

Michel Clapié

Droit constitutionnel

Théorie générale

3^e édition



ellipses

CHAPITRE 1

L'État

« L'État, écrit le professeur Pierre Pactet, est un phénomène historique, politique et juridique »¹. Cette ébauche de définition « réaliste » a le mérite de souligner à quel point la dimension juridique n'est pas première même si elle est essentielle. En ce domaine, le droit, en effet, ne fait que couronner l'œuvre du temps – ou de l'histoire –, et consacrer, en lui donnant stabilité et pérennité, la prégnance d'une *réalité* politique antérieure. Comme souvent, le fait a précédé le droit même s'il ne l'a pas créé. La création, ce sera l'œuvre d'une volonté. « Un État, écrivait ainsi Edith Stein, n'est pas un simple effet d'actes juridiques relevant du droit positif (bien que ce ne soit qu'avec la constitution juridique qu'il devient un État au plein sens du terme), mais se rattache au développement antérieur d'une communauté »², d'une communauté *humaine* s'entend.

C'est ce qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on se propose d'appréhender le phénomène étatique, même s'il s'agit de privilégier le point de vue juridique, qu'il s'agisse d'examiner les conditions de la formation de l'État (Section 1), ou la forme qu'il peut revêtir une fois formé (Section 2).

1. Pierre PACTET, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, coll. U, Armand Colin, 21^e éd., p. 40.

2. Edith STEIN, *De l'État* [1925], Cerf, 1989, p. 115.

Section 1 – La formation de l'État

En schématisant à peine, on peut dire que l'État n'existe que parce qu'il est pensé. Il n'est qu'un « artifice » comme l'a écrit Georges Burdeau, « en ce sens qu'il n'est pas donné comme un phénomène naturel, mais doit être construit par l'intelligence humaine »¹.

L'État est donc d'abord une *idée* intelligible. Mais l'État n'est pas que cela. Il est une construction intellectuelle, il est l'œuvre de l'intelligence certes, mais à partir d'une réalité : un pouvoir organisé dans la durée. L'État est donc aussi une *réalité* sensible, une réalité perceptible par les sens parce que l'État se manifeste concrètement à travers le phénomène du pouvoir et par le truchement de ceux qui l'exercent en son nom.

Bref, l'État apparaît d'abord comme une idée intelligible et donc abstraite (§ 1) ; il se manifeste ensuite comme une réalité sensible et donc concrète (§ 2).

§1. L'idée abstraite de l'État

En tant qu'idée, qu'abstraction pure, l'étude de l'État relève de la spéculation théorique. Et les juristes ne sont ni les seuls ni les premiers à l'avoir pensé sous cet angle. Les philosophes les ont accompagnés – sinon précédés – avant que la sociologie ne s'en mêle aussi. Ce n'est pas ici le lieu de faire une recension exhaustive des différents discours scientifiques sur l'État. Ce qui n'interdit pas évidemment des mises en perspective ponctuelles, ni davantage de se priver des apports utiles des autres disciplines. L'objet du propos qui va suivre n'en est pas moins de rendre compte, du point de vue du droit, des conceptions théoriques de l'État dominantes dans la doctrine juridique contemporaine et d'en faire la critique (A), avant de proposer une définition juridique de l'État somme toute très classique (B).

A. Les conceptions théoriques de l'État

Les représentations conceptuelles de l'État sont multiples. La conception des philosophes (ceux des XVII^e et XVIII^e siècles) consiste à le regarder comme un *phénomène contractuel*. La faiblesse de cette conception est de tenir l'État pour le résultat d'un *contrat social* originel marquant le passage de l'« état de nature » à l'état de société. Ce *pacte fondateur* n'est cependant qu'un simple postulat philosophique sans réalité historique et sans fondement anthropologique : l'*état de nature*, réputé antérieur à ce *pacte fondateur*, est une *fiction théorique*, ou mieux, un mythe². C'est là le reproche commun que l'on peut faire aux conceptions de

1. Georges BURDEAU, *L'État*, coll. Points/Essais, n° 244, éd. du Seuil, 1970, p. 55.

2. L'état édénique – dans le jardin d'Eden – dont parle la Bible, n'est pas un état de nature, mais un *état surnaturel*, dont l'état de nature idyllique de certains penseurs du XVIII^e siècle ou encore le mythe du bon sauvage semblent être des sécularisations insatisfaisantes, aussi bien conceptuellement qu'empiriquement (V. Henri HUDE, *La force de la liberté*, op. cit., p. 72, note 1).
enri

Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) ou Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) en dépit de tout ce qui les sépare quant à la cause de ce *pacte* originel¹ que Jean-Jacques Rousseau appelait, lui, « contrat social ».

La conception des sociologues n'est pas plus satisfaisante. Elle réduit l'État à un *phénomène conflictuel* et ne voit en lui que le produit d'un rapport de force qui s'établit au profit d'un petit nombre de gouvernants opposés à un grand nombre de gouvernés. Cette thèse soutenue par le Doyen Duguit (1859-1928)² fonde aussi à sa manière l'explication de l'État développée par Karl Marx (1818-1883) et Friedrich Engels (1820-1895) qui ne voient dans l'État que le résultat de la lutte des classes et la domination de l'une d'elles – la bourgeoisie – sur l'autre – le prolétariat³. Le reproche qu'elle encourt, est de nier que puisse exister un intérêt général – une *Res publica* – surplombant l'intérêt particulier des gouvernants – ou de la classe dominante –, pour le commun profit de tous et dont la sauvegarde et la promotion sont précisément confiées à l'État et dont il s'acquitte tant bien que mal.

Quant aux juristes, ils restent divisés sur l'idée qu'ils se font de l'État. Deux conceptions s'affrontent aujourd'hui et elles sont irréductibles. À l'*approche normativiste*, très idéaliste et qui bénéficie d'un certain effet de mode, s'oppose l'*approche institutionnaliste*, plus classique et beaucoup plus réaliste.

1. L'approche normativiste

Cette approche consiste à identifier le droit à l'État ou plus exactement à regarder l'État comme un ordre juridique. Hans Kelsen affirmait ainsi que « l'État est un ordre juridique »⁴ et seulement cela. Autrement dit, un ensemble structuré et hiérarchisé de normes, ayant la Constitution à son sommet, et couvrant un territoire et une population donnés, eux-mêmes définis par des normes juridiques. « État et droit coïncident »⁵, écrivait-il encore pour en conclure que l'État n'est rien d'autre que « la personnification d'un ordre juridique ». Ce que cet ordre juridique a de particulier, c'est qu'il institue la contrainte ; il est un ordre de contrainte. Ce qui revient à dire que l'État n'a pas d'existence en tant qu'entité distincte du droit et extérieure à lui. Ainsi conçu, l'État n'est que le point d'imputation des actes dont ses organes sont les auteurs. Dès lors, il n'appartient qu'au monde des idées d'où le reproche que faisait Maurice Hauriou à la définition kelsénienne de l'État, jugée « exclusivement idéaliste »⁶.

1. V. Georges LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Précis Dalloz, 14^e éd., 2001.

2. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, De Brocard, 3^e éd., 1927-1930, 5 volumes, rééd., 1972.

3. Marx a reçu d'écrivains bourgeois, tel François Guizot, l'idée de « la lutte des classes ». Mais la tension et la concurrence entre les classes n'impliquent pas nécessairement l'idée d'une véritable guerre entre elles (V. Henri HUDE, *La force de la liberté*, *op. cit.*, p. 15, note 1).

4. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit* (traduit de l'Allemand par Charles Eisenmann), Dalloz, 1962, p. 378.

5. Hans KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 572.

6. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd., Paris, 1929, p. 9.

L'État, tel que le définit Kelsen, apparaît ainsi comme un système de normes et de procédures duquel ont disparu les acteurs politiques – les « être réels » disait Hauriou –, sinon la politique elle-même.

La théorie normativiste décrit donc un État « idéal » destiné à le rester, mais n'explique pas l'État réel tel qu'on peut l'appréhender à partir de l'idée, celui qui fait une place aux *hommes* et à la *politique*, c'est-à-dire à la *volonté* et au *pouvoir*. Car il y a du pouvoir dans l'État, pas seulement des normes ; de la *volonté* aussi et pas seulement des compétences attribuées. Par-dessus tout, ce que la théorie normativiste n'admet pas, c'est « que ce soit le pouvoir politique qui crée le droit, qu'il soit ou non pouvoir d'État », comme l'écrivait encore le Doyen Hauriou dès la première édition de son Précis de droit constitutionnel¹. Ce que disait d'une autre manière Carl Schmitt en affirmant que « tout ordre repose sur une *décision* »² qui est la manifestation d'une *volonté* créatrice initiale, une *décision souveraine*, qui « jaillit d'un néant normatif et d'un désordre concret », toujours pour le citer³. Ce qui revient à dire que « même l'ordre juridique repose, à l'instar de tout ordre, sur une *décision* et non sur une norme »⁴. Bref, l'État de Kelsen est un État immergé dans une sorte de présent perpétuel, la question de son *apparition* et de sa *formation* ne recevant aucune réponse, au point que sa *réalité historique* s'en trouve niée. La thèse normativiste postule en effet l'auto-fondation de l'ordre juridique sur une norme hypothétique fondamentale (*Grundnorm*) dont le principe même est « d'éluder le geste qui institue la normativité »⁵.

Qui plus est, même une fois formé, l'État ne se réduit pas à un simple « ordonnancement de règles »⁶. L'État reste une *réalité politique*, jamais à l'abri d'une crise qui peut lui être fatale (guerre) ou compromettre l'ordre juridique établi (révolution ou coup d'État), ce qui implique que « des décisions puissent être prises, lorsque la situation l'impose, en dehors de toute habilitation juridique formelle ; le propre de la *décision politique* étant, en effet, d'assurer le salut public »⁷ jusque dans une *situation d'exception*, en dehors de la situation normale, la seule envisagée par la théorie normativiste parce qu'elle est seule de nature à fonder la *validité* normative.

1. Maurice HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., Sirey, Paris, 1923, p. 285, n°1.

2. Carl SCHMITT, *Théologie politique*, rééd., Gallimard, 1988, p. 20.

3. Carl SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 28.

4. Carl SCHMITT, *Théologie politique*, *op. cit.*, p. 20.

5. Jean-François KERVÉGAN, « La critique schmittienne du normativisme kelsénien », in Carlos-Miguel HERRERA (sous la dir.), *Le droit, la politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, éd., L'Harmattan, Paris, 1995, p. 241.

6. Maurice HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

7. Frédéric ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel, Fondements et pratiques*, coll. Champs/Université, Flammarion, 2002, p. 24.

On touche là à ce que l'on peut appeler l'*aporie*¹ du normativisme, ou, si l'on préfère, l'*impasse historique et politique* de cette théorie. Par l'introduction d'une distance infranchissable entre le fait et le droit, entre l'être (*sein*) et le devoir être (*sollen*)², la théorie normativiste « ne se sent pas tenue par l'obligation de coller aux faits sociaux »³. Conformément à sa logique propre auto-référencée, « elle attribue au droit la seule fonction de prescrire des comportements humains sans nécessairement prendre en considération les déterminations sociologiques ou physiques de la vérité *naturelle* »⁴. C'est en cela qu'elle reste discutable, et c'est à cause de cela qu'elle peut entraîner, malgré eux, sur la pente qui descend des hauteurs théoriques aux bas-fonds idéologiques⁵, ceux qui en font l'*alpha* et l'*oméga* – la source et le principe – de la pensée juridique...

Tout autre est l'approche institutionnaliste qui « exprime la volonté du juriste d'appuyer son interprétation du droit positif sur des faits sociaux et historiques déterminés »⁶.

2. L'approche institutionnaliste

Selon cette approche, l'État est une institution, c'est-à-dire le résultat d'un processus d'institutionnalisation du pouvoir, qui s'inscrit dans le temps. Cette institutionnalisation est rendue possible par ce que l'on observe au sein des sociétés humaines qui ont atteint un certain degré de développement de la sociabilité⁷ : d'une part, une différenciation, et donc une spécialisation des fonctions de chacun de ses membres, d'autre part, la perception par chacun de ceux-ci, d'une distinction à faire entre le titulaire du pouvoir et le pouvoir lui-même en tant que fonction spécifique. Cette différenciation fonctionnelle, d'abord, et cette distinction opérée entre la fonction et son titulaire, ensuite, sont la condition de possibilité de l'institutionnalisation du pouvoir.

L'histoire comme l'anthropologie et l'ethnologie – en somme, l'expérience et la science – enseigne, en effet, qu'il est dans la nature de l'homme de vivre en société. Or, lorsque s'instaure une vie sociale, apparaissent tout à la fois, une répartition des tâches et une spécialisation des fonctions, en même temps qu'un phénomène de pouvoir. Un pouvoir de nature politique, parce qu'il a pour objet et pour finalité de « contribuer à satisfaire les besoins élémentaires de survie du groupe concerné et des individus qui le composent »⁸.

1. *Aporie* : « question embarrassante, impasse (dans le raisonnement) ; difficulté paraissant insolubles » (v. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 62).

2. Dans la pensée de Kelsen, le fait ou l'être (*sein*) n'acquiert une dimension ou une valeur juridique qu'à la seule condition d'être lu ou interprété au travers de la norme (*sollen*).

3. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. Leviathan, PUF, Paris, 1994, p. 120.

4. *Ibidem*.

5. Christian Atias n'hésite pas à l'écrire : « le positivisme est une idéologie qui contribue à dissimuler les composantes réelles du raisonnement juridique » (Ch. ATIAS, *Philosophie politique*, *op. cit.*, p. 28).

6. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 120.

7. Les niveaux de sociabilité peuvent être variables. Le degré le plus intermittent est celui des « sociétés à régulation immédiate et pouvoir politique indifférencié » (V. Jacques BAGUENARD, *L'État, une aventure incertaine*, *op. cit.*, p. 9).

8. Jacques BAGUENARD, *op. cit.*, p. 15.

Il est vrai, cependant, qu'ont pu exister – ou qu'existent –, des formes de socialisation, fondées sur d'autres bases. Les anthropologues parlent à leur propos de communautés primitives¹. Ces communautés primitives ne connaissent pas de fonctions politiques spécifiques, déterminées à partir de la différenciation organique entre gouvernants et gouvernés, et reposant sur le pouvoir de contraindre. Autrement dit, ce sont des « sociétés sans État »².

À l'inverse, dans les sociétés où la sociabilité est la plus développée, c'est-à-dire celles où cette spécialisation est la plus grande (agriculteurs, commerçants, guerriers... ou producteurs et prestataires de services), apparaît un pouvoir politique organisé et institutionnalisé, destiné à mettre de l'ordre et de la hiérarchie au sein de ladite société.

C'est ainsi que certains, par la force ou la ruse, grâce à leur savoir-faire ou leur habileté, par l'effet de leur charisme ou de leur autorité naturelle, prennent l'ascendant sur les autres, le plus grand nombre. Ceux qui arrivent ainsi à s'imposer à leurs semblables en se rendant utiles, voire indispensables en raison des services rendus, se voient confier, bon gré mal gré, la fonction de vouloir et d'agir au nom de tous et dans le sens de l'intérêt commun. Ils se voient investis de la charge du gouvernement de la société ainsi constituée. Le pouvoir qui leur est alors reconnu, parce qu'il apparaît aux yeux de tous comme une nécessité sociale – sinon vitale – est ce qu'on appelle, précisément, le pouvoir politique.

Ce type de pouvoir instauré de la sorte n'en demeure pas moins précaire dans la mesure où il reste lié à la personne de son titulaire. Que celui-ci vienne à disparaître – et il disparaîtra fatalement le jour où il mourra –, le gouvernement des hommes vivant dans la société considérée, ne sera plus assuré. Cette disparition créera donc un vide, ce que l'on appelle une vacance du pouvoir, et induira une solution de continuité – c'est-à-dire une interruption – dans son exercice, avec le risque subséquent de voir le chaos s'établir, provisoirement ou durablement.

Dans les sociétés complexes qui connaissent la spécialisation des fonctions, les hommes ont compris que leur intérêt était de remédier à une telle situation et d'abord de conjurer ce risque. Ils ont cherché le moyen d'éviter cette vacance du pouvoir politique – ou du gouvernement –, et l'ont trouvé dans ce que l'on appelle l'institutionnalisation du pouvoir, autrement dit en pensant le pouvoir à travers une institution. L'État est précisément cette institution et, à cet égard, l'Europe occidentale fut un laboratoire.

Cette institutionnalisation postule ainsi la substitution d'un pouvoir abstrait permanent à un pouvoir individualisé qui passe. C'est, pour le dire autrement, *la substitution du droit de gouverner au fait de gouverner*. Au fait de gouverner attaché à un individu précis – ou à un groupe d'individus –, nominalement désigné, se substitue alors le droit de gouverner conféré

1. « Les communautés primitives ne connaissent pas de rôle politique spécifique : il s'agit en effet de petites communautés, soudées et homogènes, dans lesquelles n'existent pas de réelles positions de pouvoir » (Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, coll. Systèmes, LGD), 1996, p. 42).

2. V. Pierre CLASTRES, *La société contre l'État*, coll. Critique, Les éditions de Minuit, 1974, p. 161.

à une institution qui dure au-delà de la vie humaine du ou des titulaires momentanés qui l'incarnent et qui exercent le pouvoir en son nom à un moment donné. C'est comme l'écrit Georges Burdeau, « la substitution du règne du droit à l'empire de la puissance personnelle ». Autrement dit, et toujours pour citer Georges Burdeau, l'institutionnalisation du pouvoir est « l'opération juridique par laquelle le pouvoir politique est transféré de la personne des gouvernants à une entité abstraite : l'État »¹, c'est-à-dire une entité pensée abstraitement mais qui se manifeste concrètement à travers les organes par lesquels le pouvoir se rend *sensible*, c'est-à-dire perceptible par *les sens* (le coup de sifflet de l'agent de police ou le coup de matraque du garde mobile).

L'*effet juridique* de cette opération qu'est l'institutionnalisation du pouvoir, est donc la création de l'État en tant que *support* permanent du pouvoir, indépendant de la personne éphémère des gouvernants. Pour le dire autrement, *le résultat* de l'institutionnalisation du pouvoir est la création d'une *institution*, l'État, qui n'est rien d'autre que le pouvoir institutionnalisé. Une institution, c'est-à-dire une création explicite de la volonté des hommes – elle n'est pas un phénomène naturel –, qui a vocation à durer au-delà d'une vie d'homme, et qui se caractérise d'abord par sa permanence. L'institution est donc bien cette forme stable d'organisation sociale qui a vocation à durer, donc à survivre aux hommes qui l'incarnent et la font agir dans la vie concrète. C'est en ce sens que Georges Burdeau a pu écrire que « les hommes ont inventé l'État pour ne pas obéir aux hommes »².

Cette opération d'institutionnalisation est parfaitement réussie lorsque l'institution créée, l'État en l'occurrence, non seulement se révèle stable dans le temps, mais en outre, suscite l'adhésion des gouvernés. L'État est alors – intellectuellement – perçu comme une authentique personne juridique, distincte de la personne physique des gouvernants. C'en est même sa première caractéristique juridique.

B. La définition juridique de l'État

Abstraitement, on vient de le voir, l'État est pensé à la fois comme un pouvoir institutionnalisé et comme le résultat de l'institutionnalisation du pouvoir. Cela signifie que dans une société donnée, du point de vue de la représentation mentale qu'ils en ont, ses membres sont parvenus à dissocier le pouvoir en tant que tel, de la personne physique qui l'exerce à l'instant présent. Ils se représentent le pouvoir non comme un attribut de celui – individu ou groupe d'individus – qui l'exerce pour un temps, mais comme appartenant à une entité abstraite permanente, distincte des êtres concrets qui, tour à tour, sont appelés à l'exercer pour son compte. L'institutionnalisation du pouvoir s'analyse donc comme une opération juridique qui, d'un point de vue conceptuel, par l'effet d'un raisonnement intellectuel, dissocie *le pouvoir* en tant que fonction permanente et nécessaire, *des gouvernants* en tant

1. Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 149 et 188.

2. Georges BURDEAU, *L'État, op. cit.*, p. 15.

que personnes physiques éphémères, dépositaires momentanés de celui-ci. Il s'ensuit que le pouvoir exercé par les gouvernants n'est pas le leur mais celui de l'État. Et la conséquence ultime en est que ceux qui sont les relais des gouvernants – l'administration *lato sensu* – assistent moins le pouvoir en raison d'une fidélité à la personne de son titulaire que d'une loyauté à la fonction qu'il exerce.

Par cette opération, au regard du droit, l'État devient cette *entité* distincte de la personne physique des gouvernants, une entité *pensée et voulue* comme telle, qui leur préexiste et leur survit, et qui, ce faisant, a les caractéristiques d'une institution. Mais, comme par ailleurs cette institution est elle-même dotée de la plénitude des attributs reconnus par le droit à toute *personne juridique*, on en est venu à regarder cette institution elle-même comme une nouvelle personne juridique – un « être de droit » disait Carré de Malberg –, distincte de celle des gouvernants. Tant et si bien qu'on pourrait être tenté de dire qu'il fallait que le pouvoir « se dépersonnalise » en s'institutionnalisant pour que l'institution étatique accède à la personnalité juridique.

Cette nouvelle personne juridique, dans laquelle on reconnaît l'État, est, certes, « fictive » en ce sens qu'elle n'a pas d'existence physique, mais c'est le propre du droit que de reposer sur des concepts qui sont le plus souvent de pures fictions. Des fictions fécondes néanmoins, dont l'expérience montre l'utilité et la nécessité pour régler les rapports entre les hommes sur des bases autres que la force. Et c'est là la part d'abstraction qu'il faut concéder au droit.

L'État n'est pas, cependant, la seule institution à qui est reconnue la personnalité juridique. Ce qui le spécifie parmi toutes les autres personnes juridiques, c'est une *qualité* qui lui est propre : la souveraineté.

1. La personnalité de l'État

La personnalité juridique reconnue à l'État est d'une nature particulière : l'État est une *personne morale* et plus précisément encore une *personne morale de droit public*.

Dans le langage du droit, une personne juridique est un *sujet de droits et d'obligations*. En tant que telles, les personnes juridiques sont les *acteurs* de la vie juridique, qui se déterminent *librement*¹. Elles se caractérisent par une *volonté propre* qui les fait agir – l'acte est toujours une manifestation de volonté – et grâce à laquelle elles peuvent défendre leurs *intérêts spécifiques*. La *personne juridique* est donc un « être juridique » original, qui a un nom qui lui

1. Cette notion de *personne* (être doté d'intelligence et de *liberté*, capable par conséquent de penser l'ensemble du réel et de s'y orienter par des décisions relevant de sa volonté), que connaissait le droit romain, et surtout l'importance qu'on lui accorde en Occident, sont incompréhensibles sans le christianisme. Elle vient de la réflexion théologique sur les *personnes* divines : le Père, le Fils et le Saint Esprit. La personne est un être relationnel ; l'individu est un être clos sur lui-même (V. Jacques ROLLET, *La tentation relativiste...*, *op. cit.*, p. 212-213).