

PREMIÈRE PARTIE

**L'avènement**

**de l'État constitutionnel**

Au regard de l'histoire, l'État constitutionnel est cette forme particulière du pouvoir politique organisé qui émerge dans l'aire culturelle européen-occidentale<sup>1</sup>, qui se veut rationnelle, même si parfois sa naissance ne fut qu'accidentelle, et qui sera désignée du nom d'État dès le XVI<sup>e</sup> siècle. Le mot lui-même dérive du latin *Status* qui signifie « ce qui est debout », ou mieux, « ce qui est établi »<sup>2</sup>; c'est ce qui est pérenne, demeure stable et permanent. Il s'impose simultanément dans les différentes langues européennes : *Estado* en espagnol, *Staat* en allemand, *State* en anglais, *Stato* en italien<sup>3</sup>.

Le tournant historique et symbolique, c'est la chute de Constantinople et de l'Empire romain d'Orient, le 29 mai 1453, autrement dit la fin du vieux rêve d'unité impériale, déjà ébranlé par le partage de l'empire de Charlemagne entre ses petits-fils lors du traité de Verdun de 843. L'émergence du mot accompagne aussi ce que l'on appellera la sécularisation du pouvoir politique<sup>4</sup>, qui marque son émancipation par rapport aux autorités et aux croyances religieuses. Elle ouvre la voie à la *modernité* dont elle est l'un des principes fondamentaux. Qu'est-ce que la modernité sinon précisément l'émancipation de la raison. La *Réforme* dans le monde germanique et en Europe du Nord, mais aussi le *Gallicanisme* en France, en sont comme des révélateurs. Et les deux premiers théoriciens de l'État seront contemporains de cette période : l'Italien (Florentin) Nicolas Machiavel (1469-1527) qui écrit « Le Prince » en 1513, et popularise le mot, le Français (Angevin) Jean Bodin (1530-1596) qui publie « Les six livres de la République », en 1576, et systématise le concept de souveraineté, « inséparable » de l'État comme le précisera Charles Loyseau quelques années plus tard<sup>5</sup>.

Si la Renaissance est donc bien l'époque de l'éclosion de l'État, d'un point de vue historique et politique, ce n'est toutefois qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle que, d'un point de vue juridique cette fois-ci, l'État sera pensé et appréhendé à travers son statut : ce que l'on appelle sa constitution. Une constitution le plus souvent fixée dans un texte parce que seul l'écrit, pense-t-on alors, permet de faire œuvre rationnelle tout en garantissant la clarté et la pérennité.

De ce constat, on peut déduire que la *cadre étatique* qui organise autant qu'il structure la société politique, est logiquement – sinon chronologiquement – antérieur à son *encadrement constitutionnel* grâce auquel, théoriquement du moins, le pouvoir politique reste soumis au droit. C'est en respectant cette chronologie conceptuelle qui détermine l'appellation

1. Jean-Luc CHABOT, *Introduction à la science politique*, op. cit., p. 10.

2. Le terme désignait originellement des personnes qui partagent une même condition sociale. On retrouve d'ailleurs ce sens dans une expression propre au droit privé : « l'état des personnes ». La réunion de ces groupes de personnes constituera, à la fin du Moyen Âge, les « états généraux » et, parmi ceux-ci, subsistera jusqu'à la Révolution de 1789, le « tiers état », (v. Jean-Pierre BRANCOURT, « Des estats à l'État. Evolution d'un mot », in *Archives de philosophie de droit*, n° 21, 1976, Sirey, p. 39 et s.).

3. Jacques BAGUENARD, *L'État, une aventure incertaine*, coll. Mise au point, Ellipses, 1998, p. 8.

4. « La sécularisation est essentiellement l'affirmation de la consistance et de l'autonomie de l'ordre profane, par rapport à la sphère religieuse. Cela se vérifie dans trois domaines : la science, la philosophie, la politique », (Jacques ROLLET, *La tentation relativiste...*, op. cit., p. 122).

5. Charles LOYSEAU écrivait : « La souveraineté est du tout *inséparable* de l'État, duquel si elle était ôtée, ce ne serait plus l'État, car enfin la souveraineté est la forme qui donne *l'être* à l'État » (V. Suzanne BASDEVANT-GAUDEMET, *Aux origines de l'État moderne*, Charles Loyseau, Economica, Paris, 1977, p. 119).

d'*État constitutionnel*, que l'on étudiera successivement l'*État*, puis la *constitution*. L'*État* d'abord, parce que le phénomène étatique n'est pas seulement chose juridique, objet d'étude réservé aux seuls juristes. La constitution ensuite, parce qu'ici le terme renvoie à une notion juridique et même plus précisément à une norme juridique. On commencera donc par une approche non exclusivement juridique – politique, historique, sociologique, ... – en traitant de l'*État* (Chapitre 1), pour recentrer le propos sur des considérations beaucoup plus juridiques, en envisageant dans une perspective néanmoins historique la notion juridique de constitution (Chapitre 2).

# CHAPITRE 1

## L'État

« L'État, écrit Pierre Pactet, est un phénomène historique, politique et juridique »<sup>1</sup>. 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 »<sup>2</sup>, 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<sup>e</sup> 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 »<sup>1</sup>.

L'État est donc d'abord une *idée* intelligible. Mais l'État est 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 mais abstraite (§ 1) ; il se manifeste ensuite comme une réalité sensible et 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<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> 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 un mythe<sup>2</sup>. C'est là le reproche commun que l'on peut faire aux conceptions de 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* originel<sup>3</sup>.

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<sup>e</sup> 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).

3. V. Georges LESCUYER, *Histoire des idées politiques*, Précis Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2001.

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 forces 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)<sup>1</sup> 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'elle – la bourgeoisie – sur l'autre – le prolétariat<sup>2</sup>. 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 –, 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 »<sup>3</sup> 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 »<sup>4</sup>, 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 »<sup>5</sup>.

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.

---

1. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*. De Brocard, 3<sup>e</sup> éd., 1927-1930, 5 volumes, rééd., 1972.

2. 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).

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

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

5. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1929, p. 9.

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 constitutionnel<sup>1</sup>. Ce que disait d'une autre manière Carl Schmitt en affirmant que « tout ordre repose sur une *décision* »<sup>2</sup> 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 citer<sup>3</sup>. 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 »<sup>4</sup>. 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 »<sup>5</sup>.

Qui plus est, même une fois formé, l'État ne se réduit pas à un simple « ordonnancement de règles »<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup> 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.

On touche là à ce que l'on peut appeler l'*aporie*<sup>8</sup> 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*)<sup>9</sup>, la théorie normativiste « ne se sent pas tenue par l'obligation de coller aux faits sociaux »<sup>10</sup>. Conformément à sa logique propre auto-référencée, « elle attribue au droit la seule fonction de prescrire des

1. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> 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 HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

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

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

9. 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*).

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

comportements humains sans nécessairement prendre en considération les déterminations sociologiques ou physiques de la vérité *naturelle*»<sup>1</sup>. 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 idéologiques<sup>2</sup>, 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 »<sup>3</sup>.

## 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 sociabilité<sup>4</sup> : 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 »<sup>5</sup>.

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 primitives<sup>6</sup>. 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 »<sup>7</sup>.

---

1. *Ibidem*.

2. 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).

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

4. 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).

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

6. « 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 position de pouvoir », (Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, coll. Systèmes, LGD), 1996, p. 42).

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