

## LE CONCEPT DE SOUVERAINETÉ CHEZ GEORG JELLINEK

Gérard CAHIN

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas*

Georg JELLINEK,

*L'Etat moderne et son droit* (1911)

« Les limites imposées à la jurisprudence  
ne coïncident pas nécessairement  
avec celles de la science. »

Parmi tous les noms attachés à ces *Grandes pages de la doctrine du droit international public*, celui de Georg Jellinek (1851-1911) fait de prime abord figure d'intrus. Si notre auteur a consacré un ouvrage à *La nature juridique des traités internationaux*, un autre à une *Théorie des groupements d'Etats* et un troisième à *Autriche-Hongrie et Roumanie dans la question du Danube : étude de droit international*, ces travaux ne sont qu'une étape obligée de son parcours universitaire, précédant ou suivant immédiatement sa nomination comme professeur à l'Université de Vienne en 1883 ; ils ne sauraient suffire à faire de Jellinek un internationaliste à part entière sinon même principale, et appréciés au poids, arrivent très loin derrière ceux de Kelsen en la matière. Kelsen qui fut son élève à Heidelberg, la plus prestigieuse et libérale des universités d'Allemagne, où Jellinek, fils d'un grand spécialiste de la mystique juive devenu rabbin de Vienne, trouve quelques années plus tard accueil et une atmosphère plus respirable que celle de la capitale de l'Empire, gagnée par la montée d'un antisémitisme virulent lui fermant toute perspective de carrière. Jellinek y enseignera vingt ans, jusqu'à sa mort, occupant une chaire autrefois détenue par Bluntschli et produisant l'essentiel d'une œuvre considérable qui devait

l'imposer comme l'un des grands constitutionnalistes de son temps et un immense théoricien du droit public et de l'Etat.

Son livre sur la nature juridique des traités internationaux avait déjà donné à Jellinek l'occasion de s'y confronter, mais l'édification d'une théorie générale de l'Etat moderne le conduisit à reprendre en profondeur la question de la souveraineté, et c'est à raison de l'inestimable apport pour l'internationaliste des très grandes pages qu'il y a consacrées qu'il trouve naturellement ici sa place. Sans qu'elle n'ait jamais pu l'ignorer, il n'est pas sûr que la doctrine de droit international l'ait reconnu à sa véritable mesure. De la réflexion de Jellinek sur cette question, c'est en effet la théorie de l'autolimitation qui a retenu essentiellement l'attention et suscité pour une majorité d'auteurs le feu de la critique ; la controverse a d'ailleurs moins pour enjeu la détermination intrinsèque du concept de souveraineté que celle du fondement du caractère obligatoire du droit international, reflétée dans toute son intensité par les grands cours généraux de l'Académie de La Haye durant la période de l'entre-deux-guerres et plus discrètement jusqu'à aujourd'hui, comme dans la plupart des manuels de droit international.

S'il ne s'agit pas de nier son rôle essentiel dans la théorie jellinikienne de l'Etat et l'élucidation du rapport de la souveraineté et du droit, interne comme international, la focalisation des internationalistes sur l'autolimitation, au-delà même des malentendus qu'elle a provoqués, pourrait bien avoir oblitéré la contribution plus générale de son auteur à la compréhension de la souveraineté, spécialement sous son aspect international. Les développements qu'il lui a réservés constituent une voie royale d'entrée dans le concept, tant par la force et la fraîcheur de l'expression que par la richesse et la pertinence toujours actuelle de l'analyse, solidement adossée à une ferme assise méthodologique et aux sources intellectuelles qui la fondent.

A l'instar de Friedrich Hayek qui trouve aussi une place en apparence paradoxale dans ce volume, Jellinek n'est pas à l'origine un juriste, mais un philosophe : la philosophie fut comme il le dit lui-même son « amour de jeunesse », et c'est lesté d'un titre de docteur de l'Université de Leipzig dans cette discipline, avec une thèse sur les *Conceptions du monde de Leibniz et Schopenhauer*, qu'à l'insistance probable de son père inquiet du peu de débouchés professionnels (déjà) qu'il lui offre, il contracte avec la science juridique un « mariage de raison ». Ainsi que l'écrit Olivier Jouanjan dans l'indispensable

biographie intellectuelle qu'il a brossé du maître, cette hésitation de jeunesse entre philosophie et science juridique ne doit pas être sous-estimée si l'on veut prendre la mesure réelle de l'œuvre de Jellinek, qui se présente « comme un effort proprement philosophique sur le droit »<sup>1</sup>.

Celle-ci se rattache pour une part à la tradition du criticisme kantien dans lequel son auteur voit la source de l'esprit philosophique moderne ; son ambition est à cet égard clairement revendiquée : ce que Kant est à la philosophie, Jellinek veut l'être à la science du droit, afin de la repenser et la développer sur la base d'une critique radicale de la raison juridique. Cet enracinement philosophique explique l'importance qu'il accorde à l'effort de conceptualisation. Prolongeant l'enseignement kantien, Jellinek tient que la connaissance n'est pas la reproduction ou le reflet d'un état de chose préexistant : son objet n'est pas un donné mais doit être au contraire construit selon une méthode qui le conditionne, et non l'inverse. Le monde juridique est un pur monde de la pensée, affirme-t-il, et ses concepts n'ont aucune essence pour objet ; aussi bien le mode de questionnement scientifique du juriste ne consiste-t-il pas à croire dans leur réalité ni à constater des processus sociaux : la question majeure n'est pas pour lui de savoir comment définir par exemple la propriété, la personnalité, la souveraineté, mais comment elles doivent être pensées. Il en résulte que la validité d'un concept juridique ne tient pas à la correspondance de ce que les mots décrivent avec le monde objectif des processus, mais à son caractère opératoire dans le discours juridique : sa qualité n'est pas d'ordre substantiel mais fonctionnel.

Mais le « juriste philosophe » qu'est Jellinek se double aussi d'un « sociologue profond et inventif », entretenant tout au long de sa carrière un dialogue intensif avec les grands courants de la pensée sociologique de l'époque, spécialement Max Weber dont il aura

---

<sup>1</sup> Cité par O. JOUANJAN, « Georges Jellinek ou le juriste philosophe », biographie intellectuelle composant l'imposante et savante préface à G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2005, première partie, pp. 5-85, p. 13 ; cette réédition reproduit le fac-similé de la traduction française en deux volumes par G. FARDIS, Paris, Giard et Brière, 1911-1913, de la première édition de *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1900. V. sp. aussi R.Y. PAZ, *A Gateway between a Distant God and a Cruel World. The Contribution of Jewish German-Speaking Scholars to International Law*, Den Hague, Nijhoff, 2012, pp. 129-156 ; sur l'actualité de cet ouvrage, v. W. BRUGGER, « Georg Jellineks Statuslehre: national und international. Eine Würdigung und Aktualisierung anlässlich seines 100. Todestages im Jahr 2011 », *Archiv des oeffentlichen Rechts*, (136) 2011, pp. 1-43.

influencé les écrits sur plusieurs points majeurs<sup>2</sup>. Parce qu'il veut isoler le droit de la politique et de la philosophie morale dont celui-ci peine encore à se dégager en le soumettant à un traitement authentiquement juridique, Jellinek est sans conteste un positiviste. Cette attitude scientifique se justifie d'ailleurs spécialement concernant le droit international, tant ses représentations restent selon lui dominées par le vieux droit naturel, à la différence des autres branches du droit qui ont depuis longtemps reconnu l'inanité d'une doctrine prétendant fonder des sujets de droit et des droits et obligations sur un ordre juridique qui précède et commande le droit positif. Jellinek n'entend pas pour autant couper l'objet « droit public » des considérations historiques, politiques et sociales qui configurent la base empirique sur laquelle il construit ses concepts, se préservant ainsi contre le risque de la spéculation. Un tel ancrage dans la discipline des sciences sociales et l'attention portée à ces données extra-juridiques se traduisent par l'étude approfondie de l'histoire des dits concepts, Jellinek partant toujours du contexte politique dans lequel ils se sont forgés et en fonction duquel ils évoluent et varient.

Cette méthodologie se déploie avec ampleur dans *L'Etat moderne et son droit* (1900), un monument de la science juridique allemande qui forme, avec le *Système des droits publics subjectifs* (1892) et l'interprétation révolutionnaire de *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1895), le triptyque qui a assis la stature de l'auteur. La conception de l'Etat moderne étant « basée tout entière sur les rapports de l'Etat avec le droit, [elle] nécessite, pour être complète, une étude des rapports de l'Etat avec le droit international »<sup>3</sup>. Les développements sur la souveraineté occupent une centaine de pages de la deuxième partie de l'ouvrage, la *Théorie juridique de l'Etat*, la première ayant pour titre *Théorie générale de l'Etat*. Cette structure retenue par l'édition française est trompeuse et masque son originalité : la *Théorie juridique de l'Etat* est en réalité la troisième partie de la *Théorie générale de l'Etat*, la première étant consacrée à une longue introduction à la doctrine de l'Etat, et la deuxième à la *Doctrines de l'Etat au point de vue social*, qui marque toute la différence avec la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg.

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>3</sup> *L'Etat moderne et son droit* (I), *op. cit.*, p. 559.

Aucun concept fondamental du droit politique n'exige plus que celui de souveraineté d'étudier le développement historique, postule d'emblée Jellinek ; c'est de cette étude qu'il conviendra ensuite de tirer les leçons quant à la nature juridique de la souveraineté.

## I. HISTOIRE DE LA NOTION DE SOUVERAINETÉ

Envisagée dans ses origines historiques, la souveraineté est une « conception politique qui ne s'est condensée que tardivement en conception juridique », dans le cadre de la formation de l'Etat moderne occidental<sup>4</sup>. En dépit du tribut que leur paient des auteurs encore « dominés et ensorcelés par les conceptions antiques au moment précis où ils faisaient actes d'esprits créateurs », au premier chef Grotius, la souveraineté est radicalement étrangère aux doctrines de l'Antiquité<sup>5</sup>. Elle n'a rien à voir avec l'autarchie, catégorie morale et non juridique désignant chez les Grecs le « gouvernement assuré par les citoyens eux-mêmes », d'où dépend la réalisation de la vie parfaite qui est le but de l'Etat. Condition nécessaire à son existence, la possibilité de subsister indépendamment d'une communauté supérieure n'exige pas de la *Polis* qu'elle ne dépende en rien de cette communauté sous tel ou tel rapport. Pas plus la souveraineté ne peut-elle être éclairée par les notions de *majestas*, *potestas* ou *imperium*, qui renvoient au pouvoir de commandement civil et militaire du droit romain mais ne disent rien du contenu ni des limites du pouvoir politique.

Si l'Antiquité n'a pu inventer ni penser la souveraineté, c'est pour la raison historique essentielle qu'il y manquait « la seule et unique chose qui pût faire concevoir cette notion, à savoir *l'opposition entre le pouvoir politique et d'autres pouvoirs* »<sup>6</sup>. L'observation n'a rien perdu de sa pertinence, à lire un auteur anglais qui imagine aujourd'hui l'Islande découvrant un beau matin que toutes les terres du globe ont été englouties sous les eaux et, passé le moment d'euphorie que lui procure la jouissance d'une liberté de la pêche désormais sans limites, s'aperçoit que sa souveraineté ne lui est plus en la matière d'aucune utilité<sup>7</sup>. Découverte non par « des savants

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 79, souligné par G. J.

<sup>7</sup> T. ENDICOTT, « The Logic of Freedom and Power », in S. BESSON and J. TASIOLAS (éd.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 249-259, cité par J. CRAWFORD, « Chance, order, change : the Course of International Law », *RCADI*, (365) 2013, pp. 9-390, p. 81.