d'Ancien Régime. Très significativement, les droits de l'homme sont avant tout des facultés d'action individuelles reconnues comme

des limites à la fois au pouvoir des autres et au pouvoir de l'État. Ils sont vécus subjectivement comme des facultés d'action investies d'une légitimité morale élevée, des « libertés irréprochables ». Mais, du point de vue de l'État, en quoi sont-ils « du droit » ? En quoi consiste leur juridicité ? La réponse pourrait être qu'ils sont « le droit » appréhendé dans sa dimension de passivité et de résistance, là où la souveraineté incarne le droit au sens positif, actif, de création et de modification de la réalité. Il resterait à penser de manière approfondie la liaison existant entre les droits de l'homme et la souveraineté étatique. L'hypothèse que je fais ici est seulement que cette liaison est étroite. Du point de vue formel, celui du statut dogmatique des « objets juridiques » que sont la souveraineté et les droits de l'homme, l'analogie est grande. Ils se trouvent du côté de ce qui est mis à l'abri de la volonté. Ils sont déclarés, font l'objet d'une reconnaissance. Mais ils ne peuvent pas être le résultat d'une manifestation de volonté.

Ce n'est pas le sujet de cet article, mais on doit remarquer que la liaison n'est pas moins étroite sur le fond. Pour penser les droits de l'homme, il faut tout de suite poser également la souveraineté d'une puissance étatique comprise comme monopolisation de l'édition du droit positif. Les deux réalités (monopole de l'État sur le droit positif, d'une part ; droits de l'homme, d'autre part) sont comme les deux pôles d'un aimant. Elles ne peuvent exister séparément. N'est-ce pas ce qui est dit, entre autres, dans le préambule de notre constitution, qui unit dans la « proclamation » d'un même « attachement » les « droits de l'homme » et les « principes de la souveraineté nationale » ? L'existence de l'État emporte nécessairement la suppression du pouvoir individuel de gouvernement de soi-même, suppression qui n'est suivie que d'une restauration (ou plutôt d'une conversion) seulement partielle. L'État représentatif moderne réalise en effet cette idée d'auto-gouvernement au niveau collectif, mais non sans produire un résidu, une certaine mesure de non-gouvernement de soi-même (d'hétéronomie politique) insupportable pour l'individu. C'est pour résumer cet état de fait qu'un auteur tel que Lauterpacht a pu parler du « fondement métajuridique des droits de l'homme » d'où il déduit le caractère purement déclaratoire de tous les actes qui confèrent des droits aux individus. Pour lui, les droits de l'homme sont supérieurs à tous les attributs de la souveraineté de l'État⁷⁴.

Mais revenons-en à la question qui nous préoccupe : celle des modes de présentation du droit. Il s'agit de relier le thème des droits de l'homme avec l'idée que le droit repose parfois sur une logique d'apparition. Ce qui est de nature juridique doit dans certains cas être présenté comme quelque chose qui apparaît. Cette apparition est traitée selon des modes de présentation spécifiques, ce qui a des

74. Hersch LAUTERPACHT, *International law and human rights*, Archon Books, 1968, p. 69.

implications sur le régime juridique des objets concernés. Il en est ainsi des droits de l'homme. Je me bornerai ici à dire quelques mots sur le thème de la déclaration comme mode de présentation, et seulement au sujet des déclarations portant sur des droits de l'homme.

La déclaration comme mode de présentation des droits de l'homme

Les droits de l'homme ne peuvent sans contradiction être traités comme le résultat d'une manifestation de volonté. La théorie politique peut éventuellement les considérer comme des accords, des conventions au sein de la société. Mais cela n'est pas admis au niveau de la dogmatique juridique. Pour elle, les droits de l'homme doivent apparaître de manière telle qu'ils échappent à la volonté d'un créateur. Ils ont besoin en droit d'une autre description qui les traite comme des caractères inhérents aux personnes. On peut dire aussi, comme la Déclaration d'indépendance américaine, qu'ils sont évidents par eux-mêmes (« *selfevident* »). Hannah Arendt a commenté ainsi cette phrase célèbre :

« Les mots fameux de Jefferson [...] combinent d'une manière historiquement unique le fondement du consentement entre ceux qui se sont lancés dans la révolution, un consentement nécessairement relatif, puisque dépendant de ceux qui ont fait ce pas, avec un absolu, à savoir une vérité qui n'est dépendante d'aucun consentement puisque, du fait de son évidence (*because of its self-evidence*), elle exerce une contrainte sans qu'il soit besoin de démonstration ou de persuasion politique. Par le fait d'être *self-evident*, de telles vérités sont pré-rationnelles – elles informent la raison mais ne sont pas ses produits, et du fait que leur nature *self-evident* les place par delà la révélation (*disclosure*) et l'argumentation, elles ne sont en un sens pas moins contraignantes que les vérités religieuses ou mathématiques »⁷⁵.

Dans son projet de loi sur la liberté religieuse dans l'État de Virginie (1779), Jefferson lui-même a parlé de ces « opinions et croyances des hommes [qui] ne dépendent pas de leur volonté, mais sont la suite involontaire des preuves montrées à leurs esprits »⁷⁶.

75. Hannah ARENDT, *On Revolution*, London, Penguin books, 2006, p. 184 (ma traduction).

76. Thomas JEFFERSON, *The Papers of Thomas Jefferson*, Julian PARKS BOYD (ed.), Princeton, Princeton University Press, 1950, Vol. 2 : 1777-18 June 1779, including the *Revisal of the laws*, 1776-1786, p. 545.

Le statut modal des énoncés déclaratifs : le cas des déclarations révolutionnaires

Un thème récurrent dans ces pages a été que l'opposition entre « droit » et « fait » est trop rigide, ou disons souvent mal utilisée. Cette opposition est inséparable du rôle attribué à la volonté, ainsi que de la question de la vérité. Selon une position répandue, le droit est ce qui provient de la volonté et, en tant que tel, il ne peut être ni vrai ni faux, mais seulement valide ou invalide. Cela conduit à identifier deux sphères bien claires : celle du descriptif et celle du prescriptif (ou du normatif). On dira ainsi, par exemple, qu'il existe deux définitions de la constitution : l'une normative, l'autre descriptive. Il me semble que de telles oppositions sont réductrices et obscurcissent la signification des textes constitutionnels. À titre d'illustration, je voudrais m'appuyer sur une opposition proposée par M. Troper entre deux statuts « modaux » des attributions de souveraineté en droit public français. M. Troper considère qu'il existe une nette différence entre l'article 3 de la Déclaration de 1789 et l'article 3 de la Constitution de 1946, de même, je suppose, que celui de 1958.

« Le statut modal des énoncés relatifs à la souveraineté est profondément différent à l'époque de la Révolution et en 1946. En 1789-1791, ils sont compris comme ayant une signification descriptive, et donc d'être vrais ou faux »⁷⁷. Ces énoncés, de même que ceux relatifs à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ne sont pas perçus comme porteurs par eux-mêmes de conséquences juridiques. Aucun compromis n'est possible : il s'agit de trouver la vérité. En 1946, ils seraient compris comme prescriptifs, énoncés par la volonté. « On ne constate pas que le peuple tire sa souveraineté de sa nature, mais on décide de la lui reconnaître, c'est-à-dire de la lui accorder »⁷⁸. « Les énoncés relatifs à la souveraineté ne sont plus considérés comme des vérités qui peuvent être à tout moment remises en question. Une fois adoptés, ils seront l'expression de la volonté du constituant et ne pourront plus être contestés »⁷⁹.

77. Cf. Michel TROPER, *Terminer la Révolution, la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 107 : « il faut distinguer la question du caractère constitutif ou déclaratif de la déclaration [de 1795] de celle de son contenu ou de ses sources. [...] La question [...] porte exclusivement sur la fonction de ces énoncés dans le discours, c'est-à-dire sur leur statut modal : *ont-ils un caractère descriptif ou prescriptif* » (mes italiques).

78. Je remarque en passant que pour M. Troper, et cela est très logique dans le contexte volontariste qui est celui de sa pensée, il n'y a pas de différence entre « reconnaître » et « accorder ».

79. Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 309.

À l'appui de cette position, il y a peut-être des arguments externes, tirés de l'histoire des idées et des conceptions juridiques. Ainsi en est-il de la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire dont, en l'état des connaissances, on ne discute guère le fait qu'elle avait peu de sens sous la Révolution, et qu'on la doit aux juristes publicistes de la Monarchie de juillet. Mais les arguments internes, tirés des textes eux-mêmes, me semblent plus délicats à identifier.

Ainsi, si on tire argument du fait qu'en 1789 l'énoncé se trouve dans une « Déclaration de droits », tandis qu'en 1946-1958 il se trouve dans la Constitution, on doit aussi prendre en compte le fait que la Constitution de 1791 contenait un article premier du titre III qui énonçait que : « La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation ; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice ». Et un article 2 : « La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative : les représentants sont le corps législatif et le roi ». Qui plus est, entre 1789-91 et 1946-58, les dispositions ne sont pas exactement identiques, mais elles comportent d'importantes ressemblances. Ajoutons que les modes de présentation de la souveraineté sont les mêmes. Donc, dire qu'entre 1789 et 1946-1958 « le statut des énoncés est d'un tout autre type »⁸⁰ appellerait des justifications complémentaires.

Un des aspects du problème me semble être qu'opposer discours juridique descriptif et discours juridique prescriptif, relevant de la manifestation de volonté, possède une force opératoire discutable s'agissant d'objets tels que la souveraineté ou les droits de l'homme. Je ne suis absolument pas certain, par exemple, que les énoncés constitutionnels révolutionnaires touchant aux droits de l'homme ou à la souveraineté aient relevé d'un statut modal de type vrai/faux. Du moins, il importe de s'entendre sur ce que l'on veut dire par là. Ils n'étaient certainement pas du type d'une proposition scientifique réfutable au moyen de contre-exemples, selon le modèle expérimental. Quelle aurait été, pourrait-on demander, la « preuve (factuelle) du contraire » s'agissant de tels énoncés ? Pour le constitutionnalisme des Lumières, on peut peut-être nier l'existence des droits de l'homme. Mais on ne peut pas le faire dans une constitution. C'est l'un des sens assignables à la formule fameuse de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». On peut admettre que le cas de la souveraineté soit plus complexe. De fait, la manifestation de la souveraineté a été prise en charge dans la longue durée par d'autres formes que la constitution. Mais d'un autre côté, je ne suis pas certain de pouvoir dire en toute quiétude qu'il y a des constitutions

80. *Ibid.* p. 312.

qui ne disent rien sur la souveraineté, voire même qui nient son existence. Au minimum, la constitution énonce sa propre suprématie.

Les énoncés constitutionnels révolutionnaires touchant aux droits de l'homme ou à la souveraineté ne me semblent pas avoir été des actes de connaissance falsifiables, au sujet desquels on peut établir qu'ils étaient incorrects. Ils étaient plutôt des énoncés de ce qui a le caractère de l'évidence. Il est utile ici de comprendre que la conception de la raison chez les Modernes ne se réduit pas à la raison scientifique en tant que faculté purement théorique (de pure connaissance). De Descartes et Malebranche à Kant, est reconnue l'existence « d'évidences ontologiques, morales, qui sont rationnelles, qui pourtant n'ont rien de commun avec une connaissance mathématique »⁸¹. Cette sorte de vérité est une vérité du domaine pratique, celui de l'action, et la raison qui les identifie est raison pratique. Si de telles vérités, qu'on peut aussi appeler des valeurs, sont identifiées au-delà de toute hésitation, elles ont une implication pratique, un impact sur l'action humaine, et par conséquent elles sont d'ores et déjà normatives. On pense bien sûr à la phrase si forte de la Déclaration américaine d'indépendance : « nous tenons pour *évidentes par elles-mêmes* les vérités suivantes : que tous les hommes sont créés égaux, qu'ils sont dotés par leur créateur de certains droits inaliénables [...] »⁸².

Ce qui est évident par soi-même ne se discute pas : c'est même précisément ce qui est là avant la discussion, avant même toute pensée. Mais ce qui est repéré comme évident, cette sorte d'évidence qui a fait l'objet d'une « déclaration », revêt un statut à part. En le proférant, j'ai dit ce qui allait sans dire ; j'ai prêté de l'autorité de ce qu'on affirme à ce qui détenait déjà l'autorité de ce qui va sans dire. Raisonner en termes de « *self evident* » pose un problème sérieux : ce qui est évident l'est pour un certain individu qui exerce sa faculté de connaissance. L'évident vient à sa connaissance directement, immédiatement, sans intermédiation. Mais il reste que l'évidence, dans une doctrine de la connaissance centrée sur le sujet (et sur les limites de sa connaissance possible), est nécessairement gouvernée par des caractères internes au sujet connaissant. Or voici que l'on nous présente des vérités évidentes par elles-mêmes, comme si leurs caractères internes étaient de nature à les imposer au sujet connaissant, pratiquement comme si celui-ci était rendu transparent par l'objet ainsi présenté à sa connaissance. Qui plus est, les vérités en question, par exemple dans la Déclaration d'indépendance, sont des vérités politiques et morales, et non des vérités physiques ou

81. Cf. Ferdinand ALQUIÉ, *Leçons sur Kant. La morale de Kant*, Paris, La Table Ronde, 2005, p. 22.

82. « We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness ».

mathématiques par exemple. Cette ambiguïté importante (comment établir que ce qui est évident est évident *par soi-même* ?) est certainement à l'origine de la constitutionnalisation de tels principes. S'ils étaient authentiquement *self-evident*, ils seraient universels et immédiats. Ils s'appliqueraient sans intermédiaire et sans discussion à la manière d'une loi au sens scientifique du terme, et il serait inutile de les reconnaître dans un instrument juridique ou une déclaration politique. Il serait inutile de dire : « *nous tenons* ces vérités pour évidentes par elles-mêmes » (« *we hold these truths* [...] »).

Ce qui est évident, je n'ai pas le choix d'en avoir ou non connaissance, et je n'ai pas non plus de prise sur le contenu de ce qui est porté à ma connaissance. Nul moyen pour moi de résister par un protocole approprié, par une série de précautions de pensée, aux illusions dont ma perception pourrait être alors victime dans sa recherche de la vérité. C'est en ce sens, également, que notre juriste porte son regard « à la surface des choses ».

Cette surface des choses lui a cependant fait signe de manière impérieuse en direction de l'intérieur des choses. Cela fait entrevoir des moyens de ne pas être enfermé dans l'opposition entre acte de connaissance et acte de volonté. Dans la déclaration touchant à la souveraineté, de même que dans la Déclaration des droits de l'homme, la volonté de celui qui déclare est exprimée et joue un rôle, mais elle n'est certainement pas une volonté arbitraire, qui pourrait avoir n'importe quel contenu. De la même manière, il y a bien connaissance de quelque chose, mais cette connaissance n'aurait pas pu être remplacée par une autre plus « vraie » si on avait respecté une procédure plus appropriée. Ce qui est évident n'est pas vrai au sens où il pourrait être faux, être falsifié. Il est vrai au sens où son apparition s'impose, fait autorité. Ce qui apparaît ainsi, c'est ce qui était caché et qui transparait maintenant dans ce qui était d'ores et déjà visible, mais qui maintenant se donne comme signe.

La technique déclaratoire accomplit ainsi une prise de conscience. Elle a valeur d'événement (elle aurait pu ne pas se produire) et l'acte déclaratoire en tire sa légitimité. Jamais dans l'histoire de la souveraineté n'a pu être pensée l'idée d'une souveraineté cachée. Mais avec l'*Aufklärung*, l'idée de manifester la vérité au sujet du pouvoir va bien sûr devenir dominante. La souveraineté est ce qui est public par excellence, ce qui ne peut s'accommoder que de la publicité la plus extrême. Il y a lieu de dire à propos de la souveraineté quelque chose de proche de ce que dit C. Schmitt au sujet de la pensée des Lumières : pour la doctrine constitutionnelle libérale « écarter la politique secrète et la diplomatie secrète devient le remède universel contre toutes les maladies et les corruptions politiques ; le caractère public devient l'organe de contrôle absolument efficace. [...] La lumière du caractère public est la lumière de l'*Aufklärung*, la libération de la superstition, du

fanatisme et des intrigues. [...] Le pouvoir du despote peut grandir en proportion de l'extension des Lumières ; car l'opinion publique éclairée rend d'elle-même impossible tout abus »⁸³.

Cela ne retire pas toute utilité à celui qui reconnaît l'évidence : il joue un rôle dans la manifestation de l'évidence. Il n'a pas pour autant la possibilité de réfuter l'évidence de ce qui est évident. Ce qui est évident est commun à tous ceux qui perçoivent de la même manière, chez qui la perception obéit aux mêmes lois. Cela donc n'est pas réfutable. De ce point de vue, l'autorité de la constitution, sa force obligatoire, ne vient pas du fait qu'elle émane de la volonté du peuple souverain, mais du fait que la constitution est le lieu où s'est opérée cette révélation.

Dans le régime du constitutionnalisme occidental moderne, on conçoit mal une constitution revenant sur l'affirmation de la souveraineté démocratique, ou sur les droits de l'homme. C'est le sens de l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui donne à penser que c'est peut-être tout le constitutionnalisme qui était alors conçu comme un dispositif déclaratif. Pour être plus exact, je devrais dire : les constitutions écrites classiques, celles de la fin du XVIII^e siècle, ont été vues par leurs auteurs comme des dispositifs se situant par delà le déclaratif et le constitutif. La constitution est un acte de volonté du souverain. Mais en même temps, de par sa nature même, elle comporte une dimension déclarative. Quand la technique déclarative est à l'œuvre, il s'agit de dire quelque chose qui ne peut pas être changé, de par sa nature même. Les constituants du XVIII^e siècle n'en doutaient probablement pas, et c'est pourquoi il ne leur venait même pas à l'esprit de créer des techniques spécifiques pour proscrire la remise en question de telles opérations de déclaration. Une constitution écrite telle que la Loi Fondamentale allemande de 1949, qui proscribit explicitement la révision constitutionnelle de ses dispositions énonçant des droits fondamentaux, met en œuvre une technique spécifique (celle des clauses dites d'éternité). Mais l'idée sous-jacente à cette technique est probablement commune à tout le constitutionnalisme moderne. C'est sous ce même angle qu'il faudrait probablement envisager la révision constitutionnelle de 1889 en France, ou la limite matérielle à la révision formulée dans l'article 89 de notre constitution. De telles clauses interdisant de revenir sur la nature républicaine du régime ne sont *ni purement*

83. Carl SCHMITT, *Parlementarisme et démocratie*, Paris, Seuil, 1988, p. 48. On peut citer ici un propos sur les Lumières du philosophe canadien Charles Taylor : « We tend to have a prejudice in favour of articulacy in our culture. [...] Universal rights of mankind exist for us *because they have been promulgated*, because philosophers have talked about them, because revolutions have been fought in their name, and so on ». Charles TAYLOR, *Sources of the Self*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, p. 91 (mes italiques).

déclaratives, en ce sens qu'elles expriment un certain moment constitutionnel, une position de la question constitutionnelle à un moment donné qui n'aurait pas été envisageable avant (impossible en 1875, par exemple, mais possible en 1889), *ni purement constitutives*, parce que leur statut modal est celui d'une reconnaissance de ce qui est inhérent à la souveraineté.

CONCLUSION

Les pages qui précèdent se situent dans le contexte d'une théorie générale du rapport entre l'être et l'apparaître en droit (une phénoménologie juridique), mais elles n'ont pas l'intention d'en construire une qui soit complète et entièrement satisfaisante. Il n'est nullement question de prétendre que tous les phénomènes juridiques ressortissent à la catégorie qu'on vient d'essayer d'identifier. Il se peut bien qu'il ne s'agisse là que d'une des formes parmi d'autres d'engendrement de ce qu'on pourrait appeler la réalité juridique. On a seulement voulu faire remonter au jour des caractères importants de la formation et de l'usage du langage juridique. En guise de conclusion, je voudrais insister sur un thème qui s'est répété régulièrement dans les pages qui précèdent, et que je me propose ici reformuler d'une manière un peu plus indépendante.

Les juristes et les acteurs politiques ont comme ressource et comme contrainte un langage au sein duquel le fait et le droit sont entremêlés. C'est un point commun entre les Médiévaux, ou les juristes de la Renaissance, et nous. Nous pouvons être dans le déni à ce sujet, mais cela nous force à des contournements et à des opérations de masquage assez peu plausibles, et qui conduisent à des interprétations discutables du langage employé dans les textes – y compris ces grands textes constitutionnels qui demeurent nôtres – et dans la pratique juridique. En d'autres termes : les oppositions dont nous sommes désormais familiers du fait de la domination d'une certaine théorie du droit ne rendent pas toujours adéquatement compte du monde mental des juristes.

En particulier, on s'est efforcé de démontrer qu'elles obscurcissaient la compréhension du phénomène de la souveraineté. Pour sortir de cette ornière, il faudrait consentir à suspendre l'usage de plusieurs distinctions très usuelles, qui ordonnent habituellement notre raisonnement. Il n'est nullement intuitif d'opérer de telles suspensions, mais on pourrait alors espérer faire bouger, même de quelques dixièmes de millimètres, certains blocs de granit qui structurent de longue date le raisonnement juridique, mais dont l'usage a un coût qu'il est permis de juger trop élevé. Ces distinctions rendent d'éminents services, mais, à la mesure de cette grande utilité, elles sont devenues rigides, et d'usage automatique. En tant

que telles, elles constituent un obstacle à la réflexion. C'est le cas d'un usage acritique (dogmatique) de la distinction entre droit et fait. Ce n'est pas d'employer les termes de « fait » ou de « droit » qui me semble poser problème. C'est le fait de les employer comme étant mutuellement exclusifs et de chercher à tout prix à savoir si une donnée relève de l'un ou de l'autre. Dans bien des moments de la vie du droit, le matériau juridique est abordé sans qu'il soit décisif de s'interroger sur le fait qu'est apposé sur lui le label « droit » ou « fait ». Ainsi, l'idée de procès (ou celle, connexe, de « contentieux ») est-elle applicable tout aussi bien à des désaccords factuels entre des personnes aux intérêts matériels divergents (contentieux « subjectif ») qu'à des situations dans lesquelles l'événement déclencheur est l'apparition dans le droit existant d'une règle qui entre(ra)it en contradiction avec une autre, de rang supérieur. La différence possède, à ce stade, une importance secondaire. Ces grandes oppositions, il n'est peut-être pas à notre portée de les dissoudre. Mais il peut sembler opportun, pour résoudre certains problèmes, de les *suspendre*.

Cette suspension consisterait à renoncer dans un premier temps à se demander si tel ou tel objet ressortit au droit plutôt qu'au fait, si telle opération est déclarative ou constitutive, ou si tel concept est « abstrait » plutôt que « concret ». Elle nous obligerait à renoncer à nos intuitions, à notre manière habituelle de faire. Notre réflexe est de classer les objets dans ces catégories mutuellement exclusives. Mais dans bien des cas, être tenu de faire un tel choix a les meilleures chances de conduire à une impasse. Tenu de prendre parti, le juriste épuise ses forces dans des controverses doctrinales sans fin dont la faiblesse réside probablement dans les couples d'opposition retenus pour décrire les solutions acceptables. Ce sont alors les termes mêmes de la controverse qui obscurcissent le problème juridique en cause. C'est le cas de l'opposition entre l'effet déclaratif et l'effet constitutif de la reconnaissance, en droit international public comme dans d'autres branches du droit (par exemple le droit de la famille). C'est aussi le cas de l'opposition entre les statuts modaux « descriptif » et « prescriptif » des énoncés constitutionnels. Pour tous les cas rencontrés dans les pages qui précèdent, ces difficultés proviennent semble-t-il du recours à une autre distinction importante, chère aux positivistes : celle entre acte de connaissance et acte de volonté. Cette distinction trop nette mériterait aussi, pour sa part, d'être sérieusement questionnée. Les avancées du positivisme moderne sont devenues pour nous des évidences. C'est le propre du travail intellectuel que de questionner les évidences pour cesser d'être inconsciemment gouverné par elles.



Résumé de l'article :

On se propose ici de contribuer à identifier ce que l'on pourrait appeler les modes de présentation de la souveraineté en droit. Pourquoi le vocabulaire de la « reconnaissance » est-il si répandu s'agissant de la souveraineté ? Pourquoi a-t-il été si important d'identifier des « marques » de la souveraineté ? Pourquoi distingue-t-on à son sujet entre « titre » et « exercice » ? La notion de souveraineté n'est pas la seule concernée. Si on regarde, non pas la souveraineté, mais les droits de l'homme, on pourrait poser des questions comparables. En particulier : pourquoi a-t-il fallu les « déclarer » ?

L'hypothèse ici formulée est que ce langage n'a pas été regardé suffisamment en détail, peut-être à cause de présupposés intellectuels trop restrictifs. Il semble possible de montrer que suivre les pistes ainsi désignées permet de comprendre quelque chose au sujet de l'histoire conceptuelle de la souveraineté et des droits de l'homme et de leur statut en droit constitutionnel.

Cette étude commence par questionner les raisons pour lesquelles nous identifions si fortement le droit à quelque chose qui n'a rien à voir avec le sensible, mais résiderait exclusivement dans des significations à caractère normatif. Le propos est de montrer qu'avant même toute interprétation de son contenu, l'*identification* du droit est un problème en soi. À ce problème, le langage des juristes apporte des solutions. Il parle d'un droit qui réside dans le sensible en tant qu'il y *apparaît*. Cette apparition s'effectue selon certaines formes précises, codifiées de longue date par la tradition juridique. La première partie de cet article vise à esquisser comment notre conception du droit inclut une prise en compte du phénomène de l'apparition (I). La suite de l'article vise à présenter des cas d'application de cette problématique générale, à travers des observations relatives à la souveraineté et aux droits de l'homme. Dans la seconde partie, on propose de faire usage de cette analyse au sujet de la souveraineté (II). La troisième partie vise à commencer une liste des modes de présentation de la souveraineté que l'on peut identifier au moyen de la méthode ainsi proposée (III). On en propose ensuite quelques interprétations préliminaires (IV). Enfin, la cinquième partie vise à esquisser le problème de l'apparition des droits de l'homme à travers la forme privilégiée de la « déclaration ». On cherche à en tirer certaines conséquences en discutant la question du statut dit « modal » (c'est-à-dire soit descriptif soit prescriptif) des déclarations révolutionnaires (V).