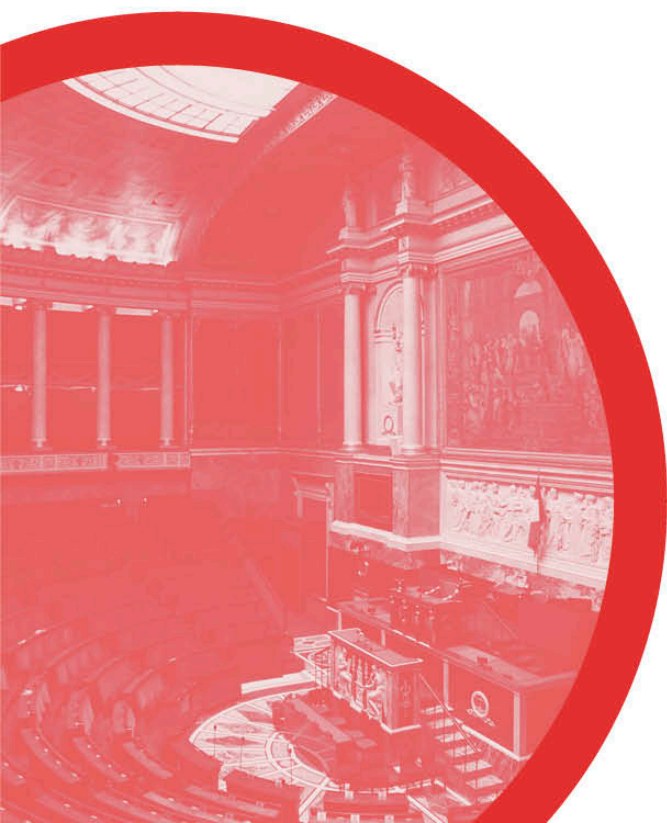


mise
au
point

Jean-Claude Zarka

Introduction au droit constitutionnel

6^e édition



ellipses

1

L'État

L'État, qui est, selon Nietzsche, « le plus froid de tous les monstres froids », est traditionnellement présenté comme une personne morale de droit public titulaire de la souveraineté. Il est considéré en France comme la personnification de la nation. Pour qu'il y ait État, il faut réunir à la fois une communauté d'hommes, un territoire, et une organisation politique.

Parmi les critères permettant de classer les États, les juristes accordent une place privilégiée à celui qui permet de distinguer d'une part les États unitaires et d'autre part les États composés.

On oppose notamment le modèle de l'État unitaire dans lequel ne règne qu'un seul ordre juridique au modèle de l'État fédéral dans lequel se trouvent juxtaposés deux ordres juridiques distincts, celui des États fédérés et celui de la fédération.

L'État régional est parfois présenté comme une catégorie spécifique entre l'État unitaire et l'État fédéral. En réalité, l'État régional, qui respecte l'unicité de l'État, est un État unitaire à très forte décentralisation.

I. La notion d'État

1. Les conceptions de la naissance de l'État

A. Les théories de l'origine naturelle

Selon ces théories, l'État est le résultat d'un processus naturel. La formation de l'État n'est pas le fruit de la volonté des hommes. L'État ne serait pas une construction consciente voulue par les individus mais reposerait sur un événement ou une succession d'événements.

B. La théorie du contrat social

L'État a une origine contractuelle pour de grands auteurs comme **Hobbes**, **Locke** et **Rousseau**. Le contrat social va permettre à l'homme de sortir de l'état de nature pour s'organiser en société civile.

Pour le philosophe anglais Thomas Hobbes (1588-1679), avant l'avènement du pouvoir politique, les hommes vivaient dans un état de nature qui les amenait à la guerre perpétuelle. Selon l'auteur du *Léviathan* (1651), l'homme est naturellement mauvais¹. « L'homme est un loup pour l'homme » et l'état de nature se définit comme « la guerre de tous contre tous ».

Pour sortir d'une situation d'anarchie, les hommes vont conclure entre eux un pacte qui va instituer un État garant de l'ordre. Le pouvoir absolu de l'État hobbesien va d'ailleurs trouver sa légitimité dans la garantie de la sécurité individuelle.

À l'inverse de Thomas Hobbes, le philosophe anglais John Locke (1632-1704) et Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) estiment que les hommes vivent heureux à l'état de nature.

Selon Locke, c'est pour être encore plus heureux que les hommes ont souhaité instaurer l'État. L'État Lockien est tenu de respecter les droits fondamentaux des individus. Il ne peut agir arbitrairement sans les délier du devoir d'obéir.

À la différence du Léviathan hobbesien, l'État chez Locke ne dispose que de pouvoirs limités.

Enfin, pour Rousseau, le contrat social va permettre à l'homme de retrouver sa liberté et l'égalité.

2. Les caractéristiques de l'autorité étatique

L'État occupe une place centrale dans la théorie générale du droit constitutionnel. Il peut se définir comme

« une communauté d'hommes, fixée sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition² ».

1. Sa conception de la nature humaine s'oppose à celle de Rousseau pour lequel « l'homme est bon par nature ».

2. Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1921, Sirey, réédition CNRS, 1962.

L'État est doté de la personnalité morale. Il est distinct des gouvernants et est permanent. Les décisions adoptées par les gouvernants sont imputables à l'État.

L'État, qui a le monopole de la force et de la contrainte, se distingue nettement des autres pouvoirs qui s'exercent au sein de la nation et sur le territoire. Il est, selon le grand sociologue allemand **Max Weber** (1864-1920),

« une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé [...] revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence légitime. Ce qui est en effet le propre de notre époque, c'est qu'elle n'accorde à tous les autres groupements ou aux individus, le droit de faire appel à la violence que dans la mesure où l'État le tolère : celui-ci passe donc pour l'unique source du droit à la violence ».

La souveraineté, qui peut être définie comme le pouvoir suprême, caractérise l'État.

« Cette souveraineté en quoi consiste la puissance de l'État [...] a un double aspect : la souveraineté externe, c'est-à-dire l'absence de toute subordination vis-à-vis des gouvernements étrangers [...] et la souveraineté interne, consistant en ce que par rapport aux groupements ou aux individus établis sur son territoire, l'État possède une autorité libre qu'aucune autre puissance ne restreint ou conditionne¹ ».

La souveraineté constitue un attribut juridique gouvernemental de l'État. Elle est « un pouvoir de droit originaire et suprême » pour reprendre la formule classique de **Julien Laferrière**. Sur le plan international l'État n'a que des égaux. Il ne tient ses compétences juridiques d'aucune autre autorité que la sienne. L'État ne peut, sans son assentiment, être lié par aucun ordre juridique supérieur.

Force est de reconnaître que si les traités internationaux peuvent contribuer à limiter les compétences internationales de l'État, cette limitation aura toujours un caractère volontaire. Ainsi, par exemple, c'est tout à fait volontairement que les États membres de l'Union européenne ont accepté

1. J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Domat-Montchrestien, 1947, p. 359.

de se soumettre à un ordre juridique supranational qu'ils ont eux-mêmes édifié¹.

Les autorités nationales sont les seules autorisées à engager l'État dans le but de remplir les fonctions dévolues à ce dernier au plan international.

L'État dispose du monopole de la juridiction. Ainsi, en France, les décisions juridictionnelles d'un tribunal étranger ne pourront s'appliquer de plein droit. Pour qu'elles puissent obtenir force exécutoire, il faudra un jugement d'exequatur.

Ce dernier ne pourra être accordé que dans la mesure où les décisions de justice étrangère ne sont pas incompatibles avec les exigences de l'ordre public de la France.

Par ailleurs, les autorités nationales sont les seules habilitées à commettre tout acte de contrainte sur le territoire national. Ainsi, les autorités d'un État ne sont pas compétentes pour se livrer à des actes de contrainte sur le territoire d'un État étranger. C'est ce qui permet d'expliquer une pratique comme celle de l'extradition.

Les autorités nationales ne sont soumises à aucune autorité étrangère. L'État ne peut en aucune façon être soumis à des injonctions provenant d'une organisation internationale ou d'un autre État.

Le principe d'égalité des États est étroitement lié au principe de la souveraineté de l'État. C'est ce qui explique du reste que l'on fasse fréquemment référence à la notion d'« égalité souveraine des États ».

Ce principe signifie que tout État est titulaire des mêmes droits qu'un autre État. Un État vaut un État quelle que soit l'importance de sa population, de sa superficie ou encore de son poids économique ou stratégique.

Toutefois, cette règle connaît des exceptions. Ainsi, par exemple, au sein du Conseil de sécurité des Nations unies, la Chine, la France, le

1. S'agissant de la construction européenne, il est incontestable qu'elle a conduit à remettre en cause la souveraineté de l'État. Depuis 1992, lorsqu'il a été saisi d'un traité européen, le Conseil constitutionnel a été très souvent amené à relever les atteintes portées aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Par contre, le Conseil a considéré que le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) ne porte aucune atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012).

Royaume-Uni, la Russie et les États-Unis disposent d'un statut privilégié compte tenu de leur droit de veto et de leur siège permanent.

Enfin, le principe de non-intervention, qui est le corollaire de l'égalité souveraine des États, signifie pour un État l'obligation de ne pas s'immiscer dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un autre État.

Ce principe « sacré » du droit international connaît deux exceptions : l'intervention sollicitée et l'intervention d'humanité¹.

3. L'État, le droit naturel et le positivisme

Pour les juristes dits *positivistes* comme **Carré de Malberg**, il n'existerait qu'un seul droit, le droit édicté par l'État. Par conséquent, la limitation de l'autorité de l'État ne peut être qu'une auto-limitation.

Il s'agit de la théorie de l'auto-limitation qui a été dégagée par des juristes allemands et notamment par **Ihering**² (1818-1892).

Il convient ici de citer **Hans Kelsen**, l'un des plus grands théoriciens du positivisme. Pour l'auteur de la *Théorie pure du droit*, il y a confusion totale entre le droit et l'État. Tout droit est d'essence étatique. L'État n'est qu'un système de normes hiérarchisées et chaque norme tire sa force obligatoire de sa conformité à la norme supérieure, en remontant jusqu'à la norme suprême qui est la Constitution.

L'attitude positiviste repose sur la négation totale du droit naturel. Elle nie l'existence d'un droit naturel qui serait supérieur au droit positif.

En revanche, pour les tenants des théories *jusnaturalistes*, il existerait un droit naturel qui serait supérieur et antérieur à l'État. Il faut entendre

1. *L'intervention sollicitée* est régulière lorsqu'un État est victime d'une agression armée et qu'il fait appel pour lui porter assistance à un État tiers. Cette demande d'assistance doit être faite par le gouvernement légitime de l'État. Cette intervention sollicitée se rattache en principe à l'idée de légitime défense. *L'intervention d'humanité* vise en principe l'action ponctuelle entreprise par un État en vue d'assurer la protection de ses ressortissants ou d'autres personnes qui sont en danger dans un autre État. À la différence de l'intervention sollicitée, l'intervention d'humanité se fait sans l'accord du gouvernement de l'État sur le territoire duquel elle doit se produire. Elle apparaît comme une atteinte limitée de la souveraineté territoriale d'un État.

2. Ce juriste allemand du XIX^e siècle voyait dans l'État la seule source de droit susceptible d'arbitrer la lutte permanente des individus (*La Lutte pour le droit*, 1883).

par droit naturel un ensemble de principes immuables et universels qui s'imposerait à l'homme.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reconnaît l'existence de droits naturels et imprescriptibles de l'homme¹. Elle repose sur l'idée que tout homme dispose de droits qui trouvent leur origine dans la nature même de l'homme.

Ces droits, qui sont inhérents à la nature humaine, préexistent à la société.

La Déclaration de 1789 ne fait que les « reconnaître » et les « déclarer ».

Cette idée qui veut que les hommes posséderaient par nature des droits est incompatible avec le positivisme.

Dans son ouvrage *Droit naturel et histoire*, le philosophe **Léo Strauss** revendique le retour au droit naturel. Pour cet auteur,

« rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes² ».

Léo Strauss (1899-1973) défend donc l'idée de droit naturel, seule source selon lui d'une pensée du juste et de l'injuste.

D'autres auteurs ont proposé leurs propres théories qui correspondent à une voie médiane entre le droit naturel et le positivisme. Parmi ces juristes, on peut citer **Léon Duguit** (1859-1928) et sa théorie du droit objectif.

Pour le doyen de la faculté de Bordeaux, il existerait dans la société une certaine idée de ce que doit être le droit. Elle constituerait le « droit objectif ». Ce droit objectif est variable en fonction de la société et se distingue du droit naturel qui est réputé être immuable. Pour Duguit, qui rejette le discours métaphysique des jusnaturalistes, l'État est le produit de la force. Les gouvernants doivent se contenter de traduire ce droit objectif

1. « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789).

2. L. Strauss, *Natural Right and History*, Chicago, The University of Chicago Press, 1953 ; traduction française *Droit naturel et histoire*, Flammarion, 1986, p. 14.

en règles de droit positif conformément aux aspirations des gouvernés. Dans le cas contraire, les gouvernés n'obéiraient plus.

La théorie du droit objectif présente un risque majeur dans la mesure où chaque citoyen se fait juge des actes accomplis par l'État.

4. Les critiques de l'État

L'État a fait l'objet de critiques de la part de plusieurs courants politiques.

- Le courant libéral, qui se méfie du pouvoir, ne propose pas l'abolition totale de l'État mais souhaite que son rôle se limite à de grandes fonctions de portée générale (police, justice, défense, relations extérieures). Cet État libéral est qualifié « d'État gendarme » ou encore « d'État minimalitaire » pour reprendre la formule de **Benjamin Constant** (1767-1830), l'un des principaux théoriciens du libéralisme du XIX^e siècle.

Cet « État gendarme » s'oppose à « l'État providence », un État « interventionniste » qui s'est développé à partir des années 1930. L'État providence est un État qui ne se cantonne plus dans ses fonctions régaliennes comme au XIX^e siècle mais qui intervient aussi dans le domaine économique et social.

Cet État dirigiste a été dénoncé par les économistes néolibéraux comme notamment **Milton Friedman** ou **Friedrich von Hayek**. Il a été remis en cause, à la fin des années 1970, avec l'arrivée au pouvoir de dirigeants élus sur la base de programmes d'inspiration néolibérale (Margaret Thatcher, Première ministre britannique de 1979 à 1990, Ronald Reagan, président des États-Unis de 1981 à 1989).

Enfin, les anarcho-capitalistes avec **David Friedman** et **Murray Rothbard** proposent la suppression de l'État. Ils suggèrent son remplacement par une anarchie organisée selon les lois du marché. Pour ces ultra-libéraux (« libertariens »), l'État n'est jamais que l'ennemi de la liberté. L'anarcho-capitalisme, qui s'inscrit dans le cadre du néo-libéralisme, aboutit à des conclusions analogues à celles des anarchistes.

- **Karl Marx** (1818-1883) insiste sur la nature oppressive de l'État. Selon lui, l'État n'est qu'un instrument au service de la classe

sociale dominante. Le marxisme fait de l'État l'instrument de la classe bourgeoise contre le prolétariat. Marx propose que ce dernier s'empare au cours de la révolution de l'appareil d'État.

Le marxisme annonce le dépérissement de l'État qui sera consécutif à la révolution et à la disparition de la lutte des classes.

- Les anarchistes font de l'État le mal absolu, l'ennemi des libertés. Par exemple, pour **Max Stirner** (1806-1856), « l'État ne poursuit jamais qu'un but : limiter, enchaîner, assujettir l'individu, [...] » (*L'Unique et sa propriété*, 1844). Il convient donc de détruire l'État qui fait obstacle à l'égalité matérielle entre les individus. C'est la thèse défendue par des auteurs comme **Proudhon** (1809-1865) ou **Bakounine** (1814-1876).

Les anarchistes ne préconisent pas une transformation de l'État mais son abolition pure et simple.

Enfin, on notera par ailleurs que la crise économique et financière apparue dans l'ensemble du monde à partir de l'automne 2008 a entraîné un retour spectaculaire de l'État qui est notamment intervenu pour sauver le secteur bancaire. Elle a rendu aux États leur légitimité pour intervenir dans la sphère économique. « Après des années de discrédit, la conjoncture a remis en selle la sphère publique comme acteur économique décisif dans la gestion des crises et des déficits¹ ».

II. Les conditions d'existence de l'État

Les trois éléments constitutifs de l'État sont : le territoire, la population ou la nation et le gouvernement.

1. Le territoire

L'État a été défini par **Maurice Hauriou** comme un phénomène « essentiellement spatial ». Il ne peut pas y avoir d'État sans territoire. Il importe peu que ce territoire soit exigu (micro-État) ou très vaste.

1. P. Aghion, « Le retour de l'Etat régulateur », *Le Monde*, 6 juillet 2010.