

Spécial
Droit

Cours et exercices

Droit constitutionnel

3^e
édition

Stéphane Caporal-Gréco
Pierre Esplugas-Labatut
Philippe Ségur
Sylvie Torcol

ellipses

Chapitre 1

L'État

Étudier l'État implique d'en passer en revue la notion (I), la constitution (II) et la forme (III).

I. La notion d'État

Parce que la notion d'État présuppose la notion de politique (Carl Schmitt), on doit élucider celle-ci (A) en préalable à l'étude des conditions d'existence de l'État (B) et de sa propriété qu'est la souveraineté (C).

A. La notion de politique

Dès l'Antiquité, des auteurs affirment l'irréductible essence du politique (1) et s'efforcent de dresser une typologie des régimes politiques (2).

1. L'essence du politique

REMARQUE Le mot d'Aristote : « l'homme est un animal politique » (to zoon politikon) signifie qu'on ne peut le concevoir qu'en société. L'homme isolé n'existe pas dans la nature. Ce n'est qu'avec Hobbes, Locke et surtout Rousseau, qu'on en viendra à imaginer la fiction du contrat social.

Politique, vient de *polis*, la cité qui donne aussi *politeia*, lequel désigne, d'une part, le politique en tant que phénomène d'organisation de la cité, toutes les institutions qui participent de cette organisation et que l'on appelle aujourd'hui constitution – au sens de *La Constitution d'Athènes* d'Aristote – et, d'autre part, la politique au sens actuel de vie politique. Les Romains ont traduit *politeia* par République (*res publica*, chose publique) avec néanmoins une signification un peu différente que l'on examinera plus loin. Parce que gouverner c'est choisir (duc Gaston de Levis), le politique est affaire de décision mais, la décision politique étant spécifique, il faut en examiner les présupposés. D'abord, il n'y a pas de politique sans commandement et sans obéissance sauf à priver la décision de tout effet. Vient ensuite une autre distinction entre le public et le privé c'est-à-dire entre sphère publique et sphère privée. Si tout est privé, il n'y a pas de corps politique, mais si tout est public, on est dans un pur totalitarisme encore que même les régimes totalitaires ne parviennent pas à effacer complètement le privé et une part d'autonomie. Enfin, une dernière distinction oppose l'ami et l'ennemi : souvent accusée de ruiner l'espoir

d'une humanité pacifiée, elle ne fait qu'exprimer le constat qu'on ne s'unit jamais aussi bien que face à une menace. La question de l'ennemi n'est pas d'ordre moral : l'ennemi est celui qui menace les intérêts vitaux et l'existence même du groupe, peu important ses intentions. C'est pourquoi, la guerre et la diplomatie sont, avec la justice et la police, au centre de la problématique de l'État.

2. Les régimes politiques

Au v^e siècle av. J.-C., Hérodote classe les régimes politiques en trois : la monarchie, gouvernement d'un seul, l'oligarchie, celui de quelques-uns, et la démocratie, celui de tous. Monarchie, de *monos* (un seul) et *arché* (origine, commandement, autorité, primauté) incarne la stabilité institutionnelle, le respect des grands principes et des anciennes lois : si l'autorité du monarque est incontestée, il ne peut pas pour autant faire n'importe quoi. Oligarchie, de *oligos*, petite quantité, laisse ouverte la question du critère de sélection du petit groupe appelé à gouverner. Enfin, démocratie de *demos*, peuple, et *cratos*, commandement fondé sur le fait d'être fort (Hérodote utilise aussi isonomie qui veut dire partage égal du pouvoir) comme pouvoir du peuple (par le vote ou le tirage au sort à Athènes) fait de chaque citoyen un gouvernant : c'est donc le plus exigeant des régimes.

REMARQUE

La démocratie ne se confond pas avec la République laquelle a deux sens : 1° la chose publique comme objet de l'attachement des membres du corps politique par opposition à ceux qui ploient sous le joug d'un tyran et obéissent par peur. Au xvi^e siècle, Jean Bodin, dans *Les Six Livres de la République*, qualifie ainsi un État fondé sur la justice tel que le Royaume de France ; 2° le contraire de la royauté, car elle succéda au roi étranger qui opprimait Rome où il n'y eut plus jamais de roi par la suite. Ce sens resurgit avec la révolution d'Amérique jusqu'à faire oublier que République désigne d'abord un État libre (les Américains fondent une République, mais leur Sénat est aristocratique).

De même, la monarchie ne se confond pas exactement avec la royauté. Le mot roi vient de la racine *rig* (*rex* en latin) qui renvoie à ce qui fait tenir le monde (donne aussi rectitude) car le roi est garant de l'ordre du monde dans le royaume, notamment du respect des serments et des traditions. Comme le rappelait le prince de Galles en 1992 : « dans la royauté il y a une parcelle de sacré ». De ce sacré, le roi ne peut s'affranchir : il ne détient pas que la puissance, la potestas romaine, mais aussi et d'abord l'autorité, l'auctoritas, cette force à mi-chemin entre le sacré et le politique qui fonde et légitime le pouvoir (et qui est donc le contraire de l'autoritarisme). C'est pourquoi, la fonction royale ne consiste pas à faire ce que l'on veut, mais ce que l'on doit et, dans ses Instructions sur le métier de roi, Louis XIV écrit qu'un roi doit toujours être prêt à rendre compte à son peuple de son action, mais que, pour le bien de l'État, il ne peut jamais le faire. Plus près de nous, la Reine d'Angleterre, qui n'a aucun pouvoir, mais une indéniable autorité, s'impose la règle « Never complain, never explain » (ne jamais se plaindre, ne jamais s'expliquer).

Platon distingue les régimes d'après leur principe : aristocratie (gouvernement des meilleurs, *aristoi*), timocratie, ploutocratie, démocratie (qu'il juge ignoble) et tyrannie, respectivement fondées sur l'honneur, les richesses, l'égalité, le seul désir et le gouvernement en dehors des lois. Pour Aristote, trois régimes, monarchie, aristocratie et République ou gouvernement constitutionnel (*politeia*), ont en vue l'intérêt commun, mais dégèrent en tyrannie, oligarchie et démocratie. Enfin, Polybe en compte six : la royauté, acceptée par la raison, se dégrade en autocratie ou despotisme, l'aristocratie se pervertit en oligarchie matérialiste, la démocratie fondée sur l'égalité et la liberté, dégère en ochlocratie, gouvernement par la foule, ou dominant les démagogues qui flattent tous les vices.

REMARQUE

Pour empêcher les régimes de dégénérer on peut prendre ce qu'il y a de préférable dans chacun pour former un régime mixte ou recourir à l'institution de crise que le droit romain appelle dictature.

Sparte est le modèle du régime mixte : deux rois issus de deux dynasties, faisant la guerre, l'autre administrant sous le contrôle de cinq *éphores* élus pour un an, une oligarchie de citoyens de plus de soixante ans (gérontes), élus à vie, la *gérousia*, et l'assemblée démocratique des citoyens qui s'appellent les égaux (*homoioi*). Mais la démocratie, ce sont d'abord les citoyens eux-mêmes, élevés rudement en commun dès l'âge de sept ans, servant dans l'armée jusqu'à soixante ans et résidant dans des communautés militaires égalitaires où la vie de famille est réduite. Rome aussi connaît un régime mixte : deux consuls, civil et militaire, un Sénat, oligarchie aristocratique, et des comices centuriates rassemblant annuellement les citoyens au champ de Mars pour élire et décider. Plus tard, on verra des régimes mixtes dans le Saint Empire, avec l'Empereur élu et le collègue électoral aristocratique, voire dans la monarchie française avec le roi, initialement élu par l'assemblée de la noblesse et des évêques (d'où la réplique qu'aurait faite Adalbert de Périgord à Hugues Capet : « Qui t'a fait roi ? »), l'aristocratie au sein du Conseil royal et la démocratie dans les États généraux. Ces thèses, vivement contestées par les légistes royaux, ressurgissent lors des grandes crises politiques (guerre de Cent ans, guerres de religion, Fronde, Révolution). Toutefois, si le régime mixte échoue, il reste encore la dictature.

DÉFINITION

La dictature est l'institution qui consiste à confier les pleins pouvoirs pour une durée limitée à un homme choisi comme dictateur afin qu'il sauve Rome lorsque celle-ci est gravement menacée de l'intérieur ou de l'extérieur.

L'exemple célèbre est Cincinnatus qui cultive son champ lorsqu'on vient lui proposer la dictature. En seize jours, il remporte la victoire et, après son triomphe, il retourne à sa charrue. Cette idée de salvation perdue sous l'Ancien Régime avec le « coup de majesté » : le roi peut user de tout moyen contre une menace que les règles et procédures habituelles ne peuvent écarter : assassinat (Henri III contre Henri de

Guise, Louis XIII contre Concini), édit (de Louis XV sur la justice en 1771), etc. Jusqu'à nos jours, divers textes donnent la possibilité au chef de l'État de prendre des mesures adaptées au temps de crise : charte de 1814, Constitution allemande de Weimar de 1919 ou Constitution de 1958 (art. 16).

On relèvera que le mot régime est chargé d'une ambiguïté que la théorie du régime mixte ne fait que renforcer. Comment classer ou définir un régime qui mêle des organes et des principes antagonistes ? Jean Bodin répond en distinguant forme d'État et forme de gouvernement.

REMARQUE

Un régime monarchique (forme d'État) peut fonctionner démocratiquement (forme de gouvernement) ou inversement. Cependant, le mot régime peut aussi désigner le cas particulier de tel ou tel pays (régime britannique, régime de la V^e République), une classification propre au droit constitutionnel (régime parlementaire ou présidentiel), une manière de faire primer les institutions de décisions sur celles de discussion (régime autoritaire) voire le projet de transformer l'humanité en conditionnant les esprits indépendamment de l'organisation institutionnelle (régime totalitaire).

Un régime politique normal, non pathologique, est censé avoir en vue le Bien commun qui dépasse l'intérêt personnel (saint Thomas d'Aquin) et repose sur la succession des générations et les notions de justice et d'équilibre. C'est le fondement de la légitimité et sont donc légitimes ceux qui parviennent au pouvoir conformément au droit et qui gouvernent en vue du Bien commun. Lorsqu'un gouvernement devient tyrannique, saint Thomas conseille de ne pas se révolter pour éviter d'envenimer la situation et de créer des injustices encore plus graves, mais si la tyrannie s'installe et devient la règle, alors on peut la combattre.

Pour aller plus loin

J. Freund. *L'essence du politique*, 1965, rééd. Dalloz, 2003 ; A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, 1963, 8^e éd. 1999, tr. fr. A. Sériaux 2000 ; J.-C. Ricci, *Histoire des idées politiques*, 3^e éd. Dalloz, 2014 ; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2000 ; C. Schmitt, *La dictature*, (1901), tr. fr. Seuil, 2000 et *La notion de politique* (1932), rééd. tr. fr. Flammarion, 2009 ; J.-F. Spitz, « Régime mixte », *Dictionnaire de philosophie politique* ; Ph. Raynaud, S. Rials dir., PUF, Quadrige, 1996, p. 634-640.

B. Les éléments constitutifs de l'État

Pour qu'un État existe, il faut un territoire (1) pour y fixer un groupe humain (2), une organisation politique détentrice de la puissance publique (3) qui lui permet d'acquérir la personnalité juridique (4) ainsi qu'une propriété spécifique qui est la souveraineté (5).

1. Un territoire

Il n'y a pas d'État nomade : l'État apparaît avec la sédentarisation et l'ancrage territorial. Peu importe la dimension du territoire qui peut être gigantesque (Russie) ou minuscule (État de la Cité du Vatican : 44 hectares) dès lors qu'il est naturel (en revanche, une simple plate-forme servant à la domiciliation, telle *Sealand*, n'est pas un État). Les frontières délimitent le territoire national y compris l'espace aérien et ce que l'on appelle les eaux territoriales à 12 milles marins de la côte (environ 22,2 km). La protection de son territoire étant une condition d'existence d'un État, d'après le droit international, celui-ci a le droit de s'opposer par la force à toute intrusion quels qu'en soient les motifs.

2. Un groupe humain spécifique

Une foule ne fait pas un État : le mot population est trop ambigu pour désigner le groupe humain parce qu'il a une connotation démographique et peut inclure les étrangers. Les mots « peuple » et « nationaux », plus précis, conviennent parfaitement pour la plupart des États qui sont des États-nations (un État correspondant à une nation ou un peuple), mais pas pour tous, certains, dits multinationaux, pouvant comporter plusieurs peuples : Autriche-Hongrie (1867-1918), Suède-Norvège (1814-1905), URSS, ex-Yougoslavie, Royaume Uni, voire la Fédération de Russie... Le mot « citoyens » est inapproprié, puisqu'il implique l'exercice de droits auxquels tous les nationaux n'ont pas accès tels les mineurs. Bien qu'il ait son sens en droit international, le mot le plus adéquat pourrait être « ressortissants », qui désigne ceux qui bénéficient de la protection diplomatique de leur État d'origine lorsqu'ils sont à l'étranger.

Si l'on s'en tient à la catégorie habituelle de l'État-nation, la question se pose de ce qui fait l'unité d'un État et d'une nation. L'ethnie, d'abord, évidente dans les États à la composition homogène (Islande, Japon, Hongrie voire Empire romain germanique), est un peu plus relative dans d'autres comme la France où domine plutôt un substrat celto-germanique et romain. La langue, ensuite, essentielle dans certains États (Allemagne), s'est imposée tardivement dans d'autres (en France, le français devient langue du droit en 1539 par l'édit de Villers-Cotteret et se répand au début du xx^e siècle) et est sans effet en Suisse qui compte quatre langues pour huit millions d'habitants (allemand, français, italien et, en pratique, le romanche dans le canton des Grisons). La religion, enfin, est un puissant vecteur d'unité (France catholique, Grèce et Russie orthodoxes) : la diversité peut ruiner l'État (guerres de religions, ex-Yougoslavie), mais certains États sont devenus pluri-religieux en conservant leur unité (Allemagne, Suisse).

REMARQUE

L'unité est aussi affaire de psychologie et de volonté, comme le souligne l'effort pluriséculaire des Capétiens pour unifier le royaume de France et renforcer le sentiment d'appartenance ou encore la citation de Renan : « Une nation est une âme, un principe spirituel. [...] une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a fait et de ceux qu'on est

disposé à faire encore. Elle suppose un passé : elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exposé de continuer la vie commune ». On oublie parfois que, dans ce texte, Renan évoque aussi avec raison l'inscription dans la succession des générations, l'acceptation d'un héritage, et rappelle ce qu'il qualifie d'hymne abrégé de toute patrie, le chant des guerriers de Sparte : « Nous sommes ce que vous fûtes, nous serons ce que vous êtes ». À sa suite, Barrès aperçoit la nation dans l'enracinement, « la terre et les morts », tandis que, tourné vers l'imagination, Malraux en cherche la force dans « la communauté des rêves ». On peut y voir un aspect de l'opposition entre nation ethnique, plutôt allemande, et nation civique, plutôt française, mais c'est une opposition relative car il y a le plus souvent dans le fait national un mélange de civisme et d'ethnicité.

3. Une organisation politique détentrice de la puissance publique

Avec ce que l'on appelle familièrement un gouvernement, des institutions politiques, l'État s'organise pour commander, défendre le territoire, rendre la justice et assurer la sécurité de ses membres. Max Weber écrit : « il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé – la notion de territoire étant une de ses caractéristiques –, revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime ».

La question de la légitimité est centrale : dans l'usage de la contrainte, ce qui distingue l'État d'un malfaiteur, c'est que l'action du premier est réputée légitime par hypothèse. C'est d'ailleurs pourquoi elle bénéficie du « privilège du préalable » en vertu duquel ses décisions sont exécutoires de plein droit (Maurice Hauriou). Mais la légitimité peut être contestée comme durant l'Occupation lorsque gouvernement de l'État français et gouvernement de la France libre s'accusent d'illégitimité et d'illégalité. À la Libération, l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine en France métropolitaine proclame : « La forme du gouvernement est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Elle conclut à la nullité des actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires et arrêtés d'exécutions pris du 10 juin 1940 à la Libération par le Gouvernement de l'État français, mais elle ajoute que la nullité doit être expressément constatée et énumère les matières concernées, ce qui permet *a contrario* de conserver tous les autres actes.

4. La personnalité juridique de l'État

REMARQUE L'État est une personne morale. Cette notion, issue du droit canonique, a inspiré le droit constitutionnel. Elle signifie que l'État est plus qu'une simple juxtaposition d'individus et de volontés sur un territoire et qu'il dépasse la vie de ses gouvernants.

L'école sociologique de Léon Duguit a critiqué cette notion l'accusant d'être une fiction destinée à légitimer les gouvernants et on connaît le « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale » (Gaston Jèze) à quoi on a pu répondre « mais

je l'ai souvent vue payer l'addition» (Jean-Claude Soyser). La personnalité juridique est peut-être une fiction, mais c'est une fiction nécessaire dans la réalité du droit pour décider au nom de l'État (ou de la nation) en vue du Bien commun. La nier, c'est admettre, par exemple, qu'un traité étant passé entre des individus ne lie donc qu'eux-mêmes. De plus, ce pseudo-réalisme sociologique ne tient compte que des éléments matériels en oubliant qu'on n'agit pas uniquement par intérêt, mais d'abord pour des «fictions» comme le montre la sociologie de Max Weber qui énumère les différentes formes de légitimité (traditionnelle, charismatique, rationnelle-légale).

REMARQUE

La personnalité juridique de l'État implique son unité et sa continuité.

En France, l'unité de la nation, se fait autour du Roi, puis de la République ce qui permet à Péguy de célébrer : «la République une et indivisible, notre royaume de France». La continuité de l'État est la continuité de sa personnalité. Sous la monarchie, elle se traduit par la théorie des deux corps du roi, corps physique périssable et corps mystique inaltérable, par l'adage «Le mort saisit le vif» soulignant la continuité dans la succession royale et par la formule : «Le roi est mort, vive le roi» qui annonce le décès du monarque. «Je m'en vais mais l'État demeurera toujours» sont les derniers mots de Louis XIV, résumant d'une phrase toute la doctrine de la continuité. Une continuité que protègent des Lois fondamentales telles que la dévolution successorale du pouvoir royal par primogéniture masculine (la Loi salique), qui empêche le Royaume de tomber par mariage entre des mains étrangères, ou l'inaliénabilité du domaine royal. Enfin, en droit international, l'unité suppose une représentation unique et la continuité résiste aux changements de régime : les engagements restent valables de même que les sanctions (cas de l'Allemagne en 1919).

Pour aller plus loin

E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* (1882), rééd. Mille et une nuits 1997 ; M. Weber, *Le Savant et le politique* (1919), tr. fr. J. Freund, Plon, 1963.

5. La souveraineté, une propriété de l'État**REMARQUE**

Souverain (du latin *super*, dessus, qui donne aussi *suprême*) désigne ce qui échappe à toute hiérarchie. Du XI^e au XV^e siècle, les légistes royaux opposent la souveraineté à l'extérieur au Pape et à l'Empereur et à l'intérieur aux barons qui refusent encore l'hommage. Carré de Malberg en conclut que la souveraineté a «deux faces», en précisant qu'il serait trompeur de voir «dans la souveraineté intérieure et extérieure deux souverainetés distinctes» car «l'une et l'autre se ramènent à cette notion unique d'un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au-dessus de lui. L'une et l'autre signifient pareillement que l'État est maître chez lui».

On pose en postulat que la souveraineté est une propriété de l'État au sens d'une qualité qui lui est propre. Dès lors, un État qui n'est pas souverain n'est donc pas un État. Inversement, certains auteurs soutiennent qu'un État n'est pas nécessairement souverain et que la souveraineté n'est pas un principe essentiel. On remarquera que les deux écoles utilisent les mêmes exemples : États fédérés américains, provinces canadiennes, *länder* allemands ou cantons suisses. Pour les tenants de la souveraineté, ces collectivités non souveraines ne sont pas de véritables États, mais des collectivités fédérées « d'apparence étatique » (Stéphane Rials), alors que pour ses adversaires, elles prouvent qu'un État peut n'être pas souverain.

La souveraineté peut être vue soit comme un pur fait, la capacité à s'imposer, qui n'intéresse pas directement les juristes, soit comme un principe juridique en même temps que politique. Jean Bodin la définit comme la « puissance absolue et perpétuelle d'une République » avant qu'au XIX^e siècle on n'en propose une définition plus technique, la « compétence de la compétence » (Georg Jellinek), mais qui n'est pas satisfaisante car la compétence est un pouvoir conditionné alors que le propre de la souveraineté est d'être inconditionnée. Par la suite, on la définit comme un « pouvoir de droit originaire et suprême » (Julien Laferrière) ce qui est plus proche de la définition de Bodin et en souligne le caractère à la fois juridique et inconditionné. Enfin, Carl Schmitt en propose une définition qui se veut concrète :

DÉFINITION « Est souverain celui qui décide de la situation d'exception ».

Cette définition insiste sur l'articulation entre le cadre juridique et son dépassement factuel pour mieux y revenir et elle rend compte du recours au coup de majesté ou à une dictature non prévue par un texte : celui qui agit au nom du souverain ou en tant que tel décide qu'on a affaire à une situation d'exception qui appelle une réponse extraordinaire.

REMARQUE Envisager la souveraineté de l'État sous l'angle de la décision conduit à poser la question de celui qui décide autrement dit du souverain concret ou, si l'on préfère, de la souveraineté dans l'État.

Sous la monarchie, le roi incarne l'État : il est souverain par la grâce de Dieu, ce qui signifie qu'il ne tient son pouvoir d'aucune puissance terrestre, car « il n'est pas de pouvoir qui ne vienne de Dieu » (saint Paul, *non est enim potestas nisi a Deo*), à quoi les Pères de l'Église ajoutent « mais pour le peuple » (*sed per populum*). Le souverain n'est pas limité par les lois issues de la volonté humaines, mais il l'est par les lois que Bodin appelle divines et naturelles parmi lesquelles les Lois fondamentales du Royaume qui en sont la Constitution. Le jour de son sacre, il jure de protéger les droits et libertés de l'Église et de ses sujets : sa souveraineté ne l'autorise donc pas à employer sa volonté contre le Bien commun.