

Le métaconcept de hiérarchie des normes et son utilité pour l'histoire du droit

MICHEL TROPER

Université Paris X – Nanterre

Je suis à la fois très heureux et très flatté d'avoir été invité à participer à ce colloque d'historiens du droit et un peu intimidé et inquiet à l'idée que je pourrais être critiqué pour m'aventurer sur un terrain qui n'est pas le mien. J'espère cependant que celui qui ne cherche pas à masquer ses lacunes peut, au moins à ce titre, bénéficier de quelque indulgence. Un historien du droit américain a écrit récemment : « *one of the things I admire about the profession of history is there are no admission requirements* »¹. Nombreux en effet sont ceux qui s'improvisent historiens sans se plier aux règles du métier, mais pour ma part, je n'ai pas cette prétention. Ce que je tente de faire, ce n'est pas de décrire le passé mieux que les historiens de profession, mais d'exercer mon métier de théoricien du droit et de construire des concepts pour les proposer aux historiens dans l'espoir d'apporter davantage de clarté à leurs débats.

On pourrait entreprendre ce travail de deux manières différentes, à partir de la théorie du droit pour offrir aux historiens (et aussi aux comparatistes ou aux sociologues) une boîte à outils dans laquelle ils pourraient puiser ou à partir de l'histoire pour identifier les problèmes et rechercher les outils les plus utiles.

La première méthode est celle qui est le plus fréquemment employée aussi bien par les théoriciens que par les historiens du droit. Les théoriciens ne se soucient pas de l'histoire, mais s'efforcent de donner des descriptions générales du système juridique, quelles que soient les circonstances de temps ou de lieux dans lesquels ils existent. Ils créent donc des concepts formels comme règles, normes, sources du droit, hiérarchie des normes et des concepts substantiels comme propriété, personne, droits subjectifs, État, souveraineté... Ils sont naturellement en désaccord sur les définitions de ces concepts, mais sans les relier à des contextes historiques particuliers. Il me semble que cette méthode présente de nombreux inconvénients pour les deux disciplines.

Pour la théorie du droit, tout se passe comme si les thèses étaient susceptibles d'être vraies ou fausses et qu'on se demandait ce qu'était « réellement » l'État ou la propriété, si la doctrine ou la jurisprudence étaient « réellement » des sources du droit, s'il existe des droits subjectifs, si le pouvoir constituant est « véritablement » souverain, *etc.* Or, non seulement il n'existe évidemment aucun moyen objectif de tester la vérité de ces thèses, mais on observe que bien souvent le droit positif présuppose des thèses contraires. Pour prendre un exemple simple : Kelsen soutient – avec d'excellents arguments d'ailleurs – que le système juridique est cohérent et complet, alors que le droit positif de plusieurs pays autorise explicitement les juges à combler les lacunes. On peut naturellement maintenir la théorie en

¹ William Novak au cours d'un colloque sur le livre de B. FRIEDMAN, « Discipline and Method : the Making of the Will of the People », *Michigan State Law Review*, 2010, p. 877 s., spéc. p. 885.

soutenant, comme le fait Kelsen, que ces règles ne prouvent pas l'existence, ni même la possibilité de lacunes, mais qu'elles constituent une manière détournée de donner aux juges le pouvoir de créer des règles générales. Ceci est tout-à-fait convainquant, mais n'explique pas pourquoi il a fallu pour leur donner ce pouvoir invoquer l'existence de lacunes plutôt qu'une autre justification, comme la nature de la fonction de juger ou la volonté de Dieu.

Du point de vue de l'histoire du droit, les inconvénients sont tout aussi grands. S'il y a une aussi grande variété de concepts, il devient possible de choisir le plus commode pour la thèse qu'on veut défendre. Soit la question de la naissance de l'État, qui dépend bien évidemment de la définition. Selon qu'on appelle « État », une organisation politique efficace sur un territoire donné, un système politique doté d'une administration centrale, d'un pouvoir législatif, d'un pouvoir de taxation, d'une monnaie, d'une armée et d'un appareil judiciaire ou, à la Kelsen, un système juridique centralisé, complet et cohérent, c'est-à-dire doté d'une structure hiérarchisée, dont les règles régissent toutes les activités humaines et capable d'entrer dans des relations juridiques avec les autres systèmes de ce type, on donnera des réponses différentes. Avec la troisième définition, il n'y a d'État qu'avec l'État moderne, mais la cité grecque ou le système politique du Moyen Âge ne sont pas des États. Avec la seconde, il y a bien un État au Moyen Âge, mais pas dans la cité grecque. Encore faut-il préciser par exemple que le pouvoir législatif dont on parle à propos du Moyen Âge n'a pas le monopole de la production des règles, qu'il y a une multiplicité d'appareils judiciaires et que les juges ne se bornent pas à appliquer la loi. On choisit donc parmi les concepts d'État et parmi les concepts de loi ceux qui permettent de soutenir que l'État est né à tel ou tel moment.

On pourrait penser que c'est indifférent et que, pourvu qu'on donne des définitions claires, on peut soutenir telle ou telle thèse. C'est pourtant regrettable pour plusieurs raisons : d'abord, parce que, même lorsque les définitions sont claires, ce qui n'est pas toujours le cas, les raisons pour lesquelles on les a choisies le sont rarement et qu'il y a des enjeux idéologiques, qu'il n'est pas nécessaire de rappeler. Ainsi, dans le débat sur la légitimité du contrôle de constitutionnalité, on peut chercher à tirer argument, d'ailleurs dans un sens ou dans l'autre, des pratiques des parlements d'Ancien Régime. D'autre part, parce que il n'y a pas de confrontation possible entre les thèses des uns et des autres dès lors qu'elles sont formulées à l'aide de concepts différents. Enfin, parce qu'on se heurte à un dilemme : ou bien l'on entend décrire le droit du passé dans les termes de l'époque pour en préserver la spécificité et l'on ne peut plus comparer ; ou bien l'on veut pouvoir comparer et l'on utilise les concepts contemporains, mais l'on risque une régression à l'infini. Pour reprendre l'exemple des anciens parlements, si l'on veut soutenir qu'ils pratiquaient le contrôle de constitutionnalité, il faut établir qu'ils comparaient la loi à une norme supérieure, mais il faut définir la supériorité dans les mêmes termes qu'aujourd'hui et prétendre que les lois fondamentales sont analogues à une constitution. Or, pour soutenir qu'elles sont analogues à une constitution, il faut établir que ce sont des normes positives et définir la positivité d'une norme autrement que par le fait d'avoir été posée.

Je voudrais tenter de trouver une voie moyenne, qui consiste à utiliser des métaconcepts, c'est-à-dire des concepts de la théorie contemporaine du droit qui réfèrent à des concepts historiques variés et à choisir ces métaconcepts en fonction de leur utilité.

Je raisonnerai sur l'exemple du concept de hiérarchie des normes. Jusqu'à une date relativement récente, ce n'était pas un concept employé par le langage du droit positif, mais seulement un concept construit par la théorie du droit pour désigner la structure du système juridique².

On peut distinguer deux concepts de « hiérarchie des normes » : a) *lato sensu*, toute relation entre deux normes telle que l'une est supérieure à une autre, soit parce qu'elle détermine les formes de sa production, soit parce qu'elle en prédétermine le contenu, soit parce que, en cas de contradiction, la seconde peut être annulée ou écartée par une autorité qualifiée ; b) *stricto sensu*, un ensemble de relations entre normes tel qu'elles forment un système uni, complet et cohérent.

Il y a deux raisons de choisir un concept étroit. La première est qu'on pourrait interpréter un très grand nombre de systèmes normatifs comme comportant une hiérarchie *lato sensu*, c'est-à-dire une relation entre deux normes, de sorte que les systèmes anciens ne se différencieraient alors guère des systèmes modernes. On peut évidemment rencontrer à toutes les époques des systèmes politico-juridiques dans lesquels un individu autorise ou habilite un autre individu à émettre des commandements. Mais c'est seulement à certains moments de l'histoire que la somme de toutes les relations de ce genre qui existent dans ces sociétés forment un système.

L'autre raison est que le concept de hiérarchie des normes *stricto sensu* remplit deux fonctions essentielles : il permet d'abord de définir et d'identifier les normes juridiques, c'est-à-dire de déterminer qu'un acte humain a la signification d'une norme et que cette norme est juridique, car une norme juridique est la signification prescriptive, donnée à un énoncé par l'ensemble du système. Ce mode d'identification des normes est propre à certains systèmes, dans lequel les juristes argumentent selon un mode spécifique (I). D'autre part, il permet d'identifier ce mode spécifique d'exercice du pouvoir politique, qu'est l'État. C'est dans cette seconde fonction que le concept de hiérarchie des normes peut aider dans le choix d'une définition de l'État propre à clarifier le débat sur l'origine.

- Dans l'État, l'exercice du pouvoir a la forme de la hiérarchie des normes.
- La hiérarchie des normes contribue à produire les concepts constitutifs de la hiérarchie des normes.

I. La hiérarchie des normes, une forme d'exercice du pouvoir politique

A. La thèse kelsenienne de l'État et du droit

La théorie kelsenienne de l'unité de l'État et du droit est bien connue et il suffit d'en résumer les principaux arguments. Il s'agit avant tout d'une théorie négative, dirigée contre la théorie dualiste traditionnelle et qui vise à dissoudre les problèmes auxquels celle-ci se heurte. Si l'État et le droit forment deux entités distinctes, il faut nécessairement définir

² Il est cependant aujourd'hui employé également dans le langage du droit positif, notamment par les cours qui, comme le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État, justifient certaines décisions par référence au « principe » de la hiérarchie des normes.

leurs rapports et notamment déterminer si l'État est lié par le droit. Or cette question conduit à un paradoxe : si l'État est le producteur du droit, il ne peut être lié par lui, mais d'autre part, pour pouvoir produire du droit, il doit lui-même être fondé et défini par le droit. Il lui est ainsi nécessairement soumis. La théorie traditionnelle est donc contrainte de recourir à une construction bizarre et de soutenir que l'État est à la fois affranchi du droit et soumis au droit ou qu'il est soumis au droit, mais seulement à celui qu'il a lui-même produit, ce qui ne constitue évidemment pas une véritable soumission dès lors qu'il reste le maître de le modifier à tout moment.

En outre la distinction traditionnelle est fondée sur le présupposé que l'État serait un fait. Or, un fait ne peut produire du droit, puisque, de ce que quelque chose est on ne peut déduire que ce quelque chose doit être. En définitive, seul le droit peut créer du droit.

Le principal argument de Kelsen en faveur de la thèse moniste est l'impossibilité de définir l'État sans recourir à des concepts juridiques. Il analyse et critique plusieurs tentatives pour le définir en termes sociologiques ou psychologiques et montre que chacune de ces tentatives présuppose un concept juridique³.

La plus importante et la plus fameuse de ces tentatives est celle de Max Weber, qui définit l'État comme « une entreprise politique de caractère institutionnel lorsque et en tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime ». Kelsen souligne que le monopole que la direction administrative revendique avec succès ne peut être un monopole de fait, parce qu'il existe dans toute société bien des actes de violence qui ne sont pas accomplis par l'État. Il s'agit donc seulement du monopole de la violence « légitime », mais Weber ne veut certainement pas dire que l'exercice par l'État de la violence serait conforme à des valeurs fondamentales. Le sociologue ne pourrait en effet sans rompre avec le principe de la neutralité axiologique indiquer quelles sont ces valeurs fondamentales. D'autre part, s'il réservait le terme « État » aux formes politiques qui exercent une violence légitime en ce sens, il lui faudrait exclure de son objet toutes celles qui n'exercent pas une violence légitime et il ne resterait pas beaucoup d'États.

En réalité, comme c'est l'État qui revendique le monopole de la violence légitime, c'est lui qui la définit comme légitime. La violence légitime est celle qui s'exerce conformément aux règles de l'État. On rejoint ici la définition que donne Weber de la légitimité rationnelle, c'est-à-dire précisément celle qui résulte de ce qu'une décision ou un acte sont pris en application d'une règle.

D'un autre côté, c'est seulement par une figure de style que l'on dit que l'État revendique ou qu'il exerce des actes de violence. L'État n'est qu'une abstraction et seuls des êtres humains peuvent exercer des actes de violence. Mais ces actes peuvent être imputés à l'État et ce n'est possible qu'au moyen de règles⁴. La définition « sociologique » de Weber revient en réalité à une définition juridique : l'État est cette forme politique qui exerce le pouvoir dans la forme juridique.

³ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff; Kritische Untersuchungen des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2^e éd., Tübingen, 1928.

⁴ Cf. P. SILVERMAN, « Sovereignty as a Juristic Assumption and as a Focal Point of Political Commitment », dans H. KELSEN, *Werke*, éd. M. JESTAEDT, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, t. 4, p. 237 s.

On arrive à une conclusion analogue si l'on considère la définition juridique habituelle, selon laquelle l'État est formé de trois éléments (un peuple, un territoire, une puissance publique), dont il est facile de montrer le caractère tautologique. En effet, aucun de ces éléments ne peut être défini indépendamment de l'État ou du droit. Ainsi, le peuple n'est pas une donnée naturelle, mais seulement l'ensemble des individus soumis à l'État ou, en d'autres termes, aux normes de l'État ou encore cette entité que l'État définit comme « le peuple ». Il en va de même pour les deux autres éléments et, comme nous pouvons à chaque fois utiliser indifféremment l'expression « normes de l'État », le mot « droit » ou le mot « État », ces termes ont la même référence. On pourrait toujours remplacer l'un par l'autre et l'on n'utilise le mot « État » que lorsqu'on veut personnifier l'ordre juridique. Cette personnification serait innocente et sans portée, n'était la tentation de l'hypostase.

Comprendre l'État et le droit comme une unité présente un certain nombre d'avantages. Le premier est évidemment de dissoudre le problème de leurs relations mutuelles. Le second est qu'il permet de démasquer les idéologies liées à la théorie dualiste, qui prétendent que l'État, s'il est distinct du droit, pourrait lui être soumis, qu'il ne serait plus un simple appareil usant de la force, mais un « État de droit », mais qui peuvent aussi prétendre que l'État, étant extérieur au droit, possède des intérêts propres justifiant que le droit soit parfois mis de côté. La théorie dualiste apparaît ainsi comme une autre version de la doctrine de la raison d'État.

Démasquer ce caractère idéologique révèle donc que l'État et le droit n'est jamais que la forme du pouvoir et l'organisation de la force. Comme Kelsen l'a souvent répété, « celui qui cherche la réponse [à l'éternelle question de savoir ce qui se cache derrière le droit positif] ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue d'un droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui-là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du pouvoir qui le fixe »⁵.

Cependant, il ne faudrait pas interpréter ce passage comme un simple avatar de la thèse marxiste qui voit l'État ou le droit comme la forme dans laquelle une classe impose sa domination et qui reflète ainsi les rapports de force entre les classes. C'est que le système juridique, à la différence d'autres systèmes normatifs, est structuré par une hiérarchie présentant un double caractère, statique et dynamique.

B. Une technique spécifique

En effet, pour comprendre de quelle manière le pouvoir politique opère par le moyen du droit, il nous faut considérer non pas des normes isolées, ni même des couples ou des ensembles réduits de normes, mais la structure plus complexe du système juridique tout entier, que Kelsen a décrite par la métaphore de la hiérarchie, une hiérarchie à la fois statique et dynamique.

Dans une hiérarchie statique, la norme inférieure est valide si – et seulement si – son contenu est conforme à celui d'une norme plus élevée et plus générale. Il y a naturellement plusieurs conceptions possibles de la conformité, mais on peut estimer que cette relation

⁵ R. METALL, *Hans Kelsen. Sein Leben und Werk*, Vienne, Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 30.

n'est pas nécessairement une relation logique, telle que le contenu de la norme inférieure devrait être déduit de celui de la norme supérieure. Il suffit que le contenu de la norme inférieure puisse être subsumé sous celui de la norme supérieure ou simplement qu'il soit compatible avec lui. Une hiérarchie dynamique est celle dans laquelle la norme inférieure est valide si – et seulement si – elle a été produite conformément à la procédure prescrite et par une autorité habilitée par la norme supérieure.

On voit par là que, dans un tel système, si la loi est un instrument du pouvoir, ce n'est pas seulement parce qu'elle contient des règles générales et que les sujets lui obéissent – de telles règles générales peuvent exister dans bien des systèmes politiques – mais parce qu'elle habilite toutes les autres autorités et tous les particuliers à produire des décisions (c'est le point de vue dynamique) et parce que toutes ces décisions pourront apparaître comme déduites de la loi (c'est le point de vue statique), faute de quoi elles devraient être annulées ou leurs auteurs sanctionnés.

L'autorité suprême, celle qui produit ces lois, peut ainsi exercer un pouvoir énorme, parce qu'il peut porter sur tous les aspects de la vie humaine et qu'il peut être délégué, sans perte de contrôle. Il y a là, semble-t-il, une technique de gouvernement, qu'on ne retrouve dans aucun autre type de système politique.

De même, la hiérarchie des normes constitue aussi pour les autorités subordonnées un instrument de gouvernement, puisqu'elles peuvent justifier chacune de leurs décisions par l'habilitation qui leur a été conférée (justification dynamique) et la présenter comme l'application d'une règle plus générale (justification statique). Ces justifications peuvent d'ailleurs apparaître parfaitement bien fondées lorsque l'autorité subordonnée ne dispose que d'une très faible marge de pouvoir discrétionnaire. Cependant, même lorsqu'elle dispose d'une marge plus importante, elle peut avoir intérêt à appliquer une règle générale de manière à réaliser une économie de temps et éviter de longues délibérations sur des cas particuliers. Au demeurant, la marge d'appréciation ne peut jamais être nulle car l'autorité d'application peut toujours interpréter le texte de la règle générale, en lui donnant tel sens plutôt que tel autre, pour prétendre ensuite qu'elle l'applique mécaniquement à tel cas concret et à tous les cas analogues. La hiérarchie des normes sert ainsi à maintenir et à dissimuler l'étendue du pouvoir discrétionnaire.

Cependant, la spécificité de cette technique de gouvernement ne se limite pas à la forme et exerce aussi une influence considérable sur la substance du droit.

II. La hiérarchie des normes et la substance du droit : l'apparition des concepts constitutifs de l'État

J'appelle substance du droit, non pas, comme il est habituel de le faire, le fond ou le contenu des règles, ce qu'elles ordonnent ou interdisent, mais l'ensemble des théories par lesquelles on justifie ce contenu et des concepts par lesquels on l'exprime.

Parmi ces concepts, on peut en distinguer certains qui sont constitutifs au sens où Searle, parle de règles constitutives, c'est-à-dire de règles, comme les règles d'un jeu, que l'on n'a pas l'obligation de suivre, mais qui, lorsqu'on les suit, définissent l'activité ou le jeu auquel on joue. On reconnaît que deux personnes jouent aux échecs lorsqu'elles déplacent

des pièces conformément à certaines règles. Si elles les déplacent autrement, elles ne violent aucune règle. Elles jouent à un jeu différent⁶.

Il y a ainsi des concepts constitutifs du jeu de l'État. On reconnaît que des gouvernants jouent à ce jeu lorsqu'ils emploient des concepts comme « État » ou « souveraineté ». Or, la hiérarchie des normes contribue à l'émergence de ces concepts.

A. L'État *stricto sensu*

La thèse kelsenienne de l'identité de l'État et du droit se heurte à une objection évidente : si les deux termes étaient réellement synonymes, on devrait pouvoir remplacer dans tous les cas « ordre juridique » par « État ». Pourtant, si l'on peut facilement remplacer « État français » par « ordre juridique français », on ne peut pas remplacer « ordre juridique international » par État international. Kelsen en est bien conscient et se trouve contraint d'ajouter à la définition de l'ordre juridique un élément supplémentaire, la centralisation. Un ordre juridique est un État s'il est centralisé, c'est-à-dire s'il possède des autorités spécialisées ayant le monopole de la production des règles les plus élevées et les plus générales. Le droit international est décentralisé, mais les ordres juridiques nationaux sont centralisés.

Cet élément supplémentaire marque l'échec de Kelsen, car l'ensemble de ces autorités centrales, celles qui produisent les règles les plus élevées, ne peuvent pas se confondre avec l'ordre juridique tout entier et forment précisément ce que la théorie traditionnelle appelle l'État, cette entité, dont il devient alors nécessaire d'étudier la relation qu'elle entretient avec le droit.

Pendant, cet échec est fécond, car il conduit à examiner les relations entre l'État et l'ordre juridique. Kelsen est d'ailleurs contraint de le reconnaître. Il appelle alors État *stricto sensu* l'ensemble formé par les autorités centrales, tandis que l'ordre juridique dans son ensemble est un État *lato sensu*. Dans un bref passage de l'introduction à la seconde édition, de *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, il remarque que le premier concept est présumé par le second⁷.

Il entendait probablement cette relation comme purement logique ou conceptuelle, car, selon la théorie pure du droit, on ne peut pas penser l'État *stricto sensu* sans le concevoir comme l'ensemble des organes qui produisent les normes les plus élevées de l'ordre juridique, c'est-à-dire celles qui se situent au sommet de l'État *lato sensu*.

Il est néanmoins possible de concevoir cette relation comme une relation historique, voire comme une relation causale, à condition de considérer l'État et le droit comme inscrits dans l'histoire. On l'admet d'ailleurs assez généralement pour l'État *stricto sensu*, c'est-à-dire pour l'État moderne, qui aurait émergé à la fin du XVI^e et au XVII^e siècles. Par contre, le droit est rarement conçu comme un phénomène contingent et l'on suppose qu'il existe dans toutes les sociétés humaines. Cette idée n'est pas seulement liée à la croyance en un droit naturel et on la rencontre aussi chez de nombreux positivistes. Kelsen, par exemple, définit le droit comme un ordre immanent de contrainte et cette définition vaut

⁶ J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995

⁷ H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, *op. cit.*

aussi bien pour les systèmes juridiques étatiques, le droit international, le droit féodal ou celui des sociétés primitives. Elle a en réalité pour fonction principale de permettre une distinction entre ordres normatifs et d'opposer le droit à la morale ou à la religion, qui ne repose pas sur une contrainte immanente. Cependant, si l'on cherche une définition reposant sur les principales caractéristiques du système juridique, il faut prendre pour critère l'existence d'une hiérarchie à la fois statique et dynamique, mais alors cette définition n'aura aucun caractère universel, car tous les systèmes couramment appelés juridiques ne sont pas structurés de cette manière. C'est en effet seulement à la fin du XVI^e et au XVII^e siècles que l'on rencontre une hiérarchie correspondant à ce modèle.

Et c'est aussi vers cette époque que les gouvernants emploient le terme d'État pour désigner à la fois le pays et l'ensemble des autorités centrales, précisément parce qu'elles occupent le sommet de la hiérarchie des normes et que les individus qui en font partie doivent affirmer qu'ils agissent non pas en vue de leur intérêt personnel, mais au profit d'un être distinct⁸.

B. La souveraineté

De même, la souveraineté est un concept nécessaire dans un système de hiérarchie des normes. On sait que le terme a plusieurs significations. Ainsi, Carré de Malberg en distingue trois :

« Dans son sens originare, [le mot souveraineté] désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »⁹.

Carré de Malberg souligne que ces trois significations correspondent à trois termes différents dans la langue allemande, *Souveränität*, la souveraineté dans le premier sens, c'est à dire le caractère suprême de l'État aussi bien sur le plan interne que sur le plan international, *Staatsgewalt*, la puissance d'État ou souveraineté dans le second sens, et *Herrschaft* ou puissance de domination de l'organe. D'après lui, ces distinctions doivent permettre d'apercevoir la « véritable nature » de la souveraineté¹⁰. Il n'est évidemment nullement certain qu'il existe une telle véritable nature de la souveraineté, mais la distinction permet sans aucun doute d'éclairer certaines questions habituellement présentées de façon confuses.

C'est ainsi qu'on se demande parfois si la souveraineté peut être divisée. Mais la réponse dépend du sens que l'on attache à ce terme. S'il s'agit par exemple de la souveraineté

⁸ Tel est précisément le propos de Machiavel, cf. Ph. BOBBITT, *Garments of Court and Palace : Machiavelli and the World That He Made*, New York, Atlantic Monthly Press, 2013 et le compte rendu de Q. SKINNER, « What should you learn from Machiavelli ? », NYRB, June 5-18 2014, p. 50 s.

⁹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, réimpr. Paris, CNRS, 1962, t. I., p. 79.

¹⁰ *Ibid.*, p. 86.

comme qualité de celui qui est au-dessus de tous, elle est évidemment indivisible au sens propre du terme, puisque si l'on tente de la diviser, il n'y a plus de souverain. Par contre, si l'on vise la puissance d'État, c'est-à-dire la somme des compétences qui peuvent être exercées par l'État, elle est parfaitement divisible et peut d'ailleurs être divisée selon plusieurs modalités. On peut en effet distinguer ces compétences par leur objet, le pouvoir de faire la guerre, de battre monnaie, de faire des règles générales, de rendre la justice, *etc.* et attribuer chacune d'elles à une autorité différente. On peut aussi les distinguer selon le type d'acte nécessaire pour les mettre en œuvre, par exemple les lois et les actes d'exécution des lois, puis les répartir de même entre plusieurs autorités. La séparation des pouvoirs constitue précisément une division de ce genre. On peut encore distinguer selon le domaine de validité des normes juridiques et répartir les compétences pour produire ces normes, comme on le fait dans un État décentralisé ou dans un État fédéral, dont on dit d'ailleurs parfois justement qu'il organise une séparation verticale des pouvoirs ou une division verticale de la souveraineté.

De même, l'analyse de Carré de Malberg permet de dissiper certaines confusions résultant de ce que plusieurs propositions peuvent être simultanément vraies, alors qu'elles paraissent mutuellement incompatibles. Ainsi, sous la III^e République, on pouvait parfaitement écrire « l'État français est souverain », « le Parlement est souverain » et « la loi est souveraine ». Dans la première proposition en effet, la souveraineté désigne le caractère suprême de la puissance étatique, ce qui fait que l'État français est bien un État, dans la seconde la qualité de l'organe qui exerce la fonction suprême, c'est-à-dire la fonction législative, dans la troisième la suprématie même de cette fonction.

Pourtant, la distinction de Carré de Malberg ne rend pas compte de certaines phrases qui sont couramment énoncées aussi bien dans certaines constitutions que dans le discours des juristes. Ainsi « le peuple est souverain » ou « la souveraineté appartient au peuple français » ou encore la formule de l'article 3, déjà cité, de la constitution de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Elles ne signifient ni que le peuple français exerce une puissance de domination sur tous les groupes et toutes les institutions à l'intérieur, ni qu'il est un sujet du droit international, ni qu'il est un organe placé au-dessus de tous les autres, encore moins qu'il serait un ensemble de compétences. En réalité, elles sont employées pour offrir une justification à d'autres phrases dans lesquelles figurent les mots « souverain » ou « souveraineté ». Ainsi, « le Parlement est souverain » se justifie par l'idée que si le Parlement est l'organe suprême c'est qu'il représente le peuple et que dès lors il exerce une souveraineté qui ne lui appartient pas mais dont l'essence réside dans le peuple seul.

On peut donc dégager un quatrième sens du mot « souverain » ou un quatrième concept de souveraineté, qui est révélée par le discours constitutionnel : c'est la qualité de l'être au nom duquel est exercée la souveraineté dans les trois premiers sens. Ainsi, dans les démocraties représentatives le pouvoir législatif est exercé au nom du peuple, qui est qualifié de souverain. C'est d'ailleurs pour justifier cette appellation de démocratie représentative qu'on affirme que la souveraineté appartient au peuple, bien qu'il ne l'exerce pas lui-même ou qu'il l'exerce « par ses représentants ». La souveraineté en ce sens est alors un principe d'imputation.

Si l'on applique à présent cette distinction aux justifications du pouvoir au Moyen Âge, on peut apercevoir la souveraineté dans son sens d'indépendance et dans celui d'autorité dont les décisions ne peuvent être contestées, tandis qu'il n'y a de souveraineté dans ses quatre sens différents qu'au XVI^e siècle.

Ainsi, l'adjectif souverain pouvait être employé au Moyen Âge pour une autorité dont les décisions sont incontestables non seulement dans le cas du roi, mais aussi dans celui des barons ou des tribunaux. C'est encore dans ce sens faible qu'il est employé pour les cours suprêmes et même pour les jurys d'examen.

À la fin de la période, le mot avait aussi un sens plus fort, celui d'un pouvoir de domination, la *Herrschaft*, mais nul n'aurait prétendu à cette époque que ce pouvoir impliquait la puissance d'État, c'est-à-dire le droit de tout faire et de régir par voie législative ou autrement n'importe quelle activité humaine¹¹. Bien que le roi ait peu à peu acquis des pouvoirs semblables à ceux de l'empereur de Rome – en particulier la législation et la justice – il ne pouvait légiférer que dans certaines matières et n'avait d'ailleurs pas le monopole de la législation, de sorte que, contrairement à ce que l'on peut constater dans l'État moderne, il était impossible d'imputer toutes les règles en vigueur et toutes les décisions particulières à la volonté d'un être unique. On pourrait donc conclure à propos du système médiéval comme Yan Thomas pour la République romaine : « il ne pouvait exister de souveraineté – d'imputation de toutes les décisions politiques à un centre unique – dans un système où les pouvoirs de chaque organe avaient un fondement autonome »¹². Ainsi, la souveraineté dans ses multiples acceptions modernes n'existait pas avant le XVI^e siècle.

Mais à partir de cette époque, la souveraineté s'est considérablement rapprochée de la construction analysée par Carré de Malberg et a fini par correspondre aux quatre concepts. Aux deux concepts de souveraineté applicables au roi dès le Moyen Âge, se sont ajoutés la « puissance d'État, c'est-à-dire le pouvoir de régir toutes les affaires humaines, et la qualité d'être un point ultime d'imputation, qui découle de la hiérarchie des normes. On retrouve facilement ces justifications dans d'autres pays que la France¹³.

¹¹ Helmut Quaritsch parle justement de l'inconcevable souveraineté médiévale « die Unmöglichkeit "mittelalterlicher" Souveränität » (H. QUARITSCH, *Souveränität : Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland von 13 Jh. bis 1806*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 34).

¹² Y. THOMAS, « L'institution de la majesté », *Revue de Synthèse*, t. 112/3-4, 1991, p. 331-386, spéc. p. 385.

¹³ Ainsi, en Angleterre, W. BLACKSTONE, *Commentaries*, L. III, ch. 3 : « *And, as by our excellent constitution the sole executive power of the laws is vested in the person of the king, it will follow that all courts of justice, which are the medium by which he administers the laws, are derived from the power of the crown. For whether created by act of parliament, letters patent, or prescription, (the only methods of erecting a new court of judicature) the kings consent in the two former is expressly, and in the latter impliedly, given. In all these courts the king is supposed in contemplation of law to be always present; but as that is in fact impossible, he is there represented by his judges, whose power is only an emanation of the royal prerogative* » (justification dynamique donc). Mais aussi, justification statique : les juges appliquent le droit non écrit « *BUT here a very natural, and very material, question arises: how are these customs or maxims too be known, and by whom is their validity to be determined ? The answer is, by the judges in the several courts of justice. They are the depositary of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land* » (Introduction, sect. 3). Cependant, le Parlement est souverain (parce qu'il est le pouvoir législatif) : « *It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal : the being the place where that absolute deposite power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by*

Il est d'ailleurs remarquable que le terme d'imputation désigne chez Kelsen à la fois l'attribution d'une action à une personne et la relation entre deux normes. Il montre clairement qu'il s'agit d'un seul et même phénomène :

« The statement that a crime is imputed to a person means that she is legally considered as having committed the crime and that a sanction can be inflicted upon her. Imputation is therefore the relation between crime and sanction. This relation is not a causal one, because it is not necessarily the case that when someone has committed a crime she will be punished. It is a relation created by a norm that states that if a crime has been committed then the person who committed it ought to be punished. But, more broadly, imputation is the relation between the two elements of the norm "if x, then y ought to be". It is the internal structure of the norm »¹⁴.

Nous disposons ainsi d'un métaconcept utilisable pour identifier l'État, l'État moderne si l'on préfère. L'État est un système politique dans lequel le pouvoir est absolu, s'exerce dans la forme du droit, c'est-à-dire par un système de normes doté d'une structure statique et dynamique et fait appel à une doctrine de la souveraineté.

Je ne prétends pas qu'il s'agit là d'une définition qui révélerait l'essence de l'État, ni même que ce soit la meilleure définition possible. On peut sans doute appeler État tout système politique doté d'institutions permanentes exerçant un pouvoir sur un territoire et une population donnée. Et une définition aussi large peut être parfaitement suffisante pour distinguer l'organisation politique des structures religieuses ou économiques. Mais si l'on cherche à comprendre *a)* la spécificité dans l'exercice du pouvoir, *b)* l'influence de la forme du système normatif sur le type de discours, alors le concept de hiérarchie des normes peut rendre de précieux services.

De même, la définition proposée ne peut être d'aucune aide pour expliquer les institutions, les causes de leur développement ou de l'effectivité du pouvoir monarchique. Ces causes sont évidemment diverses et pour une grande part extra-juridiques. Mais l'État dont il est question ici n'est qu'un discours. Il se peut que le roi ne parvienne pas dans telle ou telle circonstance à dominer les tribunaux ou l'Église, et qu'il y réussisse bien mieux dans telle autre situation. Dans les faits, il y a ainsi de grandes différences entre le roi de France et le roi d'Angleterre. Mais ce qui est frappant, c'est que dans les deux cas, ils s'efforcent de se subordonner toutes les autorités en produisant des règles générales, que dans les deux cas, les tribunaux doivent affirmer qu'ils appliquent des règles et que roi et tribunaux sont contraints de justifier ces pratiques à l'aide d'une doctrine de la souveraineté. Le pouvoir ne découle pas de la souveraineté ; c'est la souveraineté qui résulte de la forme du pouvoir.

the constitution of these kingdoms ». Ainsi, les tribunaux appliquent directement ou indirectement les lois voulues par le Parlement souverain.

¹⁴ H. KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy* (selected and introduced by O. WEINBERGER), Dordrecht, Reidel, 1973, ch. VII « Causality and Accounting », p. 154 s.