

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du
DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole
École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques

Présentée et soutenue par

Sebastiaan VAN OUWERKERK

le vendredi 8 février 2019

Titre

**Penser les formes d'État.
Un état de la pensée publiciste française**

Discipline : Droit

Spécialité : Droit public

Unité de recherche : Institut Maurice Hauriou (IMH - EA 4657)

Directeurs de thèse

M. Xavier MAGNON, Professeur de droit public à Aix-Marseille Université

M. Mathieu CARPENTIER, Professeur de droit public à l'Université Toulouse Capitole

Jury

Mme Manon ALTWEGG-BOUSSAC

Professeur de droit public à l'Université Paris-Est Créteil (Rapporteur)

Mme Aurore GAILLET

Professeur de droit public à l'Université Toulouse Capitole

M. Carlos Miguel HERRERA

Professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise (Rapporteur)

M. Otto PFERSMANN

Directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales

M. Michel TROPER

Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières de l'auteur. »

À mon père,

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à témoigner de ma profonde reconnaissance au professeur Xavier Magnon. Je le remercie pour ses passionnants enseignements, où nous était suggéré qu'il fallait « aimer la complexité », mais surtout de m'avoir fait confiance. Ce fut une chance de pouvoir bénéficier d'une direction alliant une exigence bienveillante à une grande liberté scientifique.

Par ailleurs, je voudrais exprimer ma gratitude au professeur Mathieu Carpentier, qui a bien voulu rejoindre sur la fin la direction de mes recherches. Ses conseils furent précieux pour la finalisation de ce travail. Je le remercie pour tout ce qu'il apporte à l'Institut Maurice Hauriou.

Toute ma gratitude va également à ceux qui ont bien voulu relire des parties de ce travail : Florent T., Mathieu, Jean-Philippe, Zakia et Hugo, que je remercie pour ses observations toujours très fines.

Souvent, la vie est belle à l'Institut Maurice Hauriou, et cela grâce aux riches personnalités qui composent notre laboratoire. Je remercie les « anciens » de m'avoir accueilli avec tant de bienveillance : Marc C., Marc S., Arnaud, Maxime, Charlotte et Salomé. Merci à Thibaut pour son humour et son art de recevoir, à Romain pour sa fidélité. La fin de thèse a été considérablement embellie par la bienveillance de France et la personnalité extraordinaire de Jonas.

Je dois beaucoup à Sacha, que je remercie pour sa fidélité, sa disponibilité, son soutien et ses précieux conseils. Ma reconnaissance et mon admiration vont également à Thomas, que je remercie pour sa générosité et sa science prodigieuse.

Je tiens également à remercier Fred pour sa bonne humeur, sa gentillesse et son goût du vélo. Je veux remercier Anna pour son sourire et sa bienveillance. Je dois beaucoup aux moments de bonheur passés avec eux ; pourvu que cela dure.

Je veux dire aussi toute mon admiration pour ma mère, ma sœur et mes trois frères, qui ont su faire preuve d'une ténacité rare.

Enfin, je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à nos voisins agriculteurs qui, lorsque nous en avons besoin, nous ont permis de tenir bon. J'ai une pensée particulière pour Patricia, Rémi, Gaël et Cyril Giordano qui, depuis longtemps, veillent sur nous. *Nous savons* tout ce que nous leur devons.

SOMMAIRE

Introduction	1
Partie 1 : Les formes d'État et la doctrine publiciste française.....	43
Chapitre 1 : L'approche théorique classique : le positivisme étatique.....	47
Chapitre 2 : L'approche théorique concurrente : l'idéalisme juridique	103
Chapitre 3 : Discussion des deux approches théoriques dominantes	165
Partie 2 : Éléments pour une approche théorique formelle des formes d'État	207
Chapitre 4 : La nature de l'État.....	209
Chapitre 5 : Le critère de l'État.....	273
Chapitre 6 : Les formes de l'État.....	339
Conclusion générale	409

« Le seul véritable voyage [...], ce ne serait pas d'aller vers de nouveaux paysages, mais d'avoir d'autres yeux »¹

M. Proust

¹ M. Proust, *À la recherche du temps perdu*, vol. 12, La Prisonnière, Gallimard, 1923, p. 69.

Introduction

« Demandez maintenant sur quoi repose notre prétendue science du droit, comment se justifient nos méthodes, quelles sont les sources de nos connaissances, qui saura répondre ? »²

M. Villey

« La doctrine publiciste française serait-elle parvenue à un point de rupture ? », s'interroge G. Tusseau dans sa préface à une thèse récente³. En s'appuyant sur la théorie des révolutions scientifiques de Kuhn, il note qu'« il est possible de penser qu'un certain univers intellectuel est en train de vaciller »⁴. En effet, de nombreux travaux prennent désormais la pensée publiciste française comme objet et, mettant en lumière ses *bases intellectuelles*, peuvent donner l'impression de la faire vaciller. Dans cette optique, la présente thèse vise à étudier comment les publicistes français ont envisagé le problème des formes d'État, et à en tirer des conclusions sur l'état général de la pensée publiciste française. Après avoir précisé l'objet de l'étude (I), le problème soulevé (II) ainsi que les contours de la méthode *généalogique* utilisée pour répondre à cette problématique (III), nous pourrions exposer les résultats de cette étude (IV) ainsi que le plan retenu pour les restituer (V).

² M. Villey, *Philosophie du droit, I, Définitions et fins du droit*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 1986, p. 9.

³ G. Tusseau, Préface à J.-Fr. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, 2015, p. 17.

⁴ *Ibid.* ; l'auteur fait référence à plusieurs thèses récentes comme autant d'« indices [...] des circonstances de crise au sein de la doctrine publiciste française » (p. 17) : D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Mare et Martin, 2016 ; M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013 ; J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016.

§ 1 : L'objet de l'étude

Les formes d'État constituent une thématique classique du droit constitutionnel, sur laquelle tout ou presque a déjà été dit (A). Tout ou presque, puisque les formes d'État n'ont pas encore été envisagées sous l'angle du discours. En tant que *discours doctrinaux*, les formes d'État constituent un objet de recherche à redécouvrir. Comme l'écrivait Hauriou, « il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, il convient de les renouveler dans la forme »⁵ (B).

A/ Un objet classique

Les formes d'État, dont il convient tout d'abord de préciser les principaux éléments de définition (1), constituent à bien des égards un « vieux sujet assez poussiéreux »⁶, pour reprendre la formule que Dworkin applique aux lacunes du droit (2). Un sujet bénéficiant néanmoins d'une actualité certaine (3).

1/ Éléments de définition

Définitions classiques. Il semble exister un certain accord doctrinal sur la signification de l'expression « formes d'État ». Traditionnellement, la doctrine distingue tout d'abord les « formes d'État » des « formes de gouvernement ». Comme le souligne O. Beaud, l'expression « forme de gouvernement » « désigne la manière dont est distribué l'exercice du pouvoir dans un État, soit entre les différents pouvoirs publics, soit entre les différents types de gouvernants »⁷. Le problème

⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, p. 6, cité in A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013, p. 2.

⁶ R. Dworkin, « La complétude du droit », in P. Amserek, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989, p. 127, cité in J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016, p. 2.

⁷ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2^{ème} éd., 2009, p. 345 ; dans un article célèbre auquel O. Beaud fait souvent référence, Eisenmann écrit que par cette expression « l'on désigne et vise couramment, dans la terminologie française, les modes ou systèmes d'attribution et d'exercice "du pouvoir" dans l'État » : Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », [1968], in *Écrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 327.

des formes de gouvernement répond alors à cette double question identifiée par Eisenmann : « Par quels agents – individus isolés ou collèges (assemblées, chambres, corps, etc.) – le gouvernement de l'État est-il assuré ? » et « comment, suivant quelles méthodes le pouvoir est-il exercé ? »⁸. Ces questionnements sur les « formes de gouvernement » remontent au moins à la Grèce antique. Dès lors, une typologie classique vise à distinguer les différentes formes de gouvernement en fonction du nombre de détenteurs du pouvoir au sein du gouvernement de la cité (plus tard de l'État). Pendant des siècles les philosophes ont écrit sur la monarchie, la démocratie et l'aristocratie, ainsi que sur les régimes « mixtes ». Aujourd'hui ces débats s'articulent davantage autour de la démocratie (potentiellement *illibérale*) et l'autocratie, alors que les juristes français opposent encore bien volontiers les régimes parlementaire et présidentiel⁹. Autant de catégories et de concepts doctrinaux pour penser et décrire le gouvernement de l'État central¹⁰. Tout autre est le problème des formes d'État. Celui-ci est relatif non pas à la composition et à l'organisation du gouvernement central, mais à la pluralité des appareils de gouvernement présents au niveau des différentes échelles territoriales de l'État. Selon Eisenmann, la théorie des formes d'État répond « au problème fondamental suivant : existe-t-il dans l'État un seul appareil de gouvernement, qui le gouverne alors tout entier, ou existe-t-il au contraire plusieurs appareils de gouvernement, homologues, gouvernant chacun une fraction ou subdivision distincte de la collectivité étatique, à côté, sans doute, et en plus d'un appareil de gouvernement "central" »¹¹. Alors que les formes de gouvernement « s'attachent aux caractéristiques de l'agencement des fonctions et des organes étatiques », les formes d'État « concernent une interrogation antérieure : celle sur le nombre d'appareils gouvernementaux dans un territoire donné et donc celle sur l'unité ou la pluralité des centres de décision »¹². Le problème des formes d'État est donc relatif à la « division territoriale de

⁸ Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », [1968], in *Écrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 327.

⁹ Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰ Même si le problème des formes de gouvernement peut être transposé à tout appareil gouvernemental, même local : « le problème de la forme du gouvernement concerne l'agencement d'un appareil de gouvernement donné, ou, si l'on veut, de tout appareil de gouvernement, sans égard à l'étendue humaine de ses pouvoirs, c'est-à-dire à leur caractère central ou local dans l'État » : Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 328.

¹¹ *Ibid.*, p. 327.

¹² C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, p. 273.

l'État »¹³ alors que celui des formes de gouvernement porte sur le « type de gouvernement »¹⁴. La typologie des formes d'État contient alors plusieurs catégories relatives aux diverses formes d'État. En première analyse, on peut dire qu'un État est qualifié d'unitaire lorsqu'un seul ordre juridique s'applique sur l'intégralité du territoire de l'État, qui comporte un centre unique de décision. L'État est dit unitaire mais décentralisé lorsqu'il comporte des entités territoriales bénéficiant d'une seule autonomie administrative. L'État fédéral constitue la deuxième des célèbres catégories de la théorie des formes d'État. Elle correspond à la situation dans laquelle la structure de l'État est duale, c'est-à-dire lorsque l'État comporte non seulement un État central, mais également des entités territoriales dotées d'une autonomie importante (car politique) et participant à l'exercice de la souveraineté de l'État. En outre, la doctrine discute de la pertinence d'une troisième catégorie de forme d'État, à savoir l'État régional. Cette catégorie serait applicable à un État dans lequel des entités territoriales bénéficieraient d'une autonomie plus importante qu'une simple province décentralisée mais moins large que celle d'un véritable État fédéré. L'utilisation de l'expression « forme politique » est plus aléatoire. Elle est perçue comme un synonyme tantôt de « forme de gouvernement »¹⁵, tantôt de « forme d'État »¹⁶.

Doctrine étrangère. Il est à noter que la doctrine étrangère ne retient pas toujours la même signification de ces expressions « formes de gouvernement » et « formes d'État ». La littérature juridique néerlandaise reprend par exemple les mêmes significations¹⁷, alors que l'allemand « *Staatsform* » correspond à ce que la doctrine française entend par « forme de gouvernement »¹⁸.

¹³ A noter la distinction, qui pourtant ne semble pas fréquente en doctrine, opérée par L. Havard entre formes *de* l'État et formes *d'*État : « La forme *de* l'État, c'est-à-dire la manière d'organiser le pouvoir politique dans une certaine conception du vivre-ensemble (l'État-nation, l'État multinational ou l'État associé en sont des exemples) ne doit pas être confondue avec la forme *d'*État qui fait référence à une façon d'ordonner les relations entre les différents échelons du pouvoir à l'intérieur de l'État » : L. Havard, *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, PUAM, coll. « Droit d'outre-mer », 2018, p. 19.

¹⁴ O. Beaud, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, n°16, 2004, p. 16.

¹⁵ Par exemple pour Eisenmann : Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*

¹⁶ En particulier par O. Beaud, qui préfère l'expression « formes politiques » à celle des « formes d'État », la première ayant l'avantage de n'être pas stato-centrée : voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2^{ème} éd., 2009 et *infra*, Chapitre 2.

¹⁷ Les termes « *staatsvorm* » et « *regeringsvorm* » ayant respectivement les mêmes significations que « forme d'État » et « forme de gouvernement » : voir par ex. C. A. J. M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Kluwer, 7^{ème} éd., 2012, pp. 35 et s.

¹⁸ Sur ces difficultés de traduction, voir notamment C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, préface O. Beaud ; « *Staatsform* » y est traduit par « forme de gouvernement », et « *Regierungsform* » par « forme gouvernementale » ; on lit par exemple « La démocratie, tant comme forme de gouvernement (*Staatsform*) que comme forme gouvernementale

Par ailleurs, si la doctrine anglo-saxonne utilise l'expression « *forms of government* » pour envisager le problème des formes de gouvernement¹⁹, aucune expression ne semble s'être imposée pour traiter celui des formes d'État. La doctrine italienne semble employer l'expression « *forme di stato* » tantôt pour envisager le problème de la répartition territoriale du pouvoir (et envisage alors les cas de l'État centralisé, décentralisé, fédéral ou régional), tantôt au regard du « type de rapports établis entre gouvernants et gouvernés »²⁰.

Importance doctrinale des formes d'État. La place occupée par le problème des formes d'État dans la doctrine publiciste française ne doit pas être sous-estimée. Il n'est pas étonnant qu'au sein de cette doctrine traditionnellement fondée sur le concept d'État, le problème de la structure territoriale de l'État y occupe une place majeure. Eisenmann affirmait à ce propos que « nul ne conteste que le problème des formes d'États soit l'un des deux ou trois problèmes fondamentaux du droit public général »²¹. Il notait par ailleurs que les théories des formes d'État et des formes politiques constituaient « deux grands volets du droit constitutionnel » et formaient ensemble la « théorie, plus large, de la "forme des collectivités politiques" »²². Cette place centrale occupée par le problème des formes d'État au sein de la pensée publiciste française n'est pas seulement due à l'ancienneté de la question.

2/ Un « vieux sujet assez poussiéreux »

Esmein, déjà, commençait son maître-ouvrage par un paragraphe célèbre : « le droit constitutionnel a un triple objet. Il détermine : 1° la forme de l'État ; 2° la forme et les organes du

(*Regierungsform*) ou de législation, est l'identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit », p. 372. Dans les traductions françaises de Kelsen on retrouve « forme de gouvernement » et « forme politique » pour « *Staatsform* » (voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, trad. Ch. Eisenmann) ; expression rendue par « *state-form* » dans les traductions anglaises (au moins dans H. Kelsen, « State-form and world-outlook », in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, pp. 95-113).

¹⁹ Ce que confirme O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 345.

²⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, tome II, Padova-Cedam, 6^{ème} éd., 1962, p. 706 : « *il tipo dei rapporti fra governanti e governati* », hypothèse qui renvoie notamment à l'État féodal, l'État moderne, l'État de police, etc.

²¹ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 20.

²² *Ibid.*, p. 327.

gouvernement ; 3° les limites des droits de l'État »²³. Dès l'introduction, les premiers développements de l'ouvrage sont consacrés à « l'État et la forme de l'État ». Esmein y présente sa fameuse conception de l'État comme « personnification juridique d'une nation »²⁴, avant de noter que « considérés quant à la forme, quant à la constitution de la souveraineté intérieure, les États se divisent, d'une part, en *simples* et *mixtes*, et, d'autre part, en *unitaires* et *fédératifs* »²⁵. Cet intérêt accordé par Esmein au problème des formes d'État n'est pas anodin, puisque l'auteur est souvent présenté comme le « véritable fondateur du droit constitutionnel moderne en France »²⁶. En accordant une telle place au problème des formes d'État, Esmein opère une certaine rupture avec la doctrine publiciste antérieure. Alors que le droit constitutionnel n'était pas encore une véritable discipline académique, les publicistes du XIX^e siècle ne s'interrogeaient pas réellement sur le problème des formes d'État²⁷. Dans le premier cours de droit constitutionnel dispensé à la faculté de droit de Paris de 1835 à 1837, Pellegrino Rossi note bien l'existence de différentes « variétés » d'États. Il distingue « dans les traditions historiques », les tribus nomades, les tribus sédentaires « et qui ont formé une sorte d'union, des unions ressemblant à ce que nous appelons des États fédératifs, et enfin, [...] des États unitaires²⁸ ». Il est évident que cette problématique ne saurait occuper une place importante dans un cours ayant principalement pour objectif d'exposer aux

²³ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Panthéon-Assas, 2001, p. 1 ; il s'agit du deuxième paragraphe de l'ouvrage.

²⁴ *Ibid.*, p. 1.

²⁵ *Ibid.*, p. 4 ; l'« État simple » correspond à la situation dans laquelle « la souveraineté n'est ni divisée ni partagée ; elle conserve sa pleine unité » (p. 4), le titulaire de la souveraineté étant une personne unique (monarchie) ou un collectif (république) ; dans le cas de l'« État mixte » en revanche, il existe plusieurs titulaires de la souveraineté (le roi et des assemblées) ; dans l'État unitaire « il n'existe qu'une seule souveraineté, bien qu'elle puisse avoir plusieurs sujets » (p. 6) ; enfin, l'État fédéral est marqué par un fractionnement de la souveraineté : les États membres ont une souveraineté intérieure alors que la souveraineté extérieure relève du seul État central. Esmein note également : « Entre l'État unitaire et l'État fédératif, il existe une forme intermédiaire, la *Confédération d'États* ».

²⁶ O. Beaud, « Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, p. 32 ; O. Beaud souligne que les *Éléments* d'Esmein ont servi de modèle aux publicistes français postérieurs. Esmein est ainsi le « fondateur du droit constitutionnel tourné vers le droit positif français – l'étude des lois constitutionnelles de la Troisième République – et vers les deux sciences auxiliaires que sont, d'une part, l'histoire constitutionnelle française et, d'autre part, le droit constitutionnel comparé », p. 32. Il suffit de consulter les principaux manuels contemporains de droit constitutionnel pour observer que ce modèle est toujours dominant.

²⁷ Contrairement à la question des formes de gouvernement, très présente dans les ouvrages de l'époque : voir Chapitre 1. Ce qui, par ailleurs, ne veut évidemment pas dire que le fédéralisme notamment n'ait pas fait l'objet d'importants travaux à l'époque (on pense en particulier à ceux de Tocqueville et de Proudhon).

²⁸ P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, [1866-1867], (cours de 1835-1837), rééd. Dalloz, 2012, p. 15 ; par ailleurs, il n'est pas anodin de noter que ce premier cours de droit constitutionnel, dont le premier chapitre est consacré à l'État et le deuxième à l'organisation de l'État, préfigure lui aussi la structure qu'adopteront par la suite la plupart des manuels français de droit constitutionnel.

étudiants le fonctionnement et les bienfaits de la Charte de 1830. La question des formes d'État est cependant déjà présente dans les écrits des principaux membres de l'École du droit de la nature et des gens. *Le droit de la guerre et de la paix* de Grotius comporte un passage intéressant sur la diversité des formes d'État²⁹. Cependant, et comme l'indique Pilotti³⁰, c'est Pufendorf qui, le premier, a proposé une théorie des formes d'État en distinguant l'État simple de l'État composé. Au sein de l'État composé, qu'il définit comme « un assemblage de plusieurs États étroitement unis par quelque lien particulier, en sorte qu'ils semblent ne faire qu'un seul corps, quoique chacun conserve la Souveraineté pleine et entière, indépendamment des autres »³¹, il distingue principalement ce que l'on appellera par la suite l'union réelle et la Confédération d'États³². Le problème des formes d'État est donc aussi ancien que l'État. En forgeant la figure de l'État moderne, les jusnaturalistes modernes ont également œuvré à l'édification d'une certaine théorie des formes d'État. Il s'agit d'une thématique qui ne cesse d'être d'actualité.

3/ Un sujet d'actualité

L'actualité des formes d'État. Plusieurs éléments font que la doctrine publiciste continue d'accorder une certaine attention à la problématique des formes d'État. De nombreux travaux sont consacrés à l'État français et sa traditionnelle forme unitaire. Le contexte est actuellement à un approfondissement – certes très relatif – de la décentralisation en France³³. Les revendications autonomistes corses posent de nouveau la question de savoir quel degré d'autonomie il convient de conférer à une entité territoriale dans le cadre d'une République qui a toujours été pensée par le prisme de l'unité et de l'indivisibilité. Plus problématique encore est la prise en compte des

²⁹ « Il faut savoir, qu'en matière de corps artificiels, une seule et même chose peut avoir plusieurs formes. [...] De même, il y a une forme de l'État, qui consiste dans la communauté de droits et de Souveraineté ; et une autre, qui consiste dans le rapport qu'il y a entre les Membres qui gouvernent, et ceux qui sont gouvernés » ; il renvoie ensuite à Aristote : H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tome I, trad. J. Barbeyrac, 1724, p. 380 (disponible sur gallica.bnf.fr).

³⁰ M. Pilotti, « Les Unions d'États », *RCADI*, Vol. 24, 1928, p. 448.

³¹ S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, tome III, trad. J. Barbeyrac, 1740, p. 173 (disponible sur gallica.bnf.fr).

³² Il note en effet que l'« on remarque deux formes d'États composés, proprement ainsi dits, selon la différente manière dont se fait leur union : l'une, est lorsque deux ou plusieurs États distincts n'ont qu'un seul et même Roi, l'autre, lorsque deux ou plusieurs États Confédérés ne forment ensemble qu'un seul Corps » : *ibid.*, p. 174 ; dans la mesure où Pufendorf écrivait en latin, l'expression « État composé » pour *Systema Civitatum* revient donc à son traducteur, Jean Barbeyrac : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 106.

³³ Voir le projet de loi de révision constitutionnelle n° 911 actuellement en discussion devant le Parlement.

spécificités ultra-marines dans la qualification de l'État français. C'est peu dire que le droit positif français, qui accorde notamment un véritable pouvoir législatif à la Nouvelle-Calédonie, s'accommode mal de la présentation classique de l'État unitaire, même décentralisé. Par ailleurs, les tensions traversant actuellement plusieurs États régionaux continuent de poser la question des contours de cette catégorie et de sa pérennité. L'Espagne est confrontée aux tendances sécessionnistes de la Catalogne, alors que l'organisation territoriale du Royaume-Uni pourrait considérablement évoluer suite au retrait du pays de l'Union européenne. De nombreux travaux ont également été publiés sur le fédéralisme et l'État fédéral. On insiste alors sur les tendances actuellement à l'œuvre au sein des États fédéraux (tels que les phénomènes coopératifs ou recentralisateurs). Surtout, il faut désormais compter avec les travaux d'O. Beaud sur le fédéralisme, et plus largement sur les différentes « formes politiques » (dont l'Empire, forme politique que l'on aurait pu croire disparue). Enfin, les difficultés éprouvées par la doctrine juridique à qualifier l'Union européenne doivent nous interroger. Toutes les étiquettes ont été accolées aux Communautés puis à l'Union européenne : Confédération d'États, organisation internationale, État fédéral, « objet juridique non identifié », Empire, etc. Tous ces éléments montrent que la doctrine juridique continue de vouloir *nommer* les différentes formes politiques, et qu'elle y parvient rarement sans difficultés.

« **Encore l'État ?** » En 1994, O. Beaud écrivait en introduction de *La puissance de l'État* : « la grande question philosophico-juridique d'aujourd'hui est celle de savoir si l'État n'est pas aujourd'hui dépassé en tant que forme d'expression juridique du pouvoir politique »³⁴. On peut effectivement se demander si ceux qui traitent aujourd'hui de l'État ne le font pas comme Aristote qui, en son temps, décrivait les cités classiques au moment même où s'amorçait leur déclin³⁵. Pourtant, force est de constater que sur la scène internationale l'État se porte bien. Le monde n'a jamais connu autant d'États, et les peuples qui accèdent à l'indépendance ont toujours pour volonté première d'accéder au statut d'État. Disons que si son organisation interne ou ses missions ont pu considérablement évoluer, l'État demeure la forme politique par excellence. Surtout, il nous semble

³⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 13.

³⁵ Idée développée dans P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis, « Introduction », in *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 3-13.

que l'État demeure un *concept* fondamental de la pensée publiciste française. Car « l'État est aussi, et peut-être surtout, une construction théorique, voire une représentation, sinon un habillage, un camouflage, une superstructure »³⁶. Une « construction théorique » dont l'élaboration occupe cependant moins les publicistes français depuis la disparition des grands théoriciens de l'État durant l'entre-deux-guerres³⁷. Toutefois, nous ne sommes pas passés d'un « trop-plein d'État » à un « vide sidéral d'État »³⁸ : même s'il n'est plus directement pensé, l'État continue d'être un élément structurant de la pensée publiciste française. Celle-ci se caractérise donc par cette situation un peu étrange dans laquelle un vieux concept demeure central dans la discipline sans toutefois bénéficier de recherches nouvelles. Rares sont les publicistes français qui renieraient la célèbre phrase de Carré de Malberg en ouverture de sa *Contribution à la Théorie générale de l'État* : « toute l'étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion d'État »³⁹. Plus rares encore sont toutefois ceux qui s'emploieraient à renouer avec la théorie générale de l'État. Les publicistes français ne pensent plus l'État, mais continuent de penser *avec* l'État.

Un constat similaire peut être dressé pour les formes d'État. De nombreux publicistes continuent de penser avec la théorie des formes d'État et les concepts qu'elle véhicule, mais rares sont ceux qui pensent directement le problème des formes d'État. Là réside un objet à redécouvrir : les formes d'État comme constructions intellectuelles.

³⁶ P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis, « Introduction », *op. cit.*, p. 12.

³⁷ Ce qu'O. Beaud a démontré dans plusieurs travaux : voir not. O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-109 ; O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 ; O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, tome I, Dalloz, 2011, pp. 207-269.

³⁸ O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, *op. cit.* : l'auteur note le contraste entre la doctrine classique et la doctrine contemporaine : un État omniprésent puis un État disparu. Il souhaite ainsi « rendre compte des raisons qui ont rendu possible ce passage de l'ancienne situation à l'actuelle situation, de ce "trop-plein d'État" à ce "vide sidéral d'État" pour exagérer le contraste », p. 210.

³⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, p. 1.

B/ Un objet à redécouvrir

Prendre les formes d'État comme objet d'étude, c'est prendre le risque de « traiter d'une question à la fois infinie et déjà infiniment traitée »⁴⁰. Il est d'autant plus important de préciser les contours de notre objet d'étude : les « formes d'État » seront envisagées comme des concepts juridiques (1) et donc comme des constructions intellectuelles (2).

1/ Les « formes d'État » comme concepts juridiques

Formes d'État et concepts. Dans cette étude les « formes d'État » seront considérées comme des concepts ou des ensembles de concepts. Avec M. Troper, nous entendons par concepts ces « idées générales dont nous nous servons pour appréhender la réalité »⁴¹. Plus précisément, on peut définir un concept comme « une catégorie analytique conçue *in abstracto* [...] permettant de rendre compte d'une pluralité d'objets, comme un outil de "catégorisation du réel" »⁴².

Diversité des concepts. Sur les différents types de concepts en droit les travaux d'Eisenmann continuent de faire autorité. Dans un important article de 1966, il distingue deux types de concepts : ceux qui sont contenus dans les normes juridiques elles-mêmes et ceux qui sont directement créés par les « juriste[s] de doctrine »⁴³. La signification des premiers, c'est-à-dire des « concepts *du* droit »⁴⁴ ou catégories juridiques⁴⁵, est précisée par le droit positif lui-même, ou à défaut par les interprètes de la norme – éventuellement éclairés par les juristes de doctrine. Les « concepts *sur* le droit »⁴⁶ sont en revanche librement créés par les juristes de doctrine dans le cadre

⁴⁰ P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis, « Introduction », *op. cit.*, p. 11, à propos de l'État.

⁴¹ M. Troper, « Introduction » in J.-B. Auby (dir.) *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 113.

⁴² Encyclopédie philosophique universelle, PUF, 1990, vol. II, t. I, cité in S. Roland, « La souveraineté », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, *op. cit.*, p. 121.

⁴³ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002, p. 292.

⁴⁴ J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁵ Parallèle fait par J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 16.

d'un « travail théorique de connaissance »⁴⁷. Ces deux types de concepts sont radicalement distincts, de sorte que les formes d'État comme concepts *du* droit ou comme concepts *sur* le droit forment deux objets différents⁴⁸.

Les formes d'État comme concepts *du* droit. Il n'est pas rare que le droit positif contienne ce qu'Eisenmann appelle des « auto-qualifications »⁴⁹. L'article 1^{er} de la Constitution belge dispose ainsi que « la Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions ». L'article 20 alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale allemande indique également que « la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ». On sait par ailleurs que l'article 1^{er} de la Constitution française proclame que « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale » dont l'« organisation est décentralisée ». Ces « auto-qualifications » ne sont pas anodines et peuvent avoir des conséquences normatives importantes, en fonction des significations retenues par les interprètes authentiques⁵⁰. Cependant, l'objet de ce travail n'est pas les formes d'État comme catégories juridiques, mais les formes d'État comme concepts juridiques.

Les formes d'État comme concepts *sur* le droit. Cette étude porte sur les formes d'État seulement envisagées comme des concepts sur le droit, *i.e.* des concepts juridiques. Ce sont des « concepts de typographie »⁵¹ qui ne sont pas déduits du droit positif. Comme l'écrit J. Jeanneney, « le concept juridique, ou concept sur le droit, est une création intellectuelle, souvent doctrinale,

⁴⁷ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 299.

⁴⁸ Pour une distinction similaire entre « concepts juridiques » et « concepts du métalangage juridique », voir M. Troper, « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 255-268.

⁴⁹ Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 338.

⁵⁰ Le premier alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution, que l'on a pu présenter comme un « préambule prolongé » (R. Cassin), a une charge normative contrastée (voir Th. Renoux *et al.*, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2019, pp. 828 et s.) Pour l'heure, la précision de l'organisation « décentralisée » de la République ne semble pas avoir d'autre conséquence que symbolique. Il en va autrement du principe d'indivisibilité de la République, dont découle notamment celui de l'unicité du peuple français (et donc l'inconstitutionnalité de la disposition législative mentionnant l'existence d'un « peuple corse » : décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991), ou encore l'inconstitutionnalité de la convention internationale instaurant le droit à pratiquer une langue régionale dans les services publics (décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 concernant la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires). Par ailleurs, le CC avait considéré que méconnaissait le principe d'indivisibilité de la République la loi autorisant la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi (décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002) ; sur les évolutions apportées sur cette question depuis la loi constitutionnelle de 2003, voir Chapitre 6.

⁵¹ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 293 : il donne comme exemple « souveraineté », « démocratie », « monocratie », mais également « État », « Union d'États », « État unitaire », « État fédéral », « concepts de la théorie des formes d'État et de collectivités politiques », p. 293.

qui correspond à un outil de pensée autour duquel existe un accord collectif plus ou moins diffus. Tout concept correspond à la cristallisation d'une représentation »⁵². L'objet de cette thèse n'est donc pas un objet *normatif*, mais un objet *intellectuel*. Les « formes d'État » seront dès lors envisagées comme des discours doctrinaux formant une « conversation savante »⁵³.

2/ Les formes d'État comme « conversation savante »

Contrairement à ce que pensent encore les rares tenants du « réalisme conceptuel »⁵⁴, il est devenu difficile de croire en l'existence des concepts dans une certaine réalité extérieure. Comme le précise O. Jouanjan, « les concepts juridiques ne sont pas ancrés dans une réalité juridique qui aurait une telle structure conceptuelle en soi. Ils ne renvoient pas à des essences mais sont des fonctions qui permettent d'élaborer un discours »⁵⁵. À l'instar de tous les concepts juridiques, les concepts relatifs aux formes d'État n'existent que par le biais des discours des juristes. Il n'existe aucune réalité empirique dans laquelle on pourrait recueillir de tels concepts, de même qu'il n'existe aucune réalité permettant de tester la validité des concepts créés par la doctrine. Au fond, on pourrait reprendre au sujet des formes d'État une métaphore utilisée par M. Xifaras pour le droit constitutionnel global (DCG). Il écrit que « le DCG est quelque chose qui a l'allure de la *chose en soi* chez Kant. Il doit bien exister "quelque chose", puisque ce quelque chose se manifeste, mais seules ses manifestations sont accessibles à la connaissance »⁵⁶. Il en va de même des formes d'État : seul ce qu'en disent les juristes (les discours doctrinaux) sont connaissables. Comme le droit constitutionnel global, les formes d'État peuvent donc être envisagées comme une « conversation savante »⁵⁷.

⁵² J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 16.

⁵³ M. Xifaras, « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 55.

⁵⁴ Courant de pensée selon lequel « l'objectivité de nos concepts et de nos règles matérielles d'inférence est ancrée dans un monde ayant en soi une structure conceptuelle » : J. Habermas, *Vérité et justification*, Gallimard, 2001, p. 106, cité in O. Jouanjan, « Ce que "donner une Constitution à l'Europe" veut dire », *Cités*, 2003, n°13, p. 33.

⁵⁵ O. Jouanjan, « Ce que "donner une Constitution à l'Europe" veut dire », *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ M. Xifaras, « Conclusions », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ Pour rester dans la même « problématique du discours », J. Caillousse propose de « "faire parler" autrement le droit administratif sur la question de l'État », en s'appuyant principalement sur les travaux de P. Legendre, de Bourdieu ainsi que, dans une moindre mesure, ceux de Foucault : J. Caillousse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015.

Une telle conversation s'apparente à un « nœud de relations »⁵⁸, que l'on peut essayer de dénouer comme les romans policiers⁵⁹ tentent de dénouer les intrigues. Selon O. Jouanjan, « il faut mener l'enquête, à charge et à décharge. Suspecter, rechercher des mobiles, examiner les alibis, envisager les complicités, décrypter des mises en scène, analyser les modes opératoires, les méthodologies à l'œuvre. Il y a des montages, des machinations. Les pensées, même les plus pures et les plus juridiques, sont des actes intentionnels [...]. On fabrique des théories, des métathéories justificatrices, comme on fabrique son alibi. Et la vérité est mise en abîme »⁶⁰. Dans un style moins imagé on peut dire, toujours avec O. Jouanjan, que « les pensées juridiques s'accrochent à des montages mythologiques qui sont autant de trésors de l'imagination »⁶¹. Le postulat fondamental de cette thèse est probablement que chaque construction intellectuelle, chaque discours doctrinal s'élabore au sein d'un cadre de pensée, d'une certaine façon de penser le droit et l'État, d'une certaine approche théorique, bref d'un certain paradigme. Chacun de ces cadres de pensée est composé de plusieurs niveaux interdépendants⁶² : le discours sur les formes d'État dépend d'une certaine façon de penser l'État, donc d'une théorie de l'État ; ce dernier dépend de points de départ philosophiques et épistémologiques *déterminants*.

Les formes d'État comme « conversation savante » ne constituent donc pas un simple *bavardage*. C'est une conversation qui fait intervenir des juristes mobilisant des théories et des concepts différents souvent en raison de prémisses intellectuelles spécifiques. Essayer de comprendre les formes d'État comme conversation savante revient donc à mener une « exploration de ces *imaginaires conceptuels* que mettent en œuvre, pratiquement ou non, consciemment ou non, les juristes »⁶³.

⁵⁸ J.-Fr. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, op. cit., p. 74.

⁵⁹ Voir not. O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, PUF, 2005 ; B. François, « Préface » in J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, 2014 : « Il y a quelque chose de jubilatoire et de fascinant, quand on lit l'histoire narrée par Julie Bailleux (et lorsqu'on aime bien sûr les histoires de juristes comme d'autres les romans d'espionnage), à pénétrer de façon si raffinée dans les méandres de l'invention de la langue juridique de l'Europe, à mesurer combien elle doit à des trajectoires singulières de personnalités singulières – au point que l'ouvrage a bien souvent des allures d'épopée », p. XIV.

⁶⁰ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, op. cit., p. 1.

⁶¹ *Ibid.*, p. 2 : l'auteur cite comme exemple « la nature, le propre de l'homme, le contrat imaginaire, l'organisme universel, le ciel étoilé des concepts, la pyramide des normes, l'histoire, la "Personne", la "Loi", etc. ».

⁶² Dans une perspective généalogique, donc pas nécessairement causale, voir *infra*.

⁶³ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, op. cit., p. 3.

§ 2 : Problématique

Après avoir identifié l'objet de cette étude, nous pouvons présenter la problématique retenue (A) ainsi que l'intérêt d'une telle étude (B).

A/ La problématique retenue

Nous retenons donc des formes d'État une approche intellectuelle, dans le sens où la théorie des « formes d'État » et tous les concepts qui vont avec sont envisagés comme des constructions intellectuelles, des concepts juridiques qui n'existent pas en dehors de la pensée des juristes. Face à un tel objet d'étude, deux possibilités sont ouvertes. La première consiste à étudier les discours pour essayer d'en savoir davantage sur la « chose en soi » sur laquelle porte le discours. Dans sa thèse relative au discours doctrinal sur les changements constitutionnels informels, M. Altwegg-Boussac écrit que son étude « se propose d'envisager trois étapes de la maturation d'une pensée d'un concept de changement constitutionnel informel. C'est en effet en distinguant trois problèmes posés par la reconnaissance des changements constitutionnels informels dans les systèmes de fondation constitutionnelle par l'écrit que l'on pourra saisir la manière dont les discours sur le droit sont façonnés pour approcher le pouvoir »⁶⁴. Ainsi, nous aurions pu analyser les discours des publicistes (français) sur les formes d'État pour mieux connaître ces formes d'État. Cela aurait permis d'identifier les problèmes qu'essaient de résoudre ces discours, d'éprouver ces discours et éventuellement de fournir une construction conceptuelle plus performante. Nous avons cependant préféré retenir la deuxième possibilité offerte par l'étude de discours doctrinaux. Il ne s'agit alors plus d'identifier ce que les discours disent sur leur objet, mais ce qu'ils disent sur ceux qui les formulent. Les formes d'État comme concepts juridiques ne sont que des constructions intellectuelles dépendantes de certains « imaginaires conceptuels ». Par conséquent, l'enjeu scientifique majeur nous semble être d'analyser comment les publicistes français ont appréhendé le problème des formes d'État, et d'en tirer des conclusions non pas sur la chose en soi « formes d'État », mais sur la pensée publiciste française. Il s'agit donc de mettre en relation

⁶⁴ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 46.

l'état général des idées sur les formes d'État au sein de la doctrine juridique française et la pensée publiciste française. L'idée est en somme d'étudier une « conversation savante » pour mieux connaître la doctrine publiciste française, que l'on peut définir avec J. Bailleux à la fois comme un corps de connaissances spécialisées et une communauté de savants⁶⁵.

Le choix d'une telle approche du sujet mérite une justification. Pourquoi, en effet, étudier le discours doctrinal sur les formes d'État afin d'essayer d'en tirer des conclusions sur l'état général de la pensée publiciste française ? Plusieurs éléments de réponse peuvent être apportés. Tout d'abord, il existe déjà de nombreux travaux de qualité sur les différentes formes concrètes d'organisation territoriale des États. Par ailleurs, les plus grands théoriciens de l'État ont proposé de riches théories relatives aux formes d'État, de sorte qu'il n'est pas certain que la science juridique contemporaine ait besoin d'une théorie nouvelle. Surtout, le discours doctrinal sur les formes d'État nous semble être une porte d'entrée pertinente pour une étude réflexive de la doctrine publiciste française. Celle-ci en effet ne s'analyse pas en bloc, d'un seul tenant. Une étude même limitée au discours doctrinal sur l'État en général aurait été d'une envergure démesurée. La thématique des formes d'État constitue en revanche un observatoire adéquat : thématique classique et centrale en droit public français, elle se laisse encore appréhender par une étude réflexive. Il s'agit donc d'un objet suffisamment délimité pour être étudié sous l'angle réflexif ; il est par ailleurs suffisamment complexe pour livrer des résultats d'un certain intérêt.

B/ L'intérêt de l'étude

Intérêt métadisciplinaire. L'intérêt de l'étude dont nous avons tracé les premiers jalons est donc principalement d'ordre métadisciplinaire⁶⁶. Cette thèse n'apportera pas véritablement d'éléments nouveaux sur telle ou telle organisation territoriale concrète d'un État, et n'a pour ambition ni de souligner les défauts des approches théoriques proposées ni de proposer une approche théorique absolument originale. En revanche, elle a pour dessein d'apporter, via l'étude du discours des publicistes français sur les formes d'État, des éléments sur les paradigmes existant

⁶⁵ J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France, op. cit.*, pp. 11 et s.

⁶⁶ Voir D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Mare et Martin, 2016, not. p. 49.

au sein de la pensée juridique de l'État en France. Ce travail vise donc à « cartographier » les différentes façons de penser le droit et l'État mobilisées ou non par les publicistes français pour penser les formes d'État. « Cartographier » de manière vivante toutefois, c'est-à-dire en n'oubliant pas que les juristes « bricolent » les théories même les plus belles à partir de leurs « manières d'agir, de penser et de sentir »⁶⁷, dans un certain contexte culturel et social, etc. Ces façons de penser sont souvent divergentes, mais peuvent aussi parfois se croiser ou se rejoindre. Cette thèse tente donc de rendre compte du caractère buissonnant de la pensée juridique de l'État en France. Dépasant la doxographie, elle est une contribution à l'étude du « champ disciplinaire » que constitue la pensée publiciste française.

Démarche complémentaire. Cette contribution se veut donc complémentaire des travaux déjà menés en la matière par d'autres disciplines académiques, qui ont proposé des études *réflexives* sur le droit non pas comme ensemble de normes, mais comme discipline savante⁶⁸. Dans la mesure où cette dernière est avant tout une « communauté savante », elle a d'abord fait l'objet d'études sociologiques, afin de décrypter les rapports de pouvoir et de domination, les logiques institutionnelles ou encore les dessous des différents itinéraires personnels. Les travaux de Bourdieu sur le « champ juridique »⁶⁹ ont à ce titre été déterminants, tout comme les études publiées par B. Latour, notamment sur le Conseil d'État⁷⁰. Ces travaux ont ensuite largement influencé les politistes, qui depuis plusieurs années ont investi avec succès ces différentes thématiques⁷¹. Dans sa thèse sur « l'invention du droit communautaire en France », J. Bailleux propose une « analyse socio-génétique » de l'apparition de cette nouvelle discipline savante. L'auteur entend mobiliser « les outils de la sociologie historique » et mettre en évidence les

⁶⁷ Pour reprendre la formule utilisée par Durkheim pour définir les « faits sociaux » s'imposant aux individus : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1937, p. 5.

⁶⁸ La distinction est faite dans B. François, « Préface » in J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.*

⁶⁹ Voir not. P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, pp. 3-19 ; P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, Cours du Collège de France 2000-2001, 2001.

⁷⁰ B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2004.

⁷¹ Voir not. B. François, *La V^e République dans son droit. La production d'un corps de connaissances spécialisées sur la politique et les institutions*, Thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris 1, 1992 ; G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, 2011 ; J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.*

« conditions sociales et historiques de construction d'une doctrine communautariste en France »⁷². Toujours dans un certain héritage des travaux de Bourdieu, plusieurs historiens du droit entendent désormais contribuer à faire l'histoire du « champ juridique », ce cadre dans lequel évoluent et interagissent les « professionnels du droit » et les « processus de production des normes »⁷³. Faire l'histoire de ce « champ juridique », c'est donc recourir à une « pluralité d'histoires du droit »⁷⁴. Il s'agit en effet de confronter « histoire normative de la production des règles de droit », « histoire de la science du droit », « histoire des cultures juridiques » et « histoire des pratiques »⁷⁵. D'autres auteurs proposent également de recourir à « l'outil biographique pour construire une histoire intellectuelle », et inscrivent leur démarche « dans une histoire contextualisée de la pensée juridique »⁷⁶. Ces travaux, qu'ils soient l'œuvre de sociologues, politistes ou historiens du droit, sont complémentaires⁷⁷ et contribuent efficacement à une meilleure connaissance du droit public français comme discipline savante. Cependant, aucun de ces travaux ne porte sur l'identification et l'analyse des différents « programmes »⁷⁸ de pensée utilisés par les publicistes français. C'est donc

⁷² J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.*, p. 11.

⁷³ J.-L. Halpérin, « Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit », *RIEJ*, vol. 70, n° 1, 2013, p. 119.

⁷⁴ J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, n° 75, 2010, p. 311.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 310.

⁷⁶ J.-M. Blanquer et M. Milet, « Les idées politiques de Léon Duguit. Un prisme contextuel et biographique », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, p. 5 ; voir par ailleurs leur intéressante biographie croisée de Duguit et Hauriou : J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015.

⁷⁷ Voir l'avertissement de B. François sur l'interdisciplinarité : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.* ; voir également M. Miaille, « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, n°2, 1984, pp. 276-297 : « Engager l'actuelle discipline droit constitutionnel dans la voie de l'unité du savoir sur la société, c'est donc commencer par mettre à jour les fondements – et les *a priori* de la discipline – et les mettre en relation avec ceux des autres disciplines travaillant sur le champ de la forme étatique de la vie sociale. On rend ainsi possible une théorie du "mode de production étatique" selon la formule de H. Lefebvre, prise ici, au sens strict, comme la manière dont une société s'organise pour produire sa vie sociale sous la domination d'une forme spécifique, la forme État. À cette étude sont convoqués tous ceux, historiens, juristes, sociologues, économistes, linguistes, anthropologues pour ne citer que les plus immédiatement concernés, qui s'interrogent sur la spécificité de cette forme de vie sociale », p. 295.

⁷⁸ En écho aux travaux de Lakatos sur les « programmes de recherche », l'expression est souvent utilisée par O. Jouanjan, que ce soit par exemple au sujet du « programme Savigny-Puchta » (O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, pp. 39 et s.), du « programme Duguit » et du « programme Gerber-Laband » (O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 195-224) ou de la « Théorie Structurante du Droit » (O. Jouanjan, « Nommer/Normer. De quelques aspects du rapport Langage/Droit du point de vue de la Théorie Structurante du Droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2007, pp. 43-59).

en contribuant à l'étude de la configuration intellectuelle du droit public français que cette étude peut avoir une certaine utilité⁷⁹.

§ 3 : Une méthode généalogique

De nombreux juristes ne cachent pas leur faible enthousiasme pour les questions de méthode. S. Rials dénonce « l'espèce de *pathos* de la méthode qui est l'un des aspects les plus rebutants de la culture universitaire contemporaine »⁸⁰. F. Saint-Bonnet a publié un intéressant article intitulé « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* »⁸¹ ou « Nul ne devrait se prévaloir de sa propre méthode ». Il y développe l'idée qu'il n'existe pas de bonne méthode mais seulement de bons travaux, puisqu'une méthode n'est pertinente que si elle est adaptée à l'objet de recherche et au chercheur. En l'occurrence, la méthode que nous avons retenue est celle qui nous semble la plus adaptée pour répondre à la problématique fixée. Car une méthode, au fond, est d'abord une certaine manière de répondre à une problématique. Il s'agit ici d'une méthode généalogique, dont il convient de présenter la structure (A), les contours (B) ainsi que la place dans le paysage du droit public français (C).

A/ La structure de la méthode

Après avoir présenté de façon générale la méthode généalogique (1), nous pourrions préciser ses deux dimensions, ascendante et descendante (2).

⁷⁹ Notons du reste que ces études certes complémentaires demeurent rares ; constat qui ne vaut pas seulement pour la science juridique mais pour toutes les sciences humaines et sociales. R. Ponsard note ainsi que « les études tendant à analyser et systématiser dans le temps et dans l'espace les conceptions retenues des disciplines, les théories et méthodes utilisées en leur nom – y compris au sein de la pensée juridique – comme les types d'objets étudiés au sein des champs disciplinaires, sont peu développés au sein des sciences humaines et sociales » et relève « le constat presque unanimement partagé selon lequel, en sciences humaines et sociales, l'histoire des disciplines demeure encore peu développée et reste encore à écrire » : R. Ponsard, *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, thèse Paris I, 2011, p. 171.

⁸⁰ S. Rials, « À l'anglaise. Comment filer l'histoire constitutionnelle ? », Préface in D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, PUF, coll. « Léviathan », 1999, pp. 17-18.

⁸¹ F. Saint-Bonnet, « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Editions Kimé, 2012, pp. 95-115.

1/ Présentation de la méthode

De nombreux juristes recourent aujourd'hui à une certaine méthode généalogique, sans que l'objectif poursuivi soit toujours le même. C'est par exemple le cas de B. Plessix dans son manuel de droit administratif général. Il y écrit que « tout système juridique, toute discipline académique repose, à tort ou à raison, en bien ou en mal – peu importe –, sur quelques vues fondamentales de l'esprit, sur quelques grandes idées générales, sur quelques sensibilités de la pensée humaine. Elles l'influencent, le façonnent, le modèlent ; elles pèsent sur le contenu même des règles de droit que le législateur élabore, que le juge interprète, que la doctrine systématise, tous étant précisément sous l'emprise – consciente ou non – de telles représentations mentales. Leur connaissance est indispensable à qui veut comprendre les nobles valeurs ou les idées préconçues qui orientent l'esprit des règles du droit positif et la manière dont elles sont mises en œuvre »⁸². Pour parvenir aux fondements du droit administratif français, B. Plessix utilise une « méthode contextualiste [qui] n'est guère séparable d'une enquête qu'on aurait appelée humaniste au XV^e siècle, que Nietzsche aurait volontiers baptisée de généalogique, que l'on a souvent appelée historique, de Savigny à Pierre Legendre en passant par Laboulaye et Saleilles, et que l'on pourrait tout aussi bien appeler géologique »⁸³. A.-L. Girard revendique quant à elle l'utilisation de la « méthode historique » de Savigny et Saleilles afin de rendre compte de la formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral. Il s'agit de faire de la « généalogie » des concepts pour traduire « la complexité de la génétique des constructions juridiques »⁸⁴. J.-Fr. Kerléo a par ailleurs recours à

⁸² B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 541 ; voir également B. Plessix, « En guise de réponse », *Jus Politicum*, 2018, n° 20-21.

⁸³ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. XI.

⁸⁴ A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013, p. 557 ; voir également pour un exemple intéressant d'analyse généalogique G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991 : « Un chantier fait de ces idées reçues et acquises sur le droit, depuis le temps où le temps, en ces lieux, semble s'être arrêté. L'on y trouvera non une histoire, mais une généalogie. Non une genèse, mais une géologie. Ce que je veux ici, ce n'est certes pas raconter l'histoire, ni la succession des noms de la loi. Mais creuser – pour retrouver sous les théories et les noms – les faits et les choses qu'ils désignent – et ne se contentent pas de désigner ou de nommer : qu'ils créent – ou dont ils perpétuent l'antique création – par le seul fait qu'ils les ont, il y a longtemps, désignés ou nommés », p. 10-11. Plus généralement, J.-J. Biennvenu notait déjà en 2003, dans sa préface à la thèse de B. Plessix, que celle-ci faisait partie « de la constellation de la jeune doctrine qui renouvelle l'étude du droit administratif en retravaillant les éléments fondateurs si présents dans l'œuvre d'Hauriou et qui paraissent à nombre d'esprits contemporains rétrécis étonnamment désuets : la personnalité morale, le droit subjectif... travaux en cours qui par leur accumulation, leur interpénétration renouvellent la connaissance de ce miracle qu'est l'expansion du droit public au début du XX^e siècle », p. 5-6.

une « méthode archéologique » afin de « repositionner la transparence dans le récit de la pensée juridique »⁸⁵. L'auteur s'appuie principalement sur les travaux de Foucault et P. Veyne, et s'inscrit dans le sillage du mouvement *Cultural Study of Law*, initié aux États-Unis par Paul W. Kahn⁸⁶.

Des éléments permettant de préciser le contenu de la « méthode généalogique » ici utilisée ont été donnés par D. Fonseca, qui mobilise une telle méthode dans sa thèse sur le discours doctrinal sur la loi⁸⁷. Son objet d'étude est donc, comme le nôtre, un objet doctrinal, un discours porté par des juristes de doctrine⁸⁸. Il s'agit, pour D. Fonseca, de porter « un *regard épistémologique* sur la doctrine : penser *son* discours sur la crise de la loi en tant que mode de connaissance scientifique »⁸⁹. L'auteur n'a donc pas pour ambition de proposer une « nouvelle histoire des doctrines sur la loi » mais au contraire de fournir une « analyse généalogique du discours sur la loi »⁹⁰. D. Fonseca précise que « par généalogie il faut entendre ici la perspective nietzschéenne qui vise à établir des rapports entre deux termes d'un même phénomène, sans aucune préoccupation historique ou dialectique : l'acte de naissance généalogique n'étant pas dans un temps antérieur, mais dans une origine sous-jacente qui ne diffère de son expression actuelle que par sa faculté à ne pas s'exprimer – différence selon le langage, non selon le temps. Ce que la généalogie distingue, par exemple entre une certaine métaphysique et certaines motivations affectives, n'est pas une filiation chronologique, mais un engendrement plus fondamental, qui relie une manifestation quelconque à une volonté non déclarée ou une intention non affichée qui parvient à réaliser ses desseins au prix d'une série de transformations qu'il appartient à la généalogie de déchiffrer. Elle se distingue, dès lors, de la méthode d'investigation génétique »⁹¹. Cet extrait est important puisqu'il rend compte de la spécificité du rapport généalogique entre plusieurs idées. Il ne s'agit pas de partir à la recherche des « causes déterminantes »⁹² (puisque le rapport généalogique n'est pas un rapport

⁸⁵ J.-Fr. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁶ J.-Fr. Kerléo utilise également les travaux d'autres auteurs pouvant être inscrits dans ce mouvement, tels que Cl. Geertz et D. Nelken. Il mobilise par ailleurs les travaux de Castoriadis (pour la notion d'imaginaire) et de G. Durand (pour la notion de mythe).

⁸⁷ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*

⁸⁸ Pour un autre exemple de thèse portant sur un objet discursif, voir Ch. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010.

⁸⁹ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁹¹ *Ibid.*, p. 51.

⁹² *Ibid.*, p. 53.

de causalité), mais d'identifier les « origines » des constructions intellectuelles. Ces origines « ne sont pas ici des *causes* mais plutôt des éléments qui, lorsqu'ils *cristallisent* dans des formes fixes et définies [...], permettent de retracer un discours »⁹³.

Pour restituer le « trajet des origines »⁹⁴ des discours des publicistes français sur les formes d'État, nous utiliserons donc la méthode généalogique telle que détaillée notamment par D. Fonseca. Elle nous paraît la plus à même de déterminer, d'une part, à partir de quelles approches théoriques les publicistes français ont pensé ou non les formes d'État et, d'autre part, ce que cela dit sur l'état général des idées publicistes françaises. Nous nous éloignons cependant des travaux de D. Fonseca sur plusieurs points, et non des moindres. L'auteur conclut sa thèse en indiquant qu'« il n'y avait toutefois pas dans cette recherche généalogique un secret espoir de l'ultimité », dans le sens où « il ne s'agissait [...] pas de partir du discours doctrinal sur la loi, puis par régression d'en remonter le cours pour en démontrer ensuite les mécanismes et rouages »⁹⁵. C'est en revanche ce que nous souhaitons faire pour les formes d'État. Cela n'est certainement pas prudent, mais il nous semble que l'entreprise vaut la peine d'être tentée. Par ailleurs, l'auteur indique ne pas avoir voulu élaborer « un nouveau modèle de discours sur la loi, donc de remplacer la lecture déjà faite par une étude rénovatrice »⁹⁶. Au contraire, nous essaierons de proposer des éléments d'une approche théorique originale des formes d'État, non pas pour en démontrer les qualités suprêmes, mais pour la resituer dans le paysage doctrinal français. D. Fonseca précise que l'enjeu de sa thèse était « la *lisibilité* de ce discours »⁹⁷ doctrinal sur la loi. Dans la présente étude en revanche, l'enjeu n'est pas seulement la lisibilité du discours des publicistes français sur les formes d'État, mais surtout la meilleure connaissance de l'état général des idées juridiques sur l'État en France que cette analyse permet. Il convient donc de préciser les deux dimensions de notre méthode généalogique⁹⁸.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 1002.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 1002-1003.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 1003.

⁹⁸ Méthode qui, dans une certaine mesure, peut être envisagée comme une méthode *paradigmatique*, en ce qu'elle vise à identifier les approches théoriques mobilisées ou non par les publicistes français pour penser les formes d'État.

2/ Les deux dimensions de la méthode

Dimension ascendante. La méthode généalogique que nous avons retenue contient dans un premier temps une dimension « ascendante »⁹⁹. Il s'agit alors d'identifier les différents discours sur les formes d'État avant d'essayer de remonter le « fil d'Ariane »¹⁰⁰ et de parvenir aux fondements théoriques et épistémologiques de ces discours. La démarche consiste donc en une reconstruction conceptuelle, « rétrograde »¹⁰¹ ou « régressive »¹⁰², qui permet de reconstituer la structure intellectuelle du discours et ainsi de parvenir à ses fondements. Cette dimension de la méthode permettra de mettre en évidence les théories du droit et de l'État sur lesquelles reposent les discours sur les formes d'État formulés par les publicistes français, ainsi que les principales orientations philosophiques et épistémologiques qui les déterminent.

Ce premier temps de la méthode peut donc être qualifié de métathéorique. L'analyse porte en effet sur les discours sur les formes d'État formulés par les juristes de doctrine. De nombreux travaux récents adoptent un tel positionnement méthodologique¹⁰³. La thèse de M. Altwegg-Boussac porte ainsi sur « cet imbroglio discursif »¹⁰⁴ que constitue le discours doctrinal sur les changements constitutionnels informels, « ce foisonnement d'idées entremêlées, ces choix dits ou

⁹⁹ J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, op. cit. : l'auteur distingue également une approche « ascendante » et une approche « descendante » ; seulement, par l'approche ascendante il entend « analyser et [...] évaluer la portée pragmatique des lacunes constitutionnelles. Il s'agit alors de partir du droit constitutionnel positif et des discours formulés à son propos pour mettre au jour les effets instrumentaux de la désignation d'une lacune, circonscrire les finalités vers lesquelles elle paraît tendue et évaluer son efficacité pour atteindre ces dernières », p. 70.

¹⁰⁰ M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, PUAM-Economica, 1992, p. 7 : « L'histoire des doctrines juridiques » permet de « tisser le fil d'Ariane qui [permet] au chercheur de s'orienter parmi les concepts encore utilisés aujourd'hui et de comprendre leur évolution. Les théories contemporaines restent en effet fondées, au moins implicitement, sur les conceptions héritées des "grands maîtres" et forgées pour le droit public essentiellement à la fin du siècle dernier. Aussi la tâche actuelle est-elle de ressaisir dans leur signification première les théories qui se donnent encore pour fondement de notre système ».

¹⁰¹ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2010, p. 17.

¹⁰² J.-A. Mazères, « Préface », in F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995.

¹⁰³ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, op. cit. ; E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016 ; D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, op. cit. (même si l'auteur indique dans l'introduction de l'ouvrage avoir préféré une « approche métadisciplinaire plutôt que métathéorique », p. 49, avant de qualifier en conclusion son étude de « travail métathéorique de déconstruction », p. 1002) ; ces travaux ont peut-être été annoncés par ceux de M. Troper, qui souvent souligne l'intérêt d'un positionnement métathéorique : voir not. M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

¹⁰⁴ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, op. cit., p. 35.

non-dits qui déterminent les conclusions de ces auteurs »¹⁰⁵. L'enjeu de la démarche métathéorique est de prendre au sérieux « la dimension problématique de [l'] *état* de la pensée doctrinale » sur le discours objet. Comme indiqué plus haut, nous avons cependant fait le choix d'étudier « l'imbroglia discursif » sur les formes d'État non pas « dans le but de mieux saisir les enjeux, les tensions et les raisons de cette forme d'insaisissabilité du concept de [formes d'État] au sein du discours juridique »¹⁰⁶, mais afin de mieux connaître les « linéaments de structure »¹⁰⁷ de la pensée publiciste française.

Dimension descendante. Outre la dimension ascendante, la méthode retenue possède également une dimension descendante. Suivant la même logique généalogique, cette dimension consiste à descendre, dans le cadre d'analyse, des fondements philosophiques et épistémologiques aux discours sur les formes d'État. Cette dimension peut donc être qualifiée de « progressive », dans la mesure où elle permet de faire des projections à partir d'un point de départ philosophique et épistémologique.

Cette démarche descendante apparaît comme « théorique », contrairement au caractère métathéorique de la dimension ascendante. Elle est théorique dans le sens où elle permet de développer une approche théorique originale des formes d'État en raison de ses fondements. Cette démarche est souvent rejetée dans le cadre des travaux exclusivement métathéoriques. E. Bottini renonce à « construire un nouveau concept qui permette d'analyser le droit positif et [à] montrer son utilité théorique »¹⁰⁸, tout comme M. Altwegg-Boussac et D. Fonseca. Ces auteurs soulignent les périls évidents d'une telle démarche, ainsi qu'une certaine forme d'incompatibilité avec le positionnement métathéorique par eux retenu. Il nous semble cependant qu'une démarche théorique peut utilement *compléter* une démarche métathéorique dans le but d'une meilleure connaissance de la pensée publiciste française. Nous aurons ainsi l'occasion de développer des éléments d'une approche théorique des formes d'État fondée sur le positivisme normativiste.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Pour paraphraser M. Altwegg-Boussac au sujet des changements constitutionnels informels : M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁷ D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996 : « Nous voici situés au cœur des linéaments de structure de nos fonds culturels et sociaux », p. 404.

¹⁰⁸ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, *op. cit.*, p. 35.

Cependant, l'objectif n'est pas de démontrer la supériorité d'une telle approche, « qui remplirait, dans les cases des taxinomies discursives, cette case vide, ou mal remplie, que l'on a remarquée »¹⁰⁹. Plus précisément, nous pensons cette approche pertinente, car permettant une présentation plus cohérente, précise et surtout générale des formes d'État. Seulement, l'objectif de cette thèse n'est absolument pas de *convaincre* le lecteur des qualités supérieures du positivisme normativiste. Ceci n'est donc pas une thèse normativiste sur les formes d'État, comme on a pu écrire des thèses normativistes sur les limites constitutionnelles à l'intégration européenne¹¹⁰, la liberté d'expression¹¹¹, ou encore l'effet corroboratif de la jurisprudence¹¹². C'est en revanche une étude qui essaye de montrer que c'est justement tout ce qui se situe en amont de la théorie des formes d'État qui empêche la doctrine publiciste française de penser les formes d'État à partir d'une conception normativiste du droit et de l'État. Il s'agit donc d'un travail de mise en perspective méthodologique, dans lequel sont étudiés les discours majoritaires des publicistes français sur les formes d'État et dans lequel nous développons des éléments de ce qui est une théorie originale dans le paysage intellectuel français – non pas pour les qualités intrinsèques de cette théorie, mais en raison de sa place discutée dans la pensée publiciste française.

Deux dimensions donc dans cette méthode généalogique : l'une ascendante et métathéorique, l'autre descendante et théorique. Deux dimensions complémentaires qui permettent de porter un « regard épistémologique »¹¹³ sur la pensée publiciste française. Car il faut bien voir que la méthode généalogique ainsi configurée ne s'inscrit pas uniquement dans une perspective verticale, comme les dimensions ascendante et descendante pourraient le laisser penser. Si le raisonnement est tantôt régressif (ascendant), tantôt progressif (descendant), il vise toujours une meilleure connaissance de la *structure intellectuelle* de la pensée publiciste française. Dès lors, la méthode généalogique est aussi architecturale, ou horizontale¹¹⁴.

¹⁰⁹ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, op. cit., p. 1002.

¹¹⁰ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015.

¹¹¹ Th. Hochmann, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, Pedone, 2012.

¹¹² Ch. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016.

¹¹³ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, op. cit.

¹¹⁴ Dans sa proposition d'analyse culturelle du droit, Paul W. Kahn s'appuie principalement sur les travaux de Foucault et rappelle que « généalogie » et « architecture » sont liées : « *Architecture is bound by genealogy – we cannot make something out of nothing. Our endowments are conceptual as much as they are physical. Genealogy is bound by architecture; the historical resources must fit within a contemporary structure of belief. Genealogy and architecture together constitute the branches of inquiry of a new discipline of law* » : P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, 1999, p. 43.

B/ Les contours de la méthode

Les contours de la méthode dessinent les limites de notre étude. Elles sont relatives à l'identification des discours doctrinaux étudiés (1) et au rapport au droit positif (2).

1/ L'identification de discours « modèles »

Kelsen, en 1928, écrivait dans sa préface à la thèse d'Eisenmann que les publications même spécialisées étaient devenues trop nombreuses pour pouvoir être toutes lues. Par conséquent, il va sans dire que nous n'avons pu utiliser tous les travaux sur les formes d'État en général, ou sur telle ou telle forme spécifique en particulier¹¹⁵. Il s'est donc avéré nécessaire d'établir des critères pour s'y retrouver dans le « magma de discours doctrinaux »¹¹⁶. Premièrement, et dans la mesure où cette thèse porte sur le discours doctrinal français sur les formes d'État, nous avons limité nos recherches sur les écrits publiés par des juristes français sur le problème des formes d'État. Certaines publications étrangères, en particulier anglo-saxonnes, ont cependant pu être utilisées dès lors qu'elles renseignaient sur l'appréhension doctrinale française du problème des formes d'État. Nous avons par ailleurs privilégié les travaux publiés depuis la fin du XIX^e siècle, c'est-à-dire depuis que les deux branches principales du droit public (le droit constitutionnel et le droit administratif) ont accédé, d'une certaine manière, au statut de *science*¹¹⁷. Là encore, des travaux plus anciens ont pu être utilisés, dès lors qu'ils permettaient de mieux comprendre ou situer les publications ultérieures.

¹¹⁵ Duguit écrivait, en 1902 : « Nous n'avons point la pensée d'analyser et de critiquer tous les systèmes, qui ont été proposés sur cette double question ; un volume entier n'y suffirait pas » : L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, [1902], rééd. Dalloz, 2005, p. 657, à propos du problème de la décentralisation, envisagé tant au niveau de l'État fédéral que de l'État unitaire.

¹¹⁶ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁷ La première chaire de droit constitutionnel français est créée à la faculté de droit de Paris en 1834 avant d'être supprimée en 1848. Cependant, l'enseignement de la discipline ne se généralise qu'après la réinstauration de cours de droit constitutionnel au sein des facultés de droit durant la décennie 1880 : voir G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes*, *op. cit.* L'enseignement du droit administratif est plus ancien, puisqu'il y avait du droit administratif avant Laferrière et les grands auteurs de la III^e République : voir M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, Éd. La Mémoire du droit, 2009. Cependant, on considère généralement, et c'est une idée que nous prenons pour acquise, que le droit administratif ne devient une véritable discipline académique que sous la III^e République.

Même au sein des publications françaises depuis le début de « l'âge d'or » du droit public français, vers 1880, il a fallu sélectionner des discours en fonction de l'objectif de notre étude. Dans la mesure où il s'agit d'identifier des courants de pensée différents au sein de la pensée juridique française, nous avons retenu pour principal critère de sélection « l'exemplarité des discours »¹¹⁸. Avec E. Bottini on peut dire qu'un « discours exemplaire ou paradigmatique constitue un "modèle théorique" : un discours dont les traits saillants peuvent être utilisés afin de constituer un type-idéal de discours préférable pour ses qualités explicatives sur le plan heuristique »¹¹⁹. Notre attention s'est donc principalement portée sur les discours permettant de reconstruire des approches théoriques des formes d'État ; ils ont donc servi de « situations "paradigmatiques" »¹²⁰. Dès lors, nous devons reconnaître comme E. Bottini une « double renonciation ». La première, celle de l'exhaustivité totale, ne nous sera pas reprochée. La deuxième peut susciter davantage de discussion. Nous avons effectivement dû écarter des discours jugés non « paradigmatiques », c'est-à-dire ne permettant pas de reconstruire une approche théorique sur les formes d'État ayant une certaine importance au sein de la pensée juridique française. Une telle discrimination découle aussi d'intuitions et d'une certaine dose de subjectivité, la rendant donc discutable.

2/ Le rapport au droit positif

Nous devons par ailleurs reconnaître que le droit positif n'est pas au centre de cette thèse. Cela mérite une justification puisque la doctrine majoritaire actuelle se consacre essentiellement à la description ou à la systématisation du droit positif. En droit administratif, et après un glorieux intermède animé par de grands théoriciens du droit et de l'État, l'École de l'exégèse a cédé la place au positivisme techniciste¹²¹ du droit administratif jurisprudentiel. Par ailleurs, le droit constitutionnel s'est renouvelé depuis les années 1970 par l'étude de la jurisprudence constitutionnelle. S'il est plutôt logique que les juristes analysent surtout le droit positif, la place

¹¹⁸ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, op. cit., p. 29.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 28-29.

¹²¹ Voir not. F. Melleray, « Charles Eisenmann et la manière contemporaine de faire du droit administratif », *RDP*, n°2, 2016, p. 375 ; voir par ailleurs A. Desrameaux et Fr. Colonna d'Istria (dir.), *Penser la technique juridique*, LGDJ, coll. « Contextes, Culture du droit », 2018.

occupée par ce droit positif dans les travaux de notre temps interroge. Il n'est pas contestable que les juristes dogmatiques¹²² s'attachent à décrire et systématiser scrupuleusement le droit positif, souvent jurisprudentiel¹²³, puisqu'il s'agit de l'essentiel de leur office. En revanche, l'utilisation du droit positif dans certains travaux de théorie du droit laisse songeur. Il s'agit alors souvent de déduire du droit positif des théories juridiques¹²⁴, ou d'éprouver des théories juridiques par rapport au droit positif¹²⁵. Le malaise provient de ce que le « droit positif » n'est pas nécessairement un objet extérieur à la pensée sur le droit. Comme l'écrit D. Baranger, « le propre de la "doctrine" juridique est de participer à l'effort de production d'une fiction appelée "le droit tel qu'il est" »¹²⁶. Dès lors, « le "droit" n'est pas constitué en dehors de notre *effort* discursif pour le dire et le fonder »¹²⁷. Dans ces conditions, la science juridique ne peut plus, sur le schéma du positivisme classique, se présenter comme une science de la nature¹²⁸. Il s'agit d'une science sociale qui produit son propre objet, auquel il ne faut pas faire jouer un rôle qu'il ne peut pas avoir. Le « droit positif » de lui-même ne « dit » rien : il n'est que ce que les juristes en font, c'est-à-dire comment ils le pensent et comment ils l'utilisent. O. Jouanjan écrit ainsi que « l'art du juriste est un art de la *justification*. Son travail consiste à construire des argumentaires suffisamment ingénieux pour *convaincre* son interlocuteur ou son auditoire que sa solution repose sur des normes et que ces normes ont pleine valeur juridique. Tout l'art consiste à *faire croire* – en s'en convainquant parfois soi-même – que la justification de la solution signifie sa *fondation en droit* »¹²⁹.

¹²² Au sens où ces juristes font de la « dogmatique juridique », activité qui consiste en « l'interprétation et la systématisation des normes juridiques valides » : M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amsseck (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 315, cité in X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 6.

¹²³ Pour des éléments expliquant la place des études jurisprudentielles en droit administratif, voir Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018 ; Ch. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, pp. 501-517.

¹²⁴ Voir par exemple D. Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, suivant une ancienne tradition remontant au moins jusqu'à Carré de Malberg.

¹²⁵ Voir par exemple J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*

¹²⁶ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008, p. 8.

¹²⁷ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁸ O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 31-48 : « Le réalisme est, chez Michel Troper, un renouveau du programme positiviste. Le programme positiviste cherche à constituer la science du droit sur le modèle des sciences empiriques ou des sciences de la nature », p. 47.

¹²⁹ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, coll. « Léviathan », 2017, pp. 16-17.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait aucune différence entre le discours *du* droit et le discours *sur* le droit. La distinction classique entre l'être et le devoir-être nous semble devoir être maintenue¹³⁰. Seulement, nous avons le sentiment que l'essentiel des controverses doctrinales se jouent en amont du « droit positif ». Comme il est indiqué plus haut, les concepts sur le droit que forgent les juristes de doctrine ne sont pas uniquement déterminés par le droit positif. Ce sont d'abord des constructions intellectuelles, qui renseignent bien plus sur les manières de penser de leur auteur que sur le droit positif. Ce dernier ne dit par exemple absolument rien sur la question de savoir si l'État est une personne morale, une institution, un ordre juridique ou un réseau. Seules les différentes façons de concevoir l'État et le droit (y compris « positif ») permettent de donner une réponse à cette question. C'est donc vers elles que doit aller toute l'attention d'une étude¹³¹ qu'il reste à *qualifier*.

C/ Le nom de la méthode : pour une réorientation de la théorie générale de l'État

Cette thèse n'est pas une étude de dogmatique juridique, qui aurait pour objectif d'étudier en détail un ou plusieurs systèmes juridiques afin d'en présenter une certaine systématisation¹³². Il ne s'agit pas non plus d'une thèse de théorie du droit, visant par exemple à forger puis à utiliser un nouveau concept ou une nouvelle théorie juridique¹³³. Ce travail qui a pour objectif d'étudier les discours doctrinaux sur les formes d'État a été mené par un « juriste », et n'est donc pas, non plus,

¹³⁰ Elle est vigoureusement rejetée, entre autres, par O. Jouanjan, au nom du rejet de la métaphysique kelsénienne : voir not. O. Jouanjan, « Faillible droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit*, *op. cit.*, pp. 61-76 ; nous pensons qu'il y a entre discours *du* droit et discours *sur* le droit une différence non pas de nature mais de niveau de discours : le discours du droit est aussi un discours sur le droit, mais à un niveau inférieur du discours sur le droit « décrivant » le droit positif.

¹³¹ Étude qui ne s'inscrit donc pas dans un effort épistémologique permettant *directement* une meilleure connaissance du droit positif ; dans cette optique, voir not. parmi de nombreux travaux contemporains, les études réunies par X. Magnon dans le dossier « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », in *AIJC*, n°31, 2015 et R. Ponsard, « Pour une épistémologie de la science du droit administratif ? », in *Les méthodes en droit administratif*, actes de colloque de l'AFDA, Dalloz, 2018, pp. 99-132.

¹³² Voir not. C. Gindre David, *Essai sur la loi de pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008 ; L. Tesoka, *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004 ; F. Roux, *La Dévolution en Grande-Bretagne : contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Dalloz, 2009 ; il ne s'agit pas non plus d'une thèse de droit comparé comme peuvent l'être celles de Cl. Barthélémy, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009 et R. Barué-Belou, *Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil. Contribution à l'étude du fédéralisme*, thèse Toulouse, 2013.

¹³³ Voir par exemple G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.

une thèse de science politique ou de sociologie juridique. Ce n'est pas davantage une thèse d'histoire du droit ou d'histoire de la pensée juridique, et n'est pas tout à fait une étude d'histoire intellectuelle.

La théorie générale de l'État comme « métadiscipline ». Cette thèse voudrait en revanche être une contribution – à l'évidence *modeste* –, à une réorientation de la théorie générale de l'État. M. Troper a montré que l'ancienne théorie générale de l'État, qui en France connut son heure de gloire avec les grands juristes de la III^e République, n'était pas une discipline décrivant l'État, mais produisant les concepts constitutifs « de notre concept d'État »¹³⁴. Cette discipline, souvent prescriptive, s'est éteinte en France lorsque les principaux publicistes ont cédé aux sirènes du « positivisme techniciste » dans les années 1930. Dans de multiples travaux, M. Troper a ensuite proposé des jalons « pour une nouvelle théorie de l'État »¹³⁵. Il écrit que « si la théorie générale de l'État au sens traditionnel est un ensemble de principes et de concepts, alors il y a place pour une métathéorie, ayant pour tâche non de pénétrer une quelconque nature de l'État ou de produire des justifications, mais de rechercher la relation entre ce système de principes et de concepts et la structure générale du système juridique »¹³⁶. Le positionnement *métathéorique* de cette nouvelle théorie générale de l'État nous semble particulièrement fécond. Cependant, la recherche de la relation entre les concepts classiques de la théorie générale de l'État et la « structure générale du système juridique » paraît plus problématique. Cela revient en effet à soutenir que c'est la structure de l'ordre juridique qui fait naître les différents concepts constitutifs de l'État. M. Troper écrit que c'est une certaine structure de l'ordre juridique, à savoir une hiérarchie des normes à la fois statique et dynamique, qui engendre l'apparition du concept de souveraineté qui, à son tour, permettra de

¹³⁴ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 8 ; M. Troper écrit que « la Théorie générale de l'État n'est pas une théorie qui décrit l'État, mais qui le constitue », p. 7.

¹³⁵ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 18 ; le constat dressé en 2003 par P. Brunet semble malheureusement toujours d'actualité : « Pour autant, les thèses de Michel Troper relatives à la théorie de l'État n'ont pas, à l'heure d'aujourd'hui, suscité un enthousiasme aussi vif que ses démonstrations et distinctions conceptuelles relatives à l'interprétation, à la séparation des pouvoirs ou encore, à la souveraineté » : P. Brunet, « Michel Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, 2003, n° 37, p. 1 (version disponible en ligne sur le portail HAL) ; voir les réserves de D. de Béchillon, qui se demande pourquoi l'État devrait être conçu comme un ordre juridique hiérarchisé d'un point de vue dynamique et statique : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 256.

¹³⁶ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 22.

constituer l'État¹³⁷. M. Troper a donc voulu tester « l'hypothèse selon laquelle c'est l'émergence du système juridique qui a conduit à l'émergence de l'État, de sorte que ce n'est pas l'État qui crée le droit mais le droit qui crée l'État »¹³⁸.

Ce raisonnement présente l'inconvénient de reposer sur l'idée que c'est un certain état de l'ordre juridique (son caractère hiérarchisé de façon dynamique et statique) qui détermine la théorisation de l'État. Or, il nous semble que ce que démontre M. Troper, c'est qu'au XVI^e siècle apparaît non pas « notre concept d'État » ou « le » concept moderne d'État, mais ce que lui-même entend par « État ». Et ce que M. Troper entend par « État » ne découle pas du droit positif (même passé), mais d'une certaine façon de penser le droit et l'État. C'est une certaine conception du positivisme juridique qui conduit M. Troper à penser que l'État est un ordre juridique ; qu'il est hiérarchisé de façon dynamique et statique ; qu'il est décrit à l'aide de concepts tel que la souveraineté. Autrement dit, il ne faut pas rechercher dans la « structure générale du système juridique » l'origine des concepts et théories juridiques, mais dans les différentes approches théoriques du droit et de l'État¹³⁹. L'enjeu principal est alors de penser une nouvelle théorie générale de l'État recherchant la relation entre les concepts constitutifs de l'État et les différentes manières de penser l'État et le droit : une théorie générale de l'État non plus seulement comme « métathéorie », mais comme *métadiscipline*¹⁴⁰.

Caractéristiques d'une nouvelle théorie générale de l'État. Comme « métadiscipline », la théorie générale de l'État aurait pour objet le droit public en général en tant que discipline

¹³⁷ Voir M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », Straus Institute Working Paper 06/12 : après avoir rappelé l'apparition d'une hiérarchie des normes au XVI^e siècle, l'auteur forge un « métaconcept » de souveraineté à l'aide des trois significations dégagées par Carré de Malberg, avant d'en rajouter une quatrième. Il s'agit de l'imputation, qui apparaît également au XVI^e siècle. M. Troper note que « l'imputation n'est donc qu'une expression de la hiérarchie des normes » (« *Imputation is thus simply an expression of the hierarchy of norms* », p. 36) et montre que la souveraineté a alors la même fonction que la *Grundnorm* dans la théorie de Kelsen (qui repose alors sur une ontologie idéaliste, alors que celle de M. Troper repose sur la volonté). L'État apparaît dès lors que l'ordre juridique est décrit à l'aide de concepts tels que la souveraineté (« *The State as political form emerges precisely when the type of rules and of relations between rules are justified by the concept of sovereignty* », p. 43).

¹³⁸ M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.*, p. 6 : « *I want to test the hypothesis that it is the emergence of the legal system that led to the emergence of the State, so that it is not the State that creates the law but the law that creates the State* ».

¹³⁹ Comme le dirait S. Rials, M. Troper « ne semble pas prêt [...] à considérer que ses écrits nous parlent davantage de lui que (d'ailleurs insaisissable) "du droit" » : S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 68.

¹⁴⁰ Au sens de D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*

savante, c'est-à-dire l'ensemble des discours doctrinaux formulés par les publicistes. La théorie générale de l'État serait alors cette discipline permettant de porter un « regard épistémologique »¹⁴¹ sur la pensée publiciste. Cette discipline aurait pour caractéristique première d'être *critique*¹⁴². Non pas comme pouvaient être critiques Jellinek ou Kelsen envers les écrits de leurs collègues¹⁴³, mais critique au sens nietzschéen du terme. Il ne s'agit plus, par exemple, de se demander *ce qu'est* l'État (question que se posaient les premiers théoriciens de l'État), ni *comment doit être pensé* l'État (interrogation guidant les grands ouvrages de Jellinek et de Kelsen), mais *comment a été pensé* l'État et mettre cela en relation avec les grands courants de pensée formant la pensée publiciste. Comme l'écrit D. Fonseca, par « critique » « Nietzsche entend non pas quelque chose ici de négatif, de destructeur, qui viendrait rétablir la "vérité", mais plutôt ce qu'il appelle une entreprise d'évaluation qui implique effectivement une mise en question. Mais mettre en question, évaluer, ce n'est pas détruire puisqu'en l'occurrence évaluer implique de prendre en compte positivement »¹⁴⁴. La dimension critique permettrait donc de décomposer, dissoudre, désarticuler les constructions théoriques, afin de mettre à nue leur structure – en aucun cas de dénoncer leurs *erreurs*¹⁴⁵. Si cette nouvelle théorie générale de l'État doit poursuivre une certaine vérité, ce ne peut être qu'une vérité

¹⁴¹ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*

¹⁴² Pour la grande polysémie du terme « critique », voir R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AIJC*, 2016, pp. 37-63 : « Pierre Bourdieu affirmait qu'"est critique un travail scientifique qui donne de nouvelles lunettes ou fait voir les lunettes qu'on utilise ordinairement" ; on pourrait ajouter, comme l'énonçait Hans Kelsen, qu'est critique également, un travail scientifique qui "éclaire la réalité par l'idéologie qui la domine, l'idéologie par la réalité qui la supporte" », p. 41 ; voir également P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, 1999 : l'auteur parle du « *critical turn* », qu'il fait remonter à Kant et auquel Cl. Geertz et Foucault ont grandement contribué. L'auteur écrit notamment que si Kant avait perçu que l'on pense nécessairement en fonction de certains « *a priori* », Foucault a montré que ceux-ci sont *historiques*, c'est-à-dire contingents : spéc. pp. 34 et s.

¹⁴³ O. Jouanjan écrit que Jellinek et Kelsen ont tous deux œuvré à une « critique de la raison juridique » : pour Kelsen, voir O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010 ; pour Jellinek, voir not. O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*

¹⁴⁴ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*, p. 1005 ; l'auteur renvoie au premier paragraphe de *Par-delà bien et mal*.

¹⁴⁵ Une telle théorie générale de l'État n'aurait donc pas pour objectif la démonstration de la supériorité d'une approche théorique par rapport à une autre, mais de les reconstruire et de les situer dans leur univers intellectuel ; la théorie générale de l'État peut en cela être rapprochée de la *Cultural Study of Law*, courant sur lequel Paul W. Kahn écrit : « *This scholarship does not recommend one approach to law to another, but it does aim to show how all of these approaches relate to each other and why each approach has seemed appropriate at different points – both chronologically and substantively – in the development of the legal culture* » : P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, *op. cit.*, pp. 87-88.

sur l'état général des idées publicistes¹⁴⁶. Cette théorie générale de l'État serait également *réflexive*, dans le sens où elle serait cette discipline par laquelle les juristes réfléchiraient à leurs propres manières de penser¹⁴⁷. Comme l'écrivent V. Chapaux et J. Pieret à propos du statocentrisme, une telle dimension réflexive « révèle une autoproblématisation ; elle constitue l'indice d'une science sociale se prenant elle-même comme objet d'investigation »¹⁴⁸. Elle permettrait d'ouvrir la « boîte noire »¹⁴⁹ de la pensée publiciste¹⁵⁰. Une réorientation de la théorie générale de l'État lui permettrait ensuite d'être *interprétative*, comme peut l'être l'anthropologie de Cl. Geertz¹⁵¹. Ce dernier écrit qu'il adhère à un concept de culture « essentiellement sémiotique », et « considère la culture comme assimilable à une toile d'araignée, et par suite son analyse comme relevant non d'une science expérimentale en quête de loi mais d'une science interprétative en quête de sens »¹⁵². Dans la même optique, une conception *sémiotique* de la culture *juridique* est ici retenue, de sorte qu'il revient à la théorie générale de l'État d'être la *science interprétative* de cette culture juridique. Ce n'est pas une « description mince » (*thin description*) mais une « description dense »¹⁵³ (*thick description*) qui permet

¹⁴⁶ Un tel discours *critique* n'en demeure pas moins périlleux ; comme l'écrit J. Caillosse, « le discours critique ne peut se pratiquer qu'au prix d'un paradoxe : il lui faut, pour exister, bénéficier de la reconnaissance de ceux – les porteurs supposés de la *doxa* – qu'il met en cause. La parole critique trouve là sa force comme sa faiblesse : elle cherche à se faire entendre des institutions qu'elle prétend déconstruire » : J. Caillosse, *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015, p. 24.

¹⁴⁷ Voir A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010 : « La réflexivité, seul monopole des "théoriciens du droit" » ; voir également L. Lalonde, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », *RIEJ*, 2012/1, vol. 68, pp. 49-83, où l'auteur montre que la réflexivité est un pragmatisme : « Dans cette perspective, la réflexivité se présente comme un paradigme pragmatiste permettant de combler l'écart au monde vécu et visant l'effectivité du savoir, de la norme, de la règle et de la connaissance. Elle est un pont perpétuel entre le savoir et la pratique, transformant le savoir et la pratique. En cela, on peut en saisir la récursivité intrinsèque », p. 77 ; d'après l'auteur, le philosophe Dewey est le premier à avoir utilisé le terme de « réflexivité ».

¹⁴⁸ V. Chapaux et J. Pieret, « Statocentrisme », in P. Mbongo, Fr. Hervouët, C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, 2014, p. 868.

¹⁴⁹ *Ibid.*, à propos de la place de l'État dans diverses disciplines académiques.

¹⁵⁰ Notons que de nombreux travaux d'O. Jouanjan semblent également aller dans ce sens. Il écrit : « J'appelle "théorie du droit" la critique de cette idéologie du droit en tant qu'elle dissimule la vérité des pratiques, qu'elles soient purement intellectuelles, c'est-à-dire ce que les juristes aiment à appeler la "science du droit", ou directement opérationnelles, telles qu'on les trouve dans les motivations des décisions juridictionnelles. Une telle théorie rompt avec les schémas dominants, réfléchis ou non, du normativisme, dans la mesure où celui-ci voit dans le droit un "système de normes" et considère la normativité comme étant détachée des réalités sociales et politiques, c'est-à-dire du monde dans lequel s'insèrent les pratiques du droit, ses usages. Elle voit au contraire le droit comme un *travail* des juristes, une production continuée de discours, comme la production d'une "sémantique" sociale et donc comme un "système social". Une telle théorie critique du droit, qui prend en charge l'effort de rupture avec le normativisme opéré par le "réalisme" à partir du début du XX^e siècle, tout en soumettant ce "réalisme" à la même critique des idéologies, se veut donc être une *théorie de l'agir juridique* » : O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵¹ Voir not. Cl. Geertz, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 2017.

¹⁵² Cl. Geertz, « La description dense », *Enquête*, n°6, 1998, p. 2.

¹⁵³ La distinction entre *thick description* et *thin description* a été proposée par Gilbert Ryle, avant d'être reprise notamment par Cl. Geertz puis Paul W. Kahn : voir not. P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, *op. cit.*

d'interpréter les concepts et théories juridiques, de reconstruire les différentes approches théoriques mobilisées, et ainsi de retisser les fils qui ensemble font la toile de la culture publiciste française¹⁵⁴. Cette nouvelle théorie générale de l'État s'énoncerait enfin sur le mode du *récit*, et plus précisément du « récit conceptuel »¹⁵⁵. Il ne s'agirait pas de faire l'histoire exhaustive de tel ou tel objet du droit public, mais de décrire les différentes étapes menant, par un processus généalogique, à l'adoption de tel ou tel concept, de telle ou telle théorie du droit public¹⁵⁶.

En adoptant une méthode généalogique s'inscrivant dans une telle conception renouvelée de la théorie générale de l'État, cette thèse faisant le « récit des discours »¹⁵⁷ sur les formes d'État par les publicistes français, nous a permis d'aboutir aux résultats suivants.

§ 4 : Résultats de l'étude

La thèse ici défendue s'articule en trois points. Il s'agit tout d'abord de reconstruire et d'éprouver les différentes approches théoriques mobilisées par les juristes français pour penser les formes d'État. Le deuxième consiste à proposer des éléments pour une théorie formelle du problème des formes d'État. Le troisième élément est l'arrière-plan de ces deux premiers moments : il s'agit de la pensée publiciste française. La présente thèse consiste donc à « faire parler » les formes d'État afin de mieux connaître la pensée publiciste française. C'est à une *cartographie* de celle-ci que la présente thèse souhaiterait contribuer. Par conséquent, les résultats de l'étude doivent être distingués selon qu'ils portent directement sur l'appréhension doctrinale des formes d'État en France (A) ou, sous forme d'hypothèses, sur l'état général de la pensée publiciste française (B).

¹⁵⁴ Comme l'indique Cl. Geertz, ce type d'analyse culturelle « est par définition incomplète. Pire, plus elle cherche à approfondir les choses, et moins elle est complète » ; elle vise non pas le « consensus » mais le « raffinement du débat » : « ce qui progresse c'est la précision avec laquelle on se contrarie mutuellement » : Cl. Geertz, « La description dense », *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁵ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, *op. cit.*, p. 51 ; J.-Fr. Kerléo mobilise également cette thématique du récit, et annonce dans l'introduction de sa thèse vouloir « repositionner la transparence dans le récit de la pensée juridique » : J.-Fr. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁶ Cette théorie générale de l'État réorientée pourrait dès lors s'inscrire dans le cadre plus vaste du mouvement *Cultural Study of Law*, approche culturelle du droit initiée aux États-Unis notamment par l'ouvrage fondateur de Paul W. Kahn, rarement mobilisée par la doctrine française mais qui constitue la « matrice intellectuelle » (p. 81) de la thèse de J.-Fr. Kerléo : *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, 2015.

¹⁵⁷ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, *op. cit.*, p. 51.

A/ Résultats sur l'appréhension doctrinale française des formes d'État

Le principal résultat de cette thèse est l'identification des approches théoriques mobilisées par les publicistes français pour penser le problème des formes d'État. Nous avons tout d'abord identifié, reconstruit et donné un nom à ce que l'on désigne souvent comme « l'approche classique ». Nous avons caractérisé cette approche classique par le *positivisme étatique* qui en est au fondement. Ce positivisme étatique est un courant de pensée ancien sur le droit et l'État, héritier direct du jusnaturalisme moderne. De ce dernier le positivisme étatique a repris l'orientation subjectiviste et volontariste, et les principaux concepts qui en découlent. S'agissant de la pensée de l'État, les tenants du positivisme étatique ont maintenu les concepts de souveraineté et de personnalité morale forgés par les penseurs de l'École du droit naturel. Dans la perspective du positivisme étatique, le seul critère spécifique de l'État ne saurait être qu'une puissance illimitée appelée souveraineté. Par ailleurs, le concept de personnalité morale est celui qui, dans le cadre du positivisme étatique, est le seul à permettre une conception unifiée de l'État. De ces fondements philosophiques et épistémologiques (subjectivisme, volontarisme, dualisme dont découle le dualisme du droit et de l'État) découle donc une théorie de l'État (comme personne morale souveraine) et enfin une théorie des formes d'État. Celle-ci est logiquement articulée autour des concepts de souveraineté et de personnalité morale. L'État unitaire est décrit comme l'État dans lequel il n'existe qu'une seule source de droit (l'État souverain) où éventuellement, lorsque cet État souverain a bien voulu mettre en place une décentralisation (nécessairement administrative), des personnes morales publiques distinctes de l'État (les collectivités territoriales), peuvent avoir un pouvoir normatif limité dans les limites posées par la loi étatique. Dans l'État régional, l'État accorde aux collectivités régionales un pouvoir normatif plus élargi, car étendu au pouvoir législatif. L'État est dit fédéral lorsque des entités territoriales bénéficient d'un pouvoir normatif étendu à une compétence constitutionnelle. Les « États fédérés » ne bénéficient cependant pas de la souveraineté, qui demeure l'apanage de l'État fédéral. L'organisation internationale (anciennement Confédération d'États) est cette institution internationale ne bénéficiant pas de la souveraineté, qui continue d'appartenir aux États membres.

Ce « récit conceptuel » classique sur les formes d'État a été le plus concurrenté, au sein de la doctrine publiciste française, par ce que l'on peut appeler l'approche idéaliste du droit et de

l'État. Cette approche théorique, marquée par une philosophie pluraliste, développe une conception matérielle du droit et de l'État. L'objet du droit public est plus large que les seules normes juridiques, et s'étend jusqu'à la politique et l'histoire. La méthode du droit public s'en ressent, puisqu'elle est à la fois dogmatico-historique et finaliste. Dans ce cadre, l'idéalisme juridique propose une théorie spécifique à chaque forme politique, à laquelle correspond une *idée* particulière. L'État, envisagé comme la forme politique par excellence, est décrit de façon relativement classique à l'aide des concepts de souveraineté et de personne morale. En revanche, des théories spécifiques à la Fédération et à l'Empire sont proposées par des juristes contemporains, en premier lieu O. Beaud¹⁵⁸. La Fédération est pensée en dehors du cadre de l'État (et donc de la théorie de l'État). Elle est décrite à l'aide d'une diversité de critères rendue possible par l'approche matérielle du droit public, mais son critère principal est finaliste. La Fédération aurait pour spécificité de poursuivre une double finalité politique. Elle aurait pour particularité d'être à la fois particulariste (la protection de l'autonomie des États membres) et commune (la recherche de la sécurité et de la prospérité communes). L'Empire, quant à lui, se singularise par sa finalité dominante. Ce « récit conceptuel » sur les formes politiques proposé dans le cadre de l'approche idéaliste du droit et de l'État s'inscrit par ailleurs dans une forte opposition au positivisme « rigoureux », c'est-à-dire le normativisme. Les tenants de l'idéalisme juridique dénoncent la « myopie » des normativistes, qui *ne voient pas* que l'objet du droit public n'est pas seulement normatif, et qui vivent dans l'illusion de la distinction entre le droit et le discours *sur* le droit. Ce faisant, ces auteurs s'inscrivent dans l'héritage des antipositivistes allemands qui s'illustrèrent durant la « Querelle des méthodes et des approches » dans l'Allemagne des années 1920. Cette période d'intenses controverses doctrinales portait en particulier sur l'État et opposait principalement les positivistes classiques, les idéalistes et les normativistes. Ces derniers sont en revanche relativement absents du débat juridique français sur l'État, et *a fortiori* sur les formes d'État.

Le dernier résultat principal de cette thèse est en effet le constat que la doctrine publiciste française est restée très largement hermétique à la conception du droit et de l'État proposée par le positivisme normativiste. Dans leur immense majorité, les publicistes français n'ont pas pu se

¹⁵⁸ Voir Chapitre 2.

résoudre à l'identification kelsénienne du droit et de l'État, ou plutôt à la *réduction* de l'État à une seule forme juridique. Par conséquent, la recherche du critère de l'État envisagé comme un simple ordre juridique n'a mobilisé que très peu de juristes français. Si M. Troper par exemple a développé avec intérêt l'idée de la hiérarchie à la fois statique et dynamique des normes comme critère de l'ordre juridique étatique, très rares sont ceux qui en France ont *utilisé* l'idée kelsénienne de la centralisation relative comme critère de l'État¹⁵⁹. Il n'existe donc pas, au sein de la pensée publiciste française, de « récit conceptuel » complet sur les formes d'État à partir d'une approche formelle du droit et de l'État. La doctrine publiciste française n'est pas outillée pour développer une théorie formelle des formes d'État : elle ne pense pas l'État comme un ordre juridique, elle n'a pas réfléchi à la centralisation relative comme critère de l'État et elle n'a pas proposé de typologie des catégories normatives permettant de présenter l'État en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif.

B/ Hypothèses sur l'état général de la pensée publiciste française

Cette thèse permet également de formuler des hypothèses sur l'état général de la pensée publiciste française. Par *pensée publiciste* nous entendons ce que D. Kennedy vise par « *legal consciousness* » : « un ensemble de règles, d'arguments, de théories et d'informations, une constellation d'idées et d'objectifs qui sous-tendent l'activité d'un groupe de juristes à une époque donnée »¹⁶⁰. Dans un récent ouvrage, Ch. Jamin et F. Melleray ont entendu apporter des éléments pour « une meilleure connaissance de la culture des civilistes pour l'un, de celle des administrativistes pour l'autre »¹⁶¹. Ils entendent rendre compte « de la façon dont l'un et l'autre se construisent, des débats et des controverses qui les animent, de l'existence éventuelle de cycles doctrinaux et jurisprudentiels, de leurs figures de proue – leurs "grands juristes" respectifs –, de

¹⁵⁹ Voir toutefois O. Pfersmann, « L'État comme ordre normatif », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 20^{ème} éd., 2018, spéc. pp. 46 et s. ; X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008 ; J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015 ; M. Mouskhély, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Pedone, 1931.

¹⁶⁰ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*, p. VIII ; voir également L. Israël, « À qui de droit », présentation de P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », Éd. de la Sorbonne, p. 10, ainsi que le n°100 de la revue *Droit et société*, dont le dossier est consacré aux *Legal Consciousness Studies*.

¹⁶¹ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*, p. VII.

leurs modes de légitimation, des idéologies qui les sous-tendent, des institutions qui les façonnent, des réseaux qui les animent, de la façon dont ces droits structurent la société ou dont ils sont structurés par elle, etc. »¹⁶². Cette étude permet, dans une même perspective, d'apporter des éléments pour une meilleure connaissance de la pensée publiciste française.

Le premier élément est que cette pensée continue d'être une pensée d'État. La science du droit public français a été fondée, probablement avant mais notamment par les grands juristes de la III^e République, sur le concept d'État. Cette étude montre que l'État, dont on ne cesse d'annoncer la disparition prochaine, demeure au moins en tant que concept au fondement du droit public français. Surtout, cette thèse identifie les approches théoriques mobilisées pour penser les formes d'État, et donc indirectement l'État. Il s'agit principalement du positivisme étatique, qui constitue l'approche classique et majoritaire, ainsi que l'approche idéaliste. Au moins aussi ancienne que l'approche classique, elle connaît actuellement une certaine vigueur dans la doctrine constitutionnelle. Cette thèse identifie également les « portes qui s'ouvrent et se referment à peu près aussitôt »¹⁶³. Le positivisme sociologique de Duguit et Scelle, par exemple, a très largement influencé la doctrine publiciste de la première moitié du XX^e siècle¹⁶⁴, avant que celle-ci ne s'en détourne complètement. Il y a ensuite ces « portes qui ne s'ouvrent pas vraiment »¹⁶⁵. L'un des résultats de cette étude est que le positivisme normativiste doit, pensons-nous, être comptabilisé parmi celles-ci. Il s'agit incontestablement d'une approche théorique célèbre, mais qui a exercé une influence sur la doctrine publiciste française beaucoup moins importante qu'on ne le pense souvent¹⁶⁶. S'il est évidemment difficile de mesurer cette influence sur la pensée publiciste dans son ensemble, cette étude contribue à montrer que s'il existe en France un courant normativiste de pensée sur l'État, alors il est extrêmement minoritaire. Au moins pour les raisons que nous

¹⁶² *Ibid.*, p. VIII ; « en traitant le droit et sa pensée sur le registre d'une discipline intellectuelle, en tâchant de dévoiler le dessous des cartes, en y mettant aussi un peu de chair et des passions humaines, en tâchant encore d'y discerner les luttes d'idées et les différents mouvements sur un peu plus d'un siècle », p. IX.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 116.

¹⁶⁴ Halbecq écrivait que les publicistes, « avant 1940, pensaient à Bordeaux » : M. Halbecq, *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, LGDJ, 1965, p. 100.

¹⁶⁵ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁶ D. Baranger, par exemple, écrit à propos de l'approche normativiste qu'« elle a toute la séduction qu'on peut trouver à une formulation convaincante des *évidences partagées d'une époque* », nous soulignons : D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. XV.

développons plus bas¹⁶⁷, la pensée publiciste française a été particulièrement hermétique au positivisme normativiste dès lors qu'il s'agit de réfléchir au concept d'État. Il nous semble que la pensée juridique française sur les formes d'État, et plus largement sur l'État, s'est construite *sans* Kelsen. À ce titre, un parallèle peut être dressé avec l'influence de Kelsen sur la doctrine civiliste. Ch. Jamin indique que « les privatistes n'ont jamais recouru à Kelsen pour démolir leurs idoles. Et Kelsen n'a quasiment exercé aucune influence sur eux »¹⁶⁸. Pour Ch. Jamin, « il n'y a aucun doute là-dessus : les privatistes de l'entre-deux-guerres n'ont jamais usé Kelsen pour déboulonner les statues des commandeurs de leur discipline du début du siècle, moins parce qu'ils n'entendaient pas les déboulonner que parce qu'ils l'ont révoqué en doute immédiatement ! Et ils ne sont dans leur quasi-totalité jamais revenus là-dessus. Ils en ont à peu près toujours eu une vision cauchemardesque »¹⁶⁹. La réalité concernant la doctrine publiciste doit évidemment être nuancée, mais le phénomène est similaire. Il nous semble que la doctrine publiciste française s'est pour l'essentiel construite sans le normativisme de Kelsen. Celui-ci arrive trop tard, lorsque les « colonnes du temple »¹⁷⁰ ont déjà été posées, et sur lesquelles les publicistes ne reviendront plus. Le « modèle dominant » qui se met en place au sein de la doctrine administrative des années 1930, marqué par une approche techniciste et contentieuse du droit, est sans rapport avec le normativisme de Kelsen. Nous pensons qu'il en va de même du « modèle dominant » en droit constitutionnel contemporain, qui ressemble tant au modèle dominant en droit administratif. Cette doctrine constitutionnelle n'a pas besoin de Kelsen pour accorder une importance démesurée aux décisions jurisprudentielles ou prétendre à la scientificité de son discours¹⁷¹. Au fond, il nous

¹⁶⁷ Voir Chapitre 4.

¹⁶⁸ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 38-39 ; les raisons avancées sont plus discutables, au moins la première : « Et puis, en toute hypothèse, les civilistes ne pouvaient pas comprendre Kelsen. Au moins pour deux raisons. D'une part, et cela ne nécessite pas de longs développements, parce que ce dernier parle le langage de l'État dont il assure la primauté absolue ; or ce langage n'est pas celui des privatistes. D'autre part, parce que ces privatistes, s'ils reconnaissent la rigueur intellectuelle des travaux de Kelsen, n'arrivent pas à se défaire d'un jusnaturalisme qui l'emporte largement chez eux », *ibid.*, p. 34 ; voir également Ch. Jamin, « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, pp. 501-517.

¹⁷⁰ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*, p. 198.

¹⁷¹ Ce qu'essaye cependant de démontrer D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.* : « En effet, le constitutionnaliste souhaite désormais constituer son discours comme un corps de doctrine authentiquement scientifique. Avec l'introduction en France du contrôle de constitutionnalité des lois, il possède en effet désormais un objet propre qu'il peut décrire dans des conditions scientifiques rigoureuses : la norme juridique. Proprement, le discours constitutionnaliste a dorénavant des prétentions à la scientificité, qu'il inscrit dans le cadre du positivisme juridique de type kelsenien », p. 20.

semble qu'au sein de la doctrine publiciste française, les débats sur le positivisme normativiste n'ont que très rarement dépassé le cénacle des théoriciens du droit. Les oppositions célèbres entre « normativistes » et « réalistes » au sujet de l'interprétation des normes, pour intéressante et importante que soit cette question, ont contribué à donner une image relativement faussée de l'influence du positivisme normativiste sur la pensée publiciste française. Disons que les débats entre théoriciens du droit sur le normativisme et les questions soulevées par lui n'ont eu qu'une faible répercussion sur le reste du droit public français envisagé comme discipline savante.

Il y a ensuite les « portes » qui ne s'ouvrent pas (encore). Le droit global, ou plus particulièrement le constitutionnalisme global, s'il suscite des discussions intéressantes au sein de la doctrine contemporaine¹⁷², n'est pas encore parvenu à s'installer durablement en droit public français. Par ailleurs, si l'influence contemporaine du droit de l'Union européenne ou le droit constitutionnel jurisprudentiel occupent la très grande partie de la doctrine, leur influence sur les grandes catégories du droit public français reste mesurée¹⁷³.

Cette thèse entend donc rendre compte de la forte « inertie »¹⁷⁴ existant au sein de la pensée publiciste française, ainsi que de la force de ses « idoles »¹⁷⁵. Au fond, cette inertie met en évidence

¹⁷² Voir le colloque organisé à l'Université Paris II les 29 et 30 mai 2017 sur le constitutionnalisme global, dont les actes ont été publiés dans *Jus Politicum*, n° 19, 2018 ; voir également la journée d'études du 7 décembre 2018 sur « la globalisation du droit administratif » organisée à l'Université Paris Nanterre ; J.-B. Auby, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 261-277.

¹⁷³ Envisageant le droit administratif, D. Truchet relève que « la comparaison des plans des manuels historiques et des manuels actuels montre qu'ils ont les mêmes têtes de chapitre. En effet, si les ordres juridiques nouveaux ont renouvelé, considérablement parfois, le contenu du droit administratif (ses notions, institutions et règles), ils ont assez peu affecté sa structure et son essence » : D. Truchet, « Repenser le droit administratif ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 816 ; dans le même ouvrage, P. Delvolvé note que « Le droit administratif, qui s'est développé de manière autonome dans un cadre purement national, est aujourd'hui touché et enrichi par le droit européen et le droit international, qui ont conduit à en modifier et aussi à en améliorer certaines solutions, tant en ce qui concerne le fond que la justice. Ses notions fondamentales, sa technique, son contentieux n'ont cependant pas été remis en cause » : « Les spécificités disciplinaires dans l'analyse des rapports entre ordres juridiques – Dialogue entre les "représentants" des grandes disciplines », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, *op. cit.*, p. 1295.

¹⁷⁴ D. de Béchillon pose la question : « Les juristes sont-ils, plus que les autres "scientifiques", sujets à l'inertie et à la résistance au changement conceptuel ? [...] Gardien, par définition, d'une orthodoxie – étymologiquement : un dogme ou une règle pour aller droit –, l'*homo juridicus* est probablement assez porté à la conservation ; par complexion psychique, et probablement aussi par déterminisme social » : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 39 ; voir également O. Pfersmann, Recension de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, RIDC, 2003, pp. 730-742, qui montre que les thèses souvent présentées comme modernes, voire post-modernes, ne sont en réalité qu'un succédané de théories anciennes (jusnaturalistes en l'occurrence).

¹⁷⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 234.

que la « science juridique » n'obéit pas aux théories de Kuhn sur le développement des sciences. Le philosophe américain écrivait qu'en période normale, la science consiste à rassembler des pièces de puzzle. Ce n'est qu'à partir du moment où il existe trop d'« anomalies », de situations inexplicables, qu'une « révolution » scientifique permet de réinventer de nouvelles pièces de puzzle. La « science » juridique n'évolue pas ainsi, puisque les juristes ne font pas évoluer leurs théories en fonction du nombre d'anomalies. Le problème, en d'autres termes, n'est pas d'ordre empirique¹⁷⁶. M. Xifaras montre par exemple « qu'il n'y a aucune nécessité théorique » à abandonner le « dispositif épistémique westphalien », et que le choix d'adopter la perspective du constitutionnalisme global est « une affaire de choix épistémologique » et partant « politique »¹⁷⁷. Les juristes n'adoptent pas une théorie en raison de ses qualités heuristiques intrinsèques, mais ils *construisent* des théories à partir de certains « points de départ » philosophiques et épistémologiques. Mieux connaître la pensée publiciste française suppose donc de « cerner la spécificité des coordonnées épistémologiques »¹⁷⁸ de la discipline, et prendre conscience du « pluralisme épistémique »¹⁷⁹ sur lequel elle est fondée.

§ 5 : Plan de l'étude

Cette étude métadisciplinaire sur les formes d'État s'articule en deux mouvements. Le premier, ascendant, vise à identifier les principales approches théoriques des formes d'État mobilisées par la doctrine publiciste française. À partir des théories et concepts utilisés pour

¹⁷⁶ O. Pfersmann écrit ainsi, dans sa recension d'un ouvrage mobilisant la théorie des révolutions scientifiques de Kuhn, que « L'on peut, en effet, se demander, si l'application de cette conception des révolutions scientifiques à la théorie du droit ou à la philosophie du droit au sens plus large constitue vraiment un cadre d'analyse adapté », en soulignant qu'« il ne semble pas que le rapport historique entre théories comme entre pratiques doctrinales suive vraiment les mêmes voies dans les sciences strictement mathématisées et couvrant des domaines offrant en outre la possibilité de tests empiriques assez performants d'une part et dans le champ de l'explication juridique d'autre part, où ce sont précisément les tentatives de rapprochement avec les sciences formalisées qui ont rencontré le plus de résistances » : O. Pfersmann, Recension de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 732.

¹⁷⁷ M. Xifaras, « Conclusions », *op. cit.*, p. 3-5.

¹⁷⁸ F. Tarragoni, « La sociologie a-t-elle définitivement tué la philosophie ? », *Droit et Société*, 2018/1, n° 98, p. 229.

¹⁷⁹ J.-M. Berthelot, *La construction de la sociologie*, PUF, coll. « Que sais-je », cité in F. Tarragoni, « La sociologie a-t-elle définitivement tué la philosophie ? », *op. cit.*, p. 236 ; « pluralisme épistémique » qui n'est d'ailleurs pas du tout remis en cause par l'absence « d'écoles de pensée » distinctes en droit public français, dès lors que l'on retient la définition relativement stricte d'une « école » comme un ensemble de thèses doctrinales portées par un maître et reprises par des disciples, éventuellement en un lieu précis : voir S. Sydoryk, « Les écoles de pensée en droit public français : de l'usage politique d'une idée mythique », 2018, disponible sur Academia.edu

envisager le problème des formes d'État, il s'agit de reconstruire, par un processus « régressif » et généalogique, les théories du droit, de l'État et de la connaissance qui en constituent les fondements. Ce premier temps de l'étude a donc une dimension métathéorique en ce qu'il décrit comment les publicistes français ont appréhendé le problème des formes d'État (**Première partie**). Le second mouvement de cette étude a une dimension théorique et descendante, dans la mesure où il s'agit de proposer *et* de situer au sein de la pensée publiciste française des éléments pour une théorie des formes d'État développée à partir d'une approche formelle du droit et de l'État. L'objectif n'est pas de démontrer les qualités heuristiques supérieures de la théorie proposée, mais de montrer que proposer une telle théorie nécessite d'emprunter des « coordonnées épistémologiques »¹⁸⁰ représentées seulement en légers pointillés sur la cartographie de la pensée publiciste française (**Seconde partie**).

¹⁸⁰ Pour reprendre la formule de F. Tarragoni, « La sociologie a-t-elle définitivement tué la philosophie ? », *op. cit.*, p. 229.

Partie 1 : Les formes d'État et la doctrine publiciste française

« Il faut avoir complètement perdu la foi dans la théorie pour pouvoir y recourir sans danger »¹⁸¹

R. von Jhering

Il s'agira dans cette partie d'étudier comment la doctrine publiciste française a appréhendé le problème des formes d'État ; plus précisément, d'identifier les approches théoriques, les programmes de recherche, les paradigmes utilisés par les publicistes français pour envisager le problème des formes d'État. La méthode généalogique précisée en introduction permettra, par une démarche ascendante, à partir des concepts et théories utilisés par ces juristes, d'identifier les approches théoriques mobilisées ou non et de les situer « sur la carte des doctrines »¹⁸² du droit public français.

La démarche semble donc relever de l'*abduction*. Car si la démarche est ascendante, elle n'est pas véritablement inductive : il ne s'agit pas d'inférer des faits observables à une loi générale. Il s'agit davantage, par abduction ou par ce qu'Hanson appelle « rétroduction »¹⁸³, de suggérer des hypothèses explicatives¹⁸⁴ sur la diversité des modèles théoriques proposés par la doctrine française

¹⁸¹ Cité in O. Jouanjan, « Présentation. Jhering ou l'amour du droit », in R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, [1890], rééd. Dalloz, 2006, p. VI.

¹⁸² O. Jouanjan, « Faillible droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2007, p. 75.

¹⁸³ E. Nyano, « Norwood Russell Hanson : l'épistémologie de la forme », Présentation in N. Hanson, *Modèles de la découverte*, Dianoia, 2001, p. XVII.

¹⁸⁴ I. Douven distingue deux significations principales de l'abduction au sein de la philosophie des sciences contemporaine : dans le sillage des travaux de Peirce, l'abduction serait la proposition d'hypothèses explicatives, alors que l'abduction est désormais principalement entendue comme un mode explicatif permettant de justifier des hypothèses : voir I. Douven, « Abduction », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), disponible en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/>>.

pour penser les formes d'État. Cette première partie est donc animée par une « quête d'intelligibilité »¹⁸⁵ du discours doctrinal sur les formes d'État. Cette quête passe par la mise en évidence des approches théoriques mobilisées ; identification qui en retour renseigne sur la structure de la pensée publiciste française. De nombreux écueils peuvent dissuader de s'engager dans une telle entreprise. Le premier consisterait à tomber dans la psychologie, dans la mesure où le processus de la découverte scientifique relèverait essentiellement de la psychologie ou de la sociologie. En l'occurrence, on pourrait nous reprocher de vouloir proposer une psychanalyse de la doctrine publiciste française – entreprise certainement vaine et du reste impossible à mener. Ce premier danger sera évité en indiquant que l'identification des « modèles structurants »¹⁸⁶ utilisés par les publicistes français pour penser les formes d'État n'a rien de psychologique : il ne s'agit pas de décrire les éléments psycho-sociaux ayant conduit tel ou tel auteur à proposer telle théorie plutôt qu'une autre. Au contraire, relier des propositions théoriques à des schémas d'analyse plus larges relève de la suggestion d'hypothèses explicatives ayant pour seule finalité l'intelligibilité du discours doctrinal français sur les formes d'État. Par ailleurs, l'on pourrait nous reprocher de ne pas distinguer le contexte de la découverte scientifique du contexte de la justification¹⁸⁷. Il nous semble cependant que cette distinction n'est pas toujours aisée, et que dans tous les cas il importe de rendre compte de ce qui possède un potentiel explicatif. En l'occurrence, la démarche de « rétroduction » permet de rattacher les discours doctrinaux sur les formes d'État à des programmes de recherche identifiables, ce qui permet non seulement une meilleure connaissance du discours doctrinal sur les formes d'État, mais surtout une meilleure intelligibilité de la pensée publiciste française. Or, « le raisonnement va de l'*explicandum* à l'*explicans* par des procédés réductifs »¹⁸⁸. Il serait par conséquent artificiel de rendre compte du raisonnement à l'envers.

L'étude des discours sur les formes d'État montre que deux approches théoriques ont principalement été utilisées par les publicistes français. Une première approche conduit à penser

¹⁸⁵ E. Nyano, « Norwood Russell Hanson : l'épistémologie de la forme », *op. cit.*, p. XXI.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. XIX.

¹⁸⁷ Distinction par ailleurs discutée en philosophie des sciences : voir J. Schickore, « Scientific Discovery », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2018 Edition), disponible en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/scientific-discovery/>> ; elle est dissoute par « l'anarchisme épistémologique » de P. Feyerabend : *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. « Points », 1979, pp. 180 et s.

¹⁸⁸ E. Nyano, « Norwood Russell Hanson : l'épistémologie de la forme », *op. cit.*, p. XXVI.

les formes d'État à partir de la théorie classique de l'État entendu comme personne morale souveraine. Les principaux critères construits par la doctrine pour distinguer les différentes formes d'État sont en effet liés au critère principal de l'État, à savoir la souveraineté. Il s'agira de reconstruire et de qualifier cette approche théorique que l'on dénomme souvent par facilité l'approche classique, le « dispositif épistémique westphalien »¹⁸⁹. Nous appellerons « positivisme étatique » cette approche héritière du jusnaturalisme moderne, dont elle reprendra la principale caractéristique (le volontarisme) et la construction théorique majeure (l'État comme personne morale souveraine). L'étude du discours doctrinal français sur les formes d'État permet de montrer que le positivisme étatique constitue l'approche théorique *par défaut* (Chapitre 1).

En réaction à cette approche théorique dominante s'est forgée une autre façon de penser le droit et l'État, conduisant à un discours doctrinal alternatif sur les formes d'État. Cette approche préfère envisager le problème des *formes politiques* (l'État, mais aussi la Fédération ou encore l'Empire). C'est la conséquence d'une réorientation de la pensée juridique, qui ne délaisse pas le subjectivisme de l'approche classique mais défend un rééquilibrage objectiviste de la pensée juridique en développant une conception « matérielle » du droit public. Après avoir reconstruit cette approche théorique originale que nous appellerons « idéalisme juridique », il s'agira de la situer elle aussi « sur la carte des doctrines » du droit public français (Chapitre 2).

Il conviendra ensuite d'éprouver les discours doctrinaux sur les formes d'État développés dans le cadre de ces deux approches théoriques. La tâche s'avère délicate du fait même que ces discours sont proposés au sein de paradigmes différents. L'enjeu est alors justement de mettre en évidence les périls entourant l'appréciation de théories développées à partir de postulats épistémologiques différents de ceux de l'observateur (en l'occurrence le positivisme normativiste). La non-falsifiabilité et l'incommensurabilité des paradigmes ne sont toutefois pas de nature à empêcher toute critique. En l'espèce, tant le positivisme étatique que l'idéalisme juridique échouent à proposer une théorie générale des formes d'État. Le positivisme en ce qu'il ne se concentre que sur l'État acteur à défaut de l'État global ; l'idéalisme juridique en raison de son pluralisme

¹⁸⁹ M. Xifaras, « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 3.

épistémologique qui empêche toute pensée d'une théorie générale des formes politiques (Chapitre 3).

Chapitre 1 : L'approche théorique classique : le positivisme étatique

« Si nous ignorons ce que d'autres pensent ou ont pensé dans le passé, la discussion rationnelle prend fin, même s'il reste à chacun de nous la possibilité de se parler avec bonheur à soi-même »¹⁹⁰

K. Popper

Plusieurs auteurs ont relevé « l'impressionnisme juridique »¹⁹¹ qui entoure le problème des formes d'État dans la doctrine française, dont il n'existe pas de théorie générale achevée¹⁹². Pourtant, il est possible d'identifier non pas une théorie générale, mais une *approche théorique* des formes d'État que l'on peut qualifier de « classique ». Par « approche théorique » nous entendons une « démarche intellectuelle »¹⁹³, une certaine façon d'appréhender les problèmes juridiques. Il s'agit donc moins d'identifier une « méthode » qu'un « cadre d'analyse » qui détermine la manière dont est envisagée la problématique des formes d'État. Pour ce faire il est indispensable de se tourner vers l'histoire de la pensée juridique. Non pas pour faire de l'histoire de la pensée juridique en tant que telle, mais afin d'utiliser l'histoire des doctrines pour montrer comment s'est construite, au sein de la pensée juridique française, une « doctrine dominante »¹⁹⁴ en matière de formes d'État. Identifier cette approche théorique classique consiste d'abord à évaluer *comment* la doctrine envisage traditionnellement les formes d'État, ce qui revient à effectuer la « reconstruction conceptuelle de ses principales propositions »¹⁹⁵ (Section 1). Il conviendra ensuite d'expliquer *pourquoi* la doctrine

¹⁹⁰ K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1975, cité in B. Defoort, *La décision administrative*, LGDJ, 2015, p. 27.

¹⁹¹ K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *Politeia*, n°5, 2004, p. 293.

¹⁹² Y. Laurans, « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'État dans la doctrine francophone », *Politeia*, n°12, 2007, pp. 51-92.

¹⁹³ V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, p. 4.

¹⁹⁴ Voir not. F. Melleray, « Charles Eisenmann et la manière contemporaine de faire du droit administratif », *RDP*, 2016.

¹⁹⁵ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 11.

pense les formes d'État ainsi, en exposant les fondements de la conception classique des formes d'État (Section 2).

Section 1 : Recomposition d'une théorie plurielle des formes d'État

L'approche théorique classique des formes d'État se caractérise par une théorie plurielle des formes d'État. Elle comporte une théorie particulière de l'État fédéral, qui est le résultat de la recherche de « l'État fédéral authentique »¹⁹⁶ durant ce « moment »¹⁹⁷ doctrinal ayant mobilisé de nombreux juristes de la fin du XIX^e siècle au début du XX^e siècle (§ 1). Cette théorie de l'État fédéral forme, avec une certaine conception de l'État unitaire et de l'État régional, la théorie classique des formes d'État (§ 2).

§ 1 : Un « moment » doctrinal : la recherche de « l'État fédéral authentique »

La doctrine juridique allemande est la première à s'être mobilisée pour élaborer une théorie juridique de l'État fédéral. Si de très nombreuses approches théoriques sont proposées, il semble émerger une « école allemande » pensant l'État fédéral à l'aune de la théorie de l'État-puissance (A). La doctrine française, quant à elle, reprend de la doctrine allemande sa thématique de recherche mais pas sa théorie « classique » (B).

A/ L'engouement fédéral de la doctrine juridique allemande

Le renouveau de la doctrine juridique allemande est concomitant avec d'importants bouleversements politiques, ce qui incite les nouveaux théoriciens de l'État à penser la forme politique de la nouvelle unité allemande (1). Si de nombreuses pistes sont étudiées, une approche

¹⁹⁶ É. Maulin, « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 41-62.

¹⁹⁷ Voir J.-J. Biennu, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1999, pp. 3-16 ; O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015.

théorique particulière de l'État fédéral s'impose. Ce que l'on appellera « l'école allemande » décrit l'État fédéral à l'aune de la théorie de l'État-puissance (2).

1/ L'Allemagne, l'État fédéral et la souveraineté

L'Allemagne du XIX^e siècle est encore une unité politique en devenir. À la chute du Saint-Empire romain germanique en 1806, de nombreux États allemands s'associent, sous domination napoléonienne, au sein de la Confédération du Rhin. Elle est remplacée par la Confédération germanique lors du congrès de Vienne en 1815. Au sortir de la guerre austro-prussienne de 1866 est ensuite créée la Confédération de l'Allemagne du Nord¹⁹⁸, sur l'initiative de Bismarck. L'unité allemande est finalement achevée avec la création de l'Empire allemand¹⁹⁹, proclamé à Versailles en 1871. En parallèle, le *jus publicum universale* d'orientation jusnaturaliste²⁰⁰ est remplacé par une discipline nouvelle : la « théorie générale de l'État »²⁰¹. Pour les théoriciens de l'État, la description de la forme juridique de l'Allemagne devient un enjeu doctrinal de premier plan²⁰². Les exemples des États-Unis et de la Suisse incitent la doctrine à réfléchir à l'État fédéral.

L'établissement de l'Empire allemand constitue donc un enjeu majeur pour une doctrine juridique alors en plein renouveau. Comme le relève O. Jouanjan, il s'agit « d'interroger à nouveau frais le concept d'État et ses structures fondamentales » et « d'établir un appareillage de catégories renouvelées »²⁰³. La doctrine publiciste allemande s'attèle donc dans le troisième tiers du XIX^e siècle à l'élaboration d'une théorie juridique de l'État fédéral, question qu'elle s'appropriera avec

¹⁹⁸ Souvent présentée comme une fédération : voir A. Gaillet, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, 2012, pp. 36 et s. ; A. Gaillet, « Sept générations – Trois périodes pour la structuration de la culture juridique allemande », in *Autour de l'ouvrage de Jean-Louis Halpérin*, 23 mai 2016, Nantes, p. 2, disponible en ligne : <http://publications.ut-capitole.fr/23138/>

¹⁹⁹ Sur l'histoire de la formation de l'Empire allemand, voir P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, tome I, V. Giard & E. Brière, 1900 (disponible sur gallica.bnf.fr).

²⁰⁰ Voir O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », Préface in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, tome I, Éd. Panthéon-Assas, 2005.

²⁰¹ Sur l'apparition et le développement de cette nouvelle discipline en Allemagne, voir not. O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.* ; O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993 ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Dalloz, 2014 ; A. Gaillet, *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, 2012, pp. 260 et s.

²⁰² Voir A. Gaillet, « Sept générations – Trois périodes pour la structuration de la culture juridique allemande », *op. cit.*

²⁰³ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 42.

d'autant plus d'empressement qu'elle vient assouvir sa « soif d'État »²⁰⁴. Le débat sur la nature juridique de l'État fédéral s'oriente très vite vers le problème du critère de l'État. La théorie de la souveraineté de l'État est alors mise à l'épreuve de la théorie juridique de l'État fédéral.

Dilemme de Calhoun²⁰⁵. Penser l'État fédéral à l'aune de la théorie de l'État souverain mène en effet à un dilemme, si ce n'est une impasse. Les cas de l'État unitaire et de la Confédération d'États ne posent pas de difficulté au regard de la théorie de la souveraineté. Dans le premier cas, il n'existe qu'une seule souveraineté et donc un seul État. Au sein de la Confédération d'États, les États membres restent souverains au détriment de la Confédération : plusieurs souverainetés cohabitent au sein d'une structure non souveraine. La situation est en revanche plus complexe concernant l'État fédéral. Ce dernier, dans la mesure où il s'agit d'un État, est réputé être souverain. Se pose alors la question du statut des entités territoriales de l'État fédéral : les « États » membres. Si ces « États » membres ne disposent pas de la souveraineté, alors ils sont assimilables aux simples territoires décentralisés d'un État unitaire, vidant ainsi le concept d'État fédéral de sa substance. En revanche, si ces « États » membres sont souverains, se pose la question de la coexistence de plusieurs souverainetés sur un même territoire et donc la question de l'unité et de la divisibilité de la souveraineté. De rares auteurs, comme Tocqueville et Waitz²⁰⁶, ont admis l'unité mais également la divisibilité de la souveraineté. L'État fédéral se distinguerait ainsi tant de l'État unitaire (unité de la souveraineté) que de la Confédération d'États (pluralité de souverainetés) par l'existence d'une souveraineté partagée entre État fédéral et États fédérés. Si certains revendiquent aujourd'hui encore la possibilité d'une souveraineté divisible²⁰⁷, cette idée n'a pas réussi à s'imposer. On voit donc l'impasse à laquelle mène la réflexion sur la théorie juridique de l'État fédéral pensé à partir du critère de la souveraineté unique et indivisible : il ne peut exister sur un même territoire plusieurs souverainetés uniques et indivisibles. Plusieurs structures étatiques ne peuvent dès lors se superposer sur un même territoire : soit l'État fédéral est souverain et les « États fédérés » doivent être assimilés à de simples entités décentralisées (l'État fédéral n'est qu'une forme d'État unitaire),

²⁰⁴ O. Beaud, « Préface », in C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 62.

²⁰⁵ Sur Calhoun, voir J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004.

²⁰⁶ Idée que Waitz développe notamment dans *Das Wesen des Bundesstaates*, 1853 ; voir D. Grimm, *Sovereignty : the origin and future of a political and legal concept*, Columbia University Press, 2015, pp. 59 et s.

²⁰⁷ Voir par ex. Fl. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000.

soit les États membres sont souverains et l'État fédéral n'est qu'une Confédération d'États. Ce « dilemme de Calhoun », du nom d'un homme politique américain ayant, le premier, mis en évidence les apories du critère de la souveraineté une et indivisible lorsqu'il s'agit de penser la nature juridique de l'État fédéral, mène à la dissolution du concept même d'État fédéral. A. Greber souligne que le dilemme « aboutit à une négation conceptuelle de l'État fédéral »²⁰⁸, alors que pour Seydel, qui reprend les thèses de Calhoun en Allemagne, le concept d'État fédéral est une « absurdité »²⁰⁹. Pour Calhoun et Seydel, les États fédérés sont souverains et l'État fédéral n'est donc qu'une association de droit international : une Confédération d'États.

Maintien du critère de la souveraineté. Pour sortir de ce dilemme et préserver le concept d'État fédéral, un courant doctrinal rassemblant des auteurs comme Gierke, Borel et Zorn²¹⁰ place la spécificité de l'État fédéral dans la participation des États fédérés à la substance même de la souveraineté de l'État fédéral. Comme dans l'État unitaire, il n'y a qu'une seule souveraineté et donc qu'un seul État (l'État fédéral). Mais contrairement à l'État unitaire, les entités territoriales participent à la substance même de la souveraineté de l'État fédéral. Il y a donc bien une différence de nature entre l'État unitaire et l'État fédéral.

Abandon du critère de la souveraineté. Toutefois, la plupart des juristes allemands considèrent que la recherche de la nature juridique de l'État fédéral condamne le critère de la souveraineté : pour sortir du dilemme de Calhoun tout en maintenant le concept d'État fédéral, il faut supprimer le critère de la souveraineté pour identifier l'État. Rosin et Brie développent ainsi le critère du but comme alternative à la souveraineté. L'État ne s'identifierait non pas par sa souveraineté mais par son but spécifique. Contrairement aux simples entités décentralisées qui poursuivent un but local, l'État se distingue en poursuivant un but universel²¹¹. Délaissant ce critère finaliste, les principaux juristes allemands de la fin du XIX^e siècle feront le choix du critère de la puissance étatique.

²⁰⁸ Cité in O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^{ème} éd, 2009, p. 60.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Voir L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000, p. 602 ; X.-S. Combothécra, *La conception juridique de l'État*, Larose, 1899.

²¹¹ Voir L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, pp. 366 et s.

2/ « L'école allemande » ou la théorie de l'État-puissance

Pour les principaux publicistes allemands du troisième tiers du XIX^e siècle que sont Gerber, Meyer, Laband, Rehm et Jellinek, le concept de souveraineté n'a pas résisté à l'épreuve de l'État fédéral. On retrouve chez ces auteurs l'idée que l'État souverain a été pensé seulement à l'aune de l'État unitaire et ne permet pas de décrire cette nouvelle forme étatique qu'est l'État fédéral, en l'occurrence l'Empire allemand. Jellinek note que « la souveraineté n'est pas une catégorie absolue, mais une catégorie historique »²¹². Pour ces auteurs, la spécificité de l'État n'a pas à être recherchée dans la souveraineté mais dans la puissance étatique, dont la souveraineté n'est qu'une qualité.

Critère de la puissance. Le contenu de la puissance étatique s'est élaboré progressivement, mais se rapporte à la domination (*Herrschaft*). Gerber, qui amorce avec Laband un véritable « changement de paradigme »²¹³ au sein de la science juridique allemande vers le milieu du XIX^e siècle, propose de substituer à la souveraineté le critère de la domination comme volonté de l'État²¹⁴. Laband suggère dans la première édition de son *Droit public de l'Empire allemand* que l'État s'identifie par l'existence d'un « droit propre », avant de proposer dans les éditions ultérieures l'idée d'un « droit propre de "domination" »²¹⁵. Dominer, pour Laband, consiste à « avoir le droit d'ordonner à des personnes libres ou à des communautés de personnes libres des actes, des

²¹² G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, [1900], tome I, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 126.

²¹³ L'expression de M. Stolleis est citée dans O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, PUF, 2005, p.187. O. Jouanjan rappelle que le programme Gerber-Laband repose sur deux éléments principaux. Le premier est le « principe de pureté de la dogmatique juridique » (p. 192). Comme l'écrit Laband lui-même, sa méthode est « dogmatique » en ce qu'elle a pour objectif de déduire du seul droit positif les « principes généraux » qui le gouvernent. Il s'agit ensuite de « développer les conséquences qui découlent des principes découverts et mettre en lumière leur concordance avec les institutions réellement en vigueur et les prescriptions positives des lois » (P. Laband, Préface à la première édition allemande [1876], *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome I, trad. 1900). Laband précise que la présentation des conséquences des principes généraux du droit relève d'un « travail d'esprit purement logique » (P. Laband, Préface à la deuxième édition allemande [1887]). Le deuxième élément fondateur du programme Gerber-Laband, d'après O. Jouanjan, correspond à « l'autonomie du droit public par rapport au droit privé » (p. 193) : après la « purification » de la dogmatique vient le « dépouillement » (p. 194) de la dimension civiliste des principes généraux du droit. À noter toutefois que dans sa préface à la traduction française de l'ouvrage de Laband, Larnaude regrette les ponts jetés par son collègue allemand entre le droit privé et le droit public. Le juriste français écrit qu'il faut veiller à préserver la spécificité du droit public, « l'avenir de notre discipline est à ce prix ! » : F. Larnaude, Préface à P. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome I, op. cit., p. XV ; voir également O. Jouanjan, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, n° 28, 1999, pp. 47-69.

²¹⁴ Voir P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, tome I, op. cit., pp. 124 et s.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 116.

abstentions, des prestations et de les contraindre à s'y conformer »²¹⁶. Jellinek, qui à ce titre s'inscrit dans la doctrine de la *Herrschaft*²¹⁷, reprend le critère de la domination pour identifier l'État, qu'il définit comme « la collectivité d'un peuple sédentaire, jouissant originellement d'un pouvoir de domination »²¹⁸. Ce pouvoir de domination se distingue par son caractère originaire et doit couvrir les trois fonctions étatiques : les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Application du critère à l'État fédéral. Dès lors, l'État fédéral peut être défini comme « un État souverain formé de plusieurs États, dont le pouvoir étatique provient des États qui le composent et qui sont liés entre eux de manière à former une unité politique »²¹⁹. Le critère de la puissance étatique pour identifier l'État permet donc de contourner le « dilemme de Calhoun » : l'État fédéral est souverain, mais composé d'entités fédérées qui sont de véritables États, en raison du caractère originaire de leur puissance. Les États fédérés doivent donc être distingués des simples entités décentralisées d'un État unitaire, qui ne disposent pas d'une puissance étatique originaire, ainsi que des États regroupés au sein d'une Confédération, qui jouissent d'une puissance étatique originaire suprême, c'est-à-dire de la souveraineté.

Cette théorie juridique de l'État fédéral, fondée sur l'abandon de la théorie classique de la souveraineté au profit de celle plus originale de la puissance étatique, est parvenue à s'imposer dans la doctrine publiciste allemande de la fin du XIX^e siècle. Jellinek note en 1900 qu'elle peut être considérée « comme la théorie la plus répandue pour l'explication de l'État fédératif »²²⁰. C'est également cette théorie de l'État fédéral que Kunz visera dans sa critique de « l'école allemande dominante, dont les chefs étaient Laband et Jellinek »²²¹.

Inspirés par la doctrine allemande, les publicistes français commencent également à réfléchir à la théorie juridique de l'État fédéral à la fin du XIX^e siècle. Toutefois, le débat doctrinal

²¹⁶ *Ibid.*, p. 119.

²¹⁷ Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, op. cit., p. 292.

²¹⁸ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, [1900], rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 70.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 540.

²²⁰ *Ibid.*, p. 541.

²²¹ J. Kunz, « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 839 ; on retrouve une telle allusion à « l'École allemande » qui aurait développé une conception différente de la souveraineté « pour expliquer l'État fédéral » dans R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 22.

qui se met alors en place ne tourne pas comme en Allemagne à la défaveur de la théorie classique de l'État. Si la théorie de l'État fédéral dominante en Allemagne est reprise par certains des plus grands juristes de l'époque, elle ne parvient pas à modifier « l'idée que l'École française se fait de la Souveraineté »²²².

B/ La réaction de la doctrine publiciste française

Alors qu'en Allemagne le problème de l'État fédéral conduit les principaux juristes à abandonner la souveraineté comme critère de l'État, les juristes français s'attachent à penser l'État fédéral à l'aune de la théorie classique de l'État (1). La théorie de l'État-puissance ne supplantera pas la théorie de l'État souverain (2).

1/ « L'école française » et la théorie juridique de l'État fédéral

Avant Le Fur. La doctrine juridique française du XIX^e siècle ne s'intéresse pas à la théorie juridique de l'État fédéral. Dans le premier cours de droit constitutionnel dispensé à la faculté de droit de Paris de 1835 à 1837, Pellegrino Rossi note bien l'existence de différentes « variétés » d'États. Il distingue « dans les traditions historiques », les tribus nomades, les tribus sédentaires « et qui ont formé une sorte d'union, des unions ressemblant à ce que nous appelons des États fédératifs, et enfin, [...] des États unitaires »²²³. Si le vocabulaire, certes hésitant, concernant les formes d'État est déjà présent dans cet ouvrage précurseur, toute théorisation de l'État fédéral est encore absente. Cette entreprise était par trop éloignée des objectifs du cours de Rossi. Il s'agissait surtout, à la demande de Guizot, d'inculquer aux étudiants le fonctionnement et les bienfaits de la Charte de 1830. Par ailleurs, la doctrine juridique française est alors insuffisamment développée

²²² R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *Bulletin de l'Université de Toulouse*, série B, n°1, 1902, p. 13.

²²³ P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, [1866-1867], cours de 1835-1837, rééd. Dalloz, 2012, p. 15 ; par ailleurs, il n'est pas anodin de noter que ce premier cours de droit constitutionnel, dont le premier chapitre est consacré à l'État et le deuxième à l'organisation de l'État, préfigure la structure qu'adopteront par la suite la plupart des manuels français de droit constitutionnel.

pour proposer une théorie juridique de l'État fédéral. La faible portée théorique de l'ouvrage a ainsi été relevée²²⁴.

L'analyse d'autres ouvrages portant sur le droit constitutionnel publiés au XIX^e siècle montre que la théorie juridique de l'État fédéral demeure un champ de recherches à investir. Des auteurs comme Lanjuinais, Serrigny ou Firmin Laferrière traitent dans leurs ouvrages respectifs²²⁵ des formes de gouvernement mais pas des formes d'État.

Le Fur et la souveraineté. Le Fur est probablement le premier juriste français ayant proposé une véritable théorie juridique de l'État fédéral dans son importante thèse intitulée *État fédéral et confédération d'États*²²⁶, publiée en 1896. L'auteur propose une théorie juridique de l'État fédéral dans le cadre de ce que l'on a pu appeler « l'École française » de la souveraineté, à savoir le courant doctrinal qui maintient la souveraineté comme critère de l'État. Le Fur écrit dès l'introduction que deux questions particulièrement débattues dans le passé ont désormais une réponse certaine : la souveraineté est indivisible et constitue une qualité essentielle de l'État. Après avoir exposé l'insuffisance des théories proposant un critère alternatif à la souveraineté pour identifier l'État et les défauts de nombreuses approches de la souveraineté, Le Fur finit par en proposer une conception originale. Hostile à la théorie de la « compétence de la compétence » menant à l'omnicompétence de l'État, Le Fur introduit une dimension jusnaturaliste²²⁷ à la définition de la souveraineté en considérant que « loin d'être exclusivement déterminé par sa propre volonté, [l'État] est lui aussi, comme toute autre personne, déterminé pour partie par un pouvoir étranger, qui lui est à la fois antérieur et supérieur ; et ce pouvoir supérieur est celui du droit, qu'on l'appelle avec certains auteurs "le droit" tout court, ou avec d'autres le droit naturel ou le droit

²²⁴ J. Boudon, « Introduction », in P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, *op. cit.*

²²⁵ J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française*, 1832 (disponible sur gallica.bnf.fr) : l'expression « formes de gouvernement » renvoie aux divers gouvernements « simples, mixtes, représentatifs, constitutionnels en même temps que représentatifs » (p. 14), les expressions « formes d'État », « État unitaire » ou « État fédéral » sont absentes ; D. Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, 2 vol. : demeurent absentes les expressions « formes d'État », « État unitaire », « État fédéral », « fédération », « fédératif », alors qu'un chapitre entier est consacré aux formes de gouvernement ; F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 1841 : de brefs développements sur les formes de gouvernement, mais aucun sur les formes d'État.

²²⁶ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000 ; l'auteur note que jusqu'à son époque, le vocabulaire relatif aux questions fédérales était encore quelque peu hésitant (p. VIII).

²²⁷ Dimension jusnaturaliste qui ne cessera de prendre de l'importance dans les travaux de Le Fur : E. Jouannet, « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 1-57.

rationnel »²²⁸. Pour déterminer ce qui constitue ce « pouvoir supérieur » qui limite l'État, « il faut, écrit Le Fur, faire intervenir la notion de but »²²⁹. Le but de l'État est « universel » et contient un double devoir : l'État « est et veut être la garantie suprême de cette condition essentielle de toute organisation et de tout effort humain collectif, qui est le *droit* ; puis il veut être lui-même un élément direct du développement de la nation »²³⁰. Le Fur finit donc par définir la souveraineté comme « *la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser* »²³¹.

Maintien du critère de la souveraineté. Cette notion de souveraineté est, pour Le Fur, la « notion juridique qui se trouve à la base »²³² de l'État fédéral et de la Confédération d'États. La souveraineté est non seulement le seul critère qui permette d'identifier la notion d'État, mais également l'unique critère établissant une nette distinction entre l'État unitaire, l'État fédéral et la confédération d'États. Pour identifier l'État fédéral, Le Fur recourt en effet au critère de la participation à la souveraineté de l'État fédéral. La souveraineté, dans la mesure où elle est indivisible, appartient pour Le Fur au seul État fédéral. Toutefois, l'État fédéral se distingue de l'État unitaire en ce que les États fédérés participent « *à la substance même de la souveraineté fédérale* » en prenant part « *à la formation de la volonté de l'État* »²³³ alors que les provinces mêmes très décentralisées d'un État unitaire ne peuvent participer qu'à « *l'exercice* »²³⁴ de la souveraineté. C'est par une organisation particulière des pouvoirs publics, à savoir l'existence d'une chambre représentant les États membres, que ces derniers « participent à la formation de la volonté souveraine »²³⁵. En outre, l'État fédéral doit être distingué de la confédération d'États en ce que cette dernière ne saurait prétendre à la souveraineté, laquelle continue à appartenir aux États membres. Tous les critères

²²⁸ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, p. 438.

²²⁹ *Ibid.*, p. 439.

²³⁰ A. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, p. 108, cité in L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, p. 439 ; Le Fur rejette donc le critère du but de l'État (Rosin, Brie) comme critère alternatif à la souveraineté, mais utilise ensuite le but pour définir la souveraineté.

²³¹ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, p. 443.

²³² *Ibid.*, p. 494.

²³³ *Ibid.*, p. 679.

²³⁴ *Ibid.*, p. 602.

²³⁵ *Ibid.*, p. 620 ; l'existence au sein d'États unitaires de chambres représentant les entités décentralisées ne reflète pour Le Fur qu'une question de « législation électorale » (p. 669) et ne remet pas en cause la pertinence du critère de la participation à la souveraineté fédérale pour identifier l'État fédéral.

secondaires²³⁶ se résument à un critère principal (la souveraineté), seul à même d'ériger une « différence de nature » entre l'État fédéral et la confédération d'États²³⁷.

« **Modèle standard** » de l'État fédéral. La théorie juridique de l'État fédéral proposée par Le Fur, toute axée autour de la notion de souveraineté indivisible, doit être rattachée au courant initié par Zorn et Borel²³⁸. Ce courant, resté minoritaire en Allemagne, a livré en France ce que l'on a appelé le « modèle standard »²³⁹ de la théorie de l'État fédéral et la distinction devenue « canonique »²⁴⁰ entre État fédéral et Confédération d'États. Mais contrairement à ce qu'écrit Charles Leben, il ne s'agit pas de la théorie « développée à la même époque en Allemagne par des théoriciens comme Laband et Jellinek »²⁴¹. Ces derniers se sont en effet efforcés de montrer que la théorie de la souveraineté ne permettait pas de penser l'État fédéral. C'est pour penser l'État fédéral que ces auteurs ont développé la théorie de la puissance étatique. La théorie juridique de l'État fédéral devenue classique en France est donc celle qui s'inscrit dans le cadre de « l'École française » de la souveraineté. « L'École allemande » et la théorie de la puissance étatique, si elle a été reprise par certains des plus grands publicistes de la Troisième République, n'a pas réussi à s'installer dans la durée. La théorie juridique de l'État fédéral qu'elle véhiculait n'a pu remplacer le modèle introduit par Le Fur.

²³⁶ Le Fur montre à la fin de son ouvrage que les différents critères secondaires qui ont été proposés ne permettent pas de distinguer clairement l'État fédéral de la Confédération d'États ; il s'agit notamment de la répartition des compétences (de principe ou d'exception) ; du nombre d'organes fédératifs (seulement une Diète pour la Confédération, des organes spécialisés pour les différentes fonctions de l'État fédéral) ; l'égalité ou non entre les membres ; le rapport immédiat entre les organes fédéraux et les citoyens, alors que la Confédération ne pourrait s'adresser aux citoyens qu'à travers les États membres. Voir L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, pp. 717 et s. ; voir également O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, pp. 78 et s., qui fait la même démonstration du caractère peu opératoire de ces critères.

²³⁷ Et donc le seul critère permettant au juriste de remplir son devoir qui « est précisément d'établir entre les diverses notions juridiques une distinction nette et précise » en luttant contre « la théorie des "fließende Grenzen" (frontières flottantes, indécises), [...] insoutenable en droit » (p. 717).

²³⁸ Ces deux auteurs ayant déjà, avant Le Fur, développé le critère de la participation à la formation de la volonté fédérale comme critère ultime de l'État fédéral. Si Le Fur n'a pas inventé le critère de la participation, il a introduit dans la science juridique française cette « idée qui sera bientôt une sorte de lieu commun de la littérature sur le fédéralisme » : O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, p. 168.

²³⁹ Ch. Leben, « Avant-propos », in L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.* ; confirmé par O. Beaud : la doctrine française « fait comme s'il y avait dans cette œuvre de Le Fur des acquis intouchables, qui échapperaient miraculeusement à la critique, et c'est ainsi qu'une simple opinion devient un "dogme" juridique » : O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 169.

²⁴⁰ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 69.

²⁴¹ *Ibid.*

2/ L'échec de la réception en France de la théorie de l'État-puissance

Michoud et de Lapradelle. Il est important de noter que seulement quelques années après la parution du maître-ouvrage de Le Fur, plusieurs travaux sont publiés sur la question de l'État fédéral. Ces travaux ont en commun l'idée selon laquelle l'apparition de cette nouvelle forme d'État qu'est l'État fédéral condamne la théorie classique de l'État souverain. Michoud et Lapradelle, qui consacrent en 1901 un long article²⁴² à la délicate situation de la Finlande récemment occupée par la Russie, approuvent les « voies nouvelles » qui « abandonnent nettement la théorie de la souveraineté »²⁴³. Mis à part le caractère absolutiste de cette théorie, ils lui reprochent son caractère trop étroit, en ce qu'elle permettrait de décrire exclusivement l'État unitaire. Michoud et Lapradelle préconisent donc, pour décrire l'État fédéral, de recourir au critère alternatif proposé par « l'École allemande » de l'État-puissance. Ainsi, le critère de l'État réside pour ces auteurs dans la détention par l'État de « droits de puissance publique », qui lui permettent de « veiller aux intérêts collectifs et permanents de la population établie sur son territoire, population dont il est le représentant »²⁴⁴. La Finlande occupée, qui ne dispose pas de la souveraineté mais de droits de puissance publique, doit donc être considérée comme un État²⁴⁵.

Michoud maintiendra et précisera cette pensée dans son ouvrage majeur sur la personnalité morale²⁴⁶. Doit être qualifiée d'État la personne morale détenant des droits de puissance publique s'étendant aux trois fonctions que sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire. La distinction entre l'État non souverain et la province décentralisée réside dans le fait que l'État souverain peut supprimer l'intégralité des droits de puissance publique dans le second cas mais pas dans le premier.

²⁴² L. Michoud et A. de Lapradelle, « La question finlandaise », *RDP*, 1901, pp. 5-81.

²⁴³ *Ibid.*, p. 45.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 51-52.

²⁴⁵ Pour les auteurs, l'ensemble formé par la Finlande et la Russie n'en est pas moins difficile à qualifier : il ne s'agit ni d'un protectorat, ni d'une union personnelle ou réelle, ni d'un État fédéral, bref, il ne rentre dans aucune « catégorie connue », p. 75.

²⁴⁶ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd., annotée par L. Trotabas, 1924 ; A. Gaillet note que « Mû par le dessein, engagé par la doctrine allemande, de définir juridiquement l'État, Léon Michoud, avec Jellinek – malgré quelques nuances – et avant Carré de Malberg, associe la spécificité de l'État au critère de la puissance » : A. Gaillet, « Léon Michoud et la doctrine allemande », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, p. 126.

Polier et de Marans. En 1902, Polier et de Marans publient une intéressante « Esquisse d'une théorie des États composés », qui vise notamment à combler le manque d'ouvrages sur l'État fédéral en « Droit public théorique »²⁴⁷. Pour ces auteurs, la cause est entendue : « la Souveraineté doit définitivement être déchu du rang d'élément caractéristique essentiel de l'État. C'est une simple qualité de certains États, mais que tous ne possèdent pas »²⁴⁸. Le critère alternatif proposé par Polier et de Marans rassemble des éléments de plusieurs théories existantes. De Brie et Rosin ils conservent l'idée selon laquelle c'est par le critère du but qu'il convient d'identifier l'État²⁴⁹. De Laband et Jellinek ils retiennent que l'élément principal de la définition de l'État réside dans la puissance publique, qui ne saurait toutefois se résumer au « pouvoir de domination ». Fortement influencés par Hauriou²⁵⁰, Polier et de Marans considèrent que « c'est dans le *Régime d'État* qu'il faut voir l'élément nouveau essentiel de la définition réaliste et finaliste de l'État »²⁵¹. Ce « Régime d'État » est défini comme « l'ensemble des règles organisatrices qui répondent à la fois à l'ordre voulu par la puissance étatique et aux besoins ressentis par la Société »²⁵². Le Régime d'État doit donc être entendu comme un « milieu »²⁵³ et, fidèles à la pensée d'Hauriou, les deux auteurs distinguent « l'État-Puissance » de « l'État-Milieu »²⁵⁴. La « notion complète de l'État » reprend ces deux éléments et doit donc être définie comme « *une Société dans laquelle un pouvoir propre de domination se met au service d'un régime légal émané du milieu* »²⁵⁵. Ce pouvoir propre de domination contient essentiellement une « volonté législative »²⁵⁶. Dès lors, l'État composé, dont l'État fédéral constitue

²⁴⁷ R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *Bulletin de l'Université de Toulouse*, série B, n°1, 1902, p. 5.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 70.

²⁴⁹ Dans la mesure où « seul le but peut nous fournir une définition "matérielle" de l'État », Brie et Rosin « ont eu raison de chercher à caractériser l'État par son but, seulement ils ne l'ont pas vu là où il est » : R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 30.

²⁵⁰ Les auteurs précisent dans la première note de bas de page que leur « mémoire a été préparé dans la salle de travail de M. le professeur Hauriou » (p. 5).

²⁵¹ *Ibid.*, p. 35, nous soulignons ; notion de régime d'État qui est au fondement de la théorie de l'État que livre Hauriou dans ses *Principes de droit public*, où le régime d'État est notamment défini comme « un équilibre de forces politiques réalisant un état de droit » : M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., [1910], rééd. Dalloz, 2010, p. 124. Sur cette notion, voir J.-A. Mazères, « Réflexions sur une réédition : les "Principes de droit public" de Maurice Hauriou », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

²⁵² R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 34.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 36.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 52.

la forme la plus aboutie²⁵⁷, se distingue de l'État unitaire décentralisé dans la mesure où il n'existe pas dans le second cas d'organes législatifs décentralisés. L'État composé, État souverain composé d'États non souverains, se distingue classiquement de la Confédération d'États, société internationale non souveraine composée d'États souverains.

Carré de Malberg. Comme l'écrit É. Maulin, « après Michoud, de Lapradelle, Polier et de Marans, Carré de Malberg est un des rares auteurs français à défendre et compléter la théorie allemande de l'État fédéral »²⁵⁸. À l'instar de ses prédécesseurs, Carré de Malberg estime que cette forme étatique nouvelle que constitue l'État fédéral condamne la théorie classique de la souveraineté. Celle-ci n'est pas fautive et permet même de décrire convenablement le cas français, mais constitue un outil dépassé par la diversification des formes de l'État moderne. Pour le maître de Strasbourg, « le cas de l'État fédéral est spécialement intéressant, parce qu'il engage directement la question de savoir si le critérium de l'État ne doit pas être recherché ailleurs que dans la souveraineté »²⁵⁹. La réponse la plus proche de la réalité a été proposée, d'après Carré de Malberg, par Jellinek. La souveraineté ne constitue que la qualité suprême de la puissance étatique, cette dernière étant le véritable critérium de l'État. Cette puissance étatique correspond à une « puissance originaire de domination »²⁶⁰. Celle-ci marque une capacité d'auto-organisation de l'État et se traduit « avant tout » par la faculté de se donner une Constitution. Les États fédérés sont donc bien de véritables États dans la mesure où ils disposent d'une autonomie constitutionnelle. Une autonomie certes limitée, puisque les constitutions des États fédérés doivent souvent respecter certaines dispositions contenues dans la Constitution fédérale. Par ailleurs, la possibilité qu'il soit porté atteinte à l'intégrité de l'État fédéré par une révision de la constitution fédérale ne constitue pas une atteinte dirimante à l'autonomie constitutionnelle de l'État fédéré. En effet, cette atteinte

²⁵⁷ Pour Polier et de Marans, l'État composé se définit comme un « État d'États où un milieu légal commun se superpose à ceux des divers États » et diverses formes doivent être distinguées en fonction de la participation des États membres à la création du « Régime d'État commun » : participation égale dans le cas de l'État fédéral ; inégale pour le cas de l'Allemagne ; inexistante lorsqu'un seul État crée le Régime d'État commun.

²⁵⁸ É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 51. ; on peut donc pour le moins nuancer l'observation d'O. Beaud, selon laquelle « l'œuvre de Le Fur a obtenu le précieux appui de Carré de Malberg qui [...] a repris, mais aussi "durci" le raisonnement de Le Fur » : O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 169 ; par ailleurs, s'il existe un « axe Le Fur-Carré de Malberg » (p. 170), c'est dans la mesure où les deux auteurs abordent l'étude du fédéralisme sous le prisme de la théorie de l'État. Cependant, les deux auteurs divergent sur le critère même de l'État.

²⁵⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920-1922, rééd. Dalloz, 2004, p. 147.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 158.

ne peut se faire que dans les limites prévues par la Constitution fédérale²⁶¹ et les États fédérés participent à cette procédure de révision²⁶².

En estimant que l'essence de l'État fédéral réside dans l'existence d'un « *dualisme étatique* »²⁶³, celui que l'on présente comme le « meilleur juriste de droit public »²⁶⁴ du siècle passé et un des rares juristes français à avoir proposé une véritable théorie générale de l'État²⁶⁵, avance avec brio une théorie juridique de l'État fédéral qui ne réussira pas à se diffuser dans une culture juridique où la vieille théorie de la souveraineté comme critère de l'État a survécu, contrairement à l'Allemagne, à l'épreuve de la théorisation juridique de l'État fédéral²⁶⁶. On peut lire encore aujourd'hui, sous la plume d'O. Beaud, que « rien ne permet d'invalider l'opinion classique selon laquelle il n'y a pas d'État sans souveraineté, ni de souveraineté sans État »²⁶⁷.

Outre une théorie juridique de l'État fédéral, la théorie classique des formes d'État est composée d'une certaine conception de l'État unitaire et de l'État régional.

²⁶¹ *Ibid.*, voir p. 162.

²⁶² É. Maulin peut donc écrire que « Si l'État fédéré, non souverain, est un véritable État, c'est dans la mesure où, d'une part, il *maîtrise la révision de sa propre constitution* et, d'autre part, *participe à la révision de la Constitution fédérale*. Cette double participation à la procédure de la révision des Constitutions fédérées et fédérales est comprise dans la notion englobante d'autonomie » : É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 55.

²⁶³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 122.

²⁶⁴ M. Troper, « Préface », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 8.

²⁶⁵ Voir M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994 ; O. Beaud, « La théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999, pp. 83-111.

²⁶⁶ G. Burdeau semble s'inscrire au moins partiellement dans l'héritage de Carré de Malberg sur l'État fédéral. Il maintient en effet l'idée que l'étude de l'État fédéral condamne la souveraineté comme critère de l'État : « La souveraineté de l'État est la pierre d'achoppement du fédéralisme. Si encore il n'en était ainsi que sur le plan doctrinal, on s'en consolera aisément ; ce qui est plus grave, c'est, qu'en fait, la souveraineté conçue comme une qualité inhérente à l'État, paralyse les efforts tentés pour faire du fédéralisme un principe d'organisation internationale. Dans ces conditions, la résignation n'est plus de mise : il faut surmonter l'obstacle, le briser ou le réduire. Or, pratiquement, l'expérience prouve qu'on ne pactise pas avec la souveraineté ; il n'y a qu'une solution, c'est de l'éliminer radicalement et définitivement. L'immense intérêt de l'étude du fédéralisme, c'est précisément de montrer que la théorie de l'État peut être entièrement édifiée sans aucun recours à l'idée de souveraineté » (p. 523). Burdeau prend cependant ses distances avec Carré de Malberg pour se rapprocher de la pensée d'Hauriou lorsqu'il définit l'État fédéral à l'aide du concept d'idée de droit : « L'État fédéral est un État dans lequel une pluralité d'idées de droit concourent à l'établissement de la puissance étatique fédérale en même temps qu'elles fondent, sur des matières constitutionnellement déterminées, la puissance étatique des collectivités particulières » (p. 532) : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967.

²⁶⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 14.

§ 2 : Reconstitution d'une théorie complète des formes d'État

Même si la doctrine publiciste n'a pas produit de théorie générale achevée des formes d'État, on peut identifier outre une théorie classique de l'État fédéral, une théorie de l'État unitaire (A) et une théorie de l'État régional (B) qui ensemble forment une approche théorique classique des formes d'État.

A/ La théorie classique de l'État unitaire

L'État unitaire ayant longtemps été envisagé comme la forme d'État par défaut (1), c'est une théorie de la décentralisation administrative qui fait office de théorie classique de l'État unitaire (2).

1/ La théorie de l'État et l'État unitaire

Contrairement à l'État fédéral, il est difficile d'identifier un « moment » doctrinal durant lequel l'État unitaire aurait fait l'objet d'une période intense de théorisation. On retrouve souvent l'idée selon laquelle l'État unitaire serait la forme d'État pensée par défaut, cette forme que le publiciste aurait à l'esprit dès lors qu'il ne se place pas dans le cadre fédéral. Jellinek note que « les idées typiques, qu'on se fait de l'État, depuis qu'il existe une science politique, sont empruntées à l'État unitaire »²⁶⁸. Plus récemment, O. Beaud semble confirmer cette idée en écrivant que tant le « questionnement impérial » que le « questionnement fédéral » mettent en évidence « les insuffisances d'une théorie générale de l'État qui n'est en réalité qu'une théorie de l'État unitaire »²⁶⁹. L'Empire serait ainsi une « forme politique impensée et éclipsée par l'État unitaire »²⁷⁰. Il est difficilement contestable que la théorie de l'État se soit développée à l'aune de l'État unitaire. Mais il semble également abusif d'identifier la théorie générale de l'État à une théorie de l'État

²⁶⁸ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 340 ; dans le même sens, voir P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, p. 113.

²⁶⁹ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 45.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 9

unitaire. La théorie générale de l'État s'est développée comme une théorie de l'État sans prendre en compte, sinon difficilement, ses différentes formes existantes ou possibles. Par conséquent il existe une théorie classique de l'État unitaire qui, si elle découle directement d'une théorie classique de l'État, ne peut être identifiée à elle.

Alors que la théorie juridique de l'État fédéral a mobilisé la doctrine publiciste de la fin du XIX^e siècle au début du XX^e siècle, il semblerait que la théorie de l'État unitaire, en France, soit l'œuvre de la doctrine administrativiste²⁷¹. En effet, si tous les bons manuels de droit constitutionnel définissent l'État unitaire comme cette « forme d'État qui ne connaît qu'une seule autorité publique sur un même territoire et à l'égard de la population qui y habite, et qu'un seul droit applicable »²⁷², il est toujours précisé que « l'administration de l'État unitaire est susceptible d'être aménagée de diverses façons : l'État unitaire peut être plus ou moins centralisé ou décentralisé »²⁷³. La théorie de l'État unitaire est donc, avant tout, une théorie de la décentralisation administrative. Plus précisément, la théorie classique de l'État unitaire répond à une « conception classique de la décentralisation »²⁷⁴.

2/ La théorie de l'État unitaire : une « conception classique de la décentralisation »

Déconcentration et décentralisation. Comme l'a montré Eisenmann, la doctrine française ignore la notion de centralisation pure ou parfaite, car jugée impossible à mettre en œuvre dans la pratique à l'échelle de l'État moderne²⁷⁵. L'État unitaire est donc toujours présenté comme un État dans lequel il existe une certaine décentralisation administrative. Intervient alors « une proposition sur laquelle l'accord doctrinal semble s'être fait »²⁷⁶, à savoir la distinction entre

²⁷¹ Voir O. Gohin, *Droit constitutionnel*, LexisNexis, coll. « Manuel », 3^{ème} éd., 2016 : les « variations de l'État unitaire » relèvent davantage du droit administratif que du droit constitutionnel, p. 68.

²⁷² V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Thémis Droit, 7^{ème} éd., 2016, p. 268.

²⁷³ B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Sirey, 32^{ème} éd., 2015, p. 57.

²⁷⁴ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 195 ; voir également Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, [1982], tome I, rééd. LGDJ, 2014 ; S. Flogaitis, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, 1979.

²⁷⁵ Voir Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 142.

²⁷⁶ J. Caillosse, « Les "principes généraux" de l'organisation administrative », in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 167.

déconcentration et décentralisation. Au moins depuis les *Conférences sur le droit administratif* d'Aucoc²⁷⁷, la doctrine française a choisi de décrire la structure territoriale de l'État comme une structure territoriale de l'Administration²⁷⁸ en distinguant déconcentration et décentralisation. Selon cette doctrine, il y a déconcentration lorsqu'au sein de l'État entendu comme personne morale de droit public, un agent local est habilité à prendre des décisions au nom et pour le compte de l'État, tout en étant soumis à un pouvoir hiérarchique. L'autorité hiérarchique dispose en effet d'un certain nombre de prérogatives à l'égard des autorités déconcentrées²⁷⁹. La décentralisation vise en revanche la situation dans laquelle la loi a opéré un transfert de compétences de la personne morale État vers des personnes morales de droit public distinctes de l'État²⁸⁰ : les collectivités territoriales. Celles-ci disposent d'un pouvoir réglementaire pour exercer leurs compétences dans le cadre d'un contrôle de légalité (anciennement « tutelle »). La doctrine distingue par ailleurs traditionnellement les collectivités territoriales des établissements publics. Alors que les premières sont réputées disposer de compétences générales²⁸¹, les établissements publics ne disposent que de compétences spéciales²⁸².

En considérant l'État comme une personne morale de droit public souveraine, transférant par la loi aux collectivités territoriales, personnes morales de droit public non souveraines distinctes de l'État, des compétences propres ainsi qu'un pouvoir réglementaire s'exerçant dans les limites

²⁷⁷ Voir L. Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, 3^{ème} éd., t. I, p. 112, auquel fait référence R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 171 ; voir également J. Rivero, « Maurice Hauriou et le droit administratif », [1968], rééd. *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, pp. 29-41 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*

²⁷⁸ Voir Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, ainsi que B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018.

²⁷⁹ L'autorité hiérarchique détenant au moins un pouvoir d'instruction, d'annulation et de réformation ; voir C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013.

²⁸⁰ « On ne peut décentraliser sans reconnaître au corps ou à la collectivité en cause la personnalité juridique, c'est-à-dire sans consacrer officiellement l'existence d'intérêts propres à l'organisme décentralisé », écrit Burdeau. Il reconnaît cependant que la notion de personnalité morale est alors utilisée pour son côté pratique : « Intervenant dans le cadre de la décentralisation, la reconnaissance de la personnalité morale offre le double avantage, pour le groupe bénéficiaire, de lui assurer des organes qui lui sont propres et de le doter d'un patrimoine sans lequel il n'est pas d'indépendance administrative possible : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967, p. 393.

²⁸¹ Les collectivités territoriales sont ainsi réputées bénéficier d'une clause générale de compétence ; depuis la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, cette clause a été supprimée pour les départements et les régions. Toutefois, et dans la mesure où les textes précisant les domaines de compétence de ces collectivités demeurent relativement généraux, les collectivités même dépourvues de clause de compétence générale peuvent être considérées comme bénéficiant de compétences plus générales que les établissements publics. Voir B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2018, p. 504.

²⁸² De sorte que l'établissement public a pu être présenté comme un « service public personnifié » par Hauriou ; voir B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 302 et s.

imposées par le contrôle de légalité, la théorie classique de la décentralisation administrative²⁸³ est donc bien une « théorie juridique de la différenciation entre l'État et les collectivités »²⁸⁴. Mieux, il s'agit d'une théorie proposant une réponse à « la question "constitutionnelle" (*lato sensu*) par excellence [qui] est celle du type de relation entretenu entre le Centre et la périphérie »²⁸⁵.

Critiques ineffectives. Il est cependant important de noter qu'à l'instar de la théorie classique de l'État fédéral, la théorie classique de l'État unitaire, qui est donc une certaine théorie de la décentralisation administrative, a très tôt été contestée au sein même de la doctrine française. Si la « théorie allemande de l'État fédéral », portée notamment par Laband et Jellinek, n'a pas réussi à s'imposer dans le débat doctrinal français, il en va de même de « la notion allemande de la "décentralisation administrative" »²⁸⁶. Jellinek par exemple distingue la « décentralisation administrative » qui correspond à la notion de déconcentration française, la « décentralisation par l'administration autonome » (*Selbstverwaltung*) correspondant à la décentralisation administrative de la doctrine classique française et « l'autonomie », qui est le propre de l'État fédéré²⁸⁷. Les attaques soutenues d'Eisenmann contre la conception classique de la décentralisation semblent également avoir été quelque peu ineffectives²⁸⁸.

La théorie classique de l'État unitaire repose donc, tant au niveau de la différenciation que des relations entre l'État et les collectivités territoriales, sur la conception de l'État comme personne morale souveraine²⁸⁹.

²⁸³ Voir G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, LGDJ, 2011, p. 22 : l'auteur dénonce également « l'incroyable attachement à l'expression "Décentralisation administrative". Pourquoi s'embarrasser de cet adjectif alors que "Décentralisation" exclut déjà "régionalisation" ou "fédéralisme" ? ».

²⁸⁴ B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., 2014, p. 2.

²⁸⁵ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*, p. 64.

²⁸⁶ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 155.

²⁸⁷ Voir G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 351 ; théorie reprise par R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 171.

²⁸⁸ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.* et Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*

²⁸⁹ Voir F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995, qui consacre une section à « La place de la personnalité morale dans la déconcentration » et une autre à « Décentralisation et personnalité morale ».

B/ L'État régional ou le problème de la « tierce formule »

Les discussions qui agitent la doctrine constitutionnelle sur la « tierce formule »²⁹⁰, en l'occurrence sur cette autre forme d'État que serait « l'État régional » (2), ne sont pas récentes. Dès la fin du XIX^e siècle et les débats sur la théorie juridique de l'État fédéral, les juristes ont été confrontés à des situations politiques réfractaires à une qualification par les catégories habituelles de l'État unitaire et de l'État fédéral (1).

1/ Un problème ancien

L'idée selon laquelle les ordres juridiques contemporains seraient de plus en plus complexes est assez répandue²⁹¹. La très grande diversité des formes politiques existant durant la deuxième moitié du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle suffirait toutefois à une forte mise en perspective de cette opinion²⁹². Alors que la doctrine publiciste élabore les théories qui deviendront classiques de l'État fédéral et de l'État unitaire, de nombreuses configurations politiques restent étrangères à ces catégories doctrinales. Ainsi, Esmein introduit dans la dernière édition de ses *Éléments de droit constitutionnel* d'importants développements sur les évolutions concernant ce qui est alors le nouveau Commonwealth d'Australie, l'Afrique du Sud ainsi que l'Empire britannique²⁹³. Par ailleurs, nous avons vu que le cas de la Finlande envahie par la Russie avait incité la doctrine à repenser notamment la théorie de l'État fédéral²⁹⁴.

Jellinek et la théorie des « fragments d'État ». Le cas des territoires conquis mais non encore intégrés à l'État conquérant, ou l'existence au sein d'un État de « pays » dotés d'organes législatifs propres et participant à l'élaboration de leur statut incitent Jellinek à proposer une théorie juridique permettant de décrire cette situation intermédiaire. Ces territoires ou « pays » se situent

²⁹⁰ G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *op. cit.*, p. 393.

²⁹¹ Voir par ex. C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.

²⁹² Le XIX^e siècle est notamment celui des Empires, des Unions réelles et personnelles dont la complexité structurelle n'a probablement rien à envier aux ordres juridiques d'aujourd'hui.

²⁹³ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, [1914], 6^{ème} éd., rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2001, pp. 8 et s.

²⁹⁴ Voir *supra*.

en effet entre la simple province d'un État unitaire (qui ne dispose pas d'un pouvoir législatif et ne participe pas à l'élaboration de son statut) et l'État fédéré (qui dispose d'une autonomie constitutionnelle). Il propose donc la théorie des « fragments d'État » (*Staatsfragmente*) ou « décentralisation par pays » pour décrire cette « limite extrême de la décentralisation d'un État » au-delà de laquelle « il y aurait destruction complète de son unité »²⁹⁵. Il convient de souligner que Jellinek pense cette « catégorie intermédiaire » comme un degré extrême de décentralisation, après avoir traité la décentralisation administrative (que la doctrine française appelle *déconcentration*) et la décentralisation par l'administration autonome (*décentralisation administrative* en France), et cela au sein du chapitre sur la « structure de l'État ». En revanche, l'État fédéral est envisagé dans le chapitre sur les « unions d'État ». Jellinek propose donc une théorie permettant de décrire la situation juridique d'entités territoriales se situant entre la simple province et l'État fédéré, tout en maintenant le cadre de l'État unitaire. Il n'y a donc pas chez Jellinek de création d'une nouvelle catégorie d'État, mais l'extension d'une catégorie existante.

Toutefois, c'en était déjà trop pour une partie de la doctrine française. Polier et de Marans estiment que Jellinek a recouru à la « pire solution, en créant entre l'État membre d'un État Composé et la simple division administrative d'un État unitaire la catégorie intermédiaire des Fragments d'États », dans la mesure où il n'y aurait « pas place entre l'État et la Province pour une troisième catégorie »²⁹⁶. Carré de Malberg se démarque par sa fidélité à Jellinek, et convient dans une longue note de bas de page que ces « pays » qui ne peuvent être considérés ni comme des États (même non souverains), ni comme de simples provinces, forment une « catégorie intermédiaire »²⁹⁷.

Colonialisme. La réflexion sur une forme intermédiaire d'État, entre l'État unitaire et l'État fédéral, aurait également pu être soutenue par le phénomène colonial. La constitution d'importants empires coloniaux venait en effet défier la présentation dualiste des formes d'État.

²⁹⁵ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 388 ; voir également l'analyse de cette théorie par O. Beaud : « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015, pp. 52 et s.

²⁹⁶ R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *op. cit.*, pp. 66-67 ; Michoud et de Lapradelle dans leur étude sur la Finlande rejettent également la théorie des « fragments d'État » de Jellinek : L. Michoud et A. de Lapradelle, « La question finlandaise », *op. cit.*

²⁹⁷ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 167.

Polier et de Marans notent par exemple qu'un des intérêts de la théorie des États composés qu'ils proposent est d'entrevoir une « théorie de l'Empire colonial, précieuse pour synthétiser en une conception juridique les faits qu'amoncelle autour de nous l'expansion des peuples civilisés »²⁹⁸. Pour ces auteurs l'Empire (colonial) est, comme l'État composé (dont l'État fédéral est le type idéal), une « Société d'États hiérarchisés », mais s'en distingue par l'absence de « milieu légal commun ». Toutefois, O. Beaud a montré que la doctrine publiciste française s'est assez largement détournée de la question impériale et coloniale : ce phénomène n'a pas eu pour conséquence la révision des grandes constructions doctrinales²⁹⁹. O. Beaud met en évidence cette « *cécité impériale* »³⁰⁰, qui s'explique par le modèle alors indiscutable de l'État unitaire. Esmein et Carré de Malberg ont tout simplement fait l'impasse sur la question coloniale. Cette dernière est envisagée par Duguit, mais seulement pour invalider la théorie classique de la souveraineté. En revanche, des auteurs comme Rolland, Lampué et Hauriou semblent avoir étudié avec davantage de sérieux le phénomène colonial. O. Beaud note cependant la « géniale intuition » de Joseph Barthélémy, consistant à identifier « l'État impérial »³⁰¹ comme une nouvelle forme d'État. Cette forme d'État originale, conçue pour décrire les empires français et britannique, n'est toutefois pas définie avec précision³⁰². La question de savoir si l'État impérial peut légitimement être considéré comme une nouvelle forme d'État reste donc ouverte³⁰³.

Régionalismes espagnol et italien. L'opportunité de la consécration d'une nouvelle forme d'État a surtout interrogé la doctrine étudiant les régionalismes espagnol et italien. Même si

²⁹⁸ R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *op. cit.*, pp. 12-13.

²⁹⁹ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 71.

³⁰¹ J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 2^{ème} éd., [1933], rééd. Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 283.

³⁰² O. Beaud identifie cependant trois critères dans ce *Traité* : premièrement la « structure complexe et hiérarchiquement duale de toute forme impériale » (p. 49) ; ensuite la « *dualité de la constitution* » (p. 50), la constitution ne s'appliquant que sur le territoire de la métropole, alors que les colonies possèdent un embryon de constitution ; enfin le lien entre souveraineté et population : O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

³⁰³ O. Beaud estime que le « fait colonial » ne peut être décrit avec les seuls concepts de l'État unitaire ou de l'État fédéral, et s'interroge sur la question de savoir si l'Empire doit être pensé comme une « nouvelle forme politique » ou comme une « nouvelle forme d'État » : voir O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, pp. 22-23.

le régionalisme précède la Constitution espagnole de 1931 et la Constitution italienne de 1947³⁰⁴, on considère que ce sont ces Constitutions qui ont provoqué les recherches menant à l'élaboration du concept d'État régional. Il semblerait que l'expression soit apparue pour la première fois dans la doctrine italienne des années 1930. Cl. Barthélémy attribue la paternité de l'expression au juriste italien G. Ambrosini³⁰⁵, qui l'aurait utilisée pour la première fois en 1933. Par sa Constitution de 1931, l'Espagne est probablement le premier État d'apparence unitaire accordant à ses régions des compétences ne correspondant pas à celles d'une simple province décentralisée³⁰⁶. Il s'agit notamment d'une certaine compétence législative ainsi que d'une participation à l'élaboration de leur statut. Toutefois, malgré l'ancienneté du régionalisme, des « doutes et incertitudes »³⁰⁷ subsistent sur la pertinence du concept d'État régional et sur sa théorie juridique.

2/ Identification d'une théorie juridique de l'État régional

Pour Burdeau, la question de la « tierce formule » reçoit une réponse catégorique : « il n'y a pas place pour une tierce formule qui serait celle d'un État régional ou d'un régionalisme politique »³⁰⁸. La doctrine dominante est toutefois plus nuancée sur la question. Les principaux manuels de droit constitutionnel présentent l'État régional dans les développements consacrés à l'État unitaire. L'État régional est alors décrit comme un degré extrême de décentralisation. Pour

³⁰⁴ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008 consacre déjà un paragraphe au « régionalisme », notamment celui des « pays autonomes de la Monarchie austro-hongroise ».

³⁰⁵ Voir G. Ambrosini, « Un tipo intermedio di Stato tra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale », *Rivista di diritto pubblico*, 1933, 92-100, cité in Cl. Barthélémy, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009, p. 145.

³⁰⁶ Voir Ph. Lauvaux, « Repenser l'État », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, pp. 285-309 : « la régionalisation politique est un processus institutionnel, héritier de la brève expérience de la II^e République espagnole » (p. 296), repris dans la Constitution italienne de 1947 mis en œuvre à partir de 1970, puis par la Constitution espagnole de 1978 ainsi que la Constitution belge révisée en 1980 ; l'auteur précise que « La source théorique de cette construction juridique de l'État politiquement régionalisé peut être trouvée dans l'œuvre réalisée lors de l'élaboration de la Constitution espagnole de 1931 : c'est le concept d'"État intégral", envisagé comme la synthèse de l'État unitaire et de l'État fédéral et inspiré de la doctrine austro-allemande des *Staatsfragmente* », p. 296.

³⁰⁷ L. Vandelli, « Formes d'État : État régional, État décentralisé », in D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 54-76.

³⁰⁸ G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *op. cit.*, p. 393 ; également R. Etien, « Analyse juridique d'ensemble. Rapport introductif », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français*, Éd. Cujas, 2013, p. 13 : « Nous refusons la notion d'"État autonome" nouvelle pseudo catégorie qui existerait entre l'État unitaire et l'État fédéral ».

V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, les expériences espagnole et italienne de régionalisation « relèvent aussi de la *décentralisation* »³⁰⁹. O. Gohin estime quant à lui que « l'État régional représente une forme avancée d'État unitaire »³¹⁰. M. Troper et F. Hamon confirment que l'État régional constitue « le degré le plus élevé de décentralisation »³¹¹. L'État régional est considéré comme un « État intermédiaire » par les auteurs du manuel de L. Favoreu et donc comme une forme d'État spécifique, « même s'il peut être discuté en tant que "modèle" théorique »³¹².

La littérature plus spécialisée, avide de « concepts élastiques »³¹³, n'a pas tardé à affiner le concept d'État régional, au détriment parfois de la clarté. J. Fougerouse distingue plusieurs types d'États régionaux en fonction tout d'abord de l'étendue de la régionalisation³¹⁴. Il y aurait ainsi l'État régional « total », dans lequel la régionalisation structure l'intégralité du territoire étatique ; l'État régional « partiel » dans le cas où cette régionalisation ne concerne qu'une partie du territoire³¹⁵ ; l'État régional est enfin qualifié de « marginal » lorsque seulement une petite partie du territoire est régionalisée³¹⁶. J. Fougerouse distingue ensuite, en fonction de l'organisation de la régionalisation, l'État régional « symétrique », lorsqu'il existe une certaine harmonie entre les différents statuts régionaux, et l'État régional « asymétrique » en cas de régimes juridiques très éloignés en fonction des régions. Une partie de la doctrine reprend ces concepts³¹⁷, jugés particulièrement aptes à décrire la « morphologie postmoderne de l'État »³¹⁸.

La doctrine a en revanche rencontré davantage de difficultés à proposer une théorie juridique de l'État régional. Elle semble s'être limitée à l'analyse et la systématisation du droit

³⁰⁹ V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Thémis Droit, 7^{ème} éd., 2016, p. 269.

³¹⁰ O. Gohin, *Droit constitutionnel, op. cit.* : il précise que l'État régional est « monoconstitutionnel et monolégislatif » et que ses « composantes sont encore des collectivités à caractère administratif, mais à compétences particulièrement développées et constitutionnellement garanties, en raison de cette dimension politique prise par sa décentralisation ».

³¹¹ F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, 39^{ème} éd., 2018, p. 97.

³¹² L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 21^{ème} éd., 2018, p. 504.

³¹³ K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *Politeia*, n°5, 2004.

³¹⁴ J. Fougerouse, « L'État régional, un modèle original d'organisation territoriale ? », *Politeia*, n°26, 2014, pp. 211-229.

³¹⁵ L'État est donc principalement unitaire (cas du Royaume-Uni) ou fédéral (exemple de la Russie), mais une partie du territoire est régionalisée.

³¹⁶ L'auteur cite le cas de la France avec la Nouvelle-Calédonie.

³¹⁷ Voir M. Joyau, « Pays d'outre-mer et statut d'autonomie », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français, op. cit.*, pp. 211-219 ; K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *op. cit.*, p. 293.

³¹⁸ M.-F. Verdier, « Éditorial », *Politeia*, n° 12, 2007, p. 43 ; voir Ph. Lauvaux, « Repenser l'État », *op. cit.* : « le modèle de l'État européen postmoderne », p. 301 ; également p. 302.

positif. La doctrine est ainsi partie à la recherche, dans les différentes Constitutions mettant en place un « État régional » (principalement celles de l'Espagne et de l'Italie), de critères permettant d'identifier ce qu'est un État régional. Cette entreprise s'est immanquablement heurtée aux limites de « l'empirisme »³¹⁹ et de l'induction. Comme l'écrivait Rivero, « rien n'est décevant comme la quête d'un critère lorsqu'il s'agit de distinguer des institutions, filles de la libre invention des hommes : il suffit d'une Constitution nouvelle, instaurant des formes inédites, pour démentir le critère patiemment élaboré »³²⁰. Cette démarche risque en effet de tomber dans le piège de « l'érudition de minuties et de pointes d'aiguille »³²¹, d'après Jellinek. Ont ainsi été proposés, comme critères permettant de distinguer l'État régional de l'État unitaire, l'existence d'un pouvoir législatif, une garantie constitutionnelle de ce pouvoir normatif ainsi que de la répartition des compétences, la protection de cette « autonomie politique » par une cour constitutionnelle, la participation à l'élaboration du statut des régions³²². Par ailleurs, pour distinguer l'État régional de l'État fédéral, les critères suivants ont été avancés : l'absence au niveau de l'État régional d'un pouvoir constituant, ou d'un appareil judiciaire propre. Si les critères de l'État régional peuvent varier en fonction des auteurs ainsi que des constitutions étudiées, il semblerait toutefois que le point commun soit celui du pouvoir normatif des régions. Celles-ci se distinguent en effet par l'existence d'un pouvoir législatif. Ce pouvoir normatif est donc supérieur à celui d'une simple province décentralisée dotée d'un pouvoir réglementaire, mais inférieur au pouvoir constituant d'un État fédéré.

La conception majoritaire, presque « classique » de l'État régional pourrait être résumée ainsi : « L'État régional constitue, pour autant que l'on puisse rassembler sous cette même appellation des expériences différentes, une forme d'État qui est à la charnière des formes simples

³¹⁹ K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *op. cit.*

³²⁰ J. Rivero, « Fédéralisme et décentralisation », p. 123, cité in K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *op. cit.*

³²¹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 62 ; « plutôt que de poursuivre des tentatives de schématisation rigoureuse et universaliste d'une forme d'État "régional", catégorie distincte tant de la forme fédérale que d'autres formes décentralisées, il est préférable d'en indiquer certaines caractéristiques tendanciennes, avec la conscience précise qu'aucune ne se trouve, dans les cas réels, dépourvue d'exceptions et de contradictions » : L. Vandelli, « Formes d'État : État régional, État décentralisé », *op. cit.*, pp. 54-76.

³²² Pour ces critères, voir P. Bon, « Espagne : l'État des autonomies », in Ch. Bidégaray (dir.), *L'État autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994 ; K. Blairon, « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *op. cit.* ; J. Fougerouse, « L'État régional, un modèle original d'organisation territoriale ? », *op. cit.* ; X. Barella, *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, thèse, Toulouse I, 2011.

et des formes complexes. On peut y voir une forme intermédiaire entre la décentralisation et l'État fédéral »³²³. Au fond, la méthode inductive utilisée par la doctrine étudiant l'État régional n'a pas permis d'édifier une théorie fondant l'État régional comme véritable catégorie d'État entre l'État unitaire et l'État fédéral. « L'État régional » se singularise de « l'État unitaire » en ce qu'il ne peut être décrit par la théorie de la décentralisation qui fait office de théorie classique de l'État unitaire. Cette « décentralisation » est, pour la doctrine dominante, nécessairement administrative³²⁴. Or, le régionalisme est conçu comme une « décentralisation politique » d'une nature différente de la décentralisation administrative. Par ailleurs, le régionalisme ne saurait remplir les critères de la théorie classique de l'État fédéral, toute axée autour d'une théorie de la souveraineté. Plus qu'une forme nouvelle d'État, l'État régional est donc une théorie de la décentralisation politique se situant entre une théorie classique de la décentralisation (forcément administrative) et une théorie classique de l'État fédéral qui est surtout une théorie de la souveraineté.

Section 2 : Les fondements de l'approche théorique classique des formes d'État

La théorie classique des formes d'État est donc plurielle. Le concept d'État fédéral est fondé sur une théorie de la souveraineté, alors que celui d'État unitaire repose sur une théorie de la décentralisation administrative. Le concept d'État régional, aux contours plus incertains, est conçu comme une décentralisation politique. Il s'agit désormais de mettre en évidence ce qui relie ces différentes théories qui, ensemble, forment ce que l'on a appelé l'approche théorique classique des formes d'État. Ces théories ont en commun d'être fondées sur un même « terreau doctrinal »³²⁵, soit une certaine théorie de l'État, conçu comme personne morale souveraine (§ 1). Le fait que la doctrine dominante pense les formes d'État à la lumière de la théorie de la personnalité et de la souveraineté de l'État met donc en évidence que la doctrine constitutionnelle française n'a pas su se défaire d'une conception subjectiviste et dualiste du droit et de l'État, qui caractérise cette théorie du droit que l'on propose d'appeler « positivisme étatique » (§ 2).

³²³ V. Constantinesco et S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 270.

³²⁴ Voir G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, *op. cit.*

³²⁵ D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits*, n°35, 2002, L'ordre juridique I, p. 87.

§ 1 : Une théorie de l'État : la « conception juridique classique de l'État »

Comme l'écrivait déjà Bonnard en 1922, cette « conception juridique classique de l'État »³²⁶ « s'exprime ainsi : l'État est une personne morale. Cette personne est titulaire de la Souveraineté. La Souveraineté s'analyse en un pouvoir de commandement suprême et indépendant »³²⁷. Les « principes fondateurs et recteurs »³²⁸ de la théorie classique de l'État sont donc la souveraineté et la personnalité morale (A). L'échec dans la durée des théories concurrentes explique que la doctrine dominante contemporaine étudie toujours, et souvent sans le savoir, les formes d'État à la lumière de la théorie classique de l'État et donc des « mêmes points focaux qu'il y a un siècle »³²⁹ (B).

A/ Reconstruction conceptuelle de la théorie classique de l'État

La théorie classique de l'État est composée de deux concepts fondamentaux : celui de souveraineté (1) et celui de personnalité morale (2).

1/ La souveraineté de l'État

Historique de la souveraineté. Il ne s'agit pas ici de proposer une généalogie du concept de souveraineté mais d'apprécier, en recourant à une mise en perspective historique, comment s'est imposée l'idée selon laquelle seule la souveraineté devait être considérée comme le critère spécifique de l'État³³⁰.

³²⁶ R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, pp. 5-57 ; voir également M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, OUP, 2010, p. 6, qui parle de « *mainstream of the European tradition of public law* », et E. Jouannet, « De la personnalité et la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958 (Théorie française de l'État et intégration européenne) », 2007 qui envisage cette conception comme une « tradition juridico-politique spécifiquement française ».

³²⁷ R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *op. cit.*, p. 27.

³²⁸ S. Goyard-Fabre, « Les craquements de l'édifice étatique », *APD*, n°58, L'ordre public, 2015, p. 344.

³²⁹ En 2012, V. Champeil-Desplats écrivait que « si l'on voulait aujourd'hui s'engager dans une théorie générale de l'État, celle-ci ne présenterait certainement pas les mêmes points focaux qu'il y a un siècle » (p. 24). Pour l'auteur, ces points sont aujourd'hui par exemple les droits fondamentaux ou les évolutions du concept de souveraineté : V. Champeil-Desplats, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

³³⁰ Pour une « histoire de la notion de souveraineté », voir G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.* ; également R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, ainsi que B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*

D. Grimm rappelle dans un important article sur la souveraineté³³¹ que les mots « souverain » et « souveraineté » sont apparus au XII^e siècle. Ces mots servent alors « à caractériser des phénomènes dont l'objet est d'une hauteur singulièrement remarquable »³³², comme une montagne ou une tour. Rapidement l'idée de domination s'impose, de sorte que « le mot "souveraineté" désigne durant cette période une prérogative suprême et ultime de décision qui confère à son titulaire un pouvoir sur autrui », d'après D. Grimm. La souveraineté a alors une dimension concrète, dans la mesure où il s'agit de l'exercice d'une prérogative déterminée. Par ailleurs, l'exercice de cette prérogative n'est pas illimité. Une personne est en effet considérée comme souveraine dès lors qu'elle dispose d'un pouvoir ultime de décision, mais ce pouvoir est doublement limité : par le pouvoir spirituel et par le cadre juridique. La prérogative souveraine ne s'exerce donc que dans le cadre du pouvoir temporel, soumis au pouvoir spirituel, et dans le respect du droit, qu'il ne s'agit que d'appliquer en dernier ressort. Il y a donc, à cette époque, plusieurs autorités souveraines sur un même territoire.

Bodin. La notion de souveraineté subit une profonde transformation au XVI^e siècle, sous la plume de Jean Bodin³³³. La souveraineté est au cœur de son important ouvrage *Les Six livres de la République*, publié en 1576. Le royaume de France est alors profondément divisé par les guerres de religion, et doit imposer son indépendance vis-à-vis de la papauté et du Saint-Empire romain germanique. C'est dans ce contexte que Bodin réfléchit à une organisation politique susceptible de garantir l'unité et l'indépendance de la France. Il arrive à la conclusion qu'une seule autorité doit détenir le monopole de la violence légitime, et donc surtout le pouvoir législatif. L'autorité en question est *a priori* le monarque, mais Bodin n'exclut pas qu'il s'agisse des nobles ou du peuple. Le pouvoir législatif constitue, d'après Bodin, le « poinct principal de la maiesté souveraine »³³⁴. Ce « pouvoir juridique élargi »³³⁵ consiste à « donner loy à tous en général, et à chacun en particulier » et à « casser, ou changer, ou corriger les loix »³³⁶. Il convient cependant de noter que chez Bodin,

³³¹ D. Grimm, « La souveraineté » in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, pp. 547-607.

³³² *Ibid.*, p. 553.

³³³ Voir M. Soula, « Les six livres de la République de Jean Bodin », in W. Mastor *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 205-212, où l'auteur remet en cause l'image de Bodin théoricien de la souveraineté.

³³⁴ J. Bodin, cité in D. Grimm, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 558.

³³⁵ D. Grimm, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 558.

³³⁶ J. Bodin, *Les Six livres de la République*, I8, I10, cité in D. Grimm, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 558.

la souveraineté qui correspond désormais à « la pleine possession de la puissance de domination »³³⁷ et revêt donc une dimension abstraite, n'est pas illimitée. Sont en effet « fausses et nulles » les lois qui méconnaissent les « loix qui concernent l'état du royaume » (notamment l'inaliénabilité des biens de la Couronne, les règles de succession au trône) ou les « loy de dieu et de nature »³³⁸. Par ailleurs, la souveraineté que Bodin érige au rang de concept³³⁹ n'est pas encore celle de l'État, mais plutôt celle d'un organe, en l'occurrence le monarque³⁴⁰. La souveraineté du roi devient ensuite la souveraineté de la nation ou du peuple, avant de devenir souveraineté de l'État³⁴¹.

Trois significations de la souveraineté. Dès lors, et comme le note Carré de Malberg dans un célèbre passage de la *Contribution à la Théorie générale de l'État*, « il résulte de cet aperçu historique que le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales, bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'État le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »³⁴². Il est donc

³³⁷ D. Grimm, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 558.

³³⁸ J. Bodin, *Les Six livres de la République*, I8, III4, cité in D. Grimm, « La souveraineté », *op. cit.*, p. 559.

³³⁹ Voir M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », Straus Institute Working Paper, 06/12, p. 35 : « *Thus sovereignty in the full sense of the word did not exist until the 16th century* ».

³⁴⁰ Carré de Malberg note que « Bodin ne connaît pas, à vrai dire, de souveraineté de l'État, mais seulement la souveraineté du prince, c'est-à-dire une souveraineté d'organe » : R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 77 ; voir E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, 1998, p. 256 : « Or cette identification de l'État au Prince, qui draine avec elle une "hésitation conceptuelle" permanente et beaucoup plus générale des notions de personnalité et souveraineté étatiques, subsistera de manière ambiguë jusqu'à Wolff et Vattel ».

³⁴¹ M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, PUAM-Economica, 1992, apporte des éléments sur ce glissement progressif : « La volonté de faire œuvre de science et de construire le droit public comme discipline autonome vis à vis de la politique, l'influence des doctrines allemandes, enfin et surtout la remise en cause de l'État légal auquel conduit la théorie de la souveraineté nationale font que les publicistes privilégient de plus en plus l'aspect juridique de la théorie et donc la souveraineté de l'État par rapport à la souveraineté de la nation », p. 55 ; voir également O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 247 où l'auteur suggère que l'introduction en Allemagne de la doctrine de la souveraineté de l'État, et non plus du prince, est imputable à Zachariä, sur fond de contestations des thèses patrimonialistes.

³⁴² R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 79 ; cette « trisémié » (J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015, p. 173) a été dégagée dans un premier temps par Rehm, reprise par Carré de Malberg via Jellinek ; voir G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 123 ; M. Troper rajoute deux concepts à la « trisémié » de Carré de Malberg : voir M. Troper, « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 283-298 ; M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, pp. 51-69 ; M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.* ; d'autres auteurs,

possible de distinguer au sein de l'idée de souveraineté au moins trois concepts. Le premier est celui de la souveraineté de l'État, et a une dimension interne et externe : l'État n'a à se soumettre à aucun pouvoir supérieur, que ce soit sur le plan interne ou international. Le deuxième concept correspond à l'exercice de la puissance souveraine, c'est-à-dire un ensemble de prérogatives considérées comme souveraines. Le troisième concept est celui de la souveraineté dans l'État, et vise à identifier le titulaire légitime de la souveraineté.

La souveraineté comme qualité essentielle de l'État. Reste alors à expliquer pourquoi la souveraineté constitue, pour la doctrine classique, la qualité essentielle de l'État. On lit tout d'abord chez les tenants de la théorie de l'État-puissance, opposés au critère de la souveraineté, que le lien entre les concepts d'État et de souveraineté est principalement historique et culturel. Carré de Malberg note que « l'État souverain » est une « notion française » qui s'explique notamment par le fait « qu'en France en particulier, où l'unité étatique se trouve réalisée depuis le XVI^e siècle et où elle se combine avec le fait séculaire et ininterrompu de l'indépendance externe de l'État français, on comprend que la théorie de l'État souverain soit devenue la doctrine classique et qu'elle le demeure aujourd'hui encore »³⁴³. Il serait toutefois trop rapide de relier les concepts d'État et de souveraineté dans la doctrine classique à partir de seuls motifs historiques ou traditionnels, ou encore du supposé absolutisme de la doctrine classique de l'État.

Au fond, il semblerait que la souveraineté comme critère essentiel de l'État s'explique surtout par le fait que l'État soit aussi, pour la doctrine classique, une personne morale. Comme l'a montré E. Jouannet, la théorie classique de l'État, entendu comme personne morale souveraine a été proposée pour la première fois, de façon aboutie, par Emer de Vattel au XVIII^e siècle³⁴⁴. Cette conception de l'État succède à la conception patrimoniale de l'État. Or la théorie de la personnalité morale fait courir le risque d'une relativisation de l'État. Ce dernier pourrait finir par n'être plus qu'une personne morale parmi d'autres. La souveraineté intervient donc comme le critère ultime, le seul qui puisse établir une différence de nature entre l'État et les autres personnes

comme O. Beaud, contestent la distinction des trois concepts de souveraineté, estimant qu'ils n'en forment en réalité qu'un seul : « la doctrine classique en France, élaborée par Carré de Malberg, sur les rapports entre État et souveraineté, repose sur une présentation critiquable de la notion de souveraineté » : O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 17.

³⁴³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 91.

³⁴⁴ E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*

morales. Car c'est bien de cela qu'il s'agit : lorsqu'elle cherche à établir la souveraineté comme critère essentiel de l'État, la doctrine classique est en réalité à la recherche de la spécificité ontologique de l'État. Le Fur justifiera le rejet des théories alternatives à la souveraineté au motif que seule la souveraineté permet d'établir « une différence de nature entre l'État non souverain et les autres collectivités inférieures »³⁴⁵. Dès lors, la théorie de l'État souverain « postule la personnalité juridique de l'État »³⁴⁶.

2/ La personnalité juridique de l'État

O. Beaud relève que « la notion essentielle de personne juridique [...] forme avec la souveraineté l'autre notion systématique de l'État »³⁴⁷.

a/ La « *quaestio diabolica* de la personnalité de l'État »

École du droit de la nature et des gens. Le concept de personnalité juridique de l'État ne s'est imposé que très progressivement dans la pensée juridique. Il semblerait que les travaux de l'École du droit de la nature et des gens aient joué un rôle primordial dans l'élaboration progressive de la théorie de la personnalité juridique de l'État. E. Jouannet a montré que c'est avec raison que l'on présente habituellement Hobbes comme le premier à avoir proposé un concept élaboré de personnalité juridique étatique³⁴⁸. Mais l'auteur souligne également le caractère inachevé de la théorie hobbesienne de la personnalité. Le penseur anglais serait en effet « encore prisonnier d'une vision traditionnelle de l'État » ne distinguant pas clairement le Prince et l'entité abstraite de l'État, de sorte qu'il n'accéderait « que très partiellement à l'idée d'institutionnalisation du pouvoir »³⁴⁹.

³⁴⁵ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, *op. cit.*, p. 395.

³⁴⁶ M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, PUAM-Economica, 1992, p. 55.

³⁴⁷ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 197.

³⁴⁸ L'auteur montre que Bodin n'a pas pensé l'État comme une personne juridique. Ce rôle précurseur de Hobbes est fièrement rappelé par la doctrine anglaise : voir M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, OUP, 2010, p. 189 et M. Loughlin, « The State, the Crown and the Law », in M. Sunkin et S. Payne (dir.), *The Nature of the Crown : A Legal and Political Analysis*, OUP, 1999 ; D. Runciman, *Pluralism and the Personality of the State*, CUP, 1997.

³⁴⁹ E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, p. 280.

D'après E. Jouannet, c'est la dissociation définitive de l'État de la personne du Prince qui permet à Vattel de proposer, outre une véritable théorie de la souveraineté de l'État³⁵⁰, une théorie complète de la personnalité de l'État³⁵¹.

XIX^e siècle. Après les auteurs de l'École du droit de la nature et des gens, les juristes qui inaugurent la nouvelle « théorie générale de l'État » en Allemagne au milieu du XIX^e siècle se saisissent également de la « *quaestio diabolica* de la personnalité de l'État »³⁵². Gerber joue un rôle primordial dans la consécration par la doctrine allemande de la théorie de la personnalité juridique de l'État. O. Jouanjan démontre que si Gerber a d'abord été réticent à reprendre en droit public une notion utilisée par la doctrine privatiste de son temps, il finira par admettre la théorie de la personnalité de l'État développée avant lui par Albrecht³⁵³. Dans ses *Grundzüge*, il écrit que « c'est dans la personnalité de l'État que réside le point de départ et le cœur du droit public »³⁵⁴.

La notion de personnalité juridique de l'État n'est pas ignorée par les publicistes français du XIX^e siècle. Rossi, qui dispense le premier cours de droit constitutionnel à Paris en 1835, écrit que « l'État est une personne morale »³⁵⁵. Dans son *Traité du droit public des français* qu'il publie en 1846, Serrigny reprend cette idée et affirme « qu'un État constitue une personne morale ou civile, un être collectif qui a des droits et des devoirs, et par conséquent une volonté propre, distincte de celle de chacun de ses membres »³⁵⁶.

³⁵⁰ Voir *supra*.

³⁵¹ « À lire Vattel, on est en effet frappé du renversement réel de perspective à partir duquel est envisagé l'État car il y a chez lui une volonté manifeste, que l'on ne trouvait pas chez les penseurs de l'École, de le dissocier de manière définitive de la personne du Prince. C'est le fil conducteur de toute sa critique et l'on assiste donc à l'achèvement par Vattel des notions de personnalité et souveraineté étatiques qui, pour avoir singularisé l'œuvre des jusnaturalistes pufendorfiens, n'ont pas fait l'objet avant le diplomate suisse d'une théorisation complète » : E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, p. 337.

³⁵² O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 235.

³⁵³ Dont Gerber a été l'étudiant : *ibid.*

³⁵⁴ Gerber, cité in O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, cité p. 244 ; sur l'importance que prendra le concept de personnalité morale de l'État dans la science juridique allemande, voir également O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.* ; É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.* ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.

³⁵⁵ P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, [1866-1867], cours de 1835-1837, rééd. Dalloz, 2012, p. 3 ; avant lui, Lanjuinais avait présenté non pas l'État mais le gouvernement comme « un être collectif, une personne morale » : J.-D. Lanjuinais, *Constitutions de la nation française*, 1832, p. 201, disponible sur gallica.bnf.fr

³⁵⁶ D. Serrigny, *Traité du droit public des Français*, 1846, 2 vol., p. 20.

« **Âge d'or** ». Toutefois, la question de la personnalité morale en général et celle de la personnalité juridique de l'État en particulier, fera l'objet d'un intense débat doctrinal durant l'âge d'or de la science constitutionnelle française, au début du XX^e siècle. On sait qu'à cette époque s'opposent les théories de la fiction et les théories de la réalité des personnes morales³⁵⁷. Il semblerait toutefois que le débat ait été remporté par les tenants de la « réalité technique »³⁵⁸ des personnes morales. L'idée développée dans un premier temps par un courant doctrinal rassemblant en Allemagne Laband et Jellinek, consiste à envisager la personnalité morale non pas comme un être réel, existant dans la réalité ou un pur produit de la pensée (théorie de la fiction), mais comme une *abstraction*. Jellinek note que « l'abstraction repose sur des faits, la fiction sur la fantaisie pure »³⁵⁹. La thèse de l'abstraction est donc celle d'une « voie médiane »³⁶⁰, cherchant le juste milieu entre un nihilisme dangereux et un essentialisme dont l'épistémologie contemporaine a relevé tous les travers. Laband, Jellinek puis Michoud et Carré de Malberg en France envisagent donc la personnalité morale à l'aune d'un « réalisme juridique ». Cette voie n'en est pas moins particulièrement délicate. On ne peut certes pas reprocher à ces auteurs d'avoir développé une conception essentialiste de la personnalité morale, comme avaient pu le faire les tenants de l'organicisme³⁶¹. Jellinek écrit ainsi très clairement que « l'idée du sujet juridique ou personne est une idée purement juridique ; elle ne désigne donc aucune qualité réelle particulière à l'homme, mais elle est, comme tous les concepts juridiques, par sa nature, une relation. [...] Le sujet au sens juridique, ou la personne, n'est donc pas une entité, une substance, mais une capacité, créée par la volonté de l'ordre juridique »³⁶². Carré de Malberg s'inscrit dans cet héritage lorsqu'il écrit que

³⁵⁷ Voir F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd., annotée par L. Trotabas, 1924 ; N. Hakim, « Michoud et la doctrine de droit privé », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 63-84.

³⁵⁸ F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*

³⁵⁹ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 88. ; voir également L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, pp. 49-50 ; R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, p. 10.

³⁶⁰ B. Plessix, « Léon Michoud », in F. Melleray et N. Hakim (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 325.

³⁶¹ Voir L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, spéc. pp. 67 et s.

³⁶² G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 277 ; il écrit également : « si donc on attribue à l'État et à la corporation la personnalité juridique, on ne forge pas une hypostase ou une fiction, car la personnalité n'est pas autre chose que le sujet juridique et ce mot signifie en conséquence, ainsi que nous l'avons vu, une relation d'une individualité particulière ou collective avec l'ordre juridique », p. 296 ; la conception de la personnalité morale s'inscrit donc dans la démarche épistémologique de Jellinek, dont O. Jouanjan a montré qu'elle est caractérisée par un néokantisme, la lutte contre le réalisme philosophique et le relationnisme : O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.* ; l'auteur note que pour Jellinek, « la personne est l'idée (juridique) d'un centre de relations », p. 64. Du reste, les mêmes arguments étaient déjà présents dans P. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome I, *op. cit.*, p. 158.

« l'État ne doit pas être envisagé comme une personne réelle, mais seulement comme une personne juridique, ou plutôt l'État n'apparaît comme une personne qu'à partir du moment où on le contemple sous son aspect juridique »³⁶³. S'il est hors de doute que pour ces auteurs il n'existe pas de substance spécifique aux personnes morales, l'identification de la « réalité juridique » sur laquelle est censée être fondé le concept de personne morale reste incertaine. É. Maulin a montré que le peu d'attention accordée par Carré de Malberg à l'épistémologie l'a empêché de proposer une théorie des fondements juridiques de la personnalité morale de l'État. En effet, le maître de Strasbourg « ne parvient jamais à démontrer en quoi l'unité de l'État a un caractère juridique, et c'est pourquoi il échoue finalement à penser le fondement juridique de l'État »³⁶⁴. É. Maulin note ainsi très justement que la théorie de la réalité juridique de la personnalité morale repose « sur ces deux idées inconciliables entre elles, qu'il existe "en soi" des phénomènes juridiques, mais que ceux-ci n'apparaissent qu'à partir du moment où l'on accepte de porter sur eux un regard juridique »³⁶⁵. Les tenants de la « réalité juridique » ne sont ainsi jamais parvenus à identifier cette « réalité des choses »³⁶⁶ dont parlait Michoud et dans laquelle le juriste ne pouvait que constater l'existence des personnes morales. O. Jouanjan a essayé de sauver la construction de Jellinek en montrant que la « base empirique » du concept de personne morale n'est autre chose qu'un ensemble « d'états psychiques, des interactions psychologiques portés par des êtres humains »³⁶⁷. On peine toutefois à mesurer en quoi ces « états psychiques » constituent une réalité spécifiquement juridique, d'autant plus que le concept juridique d'État semble ne pas se déduire de sa base empirique³⁶⁸.

La personnalité juridique pour penser l'unité de l'État. Au fond, si cette théorie « médiane » de la personnalité juridique n'est probablement pas parvenue à s'ancrer dans la « réalité

³⁶³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 27.

³⁶⁴ É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 188.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 197 ; voir également X. Dupré de Boulois, « La personnalité morale selon Michoud : regard publiciste », in Ph. Yolka et X. Dupré de Boulois (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 171-189.

³⁶⁶ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 15.

³⁶⁷ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 65 ; voir également O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 311.

³⁶⁸ Voir O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.* ; pour L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002, le concept de personne morale ne peut avoir qu'un « substrat de droit naturel », p. 502 ; en ce sens, voir N. Hakim, « Michoud et la doctrine de droit privé », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 63-84.

juridique », elle semble surtout se justifier par son objectif ultime : penser l'unité de l'État. On retrouve en effet tant dans les écrits de Laband, Jellinek, Michoud ou Carré de Malberg cette idée que seule la personnalité juridique de l'État permet une conception unifiée de l'État. Carré de Malberg est particulièrement clair sur ce point : « ce fait, indéniable et essentiel, de l'unité de l'État ne peut être exprimé par la science du droit qu'à l'aide de la notion de personnalité »³⁶⁹. À cette idée allemande que l'État ne se conçoit de façon unifiée que par le concept de personnalité morale, la doctrine française amenée notamment par Carré de Malberg consacre la conception de l'État comme personnification juridique de la Nation³⁷⁰. Le maître de Strasbourg aurait ainsi consacré « la tradition doctrinale française de l'État comme personnification juridique de la Nation »³⁷¹.

L'État comme personnification de la Nation. Carré de Malberg note en effet que depuis la Révolution française et la consécration du principe de souveraineté nationale, la nation ne se distingue pas de l'État. Il écrit que « les mots nation et État ne désignent que les deux faces d'une seule et même personne. Ou plus exactement la notion de personnalité étatique est l'expression juridique de cette idée que la nation, en s'organisant en État, se trouve par là érigée en un sujet de droit, lequel est précisément l'État : en sorte que ce que l'État personnifie, c'est la nation même, étatiquement organisée »³⁷². Carré de Malberg reprend donc la théorie allemande de la personnalité juridique de l'État, pensée comme une abstraction, une réalité juridique, mais adaptée au contexte français et l'importance accordée au concept de Nation.

³⁶⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, op. cit., p. 40 ; le maître-ouvrage de Carré de Malberg s'ouvre par un premier chapitre consacré à la « théorie de la personnalité de l'État » dans lequel le premier paragraphe porte sur « l'unité de l'État » ; c'est également la position de L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, op. cit. : Berthélémy « se déclare l'adversaire de toute personnification de l'État puissance publique. En cela il ne fait que suivre la pente de sa théorie, qui ne lui permet pas d'envisager dans son unité indivisible la personnalité de l'État ; et c'est là pour nous un vice irrémédiable de cette théorie comme de toutes celles qui lui sont analogues », p. 63 ; ainsi que celle de G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, op. cit., p. 270 : « Dès lors il faudra considérer comme critérium de la véritable théorie de l'État que celle-ci soit capable d'établir l'unité de l'État ».

³⁷⁰ La formule n'est pas nouvelle ; empruntée déjà par Laboulaye, elle est évidemment associée à A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2001 où on lit, dès la première page, que « L'État est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique ».

³⁷¹ E. Jouannet, « De la personnalité et la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958 (Théorie française de l'État et intégration européenne) », disponible en ligne ; l'auteur développe l'idée que la conception proposée par Carré de Malberg, marquante de la tradition française, au sujet de la personnalité de l'État est spécifiquement française et doit donc être distinguée de la conception allemande ; voir également F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit.

³⁷² R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, op. cit., p. 15.

b/ La « *communis opinio doctorum* »

Alors qu'elle a été abandonnée depuis longtemps en Allemagne³⁷³ et au Royaume-Uni³⁷⁴, la théorie de l'État personne morale élaborée au début du XX^e siècle est aujourd'hui encore un élément majeur et incontesté de la pensée juridique française. Comme l'écrit F. Linditch, il s'agit pour la doctrine administrativiste d'une « donnée de base, un axiome sur lequel il n'y a pas lieu de revenir »³⁷⁵. En droit privé également, la thèse de la réalité juridique de la personnalité morale est apparue comme une « *communis opinio doctorum* »³⁷⁶. Pour O. Jouanjan et É. Maulin, l'État personne morale est une « définition qui paraît indissociable de l'entreprise même d'une théorie générale de l'État »³⁷⁷. Plus généralement, on peut dire avec E. Jouannet que « sauf exceptions majeures, l'ensemble des théories modernes de l'État et du droit international reposent sur la notion d'État-personne – qu'il s'agisse d'une théorie de la fiction ou de la réalité de cette personnalité »³⁷⁸. C'est d'ailleurs, presque mot pour mot, ce que regrettait Duguit il y a plus d'un siècle³⁷⁹. Autant dire que ses critiques ont échoué.

³⁷³ Voir L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.* : « Ainsi, la doctrine française continue à définir l'État comme une personne juridique, théorie qui est abandonnée outre-Rhin depuis longtemps, du moins par les constitutionnalistes », p. 5, en note.

³⁷⁴ Voir D. Runciman, *Pluralism and the Personality of the State*, CUP, 1997.

³⁷⁵ F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 81 ; ce que confirme Ph. Yolka : « la doctrine administrativiste ultérieure a finalement peu "retravaillé" la question de la personnalité, une fois établies les fondations à la Belle Époque » : Ph. Yolka, « "M. Le Maudit" : relire Michoud », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, p. 14 ; plus largement, d'intéressantes thèses récentes portant sur les concepts fondamentaux du droit administratif reprennent comme une évidence la théorie de la personnalité morale, que ce soit pour penser l'unité du pouvoir hiérarchique, qui « n'existe et ne s'exerce qu'à l'intérieur d'une personne publique » (C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013, p. 24) ou pour assurer « l'unité et la cohérence de la notion d'acte administratif unilatéral » (A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013, p. 202). Par ailleurs, il vient d'être démontré que le critère organique, qui demeure malgré tout central en droit administratif, est « impensable sans la personnalité publique » : P.-M. Murgue-Varoclier, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, 2018, p. 37.

³⁷⁶ N. Hakim, « Michoud et la doctrine de droit privé », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, p. 66.

³⁷⁷ O. Jouanjan et É. Maulin, « La théorie de l'État entre passé et avenir. Journées en l'honneur de Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n°8, 2012, p. 2.

³⁷⁸ E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, *op. cit.*, p. 253 ; pour une invitation (certes timide) à repenser la notion de personnalité morale, notamment celle de l'État, voir D. Truchet, « Repenser le droit administratif ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 815-825.

³⁷⁹ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, [1901], rééd., Dalloz, 2003, p. 2 : « Sauf quelques rares exceptions, toutes les théories modernes de l'État et du droit public reposent sur la notion de l'État-personne, sur la notion de l'État conçu comme la personnification de la collectivité ».

B/ L'échec du positivisme sociologique

Les principaux représentants du positivisme sociologique en France que sont Duguit (1) et Scelle (2), ne sont pas parvenus à contester durablement la théorie classique de l'État.

1/ Duguit

Une pensée originale. Duguit fait partie de ces grands maîtres de « l'âge d'or »³⁸⁰, de cette génération des « classiques »³⁸¹, de la « triade magnifique du droit public français »³⁸². Il marque la science juridique française en proposant une « voie nouvelle »³⁸³ pour penser le droit et l'État. On a ainsi appelé « positivisme sociologique »³⁸⁴ ce nouveau courant doctrinal né à la croisée de plusieurs influences intellectuelles³⁸⁵. Inspiré notamment par Comte, Spencer et Durkheim, Duguit considère que le juriste, s'il veut faire œuvre scientifique et éviter de sombrer dans la métaphysique, doit adopter une méthodologie positiviste et limiter son étude aux *faits*. Fidèle sur ce point à la pensée de Durkheim, Duguit considère que les faits constituant l'objet de recherche du juriste sont des *faits sociaux*. Le droit est donc considéré comme un objet social et le juriste doit se faire sociologue pour l'identifier. Probablement influencé sur ce point par les doctrines solidaristes de

³⁸⁰ O. Beaud et P. Wachsmann, « Préface », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

³⁸¹ O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, pp. 165-205.

³⁸² Que Duguit forme avec Hauriou et Carré de Malberg : O. Jouanjan, « La notion d'exécution dans la doctrine classique », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/2, n° 34, p. 344.

³⁸³ Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1930, p. 231 ; voir également O. Jouanjan, « Duguit et les Allemands », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 195-224.

³⁸⁴ M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933, pp. 517-534.

³⁸⁵ Sur les sources intellectuelles de la pensée de Duguit, voir notamment A. de Laubadère, « Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, 1968, pp. 209-228, rééd. *Pages de doctrine*, I, LGDJ, 1980, pp. 11-28 ; F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détroné », in F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009 ; H. S. Jones, *The French State in Question : Public Law and Political Argument in the Third Republic*, CUP, 1997 ; les deux derniers auteurs nuancent l'influence exercée par Durkheim sur son collègue bordelais ; Duguit aurait en effet rejeté l'idée d'une conscience collective, car métaphysique ; « La doctrine du guiste est donc nettement moins holiste que celle de Durkheim. Elle est même un mélange original entre individualisme et holisme ou plus exactement une superposition de ces deux éléments » (F. Melleray, p. 225) ; pour une critique par Kelsen des thèses de Durkheim sur la conscience collective, voir H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », [1923], *Hermès*, n°2, 1988, pp. 134-165.

Léon Bourgeois³⁸⁶, Duguit estime que le « droit objectif » est produit par la solidarité sociale. Il appartient ensuite à l'État de reconnaître ce droit objectif et de le transformer en droit positif. Dans la mesure où le droit est considéré comme produit par la société dans laquelle interagissent les individus, la théorie du droit de Duguit peut être considérée comme objectiviste³⁸⁷. Par ailleurs, sa théorie doit être considérée comme moniste en raison de l'unité de son objet³⁸⁸.

Une pensée critique. De ce point de vue, Duguit ne pouvait que rejeter les concepts formant la théorie classique de l'État. Le maître bordelais ne cessera de s'en prendre aux concepts de personnalité morale et de souveraineté, « sa bête noire »³⁸⁹ selon O. Beaud. Duguit se forge une réputation de destructeur et annonce dans un de ses premiers et principaux ouvrages, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, publié en 1901, vouloir « faire avant tout une œuvre négative »³⁹⁰. La personnalité morale et la souveraineté ne constituent qu'un « ensemble de fictions et d'abstractions » qui s'évanouissent « à la simple observation de la réalité »³⁹¹. Vingt ans plus tard, il confirmera dans la préface à la deuxième édition de son *Traité de droit constitutionnel*, publiée en 1921, que les « deux idées générales » de sa pensée développée depuis le premier tome de *L'État* sont la désuétude de la « construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique » et le caractère « imaginaire » de « la notion d'État, puissance publique, pouvant imposer souverainement sa volonté parce qu'elle est d'une nature supérieure à celle des sujets »³⁹².

Théorie de l'État. Si son œuvre est avant tout négative, Duguit n'en a pas pour autant délaissé la construction d'une théorie originale de l'État³⁹³. Fidèle à sa perspective réaliste qui n'autorise l'étude que des seuls faits, Duguit indique que « l'État, c'est la force matérielle, quelle que soit son origine ; elle est et reste un simple fait »³⁹⁴. Et dans la mesure où les faits ne sont en

³⁸⁶ Pour une remise en cause de l'influence de Bourgeois sur Duguit, voir toutefois H. S. Jones, *The French State in Question : Public Law and Political Argument in the Third Republic*, CUP, 1997.

³⁸⁷ Objectivisme dont il se prévaut très souvent, voir not. L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », Giard, 1927, tiré à part, extrait de la RDP 1927.

³⁸⁸ Voir M. Hauriou et A. Mestre, « Compte rendu de Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive* », RDP, 1902, pp. 346 et s.

³⁸⁹ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 41.

³⁹⁰ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 1.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, E. de Boccard, 2^{ème} éd., 1921, « Préface », pp. VIII-IX.

³⁹³ Bien au contraire : O. Beaud a montré que le « droit constitutionnel » selon Duguit est autrement plus large que celui initié par Esmein : « il s'agit, en réalité, d'une théorie générale de l'État ou du droit public général » : O. Beaud, « Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, p. 37.

³⁹⁴ L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. XV.

réalité que des interactions entre êtres humains, l'État est défini comme « l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres »³⁹⁵. Le concept d'État est davantage précisé lorsqu'il est défini comme la distinction entre gouvernants et gouvernés³⁹⁶. Comme l'a relevé O. Beaud, Duguit « décrit l'État du point de vue des *acteurs* »³⁹⁷, ce qui lui permet de faire l'économie des concepts métaphysiques de personne morale et de souveraineté.

Décentralisation et fédéralisme. C'est sur le fondement de cette théorie originale de l'État que Duguit propose une solution nouvelle au problème de la décentralisation et du fédéralisme³⁹⁸, qui lui « paraît radicalement insoluble avec la théorie courante de la personnalité de l'État et de l'unité de la souveraineté étatique »³⁹⁹. Pour Duguit, « le caractère très simple et commun à toute fédération et à toute décentralisation » est « l'institution d'un agent, ayant une compétence sur une partie du territoire subordonnée à une même autorité gouvernante, se réalise sans l'intervention directe ou indirecte des gouvernants »⁴⁰⁰. La théorie de la décentralisation et du fédéralisme de Duguit repose donc sur trois critères : l'institution d'agents non-centralisés ne reposant pas sur la volonté des gouvernants ; l'existence d'une compétence locale ; enfin l'existence d'un contrôle des actes des agents non-centralisés par un gouvernant pouvant « approuver ou refuser d'approuver, suspendre, annuler ou refuser d'annuler une décision de l'agent contrôlé, mais ne [pouvant] jamais la provoquer ni la réformer »⁴⁰¹.

Il existe pourtant une « différence de fait »⁴⁰² entre la décentralisation et le fédéralisme. Cette différence consiste pour Duguit dans l'existence, dans le cas du fédéralisme, d'une garantie

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 20.

³⁹⁶ « L'État pour nous, c'est l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres. L'État n'est que cela, il a été et est toujours cela, quelle que soit la forme dont il se revête, que la puissance matérielle appartienne à un seul, à quelques uns ou à la majorité » : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.* p. 20.

³⁹⁷ O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome I, 2011, p. 215.

³⁹⁸ Même si d'après Burdeau, Duguit paraît n'attacher à l'étude de l'État fédéral « qu'une importance médiocre », la trentaine de pages qu'il y consacre dans son *Traité de droit constitutionnel* (3^{ème} éd., tome III, pp. 66 et s.) étant « dépourvues de toute originalité » : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *op. cit.*, p. 485 ; voir également O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n° 24, pp. 165-205.

³⁹⁹ L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, [1902], rééd. Dalloz, 2005, p. 656.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 692.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 749.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 754.

de l'autonomie des entités fédérées. Ainsi, le « critère juridique du système fédéral » serait l'existence d'une « obligation juridiquement prise par les gouvernants de maintenir dans une circonscription donnée la compétence ou du moins l'existence d'agents décentralisés »⁴⁰³.

Influence. La pensée de Duguit a profondément marqué la science juridique, mais pour un temps seulement et n'a réussi à renverser ni la théorie classique de l'État ni *a fortiori* la théorie classique de la décentralisation et du fédéralisme. Le doyen bordelais jouit d'une immense réputation de son vivant, contrairement à son meilleur ennemi, Maurice Hauriou⁴⁰⁴. Il peut légitimement être considéré comme le fondateur d'une « école » bordelaise, dans laquelle s'inscriront notamment Jèze et Bonnard, et qui influencera Nézard, Barthélémy et Berthélémy⁴⁰⁵. Halbecq écrit que les publicistes « avant 1940, pensaient à Bordeaux »⁴⁰⁶. Duguit a également profondément influencé la pensée juridique anglo-saxonne. Il exerce ainsi une grande influence sur des auteurs britanniques comme Laski et Griffith qui participeront de l'essor, au début du XX^e siècle, d'un « style fonctionnaliste » dans la doctrine juridique britannique⁴⁰⁷. Ce fonctionnalisme véhicule une théorie pluraliste de l'État largement inspirée des travaux de Duguit. Or, S. Mogi note que « la plus grande contribution à l'idée fédérale en Grande-Bretagne réside, à n'en pas douter, dans l'essor de la théorie pluraliste de l'État »⁴⁰⁸. Duguit est donc indirectement à l'origine du développement dans la doctrine britannique des études sur le fédéralisme.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 770.

⁴⁰⁴ Voir J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015 ; contrairement également à Carré de Malberg, dont la gloire fut seulement posthume, notamment en raison de Duguit s'il faut en croire Burdeau : « De fait, l'œuvre de Carré de Malberg n'eut pas, en son temps, le retentissement qu'elle connaît aujourd'hui. Ce relatif effacement tient, à n'en pas douter, à l'incompréhension dont Duguit fit preuve à son endroit. Jusqu'aux environs de 1940, l'autorité du doyen de Bordeaux régnait sans partage chez les constitutionnalistes français et, à l'étranger, elle n'était pas moindre » : G. Burdeau, Préface à R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, [1935], rééd. Economica, 1984, p. VII.

⁴⁰⁵ Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, *op. cit.* ; l'auteur cite également Le Fur, F. Moreau, P. Tirard ; sur Jèze qui s'inscrit dans le « positivisme sociologique », voir D. Maslarski, « La conception de l'État de Gaston Jèze », Mémoire, publié in *Jus Politicum*, n°3, 2009.

⁴⁰⁶ M. Halbecq, *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, *op. cit.*, p. 100 ; d'après l'auteur, ils pensaient dans les années 1960 à Toulouse, c'est-à-dire dans l'héritage de la pensée d'Hauriou.

⁴⁰⁷ Voir M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, 2005, vol. 55, n°3, pp. 361-403.

⁴⁰⁸ « The greatest contribution to the federal idea in Great-Britain is, without debt, the rise of the pluralist theory of the state » : S. Mogi, *The problem of federalism*, cité in M. Burgess, *The British Tradition of Federalism*, Fairleigh Dickinson University Press, 1995, p. 136.

Échec. Toutefois, le constat que l'on doit tirer en ce qui concerne le déploiement de la pensée juridique de Duguit est celui d'un échec. Son élève Bonnard, dans un article proposant une conception renouvelée de l'État à l'aune des travaux de Duguit, commet en 1922 une erreur d'analyse lorsqu'il écrit : « Quant à Duguit, on sait avec quelle vigueur et quel succès il a combattu la conception traditionnelle de l'État, rendant ainsi au droit public d'inestimables services. Avec une puissance de critique et une maîtrise incomparables, il a établi la démonstration définitive des impossibilités logiques de ces concepts et leur désaccord profond avec les nécessités de la vie sociale moderne. Quoiqu'on en veuille et quoiqu'on en dise, il leur a porté des coups dont ils ne se relèveront pas »⁴⁰⁹. Comme Hauriou et Carré de Malberg (certes dans une moindre mesure), O. Beaud note que Duguit n'a « pas eu de véritables successeurs dans la doctrine publiciste française »⁴¹⁰. Quant à la doctrine administrativiste contemporaine, elle reprend au mieux « des bribes, des éléments souvent isolés de la technique duguiste qui sont toujours isolés », par exemple en domanialité publique ou en droit de la fonction publique⁴¹¹.

Le même constat d'échec doit être dressé pour Georges Scelle.

⁴⁰⁹ R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *op. cit.*, p. 17 ; idée que l'on retrouve pourtant chez Burdeau, qui écrit en 1967 : « Aujourd'hui, pour n'être point complètement abandonné, la théorie de la personnalité de l'État est passée au second plan des préoccupations des constitutionnalistes. D'une part, elle ne s'est jamais relevée des vigoureuses attaques menées contre elle par Duguit ; d'autre part, dans la mesure où elle conserve encore des partisans, ceux-ci voient en elle beaucoup plus un procédé technique destiné à faciliter le raisonnement qu'une qualité réelle inhérente à l'État. Nous ne pensons donc pas faire preuve d'une excessive irrévérence en affirmant que la notion de personnalité étatique est une conception désormais bien dépassée » : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967, p. 323.

⁴¹⁰ O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013, p. 2 ; voir également J.-L. Mestre in Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, p. 25 : « personne ne reprendra le *Traité* de Duguit » ; O. Beaud, « Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 29-55.

⁴¹¹ F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », in F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009, p. 260 ; voir également B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 234 : « Sa volonté de déboulonner les idoles en est restée au stade des paroles et non des actes ; jamais l'invitation faite par Duguit de nier les concepts juridiques d'État, de souveraineté et de personnalité n'a trouvé le moindre écho pratique ; leurs généreuses idées se sont échouées sur les dures falaises de la réalité » ; voir également P. Gonod, « L'actualité de la pensée de Léon Duguit en droit administratif ? », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 333-348.

2/ Scelle

Disciple de Duguit. Scelle est probablement le disciple de Duguit ayant le plus marqué l'histoire de sa discipline. Son œuvre scientifique est présentée comme dédiée « pour l'essentiel, à la transposition dans l'ordre international des analyses de l'école sociologique française »⁴¹². Il reprend en effet les fondements de la théorie du droit proposée par Duguit pour les appliquer au droit international. Scelle maintient ainsi dans son important *Précis de droit des gens* l'idée duguiste que la seule source du droit réside dans « le fait social lui-même ou la solidarité »⁴¹³. Il appelle également « droit objectif » l'ensemble des règles juridiques nées de la solidarité sociale, qui devront ensuite être reprises dans le droit positif. Scelle ne rejette d'ailleurs pas l'idée d'un droit naturel « *dynamique* »⁴¹⁴ correspondant au droit issu de la vie sociale. Il reprend également à son compte la critique de la théorie classique de l'État et ses composantes principales que sont les concepts de personnalité morale et de souveraineté. La personnalité morale est une fiction⁴¹⁵ et la souveraineté une illusion.

Théorie de l'État. La conception scellienne de l'État repose sur les prémisses du positivisme sociologique mais reflète le point de vue internationaliste qui est le sien. Le « phénomène étatique » est relativisé et ramené à une certaine forme de « société politique » ne se distinguant « des autres sociétés politiques que par son degré d'intégration et d'accomplissement »⁴¹⁶. Ce critère de distinction demeure relativement ambigu, dans la mesure où il indique « *qu'il n'y a point de critère juridique de l'État* » mais seulement des « *caractéristiques de l'État* : elles sont d'ordre matériel et d'ordre historico-politique ». Scelle n'est pas plus précis lorsqu'il

⁴¹² C. Santulli, « Présentation », in G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008, p. IV.

⁴¹³ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 6.

⁴¹⁴ Scelle est en revanche très hostile à la « notion *statique* du droit naturel ». Il écrit que « les conditions de vie et de développement des sociétés varient avec chaque groupement humain, le milieu où il évolue, les époques auxquelles il s'adapte, la psychologie qu'il dégage. La loi naturelle du développement social est une loi *dynamique* puisque c'est une loi biologique » : G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 4.

⁴¹⁵ Pour les attaques de Scelle contre le concept de personne morale, voir G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, ainsi que P. Bodeau-Livinec, « Le sujet de droit », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013.

⁴¹⁶ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 74 ; on sent ici un rapprochement possible avec Kelsen ; sur cette idée, voir F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.* ; O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*

définit l'État comme « les collectivités dont les gouvernants se sont vu reconnaître la compétence majeure du Droit des gens »⁴¹⁷.

Fédéralisme sociologique. Sur ces fondements, Scelle élabore ce que l'on a pu appeler une théorie du « fédéralisme sociologique »⁴¹⁸. Sa conception du fédéralisme est très large et dépasse largement le cadre étatique et la question de l'État fédéral⁴¹⁹. Cette théorie peut donc être rangée dans le courant du fédéralisme « intégral » ou « proudhonien », par opposition au fédéralisme « politique » qui concevrait le fédéralisme uniquement dans le cadre de l'État fédéral⁴²⁰. Toutefois, le fédéralisme de Scelle n'est pas forcément un « anti-étatisme »⁴²¹. Il s'agit davantage d'une conception large du fédéralisme analysé comme une technique d'organisation des sociétés politiques quelles qu'elles soient. Pour Scelle, il n'y a « que des différences de degré ou de forme entre les diverses réalisations du fédéralisme »⁴²². La théorie scellienne du fédéralisme est donc d'ordre quantitatif⁴²³. Toutefois, et dans la mesure où il a renoncé à identifier un critère juridique de l'État, Scelle estime « qu'il ne peut pas y avoir de critérium juridique spécifique de l'État fédéral »⁴²⁴, lequel ne représente qu'un certain degré de fédéralisme, un « *phénomène politico-historique* »⁴²⁵ non identifiable par un critère juridique. Pour Scelle, il n'existe donc pas de « critères » du fédéralisme mais seulement des « caractéristiques ». Au nombre de celles-ci, on distingue le principe de participation⁴²⁶, « l'existence d'institutions fédérales superposées aux institutions de

⁴¹⁷ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., p. 83.

⁴¹⁸ O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, pp. 165-205.

⁴¹⁹ « La sociologie nous apprend que le fédéralisme est une loi constante de l'évolution des sociétés » : G. Scelle, « Essai relatif à l'union européenne », p. 523, cité in P. Rolland, « Georges Scelle et le fédéralisme européen », in *Actualité de Georges Scelle*, pp. 47-58 ; on retrouve la même phrase dans G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., p. 188.

⁴²⁰ G. Héraud, « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », *APD*, n° 21, 1976, pp. 167-180 ; Chevalier confirme que Scelle s'inscrit dans la « lignée juridique de Proudhon » : J.-J. Chevallier, « Le fédéralisme de Proudhon et de ses disciples », in G. Berger (dir.), *Le fédéralisme*, PUF, 1956.

⁴²¹ Au contraire, O. Beaud note qu'« En réalité, le fédéralisme de Georges Scelle est un anti-étatisme, ce qui n'est pas surprenant de la part d'un élève de Proudhon » : O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », op. cit., p. 178.

⁴²² G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., p. 193.

⁴²³ Voir not. O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, op. cit., pp. 90 et s.

⁴²⁴ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., p. 200.

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Critère de la « participation à la formation de la volonté de l'État fédéral » que Scelle préfère débarrasser de sa dimension subjectiviste en le formulant ainsi : « Ce qu'il faut dire, c'est que les gouvernants et agents des États membres collaborent avec les gouvernants et agents de l'État fédéral, à créer des situations juridiques qui sont valables pour la collectivité fédérale globale » : G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., p. 198.

collectivités composantes »⁴²⁷ ainsi que la présence au sein des collectivités fédérées de véritables « gouvernants », c'est-à-dire d'individus dotés de compétences discrétionnaires et dont les actes sont soumis à un seul contrôle de légalité et non d'opportunité. Dès lors, ce que la doctrine traditionnelle appelle « décentralisation » n'est pour Scelle qu'un degré faiblement avancé de fédéralisme.

Fédéralisme juridique pur. Malgré sa perspective sociologique, Scelle est un tenant du monisme juridique, et envisage « le phénomène du fédéralisme juridique pur »⁴²⁸. Le fédéralisme est alors pensé seulement en termes normatifs, comme un complexe de normes juridiques nées de « la survenance de rapports d'échange entre individus appartenant à des collectivités publiques distinctes »⁴²⁹. Cette dimension uniquement normative du fédéralisme, qui ressemble à la construction de Kelsen et de ses disciples, ne permet cependant pas, d'après Scelle, de saisir la réalité du phénomène fédéral, qui est d'abord et avant tout un phénomène *social*.

Ainsi, on mesure combien la théorie scellienne du fédéralisme, applicable à toutes les sociétés politiques⁴³⁰ à des degrés divers, renonçant à proposer un critère juridique de l'État fédéral qui se trouve ramené à une simple forme de société politique relativement fédéralisée, est éloigné de la « vulgate »⁴³¹ que la doctrine en a tirée. Les prétendues « lois de Scelle » que seraient les principes d'autonomie et de participation, voire également celui de superposition, n'ont pas été inventés par Scelle et ne forment pas le cœur de sa théorie du fédéralisme. Cette théorie est aux antipodes de la théorie classique de l'État fédéral dont il a durement critiqué les composantes et les fondements. Comme Duguit, Scelle fait donc partie de ces auteurs dotés d'une immense aura mais dont la doctrine n'a pas repris les conclusions⁴³².

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 204.

⁴²⁸ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 32 ; sur ce point voir O. Dupéré, *Le « fédéralisme normatif » en droit constitutionnel français : l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'influence de la pensée juridique de Georges Scelle sur les constitutions françaises de 1946 et 1958*, thèse, Bordeaux IV, 2010.

⁴²⁹ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 32.

⁴³⁰ Dont la société internationale, puisque Scelle envisage le « fédéralisme universel » : G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, *op. cit.*, p. 188.

⁴³¹ O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *op. cit.*, p. 175.

⁴³² Exception faite de certains auteurs ayant, souvent à des fins militantes, revendiqué les travaux de Scelle sur le fédéralisme : voir notamment M. Mouskhély, « La théorie du fédéralisme », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, tome I, LGDJ, 1950, pp. 397-414 : « ravivé par la sociologie, assoupli, élargi et soutenu par une solide construction juridique, le fédéralisme sort de l'œuvre de Georges Scelle paré de toutes ses vertus naturelles et capable

C'est que la doctrine dominante *n'a pas pu* reprendre des conclusions qui sont en réalité des conséquences de partis pris philosophiques et théoriques trop éloignés des siens. L'objectivisme et le monisme du positivisme sociologique de Duguit et Scelle devaient conduire à des théories du droit et de l'État incompatibles avec le cadre d'analyse utilisé par la doctrine dominante, hier et encore aujourd'hui. Ainsi, le fait que l'État et donc le problème des formes d'État soit encore abordé principalement comme une personne morale souveraine montre que la doctrine continue de penser le droit et l'État à l'aune de ce que l'on peut appeler le « positivisme étatique »⁴³³.

§ 2 : Une théorie du droit : le positivisme étatique

Après avoir identifié le positivisme étatique comme théorie du droit (A), il s'agira d'établir dans quelle mesure le positivisme étatique peut être considéré comme une théorie de l'entre-deux. Il s'agit en effet d'un « stade du positivisme »⁴³⁴ qui s'inscrit dans l'héritage du jusnaturalisme moderne, refusant ainsi le tournant objectiviste amorcé par les stades ultérieurs du positivisme (B).

A/ Identification du positivisme étatique

Le positivisme étatique se caractérise principalement par une conception subjectiviste (1) et dualiste (2) du droit et de l'État.

de nouveau de réconcilier le couple turbulent de l'ordre et de la liberté. Combien pauvre paraît en comparaison la conception étroite et sclérosée de l'école allemande ! » ; pour le regain d'intérêt pour certains aspects de l'œuvre de G. Scelle, par ex. en ce qui concerne le constitutionnalisme global, voir not. O. de Frouville, « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », *Jus Politicum*, n° 19, 2018 : « La base de la théorie de la Constitution internationale que je soutiens se trouve dans les travaux de Georges Scelle et en particulier dans le deuxième tome de son *Précis de droit des gens*, intitulé, faut-il le rappeler, "Droit constitutionnel international" », p. 1.

⁴³³ Voir É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 16 ; A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 86 ; A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pedone, 1978 ; J.-C. Billier et A. Maryioli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001 ; sur la diversité des approches théoriques proposées en Allemagne dans la deuxième moitié du XIX^e siècle : L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*

⁴³⁴ A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 86.

1/ Subjectivisme

Subjectivisme philosophique. Le terme « subjectivisme » renvoie à plusieurs concepts que l'on retrouve au fondement du positivisme étatique. Le *subjectivisme philosophique* peut être considéré comme une « posture intellectuelle selon laquelle la réalité ou les valeurs n'ont d'existence qu'au travers du regard et de la conscience du sujet pensant »⁴³⁵. Né de la révolution nominaliste au Moyen Âge⁴³⁶, ce subjectivisme forme donc avec le réalisme philosophique l'autre grande orientation ontologique marquante de la philosophie occidentale⁴³⁷.

Subjectivisme juridique. C'est toutefois par un autre concept de subjectivisme, le *subjectivisme juridique*, qu'il convient de caractériser le positivisme étatique. Comme le note fort justement B. Plessix, le subjectivisme juridique « oriente la manière de créer et d'appliquer le droit »⁴³⁸. Selon cette perspective, le droit « doit être pensé en fonction, non de la règle de droit et de son objet, mais du sujet de droit et de sa volonté. Un ordre juridique donne à voir avant tout des *personnes juridiques*, des *sujets de droit*, véritables foyers de juridicité ; ces sujets sont *titulaires de droits subjectifs*, de prérogatives pour agir et exiger d'autrui, de pouvoirs exprimant la toute-puissance de la volonté humaine ; le droit n'est rien d'autre qu'un ensemble de manifestations de *volonté*, individuelle (un acte juridique) ou collective (la coutume) »⁴³⁹. La théorie classique de l'État entendu comme personne morale souveraine s'inscrit parfaitement dans cette théorie subjectiviste du droit. Il convient en effet de souligner que les auteurs ayant consacré la conception de l'État comme personne morale ne sont jamais allés jusqu'à renier le subjectivisme. Ainsi, le subjectivisme de

⁴³⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 550.

⁴³⁶ Sur ces questions, voir évidemment M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2^{ème} éd., coll. « Quadrige manuels », 2015, spéc. pp. 220 et s. L'auteur restitue de façon éclairante les enjeux de la « Querelle des universaux », qui secoue la scolastique médiévale aux XIII^e-XIV^e siècles. Au réalisme aristotélo-thomiste s'oppose désormais, avec les travaux de Duns Scot et surtout de Guillaume d'Occam une « voie nouvelle », celle du nominalisme. Villey rappelle que le « semi-réalisme », c'est-à-dire le réalisme modéré de saint Thomas, disciple d'Aristote, « tient aussi pour *réels* », au-delà des individus, « les "universels". Les genres, les espèces, ces universels – l'animal, l'homme, le citoyen – ne sont pas seulement des concepts mais ont déjà l'existence hors de notre esprit » (p. 224) ; « le nominalisme, au contraire, habitué à penser toutes choses à partir de l'*individu* » (p. 228) ; « Pour Occam, [les universels] *ne sont que des signes*, des termes du langage, des *noms* » (p. 226).

⁴³⁷ Voir A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.* ; Face à la *via antiqua* du réalisme, Villey distingue la *via moderna* (« voie nouvelle ») du nominalisme, qui est un subjectivisme : voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 221.

⁴³⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 544.

⁴³⁹ *Ibid.*

Michoud ne fait pas de doute, Duguit le considérant en 1927 comme un des derniers représentants des doctrines subjectivistes⁴⁴⁰. En revanche, le positionnement de Carré de Malberg a été plus discuté. B. Plessix considère que Carré de Malberg corrige le subjectivisme de Michoud par son positivisme et son analyse de la souveraineté nationale, afin de débarrasser « le concept de personnalité publique de toute dimension subjectiviste et de toute idée de réalité sociale, pour n'en faire qu'une technique d'organisation structurelle des rapports entre l'État et ses organes »⁴⁴¹. En revanche, A. Viala considère qu'il y a en effet dans l'œuvre de Carré de Malberg une « résistance subjectiviste »⁴⁴² caractéristique du positivisme étatique.

Volonté. Ces deux interprétations différentes de la théorie malbergienne de la personnalité de l'État semblent s'expliquer par l'ambiguïté de ses fondements. On sait en effet que Carré de Malberg présente l'État comme une personnalité morale uniquement en raison du « fait, indéniable et essentiel, [que] l'unité de l'État ne peut être exprimée par la science du droit qu'à l'aide de la notion de personnalité »⁴⁴³. Il précise que la notion de personnalité juridique « a une base et une signification essentiellement *formelles* »⁴⁴⁴. Carré de Malberg propose donc un fondement original et formel à la notion de personnalité morale, à savoir une théorie de l'organe⁴⁴⁵. Dans ce cadre, doit être considéré comme un organe celui qui est habilité par le droit pour adopter des normes juridiques. Comme l'écrit É. Maulin, « ce qui fait de la collectivité une personne, pour Carré de Malberg, c'est qu'en vertu de sa constitution elle est dotée d'organes lui permettant de vouloir et d'agir »⁴⁴⁶. C'est donc sur ce point que Carré de Malberg amorce une certaine « objectivation » de la notion de personnalité morale par rapport à Michoud. Ce dernier estime en effet que cette notion

⁴⁴⁰ L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *op. cit.*

⁴⁴¹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁴² A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁴³ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 40 ; voir *supra*.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 43 ; Trotabas dans ses notes dans L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, souligne la dimension « formelle » (p. 96) de la personnalité chez Carré de Malberg par rapport à Michoud.

⁴⁴⁵ Voir É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, pp. 164 et s. : le recours à une théorie de l'organe permet à Carré de Malberg de tenir le juste milieu entre Duguit et Kelsen au sujet de la personnalité de l'État. Il s'accorde avec le doyen bordelais pour constater que la « volonté étatique n'est en fait que la volonté des gouvernants » (cité p. 164). Cependant, Carré de Malberg sauve le concept de personnalité juridique de l'État en faisant intervenir la notion d'organe : s'il n'existe pas de volonté étatique en tant que telle, il existe dans la *réalité juridique* des volontés exprimées par des individus et imputées à l'État en vertu de la Constitution. Une telle construction de la personnalité de l'État comme point d'imputation annonce la dissolution de la personnalité de l'État par Kelsen. Voir également M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, *op. cit.*

⁴⁴⁶ É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 169.

repose sur deux éléments principaux : l'intérêt et la volonté. Après Jhering et Jellinek, Michoud considère que le droit subjectif au fondement de la personnalité juridique ne peut se définir qu'à l'aune de la seule volonté ; « l'intérêt est l'élément fondamental du droit »⁴⁴⁷. Le droit subjectif est donc défini comme « *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* »⁴⁴⁸.

Ces nuances doctrinales mettent en évidence la diversité des théories subjectivistes du droit⁴⁴⁹ reconnaissant l'existence de personnes morales. À côté de la théorie finaliste-volontariste (Jhering, Jellinek, Michoud), formelle (Carré de Malberg), organiciste (Bluntschli), il importe de ne pas omettre la théorie de la volonté, regroupant Windscheid⁴⁵⁰, Zitelman, le premier Saleilles, Rousseau et un certain Hauriou⁴⁵¹. Pour les tenants de la théorie de la volonté, le droit subjectif est entendu comme « *une puissance attribuée à une volonté par le Droit objectif, une faculté de vouloir reconnue par le Droit* »⁴⁵². Il semblerait que ce soit sur cette conception du subjectivisme que soit bâti le positivisme étatique et donc la théorie classique de l'État entendu comme personne morale souveraine. En effet, la volonté fait office de support de la souveraineté.

Souveraineté. La souveraineté comme critère de l'État fait irrémédiablement intervenir la notion de volonté. L'État est considéré comme souverain en ce qu'il n'est déterminé que par sa propre volonté. Dans un intéressant article sur la « conception étatique du droit », Del Vecchio définit l'État comme « le sujet de la volonté qui impose un ordre juridique » et rappelle que « l'État ne peut être subordonné à aucune autre volonté ». Il poursuit en indiquant que « cette autonomie, ou indépendance absolue de la volonté de l'État, s'exprime ordinairement en disant que l'État ne se conçoit pas sans l'attribut de la "souveraineté" »⁴⁵³. On retrouve ici exprimée en termes de volonté la première acception de la fameuse « trisémié » de la souveraineté présentée par Carré de Malberg. On peut donc appeler « positivisme étatique » cette théorie du droit subjectiviste et

⁴⁴⁷ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁴⁹ Pour un exposé des différentes théories, voir R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *op. cit.* ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.* ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*

⁴⁵⁰ D'après R. Bonnard, « La conception juridique de l'État », *op. cit.*

⁴⁵¹ D'après L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*

⁴⁵² *Ibid.*, p. 68.

⁴⁵³ G. Del Vecchio, « À propos de la conception étatique du droit », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1930, p. 67.

volontariste, qui définit l'État comme une personne morale souveraine et considère que « toute l'organisation juridique est une création de l'État »⁴⁵⁴. Tout le droit découle de la volonté de l'État, soit directement par l'édition de normes étatiques (lois, règlements), soit indirectement en garantissant la juridicité de normes créées par des volontés individuelles (contrats, usages)⁴⁵⁵. Au fondement de ce mécanisme se trouve donc, outre le subjectivisme, le dualisme de l'État et du droit.

2/ Dualisme du droit et de l'État

Cette présentation de l'État comme une personne morale souveraine détenant le monopole de la création normative, témoigne d'une conception dualiste du droit et de l'État. Il s'agit pour les tenants de cette théorie de deux objets de natures différentes. De ce dualisme classique naissent des problématiques non moins classiques. Se pose en effet d'abord la question de l'antériorité du droit ou de l'État. Dans la mesure où le droit est produit seulement par l'État, le positivisme étatique tend à présenter le phénomène étatique comme antérieur au droit. La construction de l'État est un processus seulement factuel qui échappe à l'étude du positiviste⁴⁵⁶. Celui-ci ne peut étudier le droit (positif) qu'à partir du moment où il est créé par l'État. Se pose ensuite le problème de la limitation de l'État par le droit, au cœur des querelles doctrinales au début du XX^e siècle. On sait que Carré de Malberg introduit en France la théorie de l'auto-limitation de l'État développée en Allemagne par Jhering puis Jellinek⁴⁵⁷ et les critiques très dures de Duguit à l'encontre de cette théorie. Avec l'installation du paradigme de l'État de droit s'est ensuite imposée l'idée d'une limitation de l'État par le droit lui-même, plus précisément par un organe devenu incontournable : le juge⁴⁵⁸. L'important ici n'est pas de rappeler en détail l'évolution du traitement de ces grandes

⁴⁵⁴ G. Del Vecchio, « À propos de la conception étatique du droit », *op. cit.*, p. 67.

⁴⁵⁵ Voir A. Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, *op. cit.*, pp. 265 et s.

⁴⁵⁶ La position de Carré de Malberg est célèbre : « Le droit, en tant qu'institution humaine, étant postérieur à l'État, c'est-à-dire ne naissant que par la puissance de l'État une fois formé, ne peut s'appliquer à la formation même de l'État. La science juridique n'a donc point à rechercher le fondement de l'État : la naissance de l'État n'est pour elle qu'un simple fait, non susceptible de qualification juridique » : R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁴⁵⁷ Voir G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, ainsi que la tentative de sauvetage de cette théorie par O. Jouanjan in O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.* et O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*

⁴⁵⁸ Voir M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit*, *op. cit.* et L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, *op. cit.*

questions doctrinales, mais de souligner ce que signifie le fait qu'un membre important de la doctrine contemporaine présente encore la France comme une « théocratie étatique »⁴⁵⁹. L'utilisation de ce type d'expressions témoigne non seulement de l'influence durable d'une idéologie étatique sur la conception dominante du droit et de l'État, mais également des ambiguïtés fondamentales du positivisme étatique. Car ce sont précisément le subjectivisme et le dualisme du positivisme étatique qui révèlent sa « filiation »⁴⁶⁰ avec le jusnaturalisme moderne. Bobbio notait ainsi que « le jusnaturalisme est dualiste, le positivisme juridique est moniste »⁴⁶¹. Le positivisme étatique forme donc « un stade du positivisme »⁴⁶² qui s'inscrit dans l'héritage du jusnaturalisme moderne et refuse le tournant « objectiviste » opéré par les stades ultérieurs du positivisme.

B/ Le positivisme étatique : un entre-deux

Le positivisme étatique est un entre-deux en ce qu'il tient une position médiane entre, d'une part, la « tradition subjectiviste »⁴⁶³ et l'héritage du jusnaturalisme moderne (1) et, d'autre part, les réactions objectivistes du début du XX^e siècle (2).

1/ L'héritage du jusnaturalisme moderne ou la « tradition subjectiviste »

École du droit de la nature et des gens. Comme le relève A. Viala, il existe une « filiation entre le jusnaturalisme moderne et le positivisme juridique »⁴⁶⁴. Cette filiation est d'autant plus

⁴⁵⁹ B. Plessix, *Droit administratif général*, op. cit. : « la France pratique une théocratie étatique au cœur de laquelle réside l'indivisibilité de la République comme facteur d'universalité, de solidarité et de cohésion de la Nation souveraine », p. 266 ; l'auteur envisage également la « religion française de la souveraineté » (p. 264) et note, à propos des personnes publiques, que « c'est le *Souverain* qui leur confère une personnalité juridique, leur distribue des pouvoirs, leur attribue des prérogatives, leur assigne des missions et des moyens entièrement ordonnés à des fins qui les dépassent et qui s'imposent à elles », p. 562, nous soulignons ; pour une critique en règle d'une telle conception théologique de l'État, voir H. Kelsen, « God and the State », [1922-1923], in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, pp. 61-82.

⁴⁶⁰ A. Viala, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 62.

⁴⁶¹ N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, p. 40, cité in L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, op. cit., p. 440.

⁴⁶² A. Viala, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 86.

⁴⁶³ B. Plessix, *Droit administratif général*, op. cit., p. 550.

⁴⁶⁴ A. Viala, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 62 ; sur ce point, voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, rééd. PUF, 2^{ème} éd., coll. « Quadrige manuels », 2015 : le jusnaturalisme moderne constitue, d'une certaine façon, un stade du positivisme juridique. Villey fait même remonter le positivisme juridique au nominalisme d'Occam. Il note, à propos des normes juridiques : « faute désormais de les extraire de l'ordre même qu'auparavant on croyait lire dans la Nature, force

nette en ce qui concerne ce positivisme « primitif » que constitue le positivisme étatique. En effet, les concepts fondamentaux du positivisme étatique évoqués ci-dessus (le subjectivisme et le dualisme), constituent un héritage du jusnaturalisme moderne. Par jusnaturalisme moderne il convient d'entendre la théorie du droit développée par l'École du droit de la nature et des gens aux XVII^e et XVIII^e siècles. Fondée par Grotius, cette École composée de multiples courants⁴⁶⁵ bouleverse la science juridique européenne en développant une nouvelle façon de concevoir le droit. Contre le réalisme du thomisme médiéval, les auteurs de l'École du droit naturel moderne prennent le parti du nominalisme⁴⁶⁶ et considèrent que le droit ne se découvre pas dans la nature des choses mais dans la nature humaine accessible par la voie de la Raison. Le jusnaturalisme moderne est donc une théorie subjectiviste du droit par excellence, en ce que le droit naturel n'est accessible qu'à travers l'intellect du sujet. On a donc pu relever « l'anthropologisation du droit »⁴⁶⁷ à laquelle procède l'École du droit naturel. Ce point de départ subjectiviste amène les jusnaturalistes à développer progressivement un concept juridique de personnalité morale en général et de personnalité étatique en particulier. C'est Hobbes qui, comme le note E. Jouannet, « peut être à juste titre considéré comme le grand initiateur de la doctrine de la personnalité étatique »⁴⁶⁸. Par ailleurs, en raison du volontarisme également porté par cette école, les jusnaturalistes modernes approfondissent la souveraineté comme spécificité de l'État. E. Jouannet a montré que ce sont les auteurs de l'École du droit de la nature et des gens qui ont progressivement façonné le concept devenu classique de l'État entendu comme personne morale souveraine. D'après l'auteur, c'est Vattel qui synthétise ces avancées en proposant, le premier, une « théorisation complète »⁴⁶⁹ de l'État personne morale souveraine. Il faut donc voir, comme le souligne P. Amselek, que les positivistes « sont d'abord, fondamentalement, des héritiers de la métaphysique jusnaturaliste, des

sera d'en chercher l'origine exclusivement dans les volontés positives des individus : le *positivisme* juridique est l'enfant du nominalisme. Tous les caractères essentiels de la pensée juridique moderne sont déjà contenus en puissance dans le nominalisme » : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 228.

⁴⁶⁵ Voir E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique, op. cit.*

⁴⁶⁶ Pas tous cependant, Pufendorf par exemple reste attaché au réalisme : E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique, op. cit.*, pp. 280 et s. ; particulièrement hostile à l'encontre de l'École du droit naturel, Villey présente le jusnaturalisme moderne comme un « monstre hybride, une doctrine du droit naturel à base de nominalisme : un droit que l'on prétendait extraire non plus de la nature cosmique mais de la prétendue « nature de l'homme » individuel. » : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.*, p. 274.

⁴⁶⁷ S. Goyard-Fabre, cité in A. Viala, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 61.

⁴⁶⁸ E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique, op. cit.*, p. 265.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 337.

continuateurs de ses péchés »⁴⁷⁰. Les tenants du positivisme étatique reprennent les fondements et les concepts principaux du jusnaturalisme moderne. S'ils considèrent que l'analyse du juriste doit se limiter à l'étude du droit positif, du droit tel qu'il *est* et non du droit découvert par la Raison, ces positivistes de la première heure n'arrivent à se défaire des déterminants jusnaturalistes de leur théorie du droit.

Reprise de la théorie classique des formes politiques. Le maintien du cadre d'analyse fourni par le jusnaturalisme moderne est particulièrement clair en ce qui concerne les formes politiques. Les grands traités de droit des gens écrits par les fondateurs de l'École du droit naturel sont fondés sur la conception de l'État personne morale souveraine, et comportent inmanquablement de longs développements sur les différentes formes politiques. Après un paragraphe sur l'État et la souveraineté, Vattel envisage les différentes formes d'États souverains. Il s'agit des États liés à d'autres États par des traités d'alliance ou de protection, des États tributaires et feudataires, des « États soumis au même Prince » ainsi que les « États formant une république fédérative »⁴⁷¹. Les traités de droit international public du XIX^e siècle maintiendront ces analyses fondées sur la souveraineté de l'État. Certains auteurs défendent l'existence d'États mi-souverains⁴⁷². Progressivement s'installera la distinction devenue classique en droit international public entre l'État unitaire et l'État composé. Cette dernière catégorie recouvre les unions d'État (union personnelle et union réelle) et les formes fédératives (Confédération d'États et État fédéral)⁴⁷³. L'approche théorique classique des formes d'État, qui articule une théorie de l'État fédéral, une théorie de l'État unitaire et une théorie de l'État régional, s'inscrit donc dans l'héritage de la théorie des formes politiques ancrée dans le droit international public classique, bâti sur le jusnaturalisme moderne.

⁴⁷⁰ Cité in L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 445.

⁴⁷¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, rééd. 1863, Guillaumin et Cie, spéc. pp. 123-133 ; le dernier cas vise ce que l'on appellera par la suite une Confédération d'États.

⁴⁷² Voir G. F. de Martens, *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, tome I, Guillaumin et Cie, 1864 et H. Wheaton, *Éléments du droit international*, tome I, Leipzig, Brockhaus, 1874.

⁴⁷³ Voir L. Le Fur, *Précis de droit international public*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1939.

2/ Le rejet de l'objectivisme

C'est donc le maintien de la tradition subjectiviste, héritée du jusnaturalisme moderne, qui explique l'hostilité de la doctrine dominante envers les différents courants objectivistes qui se développent dès le XIX^e siècle. Par conséquent, le positivisme étatique n'a pas succombé aux assauts venant du positivisme sociologique de Duguit et ses disciples. Comme on l'a vu⁴⁷⁴, la volonté de l'École objectiviste française de « déboulonner les idoles » de la tradition publiciste française que sont « les concepts juridiques d'État, de souveraineté et de personnalité »⁴⁷⁵ ne pouvait qu'échouer en raison de la croyance persistante au sein de la science juridique française dans une théorie subjectiviste et dualiste du droit et de l'État. Pour la même raison, la doctrine dominante ne pouvait que rejeter le positivisme normativiste, résolument anti-subjectiviste et moniste⁴⁷⁶.

Cela permet donc de nuancer voire de remettre en cause l'opinion solidement ancrée selon laquelle la pensée juridique française aurait rallié l'objectivisme depuis le début du XX^e siècle. Duguit s'était probablement réjoui trop vite lorsqu'il écrivait en 1927 que « le passage du subjectivisme à l'objectivisme juridique forme la caractéristique essentielle de l'évolution juridique pendant le premier quart du XX^e siècle »⁴⁷⁷. La doctrine administrativiste contemporaine considère que « le droit administratif français s'est principalement construit sur une logique davantage objectiviste que subjectiviste »⁴⁷⁸. Dans son importante thèse sur la formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, A.-L. Girard montre que cette théorie « résulte, d'une part, d'emprunts au fonds conceptuel subjectif et d'autre part, de représentations et de principes créés par les apôtres de l'objectivisme »⁴⁷⁹, qui marquent la doctrine publiciste des premières décennies du XX^e siècle. Des auteurs contemporains revendiquent même une approche subjectiviste pour repenser un droit administratif principalement objectiviste⁴⁸⁰. Mais si ces auteurs relèvent

⁴⁷⁴ Voir *supra*.

⁴⁷⁵ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁷⁶ Voir Chapitre 4.

⁴⁷⁷ L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 328.

⁴⁷⁹ A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013, p. 33.

⁴⁸⁰ B. Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016.

d'incontestables avancées objectivistes de la pensée juridique⁴⁸¹, il demeure que les « idoles » du droit public français restent des concepts dont les fondements subjectivistes n'ont pas été atteints.

Conclusion du Chapitre 1

Ce chapitre avait pour objectif d'identifier et de reconstruire une approche théorique classique des formes d'État. L'État fédéral est pensé le plus souvent comme un État souverain composé d'États fédérés, qui en raison de l'indivisibilité et de l'unicité de la souveraineté ne peuvent être analysés comme de véritables États. La différence de nature entre l'État fédéral et l'État unitaire résiderait dans la participation des États fédérés à la substance même de la souveraineté de l'État fédéral et leur autonomie constitutionnelle. L'État unitaire est classiquement analysé au prisme de l'opposition entre déconcentration et décentralisation, cette dernière étant alors nécessairement administrative. L'État régional constitue une forme d'État intermédiaire, se distinguant par une décentralisation politique en raison du pouvoir législatif détenu par les régions.

C'est une même conception de l'État, entendu comme une personne morale souveraine, qui relie ces différentes théories relatives aux formes d'État. L'identification de ce fondement commun permet d'éviter deux écueils fréquents en doctrine. Le premier consiste à penser que cette approche théorique classique est le fruit de la pensée juridique allemande de la fin du XIX^e siècle. Si les auteurs allemands de cette période se sont illustrés par d'importants travaux sur les formes d'États, singulièrement sur l'État fédéral, nous avons vu que ces travaux avaient conduit les meilleurs représentants de la doctrine allemande à abandonner la souveraineté comme critère essentiel de l'État. Souligner la permanence du prisme de la personnalité souveraine de l'État dans la pensée juridique française permet ensuite d'éviter de tomber dans le piège qui consiste à considérer qu'en matière de formes d'État aussi, la doctrine juridique de la Troisième République aurait tout inventé. Cette période incontestablement faste de l'histoire de la pensée juridique

⁴⁸¹ Voir A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.* : l'auteur montre qu'au début du XX^e siècle, la doctrine administrativiste étudiant la notion d'acte administratif unilatéral revient un peu sur son engouement subjectiviste, et compense avec de l'objectivisme : « À l'inverse de ses prédécesseurs, qui ont logiquement conçu l'acte du point de vue du sujet, la doctrine administrative le saisit à l'aune de l'ordre juridique. Elle rénove ainsi l'acte juridique en substituant à l'idée subjective et étreinte du rapport de droit, la notion objective et souple de situation juridique », p. 316 ; B. Schmaltz, *Les personnes publiques propriétaires*, *op. cit.* ; F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », in F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009.

française n'a pas produit cette conception de l'État personne morale souveraine. Dès cette époque elle est considérée comme « classique » et fait l'objet de critiques venant des plus grands auteurs. Si Duguit et ses disciples contestent aussi bien la souveraineté que la personnalité de l'État, les auteurs ayant le plus approfondi la personnalité juridique de l'État renoncent au critère de la souveraineté (particulièrement Michoud et Carré de Malberg).

Ce chapitre a donc permis de montrer qu'il existe au sein de la pensée juridique française une présentation classique des formes d'État, et que celle-ci s'inscrit dans une conception particulière du droit et de l'État que nous avons qualifié de *positivisme étatique*. Différents éléments permettent de caractériser ce qui apparaît comme le « paradigme » dominant au sein de la science juridique française. Il s'agit principalement d'une variante du positivisme juridique, entendu comme « *mode d'approche de l'étude du droit* »⁴⁸² : le droit se résume au droit créé par les hommes. Dans cette mesure, le positivisme étatique est un lointain héritier du « positivisme juridique » né avec la révolution nominaliste au début du XIV^e siècle. Les liens sont cependant bien plus étroits avec le jusnaturalisme moderne des XVI^e-XVII^e siècles, dont le positivisme étatique maintient la place centrale de la *volonté*. Toute norme juridique est alors considérée comme la manifestation d'une volonté, de sorte que le volontarisme est au fondement tant du jusnaturalisme moderne que du positivisme étatique. Du premier le second reprendra ainsi la figure de l'État comme personne morale souveraine, cette figure de dieu du droit exprimé en termes subjectivistes : le droit est un produit de la volonté – de la volonté de l'État. Par conséquent, le *dualisme* du droit et de l'État est une autre caractéristique majeure du positivisme étatique. L'effacement de cette distinction passera notamment par la réaction objectiviste du positivisme normativiste qui, en concevant le droit comme un ensemble de normes juridiques, n'a plus besoin d'imputer le droit à la volonté d'une *personne juridique* supérieure. Le positivisme étatique est donc ce stade du positivisme juridique où l'importance de la volonté empêche encore de se passer de la personnalité morale et de la souveraineté. Il demeure la « charpente »⁴⁸³ de la pensée publiciste française.

⁴⁸² X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 18 ; au sens donc de l'une des trois significations du positivisme juridique distinguées par Bobbio, les deux autres étant le positivisme juridique comme théorie du droit et comme idéologie.

⁴⁸³ Villey utilise l'expression au sujet du « positivisme intégral » de Hobbes : « Substantiellement son système est encore le nôtre. Il est devenu la charpente de la pensée juridique moderne » : M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 616.

Chapitre 2 : L'approche théorique concurrente : l'idéalisme juridique

« Il est des "chemins qui ne mènent nulle part", mais par lesquels le promeneur s'échappe vers des clairières. L'absence de réponse définitive n'est sans doute pas la preuve de l'absence ou de l'impertinence de la question »⁴⁸⁴

Ch. Atias

Dans le complexe intellectuel que constitue la pensée publiciste française, il est possible d'identifier un deuxième récit conceptuel, non plus spécifiquement sur les formes d'État, mais sur les *formes politiques*. Nous verrons que de nombreux auteurs ont contribué à son élaboration. Cependant, les travaux d'O. Beaud sur les formes politiques apparaissent comme exemplaires de cette autre manière de penser les formes politiques. Nombre de ses travaux, à commencer par sa thèse de doctorat⁴⁸⁵, portent sur cette forme politique par excellence que constitue l'État. Élu à l'Institut Universitaire de France sur un projet de recherche portant sur une « théorie constitutionnelle des formes politiques »⁴⁸⁶, O. Beaud a complété ses travaux sur l'État par une théorie originale de la Fédération et de premiers éléments pour une théorie de l'Empire. Nous verrons que ses travaux sur les formes politiques peuvent être appréhendés comme formant ce qu'E. Bottini appelle « un discours exemplaire ou paradigmatique constitu[ant] un "modèle théorique" »⁴⁸⁷. Il s'agit d'un discours « dont les traits saillants peuvent être utilisés afin de

⁴⁸⁴ Ch. Atias, « Fonder le droit ? (Simples propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », in *Mélanges P. Amsselek*, Bruylant, 2005, p. 38.

⁴⁸⁵ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

⁴⁸⁶ Voir O. Beaud, « Propos introductifs », *Jus Politicum*, n°14, Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?, 2015 : il fait référence à « l'hypothèse, formulée dans notre programme de recherches pour l'Institut Universitaire de France sur la théorie constitutionnelle des formes politiques, [selon laquelle] il est réducteur, y compris en droit, de penser la forme politique sous la seule catégorie de l'État », p. 3 ; on lit aussi « théorie générale des formes constitutionnelles » in O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 45.

⁴⁸⁷ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, Dalloz, 2016, p. 29.

constituer un type-idéal de discours préférable pour ses qualités explicatives sur le plan heuristique »⁴⁸⁸. Par conséquent, une attention particulière sera accordée aux travaux d'O. Beaud en ce qu'ils permettent le plus clairement d'identifier une réponse originale au problème des formes politiques (Section 1).

Il s'agira ensuite de qualifier ce récit alternatif sur les formes politiques et de le situer dans le paysage intellectuel de la doctrine publiciste française. Nous essaierons de montrer que ce qui permet à cet autre récit conceptuel de se distinguer de la présentation classique des formes d'État, réside dans l'utilisation d'une autre conception du droit et de l'État – osons le terme : d'un autre paradigme⁴⁸⁹. Ces travaux découlent en effet directement d'une conception « matérielle » du droit public. Selon cette conception, l'objet du droit public recouvre la politique et l'histoire, et la « méthode » juridique se révèle autant historique que finaliste. Cette conception matérielle du droit public, partagée par une partie relativement importante de la doctrine française actuelle, s'inscrit par ailleurs dans un positionnement théorique franchement antipositiviste. Nous montrerons qu'en soulignant les insuffisances d'une approche formelle du droit public et en condamnant l'ambition scientifique du positivisme (normativiste), les tenants d'une approche matérielle du droit public⁴⁹⁰ s'inscrivent, consciemment ou non, dans l'héritage d'un courant de pensée juridique que l'on proposera de qualifier d'*idéalisme juridique*. Ce courant constitue au moins depuis le début du XIX^e siècle un courant important de la science juridique occidentale. Il s'est affirmé dans son opposition parfois violente au formalisme juridique lors de la Querelle des méthodes et des approches, qui mobilisa les plus grands juristes de l'Allemagne des années 1920. Cette Querelle eut donc pour mérite de cristalliser les différentes positions théoriques et permet de cerner ce que l'on peut appeler une approche théorique idéaliste du droit et de l'État (section 2).

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ Suivant une démarche similaire, E. Bottini a montré que ce qu'elle appelle « l'approche du droit politique » contient une théorie de la constitution concrétisant une certaine théorie de la connaissance du droit.

⁴⁹⁰ Il serait en l'occurrence illusoire de vouloir identifier un courant de pensée juridique à partir d'une épistémologie unique. Le courant que l'on appelle fréquemment « droit politique » et que nous proposons de penser comme un idéalisme juridique, semble surtout avoir en commun certaines orientations philosophiques et théoriques fondamentales constitutives d'une certaine *culture* juridique. Dans un entretien de présentation de la revue *Jus Politicum*, A. Le Divellec note à propos des fondateurs de la revue que « notre démarche est plus culturelle que fondée sur une épistémologie unique » : « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », www.nonfiction.fr, 6 janvier 2011, consulté le 15 décembre 2018.

Section 1 : Une théorie plurielle : la « théorie constitutionnelle des formes politiques » d'O. Beaud

La « théorie constitutionnelle des formes politiques » développée par O. Beaud est plurielle dans la mesure où elle vise à proposer une théorie spécifique à chaque forme politique. Il convient ici non seulement d'en faire la présentation, mais surtout d'identifier les éléments qui en font la spécificité et qui justifient que l'on puisse parler d'un récit conceptuel alternatif sur le problème des formes d'État. La théorie de l'État d'O. Beaud est ambivalente à plus d'un titre, mais notamment en ce qu'elle s'inscrit dans le maintien partiel de la théorie classique de l'État (§ 1). Sa théorie de la Fédération est en revanche beaucoup plus originale puisqu'elle aboutit à un fédéralisme sans État (§ 2). O. Beaud a également commencé à proposer des éléments pour une théorie de l'Empire, qui tend à être présentée comme une forme politique originale dont la spécificité réside dans la domination exercée par la métropole sur les territoires périphériques (§ 3).

§ 1 : Une théorie de l'État ambivalente

La théorie de l'État d'O. Beaud est ambivalente en ce qu'elle maintient les deux critères principaux d'identification de l'État de la théorie classique que sont la souveraineté et la personnalité morale, tout en leur donnant un contenu différent. La souveraineté est entendue comme le critère d'identification et l'élément subjectif de l'État (A), alors que la personnalité morale de l'État est présentée dans une tonalité objective grâce au recours à la théorie de l'institution (B).

A/ La souveraineté ou l'élément subjectif de l'État

Se conformant à la tradition juridique, O. Beaud présente la souveraineté comme le critère spécifique de l'État (1). La démonstration est toutefois originale en ce qu'elle préfère à l'explication

subjectiviste classique⁴⁹¹ une argumentation décisionniste par l'utilisation d'une théorie de *l'acte de souveraineté* (2).

1/ Le maintien de la souveraineté comme spécificité de l'État

« **La problématique du critère** » de l'État. Dans plusieurs de ses travaux, O. Beaud reproche à des auteurs comme Duguit, Scelle ou surtout Kelsen d'avoir abandonné la recherche d'un critère spécifique permettant d'identifier l'État parmi la diversité des formes politiques. Kelsen notamment aurait condamné « à la fois la méthode (la problématique du critère) et le fond (la souveraineté comme critère de l'État) »⁴⁹², dans la mesure où la recherche du critère spécifique de l'État reviendrait à sonder l'essence de l'État. Il est vrai par ailleurs que dans son *Précis de droit des gens*, Scelle écrit qu'« il n'y a point de critère juridique de l'État »⁴⁹³. Cependant, il semble excessif de considérer que pour Kelsen il n'existe pas un tel critère. O. Beaud note d'ailleurs lui-même qu'en définissant l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, Kelsen substituait un « autre critère » au « critère traditionnel de la souveraineté »⁴⁹⁴. Il semble plus juste de considérer que ces auteurs se rejoignent non pas dans un rejet commun de la recherche d'un critère juridique spécifique à l'État, mais dans leur hostilité au critère traditionnel de la souveraineté. O. Beaud s'inscrit donc incontestablement dans une « *continuation de la tradition juridique* »⁴⁹⁵, non seulement en recherchant le critère de l'État, mais en adhérant à l'idée que ce critère ne saurait être que la souveraineté.

Critère de la souveraineté. La conclusion de la thèse d'O. Beaud consacrée aux liens entre les concepts de souveraineté et d'État est en effet que « rien ne permet d'invalider l'opinion classique selon laquelle il n'y a pas d'État sans souveraineté, ni de souveraineté sans État »⁴⁹⁶. La

⁴⁹¹ Voir Chapitre 1.

⁴⁹² O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 14.

⁴⁹³ G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008, p. 74.

⁴⁹⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 15 ; il note d'ailleurs que « le caractère flou » de ce critère de la relative centralisation « laisse mal augurer du progrès scientifique qu'il représenterait ».

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ O. Beaud, *La puissance de l'État, op. cit.*, p. 14.

souveraineté constitue en effet pour O. Beaud le « pôle subjectif »⁴⁹⁷ de la notion d'État. La souveraineté est « fondée sur l'idée de la volonté du Souverain, donc sur une base subjective »⁴⁹⁸. Toutefois, contrairement à ce que pourrait laisser penser les indices subjectivistes de cette présentation de la souveraineté, il semblerait qu'O. Beaud parvienne à l'opinion classique de la souveraineté comme critère essentiel de l'État par une voie différente que celle empruntée par le subjectivisme qui marque encore le positivisme étatique. Car s'il « conserve la même problématique et la même conclusion »⁴⁹⁹ que les tenants de la théorie classique de l'État, il y parvient en mobilisant un instrument original : la théorie de l'acte de souveraineté.

2/ Une démonstration originale, via l'acte de souveraineté

a/ L'acte de souveraineté dans *La puissance de l'État*

État de sujets, État de citoyens. Si la souveraineté demeure l'élément essentiel de l'État, c'est au prix d'une réappropriation de la notion. La distinction des trois significations et donc des trois concepts de souveraineté que Carré de Malberg reprend des juristes allemands⁵⁰⁰ et introduit dans la doctrine juridique française est rejetée. O. Beaud considère en effet que cette présentation, distinguant la souveraineté comme une indépendance absolue, un ensemble de compétences ou encore comme le titulaire de la puissance suprême méconnaît l'unité intrinsèque de la souveraineté⁵⁰¹. Pour la même raison est rejetée la distinction entre les concepts de souveraineté externe (égalité entre les États sur la scène internationale) et de souveraineté interne (omnicompétence de l'État au sein de son ordre juridique).

Pourtant, le concept de souveraineté développé par O. Beaud n'est pas non plus parfaitement unifié. Il y aurait ainsi une « dualité de la souveraineté moderne »⁵⁰² correspondant à

⁴⁹⁷ O. Beaud, « La notion d'État », *APD*, n° 35, 1990, p. 141.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁹⁹ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁰⁰ Voir Chapitre 1.

⁵⁰¹ Voir not. O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 25.

la dualité de l'État contemporain. Ce dernier est d'abord un « État de sujets », marqué par la monopolisation du droit positif. En s'appuyant sur les *Six livres de la République* de Bodin, O. Beaud montre en effet que l'État se distingue dans un premier temps par une certaine conception de la souveraineté, assimilable à la « puissance publique »⁵⁰³, selon laquelle le monarque détient un monopole de commandement sur les individus placés dans une situation de sujétion. Ce monopole de commandement se traduit par un monopole du droit positif, à travers ce que Bodin appelle la « loy ». Il s'agit de l'instrument, aux mains du seul Prince, par lequel celui-ci exerce sa domination sur ses sujets. Le Prince est en effet seul compétent pour faire et défaire la *loy*⁵⁰⁴. La loy est donc l'*acte de souveraineté* qui caractérise l'État de sujets.

La seconde face de la souveraineté et par conséquent de l'État apparaît avec « la révolution démocratique »⁵⁰⁵. Comme l'écrit O. Beaud, « la question de la souveraineté est [alors] devenue d'abord celle du pouvoir constituant »⁵⁰⁶. Cette révolution démocratique introduit une « rupture qualitative dans l'histoire de la souveraineté et de l'État »⁵⁰⁷. La souveraineté n'est plus aux mains du Prince par le biais de la loy, mais appartient au peuple qui exerce sa souveraineté par le pouvoir constituant. L'État de citoyens est donc ce stade de l'État dont le « principe structurant n'est plus la loy du Prince, mais la Constitution qui est l'acte exprimant la souveraineté de l'État et du peuple »⁵⁰⁸. L'*acte de souveraineté* est désormais la Constitution, qui ne peut résulter que du pouvoir constituant du peuple.

Cependant, et malgré « la dualité de la souveraineté moderne » qui se retrouve dans une certaine dualité de l'État, il convient de souligner l'unité du phénomène étatique dans la construction d'O. Beaud. Si l'État moderne a d'abord été seulement un État de sujets, l'État est depuis la « révolution démocratique » « à la fois État de citoyens et État de sujets »⁵⁰⁹. Depuis la révolution démocratique, la souveraineté est une souveraineté constituante et prend la forme d'un

⁵⁰³ Voir not. O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁰⁴ En tant que « pouvoir juridique élargi », la souveraineté consiste à « donner loy à tous en général, et à chacun en particulier » et à « casser, ou changer, ou corriger les loix » : voir chapitre 1.

⁵⁰⁵ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 306.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

pouvoir constituant appartenant au peuple. Cependant, cette « souveraineté constituante » ne se conçoit pas sans la « souveraineté de l'État » entendue comme monopolisation du droit positif. O. Beaud note ainsi que la « puissance publique ou souveraineté de l'État est le présupposé de la souveraineté entendue au sens de souveraineté constituante et de droit d'autodétermination »⁵¹⁰. Cela s'explique par le fait que « la puissance publique est la condition d'existence de la constitution ou son présupposé évident (non pas logique, mais historico-politique) »⁵¹¹. Il en découle une théorie originale de la limitation matérielle de la révision constitutionnelle. Dans la mesure où dans l'État moderne la souveraineté appartient au peuple, seul le peuple est compétent pour porter atteinte à la souveraineté de l'État. Il existe donc des « réserves de souveraineté »⁵¹² auxquelles il ne peut être porté atteinte que par le peuple. C'est ce mécanisme qui fut utilisé par O. Beaud pour condamner la procédure utilisée en 1992 pour ratifier le traité de Maastricht. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel avait relevé les atteintes à la souveraineté nationale que comportait le traité sur l'Union européenne, la révision constitutionnelle permettant la ratification dudit traité ne pouvait être effectuée que par la voie référendaire⁵¹³.

La théorie de l'État d'O. Beaud se caractérise donc d'abord par une théorie de la souveraineté particulièrement originale dans la pensée juridique française. Elle semble toutefois s'inscrire directement dans la *Théorie de la Constitution* développée par C. Schmitt.

b/ L'acte de souveraineté dans la *Théorie de la Constitution*

La théorie de la souveraineté d'O. Beaud semble en effet reposer en de nombreux points sur la théorie constitutionnelle de Schmitt. On lit dans son ouvrage publié en 1928 que « la constitution au sens positif naît d'un acte du *pouvoir constituant* »⁵¹⁴. Schmitt estime que la théorie du pouvoir constituant a été formulée pour la première fois par Sieyès⁵¹⁵. C'est ensuite avec la

⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 462.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Voir p. 468.

⁵¹³ Voir la conclusion d'O. Beaud, *La puissance de l'État, op. cit.* ; ainsi que O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome I, 2011, pp. 207-267 pour une relecture de l'arrêt *Debaene* sous ce prisme de la souveraineté de l'État.

⁵¹⁴ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 152.

⁵¹⁵ Voir *ibid.*, p. 214.

Révolution française qu'apparaît « la constitution moderne, un mixte d'éléments libéraux et d'éléments démocratiques »⁵¹⁶, et l'idée que le pouvoir constituant appartient au peuple. Cette « théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple »⁵¹⁷ s'installe ensuite en Allemagne avec la révolution de novembre 1918. Selon cette théorie, il revient au peuple de choisir sa constitution, c'est-à-dire de choisir « la forme et le genre de l'unité politique dont l'existence est présumée »⁵¹⁸. La constitution doit donc être distinguée des lois constitutionnelles, et s'apparente à une *décision*⁵¹⁹. La constitution est la « *décision politique fondamentale du titulaire du pouvoir constituant* »⁵²⁰. En déterminant la forme et le genre de l'unité politique, le peuple opère un certain nombre de « décisions politiques fondamentales » qui formeront la « substance de la constitution »⁵²¹ et dont découlera l'ensemble du système normatif. Seul le peuple lui-même peut revenir sur ses décisions politiques fondamentales comme, dans le cadre de la Constitution de Weimar, le choix de la démocratie, la république, une structure fédérale ainsi qu'un « État de droit bourgeois »⁵²². Le décisionnisme de Schmitt est manifeste dans sa théorie constitutionnelle. Dans la mesure où cette dernière occupe une place centrale dans la théorie de la souveraineté d'O. Beaud, il convient de réévaluer la place respective du subjectivisme et du décisionnisme dans cette théorie.

c/ Subjectivisme ou décisionnisme ?

Le subjectivisme de la théorie de la souveraineté présentée par O. Beaud est hors de doute. Il affirme régulièrement que la souveraineté constitue le « pôle subjectif » de l'État⁵²³. Toutefois, la proximité avec la théorie constitutionnelle de Schmitt amène à réévaluer ce subjectivisme. Car la théorie d'O. Beaud s'écarte de l'approche subjectiviste traditionnelle en se focalisant sur l'*acte*

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 182 ; idée que l'on retrouve dans plusieurs travaux d'O. Beaud sur la notion de constitution : voir not. O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 257-266 ; O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, 2010.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 189.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 152.

⁵¹⁹ « *La constitution comme décision* » : *ibid.*, p. 154.

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ *Ibid.*, p. 154 et 155.

⁵²² *Ibid.*, p. 154.

⁵²³ Voir not. O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 141.

exprimant la souveraineté. Pour autant l'approche n'est pas *normative*. L'accent n'est pas mis sur la loi ou la Constitution en tant que norme, mais en tant que *décision* : une décision du Prince pour la loi, une décision du peuple souverain dans le cas de la Constitution. La souveraineté est ainsi, « dans son expression constituante », « le fruit d'une décision historique déterminée et d'une volonté qui s'est perpétuée au fil du temps »⁵²⁴. Comme le montre O. Jouanjan, les deux approches, normativiste et décisionniste, se rassemblent dans « l'ordre du vouloir »⁵²⁵. La volonté occupe toutefois une place relativement faible dans la pensée normativiste, qui conçoit la norme comme la signification d'un énoncé prescriptif⁵²⁶. La démarche est alors beaucoup plus cognitiviste que volontariste. Dans le cadre du décisionnisme la volonté est en revanche centrale. La *loi* puis la Constitution sont analysées comme l'expression de la volonté du Souverain, laquelle est au fondement même de l'ordre juridique. La décision précède donc la norme. C'est par conséquent la volonté qui constitue le fondement de validité de la Constitution envisagée comme décision, fondement dont la nature est « essentiellement *existentielle* »⁵²⁷. La théorie de la décision constitue donc « l'apologie du volontarisme le plus abrupt »⁵²⁸, et trouve probablement son meilleur résumé dans la fameuse formule de Hobbes : « *auctoritas, non veritas, facit legem* »⁵²⁹. Il est d'autant plus curieux qu'O. Beaud complète cette théorie radicalement volontariste – donc subjectiviste – de la

⁵²⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 491.

⁵²⁵ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazï*, PUF, 2017, p. 221, et doivent donc être distingués de la « pensée des ordres concrets », qui se situe dans le monde de l'être ; sur cette question, voir également C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2004.

⁵²⁶ La place de la volonté dans le système kelsénien est difficile à établir, notamment parce qu'elle a évolué avec le temps. Schématiquement, l'on peut dire que la première partie de l'œuvre kelsénienne s'oppose frontalement au volontarisme, notamment du positivisme légalisme en vogue au XIX^e siècle. A. Viala souligne que l'autonomisation du droit défendue par Kelsen implique une rupture avec la conception volontariste du droit. Kelsen fonde sa théorie du droit sur la distinction entre l'être et le devoir-être, dont découle le processus d'auto-production du droit : une norme est juridique non pas parce qu'elle a été voulue par telle ou telle personne (morale), mais parce qu'une autre norme juridique le prévoit. Pour le premier Kelsen, les théories volontaristes du droit méconnaissent donc la loi de Hume. Le dernier Kelsen, notamment celui de la *Théorie générale des normes*, sera cependant davantage fondé sur la volonté. Voir A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, pp. 102 et s. ; O. Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, pp. 83-98 ; M. Troper, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 215-230.

⁵²⁷ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, cité in C. M. Herrera, « Décisionnisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003.

⁵²⁸ O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 50.

⁵²⁹ Ce que rappelle C. M. Herrera, « Décisionnisme », *op. cit.*, pp. 347-350 ; voir A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, sur cette formule (qu'il utilise très souvent).

souveraineté d'une approche qui se veut objective de la personnalité morale de l'État, l'autre élément essentiel de l'État.

B/ « L'institution personne » ou l'élément objectif de l'État

O. Beaud écrit que la personnalité morale « forme avec la souveraineté l'autre notion systématique de l'État »⁵³⁰. Il semble donc maintenir la « définition traditionnelle »⁵³¹ de l'État comme personne morale souveraine (1). À l'instar de la souveraineté, la conservation de la définition traditionnelle s'opère toutefois par une « réinterprétation »⁵³² de celle-ci. La personnalité juridique de l'État prend ainsi un aspect plus objectif via la mobilisation de la théorie de l'institution (2).

1/ Le maintien de la personnalité juridique de l'État

Ralliement à la position classique. La position d'O. Beaud est très claire : « dans la riche tradition juridique des théories de l'État, il faut aussi conserver la validité de la notion de personnalité juridique de l'État. Malgré les attaques qu'elle a subies, elle est un élément essentiel de la notion d'État »⁵³³. Il explique en effet que « du point de vue de la technique juridique, la théorie de la personnalité juridique appliquée à l'État (et donc adaptée) a une valeur explicative (rendre compte du droit positif) qui n'a pas été dépassée »⁵³⁴. Les membres, même illustres, de cette « doctrine minoritaire »⁵³⁵ rassemblant des auteurs d'horizons intellectuels pourtant différents comme Duguit, Scelle ou Kelsen auraient ainsi échoué dans leur entreprise de critique radicale du concept de personnalité morale en général et de la notion de personnalité étatique en particulier. Cette critique, reposant en grande partie sur la démonstration du caractère purement fictif de la personnalité morale, n'est pas de nature à convaincre les partisans de la théorie de la personnalité

⁵³⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 197.

⁵³¹ O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 125.

⁵³² *Ibid.*

⁵³³ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 17.

⁵³⁴ O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 262.

⁵³⁵ *Ibid.*

juridique. Ceux-ci démontrent en effet assez facilement, et avec raison, que tous les concepts juridiques constituent des fictions ou tout du moins des abstractions⁵³⁶.

Problème des bases subjectivistes de la personnalité morale. O. Beaud est toutefois contraint de réinterpréter la théorie de la personnalité en raison de ses racines incontestablement subjectives. On sait en effet que le concept de personnalité morale a été dans un premier temps développé dans le cadre du jusnaturalisme moderne et du subjectivisme qui en constitue le fondement⁵³⁷. Les auteurs ayant par la suite approfondi la théorie de la personnalité morale (Jellinek, Michoud, Carré de Malberg) ne sont pas parvenus à remplacer les racines subjectives de cette théorie par des fondements objectifs. O. Beaud recherche toutefois dans le concept de personnalité juridique une « objectivation du droit »⁵³⁸. Cela est incompatible avec d'une part la charge subjectiviste de la personnalité morale, d'autre part les notions qui en sont déduites comme celle de droits subjectifs de la personne juridique⁵³⁹. O. Beaud indique donc ne vouloir garder de la théorie de la personnalité juridique que l'aspect objectif. La personne (subjective) devient une institution (objective) lorsque la théorie de la personnalité juridique est « traitée du point de vue de l'institution »⁵⁴⁰.

2/ L'objectivisation de la personnalité juridique *via* la théorie de l'institution

Impersonnalisation, imputation et continuité de l'État. Le « pôle objectif »⁵⁴¹ de l'État prend donc la forme d'une institution. Plus qu'une personne morale, l'État est une institution⁵⁴². Cette notion a la même valeur explicative que la personnalité morale sans ses inconvénients subjectifs. La première vertu de l'institution est ainsi de rendre compte de l'impersonnalisation du

⁵³⁶ C'est notamment ce que montrent Jellinek, puis Michoud et Carré de Malberg : voir Chapitre 1. C'est également l'argument que reprend O. Beaud : voir O. Beaud, « Ouverture : l'honneur perdu de l'État ? », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 3-10.

⁵³⁷ Voir Chapitre 1.

⁵³⁸ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 197.

⁵³⁹ Sur ce point, voir O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 133.

⁵⁴⁰ O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 133.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 141.

⁵⁴² Voir O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.* : « l'État comme institution » ; O. Beaud, « Conceptions of the state », in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, pp. 269-282 : « the State as an Institution ».

pouvoir⁵⁴³. En tant qu'institution, l'État est une « unité intemporelle et impersonnelle »⁵⁴⁴. L'institution permet donc d'expliquer ce phénomène majeur du droit qu'est l'imputation⁵⁴⁵. Au lieu d'être envisagé comme une personne agissante, l'État peut grâce à la notion d'institution être analysé comme un centre d'imputation objectif. Comme les actes de personnes physiques qui peuvent être imputés à une personne morale privée, les actes effectués par les agents de l'État peuvent être imputés à l'État comme institution, c'est-à-dire dans sa dimension intemporelle et impersonnelle. L'approche institutionnelle permet en outre de rendre compte efficacement de l'idée de continuité de l'État⁵⁴⁶.

En préférant présenter l'État comme une institution plutôt qu'une personne morale, O. Beaud peut s'appuyer sur plusieurs auteurs ayant abordé l'État par le prisme de la théorie de l'institution. Hauriou est évidemment le juriste ayant le plus développé la théorie de l'institution en France. O. Beaud mobilise dans nombre de ses textes relatifs à l'État les travaux du doyen toulousain, non seulement pour penser la dimension objective de l'État⁵⁴⁷, mais également pour opérer la distinction entre « l'État-appareil *lato sensu* » et « l'État-appareil *stricto sensu* », ou encore pour définir l'État unitaire⁵⁴⁸. O. Beaud peut par ailleurs invoquer l'œuvre de Burdeau, qui préféra également l'analyse institutionnelle de l'État à la perspective personnaliste⁵⁴⁹. Malgré ces solides références, l'approche institutionnelle de l'État reste inaboutie dans l'œuvre d'O. Beaud.

⁵⁴³ O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 133 : « Le mot d'institution sera pris au sens purement formel de pérennisation et d'impersonnalisation du pouvoir ».

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 125.

⁵⁴⁵ Voir O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.* ; O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif, op. cit.*

⁵⁴⁶ Idée développée dans O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif, op. cit.*

⁵⁴⁷ Voir not. O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*

⁵⁴⁸ O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif, op. cit.* ; O. Beaud, « Conceptions of the state », *op. cit.*

⁵⁴⁹ Voir O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif, op. cit.* ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *op. cit.* : il consacre un chapitre à « l'institutionnalisation du pouvoir », analyse la Constitution comme un « acte d'institutionnalisation » et recourt à la théorie de l'institution proposée par Hauriou et développée par Renard et Delos notamment, « une des constructions les plus fécondes dont puisse s'enorgueillir la science de la théorie du droit depuis un demi-siècle » (p. 257), pour présenter l'État comme une institution ; « définir l'État n'est, en somme, que dépeindre la plus dense, la plus cohérente et la plus parfaite de toutes les institutions », p. 261. Par ailleurs, son « idée de droit » n'est pas très éloignée de l'« idée d'œuvre » d'Hauriou. Enfin, même s'il abandonne le concept de personnalité au profit de celui d'institution, Burdeau reconnaît que la notion de personnalité juridique de l'État peut être maintenue dans certaines situations pour son côté pratique, par exemple pour expliquer le problème de l'imputation de certains actes seulement à l'État ou celui du patrimoine de l'État : voir pp. 323 et s.

Une institutionnalisation inaboutie. La théorie que propose O. Beaud pour traiter la dimension objective de l'État est une théorie de l'entre-deux. Elle essaye de se défaire du subjectivisme de la théorie de la personnalité morale sans toutefois s'abandonner à l'objectivisme de la théorie de l'institution. Certaines formules utilisées par O. Beaud témoignent de cette ambiguïté *fondamentale*. La formule présentant l'État comme une « institution personne » ressemble à un oxymore, et l'entreprise consistant à traiter la théorie de la personnalité juridique « du point de vue de l'institution » paraît relativement périlleuse. Une théorie subjectiviste peut être *remplacée* par une théorie objectiviste, mais ne peut être *envisagée* selon un point de vue objectiviste, sauf à demeurer structurellement ambivalente. Certains travaux de D. Baranger, qui présentent également l'État comme une personnalité souveraine appréhendée sous l'angle de l'institution, mettent nettement en évidence les hésitations sur les liens entre l'institution et la personnalité. L'institution est ainsi définie comme une « action humaine dissociée de son auteur et considérée en elle-même »⁵⁵⁰. Il poursuit en écrivant, au sujet de l'État, que « pour marquer la cohérence de cette institution, on dira qu'elle est une *personne*. Et comme il ne s'agit manifestement pas d'une personne physique, on parle de personne "morale", ce qui veut dire "instituée" »⁵⁵¹. Les concepts d'institution et de personne morale finissent donc par être confondus, au risque de perdre leur spécificité. La présentation institutionnelle de la personnalité juridique de l'État que propose O. Beaud pâtit donc de ses fondements théoriques incertains. O. Beaud invoque très souvent les travaux d'Hauriou, mais ne reprend pas la dimension fondamentalement objective de sa théorie de l'institution⁵⁵².

La théorie de l'État d'O. Beaud est donc « ambivalente » sous bien des aspects. Ambivalence tout d'abord eu égard à la théorie classique de l'État, dont elle revendique l'héritage en même temps qu'une profonde réappropriation, tant en ce qui concerne la souveraineté (avec un subjectivisme radical) que la personnalité morale (dont une objectivisation est tentée par le biais de la théorie de l'institution). Une ambivalence ensuite au regard de sa structure même, qui associe

⁵⁵⁰ D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2013, 6^{ème} éd., p. 9.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁵² Même si Hauriou assurait vouloir « renvoyer dos à dos le système du tout au subjectif et celui du tout à l'objectif » (M. Hauriou, « La théorie de l'Institution et de la Fondation. Essai de vitalisme social », [1925], rééd. *Miscellanées Maurice Hauriou*, présentation M. Touzeil-Divina, L'Épitoge, 2013, pp. 147-152 ; voir également J. Schmitz, « Maurice Hauriou et la théorie de l'institution », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 789-800), Duguit a clairement démontré l'objectivisme de la théorie de l'institution de son collègue toulousain : L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *Giard*, 1927, tiré à part, extrait de la RDP 1927.

une théorie subjectiviste et une théorie à ambition objectiviste. Une théorie instable en somme, à l'image de la « dualité inexpugnable »⁵⁵³ de l'État.

§ 2 : La *Théorie de la Fédération*, ou le fédéralisme sans État

Afin de pouvoir répondre à la question de savoir si l'Union européenne est une Fédération et de combler les lacunes de la doctrine juridique française sur le fédéralisme⁵⁵⁴, O. Beaud a proposé une « voie nouvelle »⁵⁵⁵ pour penser le fédéralisme. Ce dernier est analysé à l'aune de la Fédération, présentée comme une forme politique spéciale (A). Comme pour l'État, une approche institutionnelle est mobilisée pour décrire la nature juridique de la Fédération. Celle-ci est en effet envisagée comme une « institution politique » (B).

A/ La Fédération comme forme politique spéciale

Pour O. Beaud, le fédéralisme ne peut être étudié à l'aide des concepts de la théorie générale de l'État. Il faut « sortir la Fédération de l'orbite de l'État » (1) en raison de l'« autonomie du concept de Fédération »⁵⁵⁶ (2).

1/ « Sortir la Fédération de l'orbite de l'État »

Contre le fédéralisme « hamiltonien » ou « politique ». Le point de départ des travaux d'O. Beaud sur le fédéralisme est la conviction selon laquelle le fédéralisme ne peut être décrit par les outils de la théorie de l'État. Il déplore que les études classiques du fédéralisme se soient réduites

⁵⁵³ O. Beaud, « La notion d'État », *op. cit.*, p. 141.

⁵⁵⁴ Il écrit que le fédéralisme constitue « un peu le parent pauvre des études de droit public » : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2^{ème} éd., 2009, p. 2 ; voir également O. Beaud, « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 24, 2004, pp. 165-205.

⁵⁵⁵ Expression reprise de Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1930, p. 231.

⁵⁵⁶ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 30.

à analyser les différences entre la collectivité fédérée et la simple entité décentralisée d'un État unitaire, ou la différence (de nature ou de degré) entre le fédéralisme et la décentralisation. Plus grave, O. Beaud estime que les concepts de la théorie de l'État et le fédéralisme sont antinomiques. Ainsi, le « dilemme de Calhoun »⁵⁵⁷ met en évidence « l'antinomie »⁵⁵⁸ existant entre le concept de souveraineté, élément spécifique de l'État, et le fédéralisme. Plusieurs possibilités existent pour « sortir du dilemme de Calhoun » : 1° si l'on considère que la souveraineté est le critère de l'État et que la souveraineté appartient aux États fédérés, alors l'État fédéral n'est qu'une Confédération d'États (Calhoun, Seydel) ; si cette souveraineté appartient à l'État fédéral, les entités fédérées sont assimilables à de simples provinces décentralisées et l'État fédéral s'apparente à un État unitaire fortement décentralisé ; 2° soit la souveraineté n'est pas le critère de l'État (Laband, Jellinek, Carré de Malberg) ; 3° soit il faut recourir à des « inventions sémantiques »⁵⁵⁹ comme la « souveraineté partagée ». La position d'O. Beaud est claire : la souveraineté reste l'élément spécifique de l'État, et les positions intermédiaires comme la « souveraineté partagée » sont trop instables⁵⁶⁰. Il convient donc, pour sortir du « dilemme de Calhoun », d'« oublier la souveraineté pour repenser le fédéralisme »⁵⁶¹. La souveraineté constitue en effet un « obstacle »⁵⁶² à l'étude du fédéralisme. Non seulement du fait du dilemme de Calhoun, mais également en raison des faux problèmes qu'elle fait apparaître, comme la « dichotomie classique »⁵⁶³ mais toujours obscure entre État fédéral et Confédération d'États ou la distinction entre traité et constitution. En rejetant le prisme étatique, O. Beaud s'oppose au courant que l'on a appelé le fédéralisme « hamiltonien » ou « politique »⁵⁶⁴.

⁵⁵⁷ Voir Chapitre 1.

⁵⁵⁸ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁶⁰ Ce point constitue une différence majeure avec d'autres travaux récents recommandant de sortir l'étude du fédéralisme du prisme étatique. E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, Vol. 294, 2002, a ainsi proposé une « contribution à la théorie de la fédération d'États » à partir d'un point de vue particulier. Le fédéralisme est étudié dans ses « deux dimensions, constitutionnelle et internationale » (p. 116) et surtout, « à partir de l'individu » (p. 149). Le fédéralisme est alors présenté comme « un processus évolutif qui commence à partir du moment où un individu rattaché à un État est atteint directement par une règle extérieure et supérieure à ce dernier » (p. 149). Seulement, E. Zoller s'éloigne de la théorie de la Fédération d'O. Beaud en notant qu'« une fédération d'États ne peut pas être autrement conceptualisée que sur le fondement d'une souveraineté partagée » (p. 113). La fédération est finalement définie comme une « société d'États » (p. 63), souveraine sur la scène internationale mais non sur la scène intérieure.

⁵⁶¹ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 43.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁶⁴ Voir G. Héraud, « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », *APD*, n° 21, 1976, pp. 167-180 ; V. Constantinesco, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en formation*, n° 355, 2010, pp. 41-52 ; sur les idées fédérales

Celui-ci consiste justement à envisager le fédéralisme à l'aune de l'État, et se concrétise donc le plus souvent par des études sur l'État fédéral.

Fédéralisme « intégral ». Le fédéralisme d'O. Beaud n'est pas pour autant un fédéralisme « intégral ». Le fédéralisme dit « intégral » est un autre courant d'analyse du fédéralisme qui non seulement refuse d'étudier le phénomène fédéral à l'aune de la théorie de l'État, mais qui en outre milite contre l'État en tant que structure politique. Le fédéralisme intégral, porté par Proudhon puis plus récemment par le philosophe Alexandre Marc ou les juristes Guy Héraud et Michel Mouskhély⁵⁶⁵, est un « anti-étatisme ». Héraud note ainsi que si le fédéralisme politique « participe de l'État, [...] le fédéralisme intégral tend à le faire disparaître »⁵⁶⁶.

Fédéralisme « a-étatique ». Comme le suggère V. Constantinesco, le fédéralisme selon O. Beaud est bien plus un fédéralisme « a-étatique »⁵⁶⁷. La position est originale, puisqu'elle rejette l'approche étatiste du fédéralisme (fédéralisme politique) tout en refusant de condamner la théorie de l'État en soi (fédéralisme intégral). Il s'agit avant tout de dissocier le fédéralisme de la théorie de l'État. Il écrit ainsi à propos des « concepts antinomiques » de fédéralisme et de souveraineté que « la seule solution qui demeure est de *les séparer, les isoler de façon à ce qu'ils n'entrent pas en contact, tout en reconnaissant, dans leur ordre, leurs mérites* »⁵⁶⁸. Tout le travail d'O. Beaud consiste alors à « libérer la Fédération de l'emprise étatique »⁵⁶⁹ et de « désétatiser le langage fédératif »⁵⁷⁰, afin de pouvoir rendre compte de l'« autonomie du concept de Fédération »⁵⁷¹.

notamment de Hamilton et Madison, voir D. Mongoin, *Le Pari de la Liberté. Etude sur Le Fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012.

⁵⁶⁵ M. Mouskhély, « La théorie du fédéralisme », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, tome I, 1950, pp. 397-414.

⁵⁶⁶ G. Héraud, « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », *op. cit.*, p. 177.

⁵⁶⁷ V. Constantinesco, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *op. cit.*, p. 50.

⁵⁶⁸ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 63 ; cette position est originale ; rappelons que dans la même situation, de très nombreux auteurs, dont Laband, Jellinek, Carré de Malberg ou encore Burdeau, ont préféré sacrifier la souveraineté comme critère de l'État.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 30.

2/ Un concept autonome de Fédération

La Fédération comme *forme politique*. Une fois détachée de l'État, la Fédération peut être envisagée comme une forme politique autonome. O. Beaud utilise des formules variées pour faire référence au « genre »⁵⁷² de la Fédération : « entité politique »⁵⁷³, « "politie" fédérale »⁵⁷⁴, « entité politico-juridique »⁵⁷⁵, « forme politico-juridique »⁵⁷⁶. Ces différentes expressions semblent toutefois pouvoir être regroupées sous celle de « forme politique ». O. Beaud utilise cette formule en remplacement de « forme d'État », dont la connotation stato-centrée est problématique pour une théorie souhaitant bannir les concepts et le langage étatique de l'étude du fédéralisme. La signification est toutefois maintenue, et O. Beaud entend par « forme politique » ce que l'on désigne traditionnellement par « forme d'État ». Il écrit que « le terme "forme politique" désigne la forme territoriale prise par la structure politique »⁵⁷⁷. La Fédération est donc bien une « forme politique », et non une « forme de gouvernement ». Cette expression désigne en effet, là encore classiquement, « la manière dont est distribué l'exercice du pouvoir dans un État, soit entre les différents pouvoirs publics, soit entre les différents types de gouvernants »⁵⁷⁸. O. Beaud maintient donc la distinction entre la « forme politique » (ou « forme d'État) et la « forme de gouvernement », qui ensemble composent ce qu'Eisenmann appelait la « théorie de la forme des collectivités publiques »⁵⁷⁹. Seulement, la Fédération n'est plus considérée comme une espèce du genre État, mais un genre spécifique, concurrent de l'État⁵⁸⁰. En érigeant la Fédération au rang de véritable « forme politique » spécifique, O. Beaud entend rendre compte de « l'unité du fédéralisme »,

⁵⁷² *Ibid.*, p. 92 : « ce qui nous intéresse ici, c'est le genre de la Fédération, et non pas ses espèces ».

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 33 et p. 423.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁷⁷ O. Beaud, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, n°16, 2004, p. 16 ; la « forme politique » renvoie à la « structure politique territoriale », p. 16 ; le même type de définition est retenu dans O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.* : l'expression « forme politique » « désigne, en réalité, la manière dont les pouvoirs centraux et les pouvoirs locaux sont articulés dans un même espace de pouvoir », p. 346.

⁵⁷⁸ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 345 ; il appelle aussi parfois « type de gouvernement » cette problématique, visée en allemand par les expressions « *Regierungsform* » ou « *Staatsform* », et « *forms of government* » dans la doctrine anglo-saxonne.

⁵⁷⁹ Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, cité p. 347.

⁵⁸⁰ On lit même que la Fédération est la « forme opposée » de la « forme étatique », p. 95.

d'ordinaire bafouée par la séparation de « la forme étatique du fédéralisme (État fédéral) de sa forme interétatique (Confédération) »⁵⁸¹.

Structure de la Fédération. O. Beaud concède dans la conclusion de son ouvrage sur le fédéralisme ne pas avoir proposé de critère unique pour identifier la Fédération. En revanche, de nombreux éléments relatifs à sa structure sont avancés. Celle-ci est marquée, selon O. Beaud, par une « construction tripartite de la Fédération »⁵⁸². Après des auteurs comme Hänel, Gierke et Kelsen⁵⁸³, O. Beaud délaisse la conception bipartite du fédéralisme au profit d'une construction identifiant trois éléments structurant toute entité fédérale. Il appelle « fédération » la « puissance publique fédérale », c'est-à-dire « l'ensemble des organes fédéraux »⁵⁸⁴. Afin de ne pas introduire des néologismes trop déstabilisants, les entités fédérées continuent à être appelées « États fédérés » ou « États membres », malgré la volonté de désétatiser le langage fédéral. Enfin, le terme « Fédération » désigne « l'ensemble fédéral », composé de la fédération et des États membres. Cette structure tripartite de la Fédération rend compte des différents principes qui, à défaut d'un critère unique d'identification, permettent de décrire la spécificité du fédéralisme comme forme politique spéciale. Le premier est le « principe de dualité », qui renvoie au dualisme des pouvoirs publics inhérent à toute structure fédérale. O. Beaud écrit ainsi à propos de la Fédération que « cette forme politico-juridique est spécifique par le seul fait que [...] coexistent sur une même étendue spatiale deux instances, l'instance fédérale et *les* instances fédérées ». Ensuite, le « principe de parité fédérative »⁵⁸⁵ désigne les rapports égalitaires existant entre la fédération et les États membres. C'est d'ailleurs un des avantages majeurs de la conception tripartite de la Fédération que de pouvoir invalider l'idée inhérente à la conception classiquement bipartite de la primauté du droit fédéral sur les droits fédérés. Enfin, le « principe de pluralité fédérative »⁵⁸⁶ tend à décrire cette réalité fédérale qui voit coexister une seule fédération mais plusieurs États membres.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 89.

⁵⁸² O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁸³ *Ibid.*, et O. Beaud, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 47-87.

⁵⁸⁴ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁸⁵ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 424 ; voir également O. Beaud, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », *op. cit.* : « La parité fédérative, principe fondamental de toute Fédération ».

⁵⁸⁶ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 424.

Si ces trois⁵⁸⁷ principes permettent de rendre compte de la *structure* particulière de la Fédération⁵⁸⁸, O. Beaud recourt encore une fois à la théorie de l'institution pour préciser la *nature juridique* de la Fédération.

B/ La Fédération comme institution politique

Comme pour l'État, l'approche institutionnelle de la Fédération entretient l'ambiguïté entre les notions d'institution et de personne morale (1). Pourtant, c'est bien la mobilisation de la théorie de l'institution qui permet de définir plus précisément la Fédération au regard de la finalité qu'elle poursuit (2).

1/ Institution ou personne morale ?

Origine contractuelle. O. Beaud montre que la Fédération naît de la volonté d'association exprimée par plusieurs États. La Fédération est donc une « union d'États », plus précisément une « union "librement consentie" entre États »⁵⁸⁹ reposant sur un « pacte fédératif ». Celui-ci constitue donc l'« acte d'autodétermination politique »⁵⁹⁰ par lequel les États souhaitant s'associer expriment une « volonté politique d'émancipation ». Mais si la « *contractualité* » constitue « *un élément déterminant du concept de fédéralisme* »⁵⁹¹, le « modèle contractuel classique »⁵⁹² s'avère inapte à décrire la nature juridique de la Fédération. O. Beaud écrit que ce modèle reposant sur l'identité entre les auteurs du contrat et ses destinataires ne saurait rendre compte correctement de la création par le pacte fédératif de la Fédération, qui apparaît comme un tiers au contrat. Par conséquent, si la Fédération

⁵⁸⁷ O. Beaud précise en note qu'au « principe de pluralité fédérative » pourrait être rajouté celui « d'égalité fédérée », selon lequel « les États membres d'une Fédération sont nécessairement égaux entre eux, d'une égalité probablement différente de l'égalité qui existe entre les États souverains de l'ordre international » : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 424.

⁵⁸⁸ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.* : « aucun de ces traits ne se retrouve dans un État », p. 424.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 129 ; cette présentation du pacte (constitutionnel) fédératif s'inscrit dans la théorie de l'acte constituant développé dans le cadre de la théorie de l'État ; voir déjà C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, [1928], rééd. PUF, 2^{ème} éd., 2013, p. 514.

⁵⁹¹ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 156.

a incontestablement une origine contractuelle, sa nature juridique ne peut être décrite que par la théorie de l'institution.

Nature institutionnelle. O. Beaud avance plusieurs arguments permettant d'expliquer le choix de la notion d'institution au détriment de celle de personnalité morale. Le premier réside dans la très faible utilisation du concept de personnalité morale par la doctrine anglo-saxonne, qu'O. Beaud mobilise avec une certaine fréquence dans ses travaux sur le fédéralisme⁵⁹³. S'il est vrai que la doctrine française se distingue par l'importance encore accordée au concept de personne morale⁵⁹⁴, il ne semble pas du tout évident que la doctrine anglo-saxonne soit plus ouverte à la notion d'institution qu'à la personnalité morale. Le deuxième élément d'explication n'emporte pas davantage la conviction. Le choix de l'institution se justifierait par le débat sans fin sur la personnalité morale ou non de l'État et de la Fédération. On retrouve ici, comme c'est le cas dans le cadre de la théorie de l'État, la volonté d'échapper aux vieilles querelles par définition non résolues sur la personnalité des formes politiques. Toutefois, le choix de la notion d'institution ne résout aucun problème. Il n'est pas moins difficile de justifier la nature institutionnelle plutôt que personnelle des formes politiques. Un troisième argument consiste à justifier l'usage de la notion d'institution par le fait qu'elle seule est à même de rendre compte de « l'ambivalence constitutive de la Fédération entre Union d'États et institution »⁵⁹⁵. Il s'agit alors de montrer que la Fédération est une institution avec une origine contractuelle. Malgré ces éléments en faveur de la notion d'institution, O. Beaud ne semble pas prendre beaucoup de distance avec le concept de personne morale. Ainsi, lorsqu'il s'agit de donner une définition de l'institution, on lit ceci : « bref un sujet de droit disent les privatistes, une personne morale de droit public, disent les publicistes »⁵⁹⁶. Par ailleurs, O. Beaud écrit que « *l'institutionnalisation* de la fédération est de la même nature juridique que la *personnification* juridique des organisations internationales que l'on décrit toujours comme un

⁵⁹³ Notamment les travaux de certains membres de l'École de Leicester, en particulier de Ch. Hughes, M. Forsyth et Fr. Lister : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 2 et 92 ; Th. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Éd. Panthéon-Assas, 2018, utilise également abondamment les travaux de ces auteurs sur le fédéralisme, notamment ceux de M. Forsyth ; O. Beaud note cependant que la littérature américaine a été « d'un apport relativement secondaire », dans la mesure où les juristes américains se sont globalement désintéressés de la théorie du fédéralisme, contrairement à leurs collègues philosophes ou sociologues : p. 3.

⁵⁹⁴ Sur la faible utilisation de la personnalité morale dans la doctrine anglo-saxonne, britannique en particulier, voir not. D. Runciman, *Pluralism and the Personality of the State*, CUP, 1997.

⁵⁹⁵ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, il s'agit du titre de la Partie 2.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 175.

phénomène d'autonomisation de l'ensemble par rapport aux États membres »⁵⁹⁷. Comme dans le cadre de la théorie de l'État, l'utilisation de l'institution plutôt que de la personnalité morale ne repose pas sur des positions théoriques tranchées. En l'espèce, le choix de l'institution semble s'expliquer par les potentialités qu'elle véhicule. Le concept d'institution comporte en effet une forte charge téléologique, qui seule permet de rendre compte du « critère de la fin politique » pour distinguer la Fédération des autres formes politiques.

2/ La finalité politique de la Fédération

Critère finaliste. Définir la Fédération comme une forme politique spéciale, se distinguant par une structure originale et une nature institutionnelle ne permet toutefois pas de la distinguer nettement d'autres structures internationales telles que l'alliance et l'organisation internationale, ou encore de la « "communauté politique" par excellence »⁵⁹⁸ qu'est l'État. O. Beaud note ainsi à propos de la Fédération, de l'alliance et de l'organisation internationale, que « ces trois types de groupements d'États ont le même "squelette" juridique : ce sont des unions d'États nées de manière conventionnelle, et qui se sont institutionnalisées une fois formées »⁵⁹⁹. Ce n'est donc que l'introduction d'un critère finaliste qui permet, selon O. Beaud, de distinguer ces différentes structures politico-juridiques. Trois critères sont avancés pour distinguer la Fédération de l'alliance. Le premier est relatif à la nature juridique, puisque contrairement à l'alliance, la Fédération aurait toujours une forme institutionnalisée. Le second critère concerne le statut des membres, qui demeurent des États souverains dans le cadre de l'alliance, mais deviennent des États membres non souverains « au sens strict du terme »⁶⁰⁰. Le critère finaliste intervient ensuite pour préciser la distinction. Ainsi, le but de la Fédération est considéré comme durable, alors que l'alliance s'inscrit dans un projet de court terme⁶⁰¹. Le critère finaliste est également mobilisé pour préciser la

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 179, nous soulignons.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 108.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 261.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 266.

⁶⁰¹ L'alliance est « volatile, instable » puisqu'elle ne poursuit qu'un but sécuritaire, par définition dépendant de la « conjoncture politique », alors que le but politique de la Fédération est conçu comme nécessairement durable : voir p. 264-265.

distinction entre la Fédération et l'organisation internationale⁶⁰². Alors que la Fédération est une « *union des États et des peuples* »⁶⁰³, l'organisation internationale ne peut être qu'une union d'États. Le critère de la fin politique est donc ici encore central : « la distinction entre la Fédération et l'organisation internationale correspond à la différence de visée : une Fédération a pour objet et pour but d'unir des États entre eux, alors que toute organisation internationale a simplement pour objet d'améliorer leur coopération, sans prétendre les unir dans une nouvelle entité politique »⁶⁰⁴. C'est donc bien une *finalité politique* qui caractérise la Fédération et qui fait défaut tant à l'alliance qu'à l'organisation internationale. En revanche, le critère de la fin politique doit être précisé afin de distinguer la Fédération de l'État, structure politique dont la finalité politique est hors de doute. O. Beaud en arrive alors à la conclusion que la Fédération se caractérise par l'existence d'une « double fin ». La fin politique de la Fédération associe fin particulariste et fin commune, là où l'État, qui « vise à garantir la sécurité et le bonheur de ses citoyens », ne reconnaît qu'une fin commune.

Le double *telos* de la Fédération. La « fin commune » est censée refléter l'intérêt que les États membres ont dans la construction fédérale. Pour les Fédérations émergentes du XIX^e siècle qu'étudie principalement O. Beaud⁶⁰⁵, les enjeux de sécurité extérieure et de sûreté intérieure sont déterminants dans la volonté des États membres de renforcer la Fédération. Il en va de même pour la recherche de la « prospérité » économique. La Fédération est alors considérée comme un cadre politique permettant l'accroissement de la richesse économique de ses membres⁶⁰⁶. Mais si les États membres ressentent un intérêt tant sécuritaire qu'économique à la création d'une Fédération, ils souhaitent demeurer des « entités politiques » en maintenant une certaine « autonomie relative »⁶⁰⁷. On retrouve ici le « principe d'autonomie constitutionnelle des unités fédérées », au centre de la plupart des théories fédérales, ainsi que la question de sa protection juridique. Certaines

⁶⁰² O. Beaud écrit ne pas consacrer autant de place à cette distinction car les Fédérations qu'il étudie se situent principalement au XIX^e siècle, époque à laquelle il n'existe encore que très peu d'organisations internationales. Cela pourrait surprendre pour un travail théorique ayant pour objectif de qualifier l'Union européenne, mais s'explique par la volonté d'O. Beaud de se concentrer sur le processus d'émergence des Fédérations.

⁶⁰³ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁰⁵ Principalement les États-Unis, la Suisse et l'Allemagne.

⁶⁰⁶ Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 318 : « ambiguïté constitutive du but », puisque le bien-être général peut concerner aussi bien les États membres que les individus eux-mêmes.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 321.

constitutions consacrent en effet « l'intangibilité du principe fédéral »⁶⁰⁸. Ainsi, l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale allemande interdit la suppression de la structure fédérale de l'Allemagne⁶⁰⁹. Cette structure fédérale est donc protégée d'une atteinte provenant d'une simple révision constitutionnelle. Elle fait partie des éléments qui ne peuvent être modifiés que par l'intervention du pouvoir constituant. On se souvient que Schmitt rangeait parmi les « décisions politiques fondamentales » le choix de la structure fédérale de l'unité politique⁶¹⁰. Duguit considérait également que la seule « différence de fait » entre le fédéralisme et la décentralisation résidait dans l'existence, dans un système fédéral, d'une « obligation juridiquement prise par les gouvernants de maintenir dans une circonscription donnée la compétence ou du moins l'existence d'agents décentralisés »⁶¹¹. Selon O. Beaud, cette protection constitutionnelle de l'autonomie relative des États fédérés fait partie de « l'esprit fédéral »⁶¹² et condamne toute assimilation entre fédéralisme et décentralisation.

La Fédération se caractérise donc par « la nature contradictoire »⁶¹³ de son *telos*. La fin commune, qui témoigne de la volonté des États membres de s'ouvrir aux autres, tranche avec la fin particulariste, reflétant le repli sur soi des États membres. Cet « entre-deux » est d'après O. Beaud inhérent à la Fédération, qui a pour spécificité d'être « ni une unification totale, ni une indépendance totale »⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 322.

⁶⁰⁹ Cette disposition prévoit en effet que « toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite »

⁶¹⁰ Voir *supra*.

⁶¹¹ L. Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, [1902], rééd. Dalloz, 2005, p. 770 ; voir Chapitre 1.

⁶¹² O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 326.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 273.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 281.

§ 3 : Vers une théorie de l'Empire

La « théorie constitutionnelle des formes politiques » d'O. Beaud ne comporte pas encore de théorie de l'Empire aussi élaborée que celles relatives à l'État ou la Fédération. Toutefois, cette autre forme politique originale (A) a reçu de premiers « éléments de définition »⁶¹⁵ (B).

A/ Une autre forme politique originale

L'Empire est relativement absent du discours juridique, de sorte que le recours à ce concept peut surprendre de prime abord (1). L'Empire a en revanche toute sa place en tant que nouvelle figure de la « théorie constitutionnelle des formes politiques » (2).

1/ Pourquoi l'Empire ?

Une forme politique disparue. E. Jouannet a clairement mis en évidence la disparition du concept d'Empire comme forme politico-juridique du discours juridique occidental⁶¹⁶. En tant qu'entité politique marquée par « la tension vers l'universalité et celui de la domination personnalisée d'un seul au profit d'un centre hiérarchisé et d'une périphérie dominée, avec le plus souvent un fondement divin et un accroissement considérable de territoire »⁶¹⁷, l'Empire aurait en effet été éclipsé par la figure de l'État. E. Jouannet note que « le concept d'empire comme signifiant une forme politico-juridique spécifique disparaît quasiment de la littérature juridique européenne aux alentours du XVII^e siècle », lorsqu'il est remplacé par le « concept juridico-politique d'État »⁶¹⁸. La pensée juridique européenne est alors marquée par l'École du droit de la nature et des gens, qui aboutit au droit international classique, reposant sur la personnalité souveraine de l'État⁶¹⁹. Comme

⁶¹⁵ O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

⁶¹⁶ Voir E. Jouannet, « La disparition du concept d'Empire », *Jus Politicum*, n°14, 2015 : l'auteur présente l'Empire comme une « forme politico-juridique qui a disparu », p. 1.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 18 ; E. Jouannet précise qu'il s'agit d'une définition « stipulative », « qui pourra être elle-même contestée » (p. 18), mais qui « concentre en elle ce qui faisait le cœur des expériences historiques des anciens empires ».

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁶¹⁹ Voir *supra*.

le souligne E. Jouannet, « la théorisation interne de l'État souverain s'est implicitement élaborée contre la notion ancienne d'empire ». Avec l'émergence de la figure de l'État moderne, disparaît donc celle de l'Empire comme forme politique ancienne. Mais ce qui disparaît alors avec la réorientation de la pensée juridique et l'évolution des structures politico-juridiques, c'est *un certain* concept d'Empire. Malgré la connotation désuète du mot *Empire*, de nouveaux concepts sont proposés, contribuant ainsi à une certaine actualité de l'Empire.

Une forme politique d'actualité. Pour O. Beaud, l'Empire est à la fois « à la mode » dans un certain nombre de disciplines, comme les relations internationales, et « d'actualité »⁶²⁰, comme en attesterait par exemple l'annexion de la Crimée par la Russie en 2014. Par ailleurs, D. Baranger utilise un concept d'Empire pour décrire la forme juridique du Royaume-Uni⁶²¹. Il estime en effet que les concepts d'État unitaire ou d'État fédéral sont inaptes à décrire correctement le système britannique : « la Grande-Bretagne est avant tout un *Empire* »⁶²², dans la mesure où « l'élément impérial » est « une des lois de construction du Royaume-Uni »⁶²³. En outre, l'Empire est parfois utilisé pour décrire l'Union européenne. Pour V. Constantinesco, il y a ainsi « plus d'une analogie entre la forme impériale et l'Union européenne »⁶²⁴. O. Beaud s'inscrit donc dans une certaine actualité doctrinale lorsqu'il érige l'Empire comme une nouvelle figure de sa « théorie constitutionnelle des formes politiques ».

⁶²⁰ O. Beaud, « Propos introductifs », *Jus Politicum*, n°14, Peut-on penser juridiquement l'Empire comme forme politique ?, 2015.

⁶²¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008, pp. 269 et s.

⁶²² D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 54.

⁶²³ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008, p. 284 ; pour une approche impériale du Royaume-Uni et surtout de la « Constitution britannique », voir désormais Th. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Éd. Panthéon-Assas, 2018 ; dans cette thèse pourtant proche des idées constitutionnelles d'O. Beaud, la distinction entre Empire et Fédération n'est pas nécessairement très claire : « On peut donc, dans l'histoire *impériale* britannique, identifier un "moment" *fédératif*, après l'*Empire unitaire* et avant l'association très souple d'*États souverains* qu'est le Commonwealth moderne », p. 422, nous soulignons.

⁶²⁴ V. Constantinesco, « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *op. cit.*, p. 43.

2/ L'Empire comme nouvelle figure de la « théorie constitutionnelle des formes politiques »

Sortir l'Empire de l'orbite de l'État. Le raisonnement d'O. Beaud sur l'Empire est similaire à celui ayant mené à la théorie de la Fédération. La première étape consiste à démontrer que la doctrine publiciste « interniste »⁶²⁵ a négligé d'étudier le « fait impérial »⁶²⁶. O. Beaud utilise pour ce faire l'exemple du traitement réservé par la doctrine à l'impérialisme français, qui prit la forme du colonialisme. Il montre ainsi que l'existence d'un empire colonial français n'a pas déteint sur la pensée juridique française. Des auteurs comme Esmein ou Carré de Malberg n'ont tout simplement pas pris en compte le colonialisme dans leurs constructions doctrinales. L'œuvre de Duguit en revanche témoigne d'une « instrumentalisation du phénomène impérial », dans la mesure où le doyen bordelais invoque le « fait colonial pour réfuter la théorie de l'État-nation »⁶²⁷. C'est donc seulement « par ricochet »⁶²⁸ que Duguit fait référence à l'impérialisme colonial, au détour d'une remise en cause des théories de l'État-nation ou de l'État-souverain, que ce soit pour critiquer la théorie selon laquelle tout État ne saurait avoir qu'une seule Nation ou pour montrer les limites de la théorie de l'indivisibilité et l'inaliénabilité de la souveraineté. Pour O. Beaud la cause est entendue : le prisme de l'État « barre l'accès » à la réalité impériale. La science constitutionnelle que met en place la doctrine de la III^e République est en même temps une théorie générale de l'État. Cette approche empêche la plupart des publicistes d'envisager l'Empire, et condamne la minorité d'auteurs ayant fait l'effort de penser l'impérialisme⁶²⁹ à proposer « une lecture "unitaire" de l'empire colonial »⁶³⁰. Même si certains auteurs ont pu s'illustrer en proposant de « riches intuitions »⁶³¹ sur l'Empire, l'utilisation des concepts de la théorie générale de l'État,

⁶²⁵ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 4.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 28 et 45.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 16.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁶²⁹ Qu'O. Beaud appelle la « doctrine publiciste coloniale » : voir O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*

⁶³⁰ C'est notamment le cas pour Rolland et Lampué.

⁶³¹ En particulier Hauriou et Barthélémy ; contrairement à Esmein, Carré de Malberg et Duguit, Hauriou a proposé des éléments d'une théorie de l'Empire (« Hauriou saisit parfaitement la structure de la construction de l'Empire en tant que forme politique : la différence entre la métropole et les colonies », p. 36) ; mais pas une véritable théorie complète, puisque « ce que Maurice Hauriou n'a ni perçu, ni médité, à l'instar de Léon Duguit, *c'est l'Empire comme un Tout*, c'est-à-dire comme

qu'O. Beaud perçoit comme une théorie de l'État unitaire⁶³², rend la découverte de la spécificité de la forme impériale impossible. Il convient donc, comme pour la Fédération, de sortir l'Empire de l'orbite de l'État, et de proposer une théorie spécifique pour une « forme politique atypique »⁶³³.

Une « forme politique atypique ». Il ressort de plusieurs des travaux d'O. Beaud sur l'Empire une forme d'incertitude sur le statut de cette entité politico-juridique. Il salue la « géniale intuition » qu'a eu Barthélémy en proposant le concept d'« État impérial »⁶³⁴ dans la deuxième édition de son *Traité*⁶³⁵. Le concept est forgé dans les années 1930⁶³⁶ pour s'appliquer aux empires coloniaux français et britannique. L'« État impérial » est caractérisé par la domination de la métropole sur les colonies, et la distinction entre une constitution métropolitaine libérale et une constitution coloniale autoritaire⁶³⁷. O. Beaud termine un autre article de 2015 sur l'Empire par une « interrogation »⁶³⁸, qui consiste à se demander si l'Empire doit être pensé comme une « nouvelle forme politique » ou une « nouvelle forme d'État ». Cette interrogation laisse songeur. On se souvient en effet qu'O. Beaud définit dans d'autres travaux la notion de forme politique en référence à celle plus classique de « forme d'État ». Les deux expressions renvoient toutes deux au problème de la structure territoriale d'une unité politique, la première ne bénéficiant de la préférence d'O. Beaud qu'en raison de sa tonalité moins stato-centrée. Par ailleurs, de multiples éléments permettent de montrer que les premiers travaux d'O. Beaud sur l'Empire tendent à considérer ce dernier comme une véritable forme politique spécifique, et non une nouvelle forme d'État, à côté de l'État unitaire et de l'État fédéral. Comme pour la Fédération, O. Beaud prend

l'ensemble constitué par la métropole et les colonies », p. 45. R. de Marans et L. Polier, élèves d'Hauriou, ont d'ailleurs proposé d'intéressants éléments pour une théorie de l'Empire à partir des travaux de leur maître ; l'Empire y est présenté comme une des formes des « Sociétés d'États hiérarchisés » : voir R. de Marans et L. Polier, « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *Bulletin de l'Université de Toulouse, série B*, n°1, 1902, pp. 4-72.

⁶³² O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*, p. 45.

⁶³³ *Ibid.*, p. 32.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁶³⁵ J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2004.

⁶³⁶ Le concept n'apparaît qu'avec l'édition de 1933 du *Traité*, le « fait colonial » n'étant que « discrètement évoqué dans la première édition du *Traité* » : O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*, p. 46.

⁶³⁷ Voir O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 23.

soin de distinguer l'Empire comme forme politique de l'Empire comme forme de gouvernement. Les deux Napoléon auraient ainsi été à la tête d'un État unitaire dont le gouvernement avait une forme impériale⁶³⁹. De nombreux indices tendent par ailleurs à montrer que dans les travaux d'O. Beaud sur l'Empire, ce dernier est considéré de préférence comme une forme politique spéciale. Il précise ainsi vouloir maintenir la majuscule à l'Empire dans la mesure où les « deux autres formes politiques que sont l'État et la Fédération »⁶⁴⁰ en ont également une. En outre, c'est bien l'« hypothèse d'une autonomie de la forme impériale »⁶⁴¹ par rapport à l'État qu'O. Beaud souhaite « éprouver » dans un de ses travaux sur l'Empire. Par conséquent, la relative incertitude autour du statut de l'Empire semble devoir se régler en faveur de l'Empire comme forme politique originale. Ce dont attestent les premiers « éléments de définition d'un Empire ».

B/ Éléments de définition d'un Empire

De premiers éléments de définition de l'Empire sont avancés, notamment pour le différencier des autres formes politiques. La différence profonde avec la Fédération réside dans la *domination* inhérente à l'Empire (1). C'est en outre le *pluralisme* de l'Empire qui permet de le distinguer de l'État (2).

1/ Une « union coercitive d'États »

Proximité avec la Fédération. Il ressort des travaux d'O. Beaud que l'Empire est probablement plus proche de la Fédération que de l'État. Comme la Fédération, l'Empire est en effet une « unio[n] de groupements politiques »⁶⁴², voire même une « union d'États ». Seulement,

⁶³⁹ Voir O. Beaud, « Propos introductifs », *op. cit.* ; l'empire est alors un « régime politique » de domination d'un homme ou d'une femme.

⁶⁴⁰ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*, p. 1 ; en revanche, une minuscule est utilisée pour décrire les « entités empiriques » comme l'empire colonial français ou anglais.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 8.

⁶⁴² O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, p. 16 ; voir également la « structure triangulaire » (p. 16) : Centre, périphérie, individus, que l'Empire et la Fédération auraient en commun.

la différence majeure entre les formes fédérale et impériale réside dans la dimension coercitive de l'Empire.

Domination. On se souvient que l'origine conventionnelle et la liberté d'association des États membres est fondamentale dans la définition de la Fédération. Des notions aussi déterminantes pour la Fédération que le « pacte fédératif » ou la « parité fédérative »⁶⁴³ sont indissociables de la volonté des États membres de s'associer, afin de poursuivre la fin commune et la fin particulariste de la Fédération. Cette volonté fait défaut dans l'Empire, qui se conçoit bien au contraire comme un phénomène de domination. O. Beaud note que « la Fédération est une union libre d'États alors que l'Empire est une union coercitive d'États »⁶⁴⁴. Le « concept d'Empire » est même parfois présenté comme « parfaite antithèse de la Fédération car il témoigne d'un type d'union d'États qui n'est pas fondé sur la liberté, mais sur la contrainte »⁶⁴⁵. On retrouve ce même critère de la domination, de la coercition ou de la contrainte dans d'autres travaux contemporains menés par des juristes sur l'Empire. Lorsque D. Baranger décrit la forme impériale du Royaume-Uni, il donne la définition suivante de l'Empire : « un corps politique constitué par un processus conduisant une entité "centrale" à étendre son pouvoir sur des territoires toujours plus larges (en vérité, sans limites) *par voie de contrainte* »⁶⁴⁶. La domination est également centrale dans la définition que donne E. Jouannet du concept ancien (car supplanté par le concept moderne d'État) d'Empire⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Voir O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, pp. 16 et s. et O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁴⁴ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 107 ; on lit également plus loin qu'en l'absence de consentement, « on tombe dans le pseudo-fédéralisme, dans l'union de type impérial », p. 118.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 129.

⁶⁴⁶ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 269, nous soulignons.

⁶⁴⁷ Voir *supra*.

2/ Le « dualisme de l'Empire »

L'État a pour O. Beaud une structure « tendanciellement unitaire » à laquelle est « tendanciellement contraire »⁶⁴⁸ le dualisme de l'Empire. Ce dualisme recouvre différents aspects.

Dualisme hiérarchisé. L'Empire (colonial) est construit sur la distinction entre le Centre (la métropole) et la périphérie (les colonies). Ce dualisme structurel est un « dualisme hiérarchisé »⁶⁴⁹, dans la mesure où la métropole exerce une domination sur la périphérie. La structure duale et hiérarchisée de l'Empire reflète donc la dimension coercitive qui la caractérise. O. Beaud note que même s'il n'a pas su penser « *l'Empire comme un Tout*, c'est-à-dire comme l'ensemble constitué par la métropole et les colonies », Hauriou s'est distingué de ses pairs en percevant « l'originalité impériale »⁶⁵⁰ résidant dans le dualisme hiérarchisé. On retrouve également cet aspect dans la notion d'« État impérial » proposée par Barthélémy. Parmi les critères qu'O. Beaud réunit pour pallier l'absence de définition donnée par l'auteur lui-même, figure la « structure complexe et hiérarchiquement duale de toute forme impériale »⁶⁵¹.

Dualisme constitutionnel. Le dualisme de l'Empire se prolongerait ensuite au niveau constitutionnel. Si l'intuition ayant mené Barthélémy à la notion d'État impérial est « fulgurante »⁶⁵², c'est notamment parce qu'elle lui a fait voir la « *dualité de la constitution* »⁶⁵³ au sein de l'État impérial. La forme impériale se caractériserait en effet par la distinction entre une constitution s'appliquant uniquement en métropole et un embryon de constitution coloniale s'appliquant en périphérie. Le libéralisme de la constitution métropolitaine s'opposerait également à l'autoritarisme de la constitution coloniale.

⁶⁴⁸ O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴⁹ O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pp. 32 et s.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

⁶⁵² *Ibid.*, p. 51.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 50.

Dualisme législatif. L'existence du principe de spécialité législative dans les colonies ainsi que la présence de mécanismes tels que la double promulgation⁶⁵⁴ met en évidence, selon O. Beaud, que « l'empire colonial est pluraliste, juridiquement parlant, et non pas unitaire ou "unitariste" »⁶⁵⁵, comme avait pu le penser la majorité de la doctrine publiciste, aveuglée par la théorie de l'État unitaire. Cette doctrine aurait ainsi manifesté sa « cécité impériale »⁶⁵⁶ en ne voyant pas que le droit positif lui-même invalidait directement la présentation unitaire de l'État français.

Dualisme territorial. Contrairement à l'État, qui en vertu de la théorie des « trois critères canoniques »⁶⁵⁷ possède un seul territoire, l'Empire est marqué par un dualisme territorial. Celui-ci « repose sur la coexistence de deux entités : la métropole d'un côté et les colonies de l'autre »⁶⁵⁸.

Dualité de la population. O. Beaud écrit que « la spécificité de la forme impériale [...] est non seulement d'avoir deux territoires, mais aussi deux types de populations »⁶⁵⁹. À l'instar de la distinction entre le territoire métropolitain et le territoire colonial, il convient de différencier au sein de l'Empire la population métropolitaine (les citoyens, ou gouvernés) et la population coloniale (les « indigènes »⁶⁶⁰).

La théorie constitutionnelle des formes politiques d'O. Beaud se distingue donc par sa richesse et son originalité. Son principal intérêt réside cependant dans le fait qu'elle constitue une application au problème des formes politiques d'une approche théorique du droit et de l'État qu'il convient désormais d'identifier.

⁶⁵⁴ En vertu du principe de spécialité législative, les lois adoptées par le Parlement français ne s'appliquent dans les colonies que lorsque cela est prévue expressément. La double promulgation vise la promulgation des lois applicables dans les colonies non seulement par le président de la République, mais encore par les gouverneurs des colonies concernées : voir pp. 67 et s.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 106.

⁶⁵⁸ O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁶⁰ O. Beaud reproche à Duguit non pas d'avoir montré que l'analyse du phénomène impérial invalidait la théorie classique de l'État-nation (les colonies ne font pas partie de la Nation, comment peuvent-elles faire partie de l'État ?), mais d'avoir proposé une théorie alternative (l'État comme distinction entre gouvernants et gouvernés) qui ne rend pas compte de la distinction entre citoyens et indigènes dans l'Empire, ces derniers ne pouvant être considérés comme de simples gouvernés : voir O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, p. 15.

Section 2 : Les fondements de l'approche idéaliste des formes politiques

La théorie constitutionnelle des formes politiques d'O. Beaud peut en effet être analysée comme la concrétisation en matière de formes politiques d'une certaine *approche théorique*. Celle-ci est souvent appelée « l'approche du droit politique »⁶⁶¹, en raison de l'ouverture à la politique prônée par ses adeptes. Sans remettre en cause cet aspect, cette approche sera ici qualifiée d'*idéaliste* – sans aucune connotation péjorative. L'ouverture à la politique semble en effet n'être qu'une facette d'une approche qui se veut « matérielle » du droit public (§ 1) et qui se construit en opposition au positivisme « rigoureux » (§ 2).

§ 1 : Une conception « matérielle » du droit public

La théorie constitutionnelle des formes politiques présentée ci-dessus, développée principalement par O. Beaud mais à laquelle de nombreux publicistes peuvent être rattachés, s'inscrit clairement dans une conception « matérielle »⁶⁶² du droit public, qui se caractérise par une certaine conception de l'objet (A) et de la méthode (B) du droit public.

A/ L'objet du droit public

Les tenants de l'approche idéaliste du droit public considèrent que l'objet du droit public recouvre, outre les normes juridiques, la politique (1) et l'histoire (2).

⁶⁶¹ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 419 notamment ; voir également cette thèse pour une reconstruction de l'approche du droit politique à partir d'une théorie de la constitution (développée notamment par O. Beaud et D. Baranger).

⁶⁶² Parmi de très nombreuses références, voir not. O. Beaud, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 149-171 : contre la lecture kelsénienne de la séparation des pouvoirs et de Montesquieu, l'auteur propose une lecture « matérielle » à partir d'Hauriou ; O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 132.

1/ La politique

Le pouvoir. Le lien indissociable dressé entre le droit et la politique est sans doute l'aspect le plus connu de l'approche souvent appelée à juste titre « approche du droit politique ». Les auteurs contemporains réputés les plus proches de ce courant ont ainsi créé en 2008 la bien nommée revue *Jus Politicum*, présentée comme une « revue de droit politique ». Ces auteurs véhiculent une « *conception politisée du droit constitutionnel* »⁶⁶³, pour laquelle il est évident que le droit public est un droit politique⁶⁶⁴. Il n'est toutefois pas toujours très clair ce que signifie le caractère « politique » du droit constitutionnel, voire du droit public. Le discours produit par les tenants du droit politique n'est en effet pas nécessairement politique au sens où il serait prescriptif⁶⁶⁵. Le caractère politique de cette approche originale du droit est donc surtout et dans un premier temps relatif à l'objet du droit public. Cet objet est politique en ce qu'il dépasse largement le seul droit positif. Il ne saurait se limiter aux normes juridiques en vigueur, mais s'étend au *pouvoir*⁶⁶⁶. En droit constitutionnel cela se concrétise par un rejet déterminé de l'approche contentieuse de la discipline⁶⁶⁷, présentée comme ultra dominante depuis les années 1980⁶⁶⁸. Il s'agit bien au contraire de renouer avec le « constitutionnalisme classique »⁶⁶⁹, dont le droit politique revendique l'héritage. La « pensée de droit politique » est donc avant tout une œuvre de « restauration » d'une approche traditionnelle du droit constitutionnel, que l'on peut qualifier d'« institutionnelle »⁶⁷⁰. Il s'agit alors pour le juriste d'« appréhender le phénomène politique dans toute sa complexité, même et surtout

⁶⁶³ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁶⁴ Voir O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.* : « droit public, autrement dit le droit politique », p. 27.

⁶⁶⁵ Voir *infra*, sur le statut de la science juridique ; voir également E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.* : l'auteur montre que le discours des tenants de « l'approche du droit politique » repose sur un « présupposé méthodologique positiviste » dans le sens où il ne serait pas prescriptif. Pour E. Bottini, ces auteurs ont abandonné le positivisme comme théorie du droit, mais non comme épistémologie : voir p. 477.

⁶⁶⁶ Voir D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, *op. cit.*, dont la première partie s'intitule justement « le pouvoir » ; voir également D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2010 : « en renonçant à se donner le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même ».

⁶⁶⁷ Voir A. Viala, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *RDP*, n° 4, 2016.

⁶⁶⁸ Voir E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 438 et s.

⁶⁶⁹ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus Politicum*, n°18, 2017, p. 388.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, voir pp. 388 et s. ; cette approche « institutionnelle » n'a toutefois rien à voir avec la théorie institutionnelle du droit développée notamment par Hauriou.

s'il sort du cadre normatif»⁶⁷¹. La mission du constitutionnaliste n'est donc pas seulement de décrire le droit en vigueur, mais de rendre compte de la façon dont le pouvoir politique est exercé *réellement*. L'objet du constitutionnaliste relève dès lors du factuel⁶⁷², et son office est de veiller à la limitation du pouvoir par le droit. Les travaux d'O. Beaud sur la notion de constitution s'inscrivent clairement dans une telle conception politique du droit constitutionnel⁶⁷³. Il semblerait en revanche que les écrits portant sur les formes politiques soient rattachables à cette approche politique du droit par l'utilisation intense non pas de « faits politiques »⁶⁷⁴, mais d'idées politiques.

Idées politiques. Ce n'est pas l'analyse du pouvoir qui permet à O. Beaud d'établir une théorie constitutionnelle des formes politiques, mais l'association à la dogmatique juridique d'idées et de théories politiques⁶⁷⁵. La théorie de l'État d'O. Beaud est ainsi surtout une théorie de la souveraineté. Celle-ci est analysée comme la monopolisation du droit positif jusqu'à la « révolution démocratique », à partir de laquelle la souveraineté prend la forme du pouvoir constituant appartenant au peuple. Cette théorie de la souveraineté est donc directement fondée sur une certaine théorie de la démocratie, selon laquelle il revient au peuple et à lui seul de prendre les décisions fondamentales de la vie en société. Dès lors, la politique est indirectement au fondement même de la théorie de l'État d'O. Beaud, en ce qu'elle lui permet d'utiliser des théories politiques pour élaborer une théorie de la souveraineté qui sera au fondement d'une théorie juridico-politique de l'État. Un raisonnement similaire est à l'œuvre pour la théorie de la Fédération. O. Beaud revendique en effet une « approche politique »⁶⁷⁶ pour décrire un « corps politique complexe »⁶⁷⁷

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 389. Sur ces questions, voir D. Baranger, « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

⁶⁷² O. Beaud considère qu'étudier le droit positif, c'est étudier des « faits » : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁷³ Voir not. O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 257-266 ; O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, 2010 ; voir également E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 444 et s.

⁶⁷⁴ Expression utilisée dans O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 15 : il est reproché, notamment à Ch. Durand et L. Le Fur, une description du fédéralisme « que l'on qualifiera de *désincarnée* au sens de *coupée des faits politiques et de la réalité constitutionnelle* ».

⁶⁷⁵ Pour « théoriser le matériel d'histoire comparée », O. Beaud annonce au début de son ouvrage sur la Fédération vouloir utiliser « deux moyens complémentaires : les ressources de la pensée politique et de la dogmatique juridique » : O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁷⁶ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 262.

et donner une « définition politique du fédéralisme »⁶⁷⁸. Sa théorie de la Fédération résulte donc de la tentative de « relier ensemble l'idée politique du fédéralisme et la structuration juridique de la Fédération »⁶⁷⁹. Ainsi découle de « l'idée politique du fédéralisme » le critère de l'origine contractuelle de la Fédération. Celle-ci est censée témoigner de la libre volonté d'États souverains de se réunir, contrairement au regroupement forcé que constitue la forme impériale. Par ailleurs, on se souvient que c'est le critère de la « fin politique » qui permet en dernière analyse de donner la spécificité de la Fédération. Il s'agirait en effet de la seule forme politique animée par une finalité double et contradictoire, la fin commune et la fin particulariste de la Fédération. La théorie de la Fédération d'O. Beaud est donc, comme sa théorie de l'État, une association de concepts juridiques et de théories ou idées politiques, ces dernières étant d'ailleurs déterminantes pour livrer la spécificité de la Fédération. Ainsi, la théorie constitutionnelle des formes politiques d'O. Beaud s'insère directement dans cette approche du droit politique, qui non seulement étend l'objet du droit constitutionnel au pouvoir, mais permet au juriste de puiser dans le très important fonds de théories politiques pour élaborer sa propre théorie politico-juridique. On lit ainsi sous la plume de D. Baranger qu'« écarter la pensée des juristes ou celle des penseurs politiques est de ce point de vue une erreur de méthode », et que c'est « le sens d'une étude de droit politique que de restaurer, en tant que de besoin, les liens qui unissent tous ces discours »⁶⁸⁰.

2/ L'histoire

« Une approche historique de la science du droit constitutionnel ». L'approche du droit politique ne se conçoit pas sans le recours à l'histoire. Dans la mesure où le pouvoir est l'objet du droit constitutionnel, l'histoire constitue un matériau indispensable au juriste pour la bonne compréhension de son objet. Un important article de D. Baranger permet de comprendre les ressorts historiques du droit constitutionnel tel qu'envisagé par l'école du droit politique⁶⁸¹,

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 204.

⁶⁷⁹ *Ibid.* p. 33.

⁶⁸⁰ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁸¹ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *op. cit.* ; pour un plaidoyer en faveur de « l'histoire intellectuelle » et « l'histoire des idées », voir D. Baranger, *Penser la loi*, Gallimard, 2018.

d'identifier donc ce que l'on a pu appeler une « approche historique de la science du droit constitutionnel »⁶⁸². On y retrouve l'idée que « le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique »⁶⁸³. Or cet objet *pouvoir* « ne se saisit qu'historiquement »⁶⁸⁴. L'histoire est indispensable à la *compréhension* du droit constitutionnel comme droit politique, donc comme droit de la limitation du pouvoir politique. Dès lors, la théorie du droit constitutionnel n'a « rien à faire de plus urgent que de l'histoire »⁶⁸⁵. Cette histoire prend pour D. Baranger la forme d'une histoire constitutionnelle, laquelle a pour objet « la constitution pensée comme devenir »⁶⁸⁶. Les « matériaux constitutifs » de l'histoire constitutionnelle sont des « éléments hétérogènes », à savoir « des *représentations, des faits et des règles (ou formes de normativité)* »⁶⁸⁷. Le droit constitutionnel apparaît alors comme un ensemble de « condensés de représentations, de faits, de formes de normativité »⁶⁸⁸. Il revient au constitutionnaliste de défaire ces nœuds intellectuels, de « désarticuler » et de décomposer les « constructions »⁶⁸⁹ qui ensemble font le droit constitutionnel. Cette opération « rétrograde », en ce sens où elle « prend ce que lui donne son époque, et, revenant en arrière, elle en extrait les différentes composantes, marquées chacune de signes temporels variés », est structurellement « analytique »⁶⁹⁰. Elle est toutefois en même temps fondamentalement historique, puisque « c'est l'histoire, et aucune autre source extérieure à elle, qui nous livre les matériaux même du travail analytique »⁶⁹¹. Cette affirmation est lourde de sens. Le droit politique véhicule une « approche historique de la science du droit constitutionnel » puisque les objets du droit constitutionnel sont des « *produits de l'histoire* »⁶⁹². C'est pour cette raison que pèse sur le droit constitutionnel « un impératif d'histoire, un devoir épistémologique de faire de l'histoire ». Dès lors, l'étude des dénominations en droit constitutionnel prend nécessairement la forme d'une

⁶⁸² E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁸³ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 1.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 491, à propos notamment de la souveraineté ; nous soulignons.

« histoire des dénominations »⁶⁹³ et l'histoire des concepts prend les traits d'un « *savoir de l'apparition* »⁶⁹⁴. Bien plus qu'une « approche historique de la science du droit constitutionnel », D. Baranger semble donc proposer une science historique du droit constitutionnel⁶⁹⁵.

Les formes politiques comme « produits de l'histoire ». Comme pour l'ouverture à la politique, la théorie des formes politiques d'O. Beaud s'inscrit dans l'ouverture à l'histoire qui caractérise la conception matérielle du droit public. Lorsqu'il s'agit de déjouer les procès en jusnaturalisme, O. Beaud note que « la souveraineté de la nation, et encore moins la souveraineté de l'État ne sont pas des principes de droit naturel. Ce sont des *produits de l'histoire* et de la volonté humaine et qui, en tant que tels, sont contingents »⁶⁹⁶. L'approche politique qui caractérise donc cette conception matérielle du droit public est en même temps une approche historique. On lit que la « puissance publique » (souveraineté de l'État) est le « présupposé évident » de la constitution, « non pas logique, mais historico-politique »⁶⁹⁷. Cette approche historico-politique de la souveraineté et de la constitution structure toute sa théorie de l'État. Elle est reprise et amplifiée dans sa théorie de la Fédération. O. Beaud écrit que « proposer une *théorie* de la Fédération, c'est constituer celle-ci en une *notion* autonome qui, en outre, doit faire l'objet d'une systématisation reposant sur un *matériau empirique* digne d'être systématisé »⁶⁹⁸. Or, ce matériau est « d'ordre historique et comparatif »⁶⁹⁹. Pour élaborer sa théorie de la Fédération, O. Beaud étudie principalement les Fédérations naissantes du XIX^e siècle. L'histoire est donc bien au fondement même de la théorie de la Fédération d'O. Beaud. Dès lors, il a essayé de démontrer l'existence de la Fédération comme forme politique autonome non seulement en reliant « ensemble l'idée politique du fédéralisme et la structuration juridique de la Fédération », mais « en s'appuyant sur une histoire comparée des Fédérations ». Par conséquent, « la démarche s'est voulue tout à la fois

⁶⁹³ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 16.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹⁵ Pour faire un parallèle avec la présentation de l'École historique allemande par O. Jouanjan : Savigny et ses disciples ne proposaient pas une histoire de la science du droit, mais une science historique du droit. Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. « Léviathan », 2005.

⁶⁹⁶ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 491, nous soulignons.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 462.

⁶⁹⁸ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 29.

historique et systématique »⁷⁰⁰. Comme pour l'État, la Fédération est donc envisagée d'un point de vue historique, puisque tout comme l'État, la Fédération est un « produit de l'histoire », une « forme historique »⁷⁰¹. Un raisonnement similaire est mobilisé pour l'Empire. Afin de vérifier l'hypothèse d'une autonomie de la forme impériale, O. Beaud mène une « enquête historico-juridique »⁷⁰². Celle-ci mobilise aussi bien des éléments d'histoire politique (en l'occurrence le régime de Vichy et l'empire colonial français) que des éléments d'histoire doctrinale (la doctrine publiciste de la III^e République)⁷⁰³. Le matériau historique est donc utilisé dans toute sa diversité pour l'élaboration de la théorie constitutionnelle des formes politiques : essentiellement une histoire doctrinale pour l'État⁷⁰⁴, une histoire politique pour la Fédération, une histoire politique et doctrinale pour l'Empire.

L'histoire (politique et doctrinale) fait ainsi partie, avec la politique (faits politiques et idées politiques), du matériau et donc de l'objet du droit public. Elle est cependant plus qu'un simple *objet* du droit public ; elle est aussi *méthode*.

B/ La méthode du droit public

Outre une conception élargie de l'objet, l'approche matérielle du droit public se caractérise par la mobilisation de méthodes spécifiques et qui s'avèrent déterminantes pour la théorie constitutionnelle des formes politiques. Il s'agit d'une méthode⁷⁰⁵ dogmatico-historique (1) et d'une méthode finaliste (2).

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 33.

⁷⁰¹ Voir O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 15 à propos de la souveraineté : elle est « comme l'État, la forme historique prise par l'organisation juridique du pouvoir, et c'est cette forme particulière qui distingue l'État des autres puissances ».

⁷⁰² O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*,

⁷⁰³ Voir respectivement O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *op. cit.*, et O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *op. cit.*

⁷⁰⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.* ; ce que montre M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 15.

⁷⁰⁵ De façon générale, on peut dire que les méthodes « constituent de façon plus ou moins abstraite, concrète, précise ou vague, un plan de travail en fonction d'un but » : M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 2001, p. 352, cité in V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, p. 3.

1/ Une méthode dogmatico-historique

Méthodes historiques. En raison de l'importance octroyée à l'histoire par l'approche idéaliste du droit public, certains auteurs n'ont pas manqué de qualifier de « méthode historique » l'épistémologie ainsi mise en place. E. Bottini écrit que « d'un point de vue épistémologique, la promesse de dépassement contenue dans l'argument du droit politique s'accomplit en appliquant la méthode historique à la science du droit constitutionnel »⁷⁰⁶. Pour cette école, la norme constitutionnelle « ne peut être comprise sinon à l'aune de la méthode historique »⁷⁰⁷. L'expression semble connaître aujourd'hui un certain succès, puisqu'elle est utilisée par des auteurs d'horizons (au moins disciplinaires) différents. B. Plessix revendique l'utilisation d'une « méthode contextualiste », pouvant également être appelée « historique » ou « généalogique » pour exposer le droit administratif français⁷⁰⁸. De même, A.-L. Girard utilise une « méthode historique » pour reconstituer la « formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral »⁷⁰⁹. À cette occasion, ces auteurs ne manquent jamais de revendiquer l'héritage intellectuel de Savigny et de son École historique. M. Troper dresse même un parallèle entre la méthode historique de Savigny et la méthode utilisée par O. Beaud dans sa *Puissance de l'État*. Il écrit à propos de ce dernier que « bien que l'histoire qu'il utilise ne soit pas l'histoire du droit, mais celle des doctrines, la démarche est la même »⁷¹⁰ que celle de Savigny.

Plusieurs méthodes fondamentalement différentes semblent porter la même appellation de « méthode historique » et une commune revendication de l'héritage savignien. Il convient cependant de ne pas oublier les grandes spécificités de cette « étrange théorie »⁷¹¹, selon laquelle le *droit* serait un produit de l'histoire. Il s'agit d'une théorie du droit selon laquelle le « *vrai droit* »⁷¹²

⁷⁰⁶ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 465 ; voir également p. 471 : « La mise en œuvre de la méthodologie historique en droit constitutionnel donne lieu en particulier à une mise en relation de la notion de constitution au sens moderne avec l'histoire politique, pour mieux en comprendre la signification ».

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pp. 477-478.

⁷⁰⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. XII.

⁷⁰⁹ A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013.

⁷¹⁰ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 15.

⁷¹¹ O. Pfersmann, « La pensée "juridique" allemande est-elle une pensée juridique ? », *Droits*, 2005/2, n° 42, p. 180.

⁷¹² A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 142 ; l'expression est utilisée par l'auteur pour désigner ce que les juristes, au cours de l'histoire, ont cherché dans la nature des choses, la nature humaine ou encore dans les faits sociaux.

émane de la « conscience commune du peuple »⁷¹³. L'historicisme de Savigny et de ses disciples, qui prend les traits d'un « idéalisme juridique » s'inscrivant directement dans le sillage de « l'idéalisme post-kantien »⁷¹⁴, opère une « rupture radicale avec le concept traditionnel de l'histoire »⁷¹⁵. Il s'agit en effet d'une histoire « dépolitisée »⁷¹⁶, qui prend une dimension spirituelle, interne et organique⁷¹⁷. Böckenförde a par ailleurs clairement montré que cette « pensée de l'histoire » de Savigny et son École est d'abord et avant tout une « *une pensée évolutionniste organique* »⁷¹⁸ et donc, au fond, un « historicisme anhistorique »⁷¹⁹. Aussi n'est-il pas paradoxal que l'historicisme de Savigny et ses disciples ait constitué le point de départ de l'*Isolierung*⁷²⁰ et de ce qui deviendra la « jurisprudence des concepts » du courant doctrinal initié par Gerber et Laband. Ces auteurs radicalisent les positions de l'École historique, transformant une conception spiritualiste et organiciste en système juridique clos placé sous le « ciel des concepts purs du droit »⁷²¹, par définition anhistoriques. On mesure alors tout ce qui sépare la « méthode » de l'École historique allemande de la « méthode historique » d'auteurs qui, comme A.-L. Girard ou B. Plessix, utilisent l'expression « méthode historique » pour désigner ce qui s'apparente surtout à un travail de généalogie des concepts, voire à un « travail de généalogie des représentations théoriques »⁷²². Il ne s'agit ni du même concept d'histoire (histoire spirituelle contre histoire principalement doctrinale), ni du même objet (le droit contre les modes de pensée). La « méthode historique » de la conception matérielle du droit public portée par les tenants de l'approche idéaliste des formes politiques se distingue également de ces deux autres méthodes historiques. En effet, l'histoire tant politique,

⁷¹³ F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, 1814, cité in O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 30.

⁷¹⁴ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 149 ; voir également p. 44.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 117.

⁷¹⁶ Voir *ibid.*, p. 31.

⁷¹⁷ Sur ce point, voir *ibid.*, p. 128-129.

⁷¹⁸ E.-W. Böckenförde, « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, [1964], LGDJ, 2000, p. 59.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ Voir J.-L. Halpérin, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, pp. 101-116 : Kelsen reconnaît à l'École historique le mérite d'avoir « inauguré le positivisme » et « exercé une influence très profonde sur l'élaboration des concepts de la théorie générale du droit ».

⁷²¹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, *op. cit.*, p. 230 ; sur ce point, voir Y. Thomas, *Mommsen et « l'Isolierung » du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, de Boccard, 1984 ; O. Jouanjan, « Présentation », in E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, p. 19 ; J.-L. Halpérin, « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *op. cit.*, p. 112.

⁷²² A. Viala, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 225.

doctrinale qu'institutionnelle est mobilisée pour parvenir non pas au vrai droit, mais aux concepts juridiques. L'histoire fait alors office de « réservoir de concepts »⁷²³.

L'histoire comme « réservoir de concepts ». Si l'histoire est pour les tenants de la conception « matérielle » du droit public un *objet*, elle est aussi et peut-être surtout un *instrument*. L'histoire apparaît ainsi notamment dans les écrits d'O. Beaud comme l'outil idoine pour identifier les concepts du droit public. Il souligne à ce propos dans la *Puissance de l'État* que « l'histoire n'est qu'un détour commode, un artifice méthodologique utilisé pour étudier les rapports entre État et souveraineté ». La « véritable question » est en effet d'ordre dogmatique : « la nature de l'État contemporain (démocratique et libéral) »⁷²⁴. Le même raisonnement est à l'œuvre dans les travaux sur l'Empire. O. Beaud note que son « enquête se veut moins historique que conceptuelle ou, si l'on veut, le détour par l'histoire doctrinale est un moyen de réfléchir à la forme impériale et de replacer celle-ci dans le cadre plus large d'une « théorie constitutionnelle des formes politiques ». Le recours à l'histoire est donc légitimé par l'historicité du droit public ; il est ensuite utilisé pour identifier les concepts de ce droit. Il s'agit donc bien d'une « méthode », dans la mesure où l'enjeu est de déterminer une certaine manière de répondre à une problématique ; cette méthode est « historique » en ce qu'elle mobilise des données historiques (doctrinales ou politiques) ; elle est enfin « dogmatique », puisque l'objectif est finalement d'identifier les (vrais) concepts du droit public. Une méthode dogmatico-historique⁷²⁵, en somme.

2/ Une méthode finaliste

Un critère matériel. Nous avons vu que le critère du but de la Fédération est en fin de compte le seul critère permettant d'identifier la spécificité de la forme fédérale. O. Beaud a conscience des « objections méthodologiques »⁷²⁶ pouvant être adressées à l'utilisation d'un tel critère finaliste. Cependant, il considère que la conception « matérielle » du droit public, sur laquelle

⁷²³ M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 275.

⁷²⁴ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 25.

⁷²⁵ Pour une utilisation, déjà, de cette expression, voir J.-L. Klüber, *Droit des gens modernes de l'Europe*, tome I, Stuttgart, 1819, p. 23.

⁷²⁶ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 273.

s'appuie sa théorie constitutionnelle des formes politiques, permet l'utilisation de tels critères. Ainsi, une analyse formelle du fédéralisme révélerait sa propre insuffisance en délaissant « nécessairement tout ce qui n'est pas d'ordre formel, c'est-à-dire aussi bien les conditions historiques et sociologiques de sa formation, que tout ce qui est *matériel*, à savoir les *buts* ou *finalités* poursuivis par cette Fédération »⁷²⁷. Il qualifie également de « critères matériels ou finalistes »⁷²⁸ ceux qui sont rejetés par les tenants de l'approche formelle, pour qui ces critères relèveraient bien davantage de la science politique⁷²⁹.

La méthode découle de l'objet. Le recours à la méthode finaliste est donc non seulement validé par l'approche matérielle du droit public dans laquelle elle s'insère, mais encore par la nature particulière de l'objet. Pour O. Beaud, c'est en effet l'objet qui commande l'utilisation de la méthode finaliste. On lit ainsi que « si l'on essaie ici d'analyser la Fédération par ses fins, ce n'est pas pour se convertir à un quelconque téléologisme, mais pour une raison purement instrumentale : la méthode finaliste est plus adéquate à son objet que la méthode formelle »⁷³⁰. Le recours à la « méthode finaliste » reçoit donc la même justification que le recours à la « méthode historique » : il s'agit dans chaque cas d'un « détour commode », d'un « artifice méthodologique »⁷³¹ pour décrire les concepts du droit public. Cette justification, qui consiste à dire que la méthode découle de l'objet, est par ailleurs parfaitement acceptable. L'idée selon laquelle les concepts du droit public, dans le cadre d'une conception matérielle de celui-ci, sont des concepts matériels car politiquement et historiquement situés et qui ne se laissent analyser correctement que par des méthodes et des critères matériels (politiques, historiques, finalistes) n'est pas dénuée de toute pertinence. Seulement, cette conception matérielle du droit public s'est aussi construite contre une approche formelle. Cette adversité se traduit par un positionnement franchement antipositiviste

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 132, nous soulignons.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 262.

⁷²⁹ À noter que dans un article récent, O. Beaud propose de compléter la « théorie de l'État comme pouvoir politique » par une analyse de l'État comme « communauté de citoyens ». Pour définir le citoyen, l'auteur recourt à la définition jadis proposée par Hauriou en application d'un « critère d'ordre matériel : c'est la détention de droits spécifiques qui caractérise le citoyen » : O. Beaud, « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, p. 224 ; pour une démarche similaire, proposant de réorienter l'étude du droit administratif, présenté non plus comme le droit de l'Administration et du juge administratif mais « comme le droit des personnes qui sont en relation avec l'administration », voir D. Truchet, « Repenser le droit administratif ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 815-825.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 274.

⁷³¹ Voir *supra*.

qui, en creux, en dit long sur l'approche matérielle. Dans son opposition au positivisme « rigoureux », qui bien souvent prend les traits du normativisme, l'approche matérielle révèle sa teneur et son héritage idéaliste.

§ 2 : Un antipositivisme « rigoureux »

Les fondements de l'approche idéaliste des formes politiques comptent, outre une conception matérielle du droit public, un positionnement antipositiviste. Celui-ci caractérise une partie importante de la doctrine contemporaine (A). Ce positionnement ressemble beaucoup à celui d'une partie des auteurs qui, dans l'Allemagne des années 1920, s'insurgeaient parfois violemment contre le tournant normativiste alors pris par une partie de la pensée juridique allemande. La « Querelle des méthodes et des approches » qui s'est alors engagée entre les plus grands représentants de la science juridique germanophone a eu le mérite de cristalliser des oppositions épistémologiques, à défaut de les régler⁷³² (B). L'étude des ressorts de cette Querelle permet, par analogie⁷³³, de nommer et de situer le courant intellectuel dont nous avons préalablement étudié les caractéristiques. L'approche théorique concurrente des formes politiques semble dès lors fondée sur un idéalisme rationaliste (C).

⁷³² Même si l'on doit reconnaître que les différents intervenants à la Querelle des méthodes s'expriment souvent à partir de postulats philosophiques et théoriques propres (C. M. Herrera, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-Fr. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et les juristes*, ENS Editions, 2002, pp. 87-113), il est possible d'identifier des arguments communs, et par conséquent de regrouper les protagonistes autour de quelques approches théoriques identifiables.

⁷³³ Surtout que plusieurs des auteurs ici étudiés affichent leur proximité avec la pensée de plusieurs protagonistes de la Querelle des méthodes : O. Beaud s'appuie très souvent sur Schmitt (*Puissance de l'État ; Théorie de la Fédération*), mais aussi de plus en plus sur Jellinek (voir not. O. Beaud, « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018) ; O. Jouanjan est proche de la pensée de Jellinek, mais également de celle de Heller. Ce dernier aurait en effet eu le mérite de détruire aussi efficacement que Kelsen les grands édifices métaphysiques du droit public, sans toutefois oublier que le droit est une réalité politico-sociale : voir H. Heller, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012, présentation O. Jouanjan, ainsi que O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, op. cit., p. 61 : « la définition sociologico-juridique de l'État comme "unité de décision et d'action" proposée par Hermann Heller, si sobre et dénuée de tout *pathos*, ne fait pas moins voler en éclats les mythes politiques de l'"unité" qu'une définition purement normative ».

A/ Un courant antipositiviste fort dans la doctrine contemporaine

On sait que le terme « positivisme » recouvre des significations parfois très différentes⁷³⁴. Suivant Bobbio, le positivisme peut être défini comme une certaine « approche du droit » ou épistémologie, une théorie du droit ou encore comme une idéologie. Dans ce dernier cas, le positivisme est cette croyance selon laquelle le droit positif est nécessairement juste. Les courants positivistes actuels rejettent globalement cette croyance, et se caractérisent davantage par l'admission d'une certaine théorie du droit et une épistémologie particulière. En tant que théorie du droit, le positivisme propose une conception du droit comme ensemble de normes juridiques en vigueur, donc une conception du droit qui se limite au droit positif. En tant qu'épistémologie, le positivisme correspond à une certaine façon d'appréhender son objet, mieux, une certaine façon de *connaître* l'objet droit. L'approche idéaliste du droit public se caractérise par une opposition radicale au positivisme entendu aussi bien comme théorie du droit que comme épistémologie⁷³⁵. La confrontation se concentre en effet tant au niveau du rapport du juriste à l'objet (1) qu'au niveau de son rapport au discours sur l'objet (2). C'est en cela que l'on peut formuler l'hypothèse des fondements idéalistes de cette approche théorique (3).

1/ Le rapport à l'objet

« **Juridisme** ». Il est évident que des auteurs adoptant une conception matérielle du droit public, dont l'objet recouvre non seulement les normes mais aussi et parfois surtout la politique et l'histoire, ne peuvent que contester la limitation de l'objet des juristes aux seules normes en vigueur. Il s'agit alors de critiquer ce « réductionnisme » touchant l'objet du discours juridique, et de pointer les effets néfastes de l'étude du seul droit positif⁷³⁶. Délaisser ce qui précède et ce qui entoure le

⁷³⁴ Sur les cinq thèses rattachées au positivisme par Hart et les trois significations distinguées par Bobbio, voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, pp. 16 et s.

⁷³⁵ Pour un avis différent, voir E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 422 et s.

⁷³⁶ Qui lui-même se réduit bien souvent au seul contentieux constitutionnel ; pour une critique sévère de la qualité du travail juridique du Conseil constitutionnel, voir O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n°20-21, 2018 et O. Beaud, Ph. Conte, P. Wachsmann, « Préface », *Jus Politicum*, n°20-21, 2018 : « le Conseil constitutionnel n'est tout simplement pas au niveau que les citoyens – et les juristes – d'un État qui se proclame de droit

droit en vigueur, c'est en effet tomber dans « le piège du juridisme en matière constitutionnelle »⁷³⁷, et revient à « se laisser absorber par un juridisme pointilleux, au risque de devenir trop abstrait pour ne pas tourner à vide »⁷³⁸. En matière de formes politiques, réduire la question à la différenciation des seules formes *juridiques*, revient pour O. Beaud à ne décrire que des « squelettes » juridiques⁷³⁹. L'image est révélatrice, et montre que pour les auteurs hostiles au « juridisme », il existe une « réalité » dont l'approche strictement juridique ne rend compte que très partiellement.

« **Myopie** ». Plusieurs auteurs ont ainsi souligné que « la myopie des juristes positivistes »⁷⁴⁰ empêchait ces derniers de percevoir toute la richesse et la diversité de la « réalité », que celle-ci soit juridique ou plus spécialement constitutionnelle ou fédérale. Pour O. Beaud, l'analyse juridique formelle « n'arrive pas à saisir correctement son objet et le déforme »⁷⁴¹. Il y aurait dès lors une « réalité constitutionnelle » ainsi qu'une « réalité fédérale »⁷⁴², dont les différentes facettes ne se laissent pas appréhender par le seul prisme formel. Celui-ci présente en effet le grand inconvénient de ne permettre que des mesures quantitatives, alors que la réalité possède également une certaine substance. O. Beaud ne cesse donc de revendiquer l'utilisation d'une approche « qualitative » plutôt que « quantitative »⁷⁴³, afin de satisfaire cette vieille ambition intellectuelle de marier le fond et la forme. Dans sa sévère critique des thèses alors nouvelles de Kelsen sur le droit et l'État, Hauriou

sont fondés à attendre d'une juridiction investie d'une telle mission », p. 6 ; voir également une étude critique du « bloc de constitutionnalité » : D. Baranger, « Comprendre le « bloc de constitutionnalité », *Jus Politicum*, 2018.

⁷³⁷ D. Baranger, « Le piège du droit constitutionnel. I/ L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 9 ; voir également D. Baranger, Préface à M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

⁷³⁸ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *op. cit.*, p. 389-390.

⁷³⁹ Voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, : « l'analyse juridique précédemment menée ne permet pas de différencier véritablement la Fédération d'autres groupements d'États qui lui sont semblables : l'alliance et les organisations internationales. Ces trois types de groupements d'États ont le même « squelette » juridique : ce sont des unions d'États nées de manière conventionnelle, et qui se sont institutionnalisées une fois formées », p. 261.

⁷⁴⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 11 ; voir également D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, « Introduction générale ».

⁷⁴¹ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁴² *Ibid.*, respectivement p. 15 et p. 58 ; voir également p. 89 : « Ainsi, la distinction entre État fédéral et Confédération brouille la perception que le juriste doit se faire de la réalité fédérale. Elle est davantage un obstacle qu'une aide à la compréhension du phénomène fédéral ».

⁷⁴³ O. Beaud défend souvent l'approche qualitative contre la démarche quantitative de Kelsen, Scelle et Duguit : voir not. O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 15 ; O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 91 : « néanmoins, nous restons, à tort ou à raison, attachés à la nécessité de définir précisément les concepts juridiques de façon qualitative, et de rejeter cette idée de "frontières flottantes" jadis stigmatisées par Georg Jellinek qui y voyait une grave "confusion entre les points de vue juridique et politique" ».

note ainsi que le juriste doit « s'incliner devant les limites de la pensée humaine ; le dualisme de la forme et de la matière, irréductible depuis quatre mille ans de philosophie, est une de ces limites pour tous ceux qui ont la préoccupation du réel »⁷⁴⁴. C'est cette « préoccupation du réel » que Kelsen aurait abandonnée en optant pour la seule forme au détriment du fond, de la matière, en choisissant le monisme philosophique au détriment du dualisme, en reniant donc « l'humilité classique »⁷⁴⁵. Car c'est bien d'une opposition entre monisme et dualisme philosophique⁷⁴⁶ qu'il s'agit, dans cette confrontation entre le positivisme normativiste et l'approche idéaliste sur la question de l'objet du droit constitutionnel. L'approche idéaliste reproche en effet durement au monisme de gommer toute spécificité autre que formelle. Un autre écueil que le normativisme peinerait ainsi à éviter est celui qui consiste à « défendre une théorie tellement large du phénomène juridique qu'elle absorbe le droit constitutionnel au prix de sa spécificité »⁷⁴⁷. Ceci est proprement *dramatique* pour les tenants de l'approche idéaliste, puisque « c'est précisément dans ce caractère spécifique que réside la profonde adéquation épistémologique du droit politique à son objet »⁷⁴⁸. L'approche idéaliste développe une « méthode historique » et une « méthode finaliste » car l'objet du droit constitutionnel ne contient pas seulement des normes mais aussi des considérations politiques et historiques. Cet objet est diversifié car la réalité est complexe.

2/ Le rapport au discours sur l'objet

Critique de la distinction droit/discours sur le droit. La conception qu'ont les tenants de l'approche idéaliste de l'articulation des discours du droit et sur le droit est complexe et contradictoire. Elle commence par une critique d'inspiration relativiste ou constructiviste de la distinction entre le droit et le discours sur le droit. Pour ces auteurs, cette distinction découle d'une

⁷⁴⁴ M. Hauriou, « Préface », in *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. XII.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. XI.

⁷⁴⁶ Monisme que l'on peut définir généralement comme « tout système philosophique qui considère l'ensemble des choses comme réductible à l'unité » (A. Lalande, V° « Monisme », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 3^{ème} éd., 2010, p. 648), contrairement au dualisme, considéré comme tout système philosophique fondé sur « deux principes essentiellement irréductibles » (*ibid.*, V° « Dualisme », p. 253).

⁷⁴⁷ C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *op. cit.*, p. 389-390.

⁷⁴⁸ *Ibid.* ; E. Bottini, *La sanction constitutionnelle, op. cit.* : c'est justement l'idée que « tout est spécificité » dans le droit politique qui la condamne à une certaine « incommunicabilité », en raison de la perte d'abstraction de « démystification » opérée par le normativisme.

« représentation *positiviste* [...] qui imagine pouvoir séparer l'objet "droit" du discours *sur* le droit »⁷⁴⁹. O. Jouanjan a très justement souligné tout ce que peut avoir de problématique du point de vue épistémologique la séparation entre le droit (objet) et le discours sur le droit (théorie). La distinction repose pour l'auteur sur le postulat selon lequel « le "système" des normes et ses "propriétés" sont dotés d'une existence objective indépendante de l'activité synthétique du sujet théorique »⁷⁵⁰. Or, la croyance en l'existence d'un « système de normes » en dehors du sujet pensant ne résiste pas à une critique néo-kantienne. O. Jouanjan montre que la distinction entre le droit et le discours sur le droit est au moins une illusion, dans la mesure où le droit, en tant qu'ensemble de « montages mythologiques » et d'« *imaginaires conceptuels* »⁷⁵¹, est lui-même produit par le discours sur le droit. Il note ainsi que « le "droit" n'est pas constitué en dehors de notre *effort* discursif pour le dire et le fonder »⁷⁵². Le même positionnement relativiste est adopté par D. Baranger lorsqu'il écrit que « le propre de la "doctrine" juridique est de participer à l'effort de production d'une fiction appelée "le droit tel qu'il est" »⁷⁵³. Pour S. Rials, un défaut des travaux de M. Troper est de croire en la possibilité d'un « discours de la vérité » alors que le juriste ne peut produire qu'un « discours de l'opinion »⁷⁵⁴. Dès lors, et dans la mesure où pour ces auteurs tout discours *du* droit est en même temps un discours *sur* le droit, il est proprement illusoire de vouloir limiter la tâche du juriste à la simple description du « droit tel qu'il est ». Le discours juridique n'est jamais seulement une *description*, mais toujours une *construction*. Les « lois sévères »⁷⁵⁵ du positivisme, qui imposent les critères de la scientificité du discours juridiques, sont soumis à la même critique relativiste. Les exigences relatives à la scientificité du discours juridique, notamment la neutralité

⁷⁴⁹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 3 ; la distinction droit/science du droit est reprochée par les auteurs idéalistes aux positivistes en général, et à M. Troper en particulier : voir *ibid.*, pp. 102 et s. ; O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, pp. 31-48.

⁷⁵⁰ O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *op. cit.*, p. 38.

⁷⁵¹ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 2 et 3.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 6.

⁷⁵³ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁵⁴ S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, p. 64 ; « Troper, comme Kelsen, ne semble pas considérer que ses textes théoriques sont des récits qui ont toute mais n'ont que la vérité propre des récits (cette vérité de tout ce qui advient au monde) » ; M. Troper « ne semble pas prêt [...] à considérer que ses écrits nous parlent davantage de lui que (d'ailleurs insaisissable) "du droit" », p. 68.

⁷⁵⁵ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 7 : « Des lois sévères, issues de la philosophie du positivisme juridique, sont venues contraindre ces sortes diverses de discours à une claire séparation de corps et d'âme ».

axiologique, ne sont pas des critères de scientificité *per se*, mais seulement parce qu'ils figurent dans le « contrat scientifique originaire » au fondement de la « théorie positiviste de la science »⁷⁵⁶. Les auteurs réputés proches du courant idéaliste du droit public soumettent donc à une salutaire critique néo-kantienne⁷⁵⁷ la systématisme même de l'approche positiviste du droit⁷⁵⁸, en contestant l'objectivité tant de l'existence d'un « monde du droit » que des critères du discours scientifique sur le droit. Toutefois, ce courant ne parvient pas à s'échapper de l'idéalisme en ne s'appliquant à lui-même une critique de l'idéologie du discours juridique.

Un discours artistico-réaliste sur le droit. Il est particulièrement curieux que les tenants du courant idéaliste se refusent de soumettre leur objet à la même critique constructiviste que l'objet des positivistes. Celui-là n'est en effet pas moins fictif que celui-ci. Il ressort toutefois des écrits des auteurs idéalistes que leur objet s'impose à eux. Il apparaît comme une « totalité »⁷⁵⁹, dont le juriste ne peut rendre compte par les outils élaborés par les positivistes pour un objet artificiel (le droit positif). Il s'agit alors pour certains de regretter « l'espèce de *pathos* de la méthode qui est l'un des aspects les plus rebutants de la culture universitaire contemporaine », et de considérer que « le mode romanesque » permet seul de restituer « cette totalité que seules les touches innombrables d'un grand roman pourraient esquisser »⁷⁶⁰. Lorsque D. Baranger envisage le « droit politique », il ne désigne « ni un "droit" au sens d'un ensemble de solutions ou d'institutions existantes, ni une certaine "science du droit" qui se donnerait pour objet de décrire ces solutions ou ces institutions », mais une « culture ». Celle-ci constitue « l'arrière-plan sur lequel se dégagent les données du droit existant »⁷⁶¹. Cet « arrière-plan » n'est toutefois jamais analysé comme une construction intellectuelle, une production théorique, mais bien davantage comme un produit de l'histoire. Le courant idéaliste préfère donc s'attacher à décrire les conditions méthodologiques dans lesquelles il convient de restituer le droit politique comme culture plutôt que d'expliquer d'où

⁷⁵⁶ O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *op. cit.*, p. 39.

⁷⁵⁷ Ce qui n'est pas banal compte tenu de la proximité bien connue entre le positivisme (normativiste) et le néo-kantisme.

⁷⁵⁸ Voir O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *op. cit.*, p. 38 : « À cela s'ajoute, mais je me borne à l'indiquer, la question de l'articulation exacte des niveaux de discours que mobilise le "réalisme" tropérien : théorie de la science et de la science du droit, théorie générale du droit et théorie de l'État, science du droit. La question se pose, autrement dit, de la systématisme du réalisme tropérien en sa totalité ».

⁷⁵⁹ S. Rials, « À l'anglaise. Comment filer l'histoire constitutionnelle ? », Préface in D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, *op. cit.*, à propos de la constitution.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁷⁶¹ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 6.

vient cette culture. En raison de la spécificité du droit politique, celui-ci ne peut faire l'objet d'un traitement scientifique (selon les conventions scientifiques du positivisme). Pour ces auteurs, la perspective artistique est beaucoup plus adaptée au droit que la perspective scientifique⁷⁶². On peut donc regretter que ces juristes, qui ont justement mis en évidence que le droit comme « système de normes » des positivistes n'est que le produit d'un arrière-plan intellectuel, ont omis de considérer que leur droit politique comme « culture » s'il est également un arrière-plan, n'est pas moins fictif que le fond théorique positiviste. Sa critique constructiviste est donc inachevée.

Exception. O. Jouanjan fait partie des auteurs qui aujourd'hui proposent une théorie du droit essayant de préserver tant l'acquis relativiste que réaliste. Il propose en effet une « théorie critique du droit »⁷⁶³ qui analyse les discours juridiques comme des constructions intellectuelles, dont il convient non seulement d'identifier les fondements philosophiques et épistémologiques, mais aussi les motifs, les raisons pour lesquelles des juristes ont préféré une construction théorique à une autre. Cette approche se présente donc comme une critique de « l'idéologie du droit »⁷⁶⁴, qui tend à cacher cette réalité pratique selon laquelle les juristes, qu'ils soient théoriciens ou praticiens, agissent à dessein. La théorie du droit d'O. Jouanjan est donc relativiste en ce qu'elle n'a pour objet que des discours, élaborés par ces « travailleurs du concept » que sont les juristes⁷⁶⁵. Elle repose

⁷⁶² Voir O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités*, 2014, n°58, pp. 61-73 : « D'une manière encore plus fondamentale, on peut observer une certaine permanence d'une conception aristotélicienne et *phronétique* (prudentielle au sens aristotélicien) du droit chez les juristes. Il s'agit là d'une conception selon laquelle le droit ne serait pas susceptible d'une analyse scientifique, mais uniquement d'un traitement prudentiel ou artistique », p. 67 ; voir également O. Pfersmann, « Recension de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », *RIDC*, 2003, où O. Pfersmann estime que la conception du droit comme art est « jusnaturaliste » : « conception *jusnaturaliste* selon laquelle il ne peut y avoir qu'un art et non une science du droit, suivant l'antinomie revendiquée par les juristes traditionnels pour lesquels le droit positif ne peut jamais se limiter au seul droit positif puisqu'il inclut la morale et la pratique », p. 742 ; voir également O. Jouanjan, « Présentation. Jhering ou l'amour du droit », in R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, [1890], rééd. Dalloz, 2006 : « Jhering est, par excellence, un juriste inachevé. C'est peut-être cela aussi, un "grand juriste". Parce que, plus haut que la philosophie du droit, il y a l'*amour du droit*. Cet amour suppose aussi, probablement, un sentiment esthétique dont Jhering était rempli : "L'un des plus importants ressorts de toute science juridique, je veux l'appeler l'élément esthétique du droit", ce qui suppose, dans le juriste, un "sens juridique artiste" », p. XXXII ; voir dans la doctrine administrative contemporaine B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.* : « Cet ouvrage évite également de s'inscrire dans une vision trop scientifique du droit, quelle que soit par ailleurs l'école qui la promeut, le *more geometrico* des jusnaturalistes ou la pureté scientifique des normativistes », p. X ; il cite Nietzsche et revendique l'approche du droit comme un art ; sur l'aspiration romantique de certains juristes du début du siècle dernier, voir C. M. Herrera, « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2011, n° 29, pp. 145-165.

⁷⁶³ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ *Ibid.*

sur l'acquis néo-kantien et subjectiviste selon lequel rien n'existe en dehors du sujet pensant⁷⁶⁶. Ce constructivisme est ensuite combiné à un certain « réalisme », qui tend à rendre compte du fait que si les discours juridiques ne sont que des montages intellectuels, ils n'en sont pas moins produits par des individus dans des réalités sociales et politiques particulières. En s'appuyant sur les travaux de F. Müller, O. Jouanjan appelle donc « *théorie de l'agir juridique* » cette théorie critique du droit « qui prend en charge l'effort de rupture avec le normativisme⁷⁶⁷ opéré par le "réalisme" à partir du début du XX^e siècle, tout en soumettant ce "réalisme" à la même critique des idéologies »⁷⁶⁸.

3/ Un courant idéaliste ?

La croyance dans l'existence d'une « réalité » nécessairement spécifique imposant une approche tout aussi spécifique⁷⁶⁹ est problématique. Cela revient en effet à considérer que l'objet préexiste au sujet pensant, lequel devrait s'adapter aux spécificités de son objet. Or on sait que la philosophie des sciences contemporaine condamne toute construction prenant la voie du réalisme ontologique. Les membres du courant idéaliste en ont d'ailleurs conscience, et ne manquent souvent pas de préciser qu'il existe certes une « réalité constitutionnelle » ou une « réalité fédérale », mais que ces entités n'ont pas de substance particulière. O. Beaud écrit ainsi que « la souveraineté n'est pas du tout une "essence" ou une "substance" au sens où la scolastique utilisait ses notions et où la science moderne les a critiquées »⁷⁷⁰. Il précise également que sa théorie de la souveraineté n'a rien d'une construction jusnaturaliste⁷⁷¹. Les concepts du droit politique ne sont pas des principes issus de la nature, ou existant

⁷⁶⁶ On sait la proximité des travaux d'O. Jouanjan avec la pensée de Jellinek, et donc sa préférence pour le néo-kantisme de Bade par rapport à celui de Marbourg (celui de Kelsen, dont O. Jouanjan doute d'ailleurs) : voir not. O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », RUDH, 2004, n°16, p. 6-16 et O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », Préface in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, tome I, Éd. Panthéon-Assas, 2005.

⁷⁶⁷ O. Jouanjan revendique d'ailleurs un positionnement non pas antipositiviste mais « *post-positiviste* » en se ralliant à la Théorie Structurante du Droit de F. Müller : voir not. O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2007 ; « La Théorie Structurante du Droit se qualifie elle-même non pas d'« anti-positiviste », mais de « post-positiviste ». Il s'agit en effet de tenter, au sein de la science du droit, un véritable *changement de paradigme* (Th. Kuhn) ou de "programme de recherche" (I. Lakatos) », p. 48.

⁷⁶⁸ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁶⁹ Ce qui ressort notamment de C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *op. cit.*, en conclusion.

⁷⁷⁰ O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷¹ *Ibid.*, en conclusion.

dans le ciel pur des concepts et identifiables par la Raison. Ce sont bien davantage, comme on l'a vu, des « produits de l'histoire et de la volonté humaine » qui sont, en tant que tels, « contingents »⁷⁷². À la rigueur, on peut donc considérer avec E. Bottini que la conception du droit constitutionnel véhiculée par l'école du droit politique pourrait être considérée comme un jusnaturalisme, si l'on remplace la nature par « les événements ou les faits politiques »⁷⁷³. Pour O. Pfersmann, « la démarche d'Olivier Beaud reprend à son compte les positions fondamentales du droit naturel – moins pour dire que le contenu du droit pourrait être déduit de données non juridiques (naturelles) que pour saisir et développer la nature intrinsèque de données juridiques en quelque sorte originaires »⁷⁷⁴. Les travaux d'O. Beaud seraient ainsi marqués par un « néo-essentialisme »⁷⁷⁵. E. Bottini préfère appeler « objectiviste » cette approche qui confie à la doctrine le soin d'essayer de « connaître objectivement »⁷⁷⁶ les données de la réalité. Les concepts du droit politique ne sont pas issus de la nature et n'ont pas d'essence particulière. Toutefois, ils sont considérés comme des produits de l'histoire et de la volonté humaine, donc préexistant à l'observateur d'aujourd'hui. Ils se présentent donc par-dessus tout comme des *idées*. Il s'agit donc désormais d'éprouver l'hypothèse suivante : l'approche théorique envisagée dans ce chapitre s'apparente à un certain *idéisme*.

B/ L'héritage de l'antipositivisme allemand

L'antipositivisme allemand, fondé sur les écrits de Hegel et Jellinek (1), s'est consolidé dans une vive réaction à la provocation néokantienne de Kelsen et l'École de Vienne (2).

⁷⁷² *Ibid.*, p. 491.

⁷⁷³ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.* p. 477.

⁷⁷⁴ O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités*, n°58, 2014, p. 72.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 73.

⁷⁷⁶ E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 475.

1/ Hegel et Jellinek

Hegel et « l'idéalisme absolu ». L'idéalisme est sans conteste la grande affaire de la philosophie allemande de la première moitié du XIX^e siècle⁷⁷⁷, marquée, après la disparition de Kant, de la publication des travaux de Fichte, Schelling et Hegel. O. Jouanjan a montré que l'ensemble des débats juridiques de la période s'inscrivent dans le cadre de « l'idéalisme post-kantien »⁷⁷⁸. Dans ce cadre, la science juridique est bouleversée par la philosophie du droit de Hegel. L'idéalisme absolu de Hegel permet une approche du droit et de l'État plus « réaliste » que l'approche positiviste, en ce qu'elle prend pleinement en compte ce qui précède et entoure les seules normes juridiques⁷⁷⁹. L'installation progressive du positivisme classique dans la seconde moitié du XIX^e siècle en Allemagne à partir des travaux de Gerber et Laband éclipse pour un temps l'idéalisme de Hegel et de ses disciples. O. Jouanjan souligne qu'à cette époque « un scientisme positiviste tend à démolir les architectures monumentales de l'idéalisme »⁷⁸⁰. Les travaux de Hegel exerceront par la suite une grande influence sur de nombreux auteurs britanniques de la fin du XIX^e au début du XX^e siècle, période faste de l'idéalisme britannique⁷⁸¹. Il faut également attendre la fin du XIX^e siècle pour que se tourne progressivement en Allemagne la page du positivisme classique, durement remis en cause par « l'idéalisme subjectif »⁷⁸² de Jellinek.

Jellinek et l'idéalisme subjectif. On peut dire avec O. Jouanjan que « Jellinek est comme un achèvement de la pensée juridique allemande du XIX^e siècle »⁷⁸³. L'œuvre de Jellinek n'est

⁷⁷⁷ En ce sens, voir T. Pinkard, « Idealism », in M. N. Forster et K. Gjesdal (dir.), *The Oxford Handbook of German Philosophy in the Nineteenth Century*, OUP, 2015 ; P. Guyer et R.-P. Horstmann, « Idealism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), disponible en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/idealism/>>.

⁷⁷⁸ En raison de cet « horizon philosophique », la pensée juridique de Savigny et Puchta est envisagée comme un « idéalisme juridique », plus précisément un « idéalisme objectif » : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, op. cit.*, p. 151.

⁷⁷⁹ O. Beaud a ainsi montré que la « conception réaliste de la constitution », envisagée comme « la structure politico-sociale telle qu'elle est incarnée par l'État » remonte à Hegel : O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 77.

⁷⁸⁰ O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, op. cit.*, p. 208.

⁷⁸¹ Voir M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, 2005, vol. 55, n°3, pp. 361-403 ; M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, OUP, 2010 ; S. Den Otter, *British idealism, and social explanation : a study in late Victorian thought*, Clarendon Press, 1996.

⁷⁸² O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, op. cit.*, p. 283.

⁷⁸³ *Ibid.*, p. 289.

pourtant pas une « synthèse » mais augure d'une nouvelle façon de penser le droit⁷⁸⁴. Venu au droit par la philosophie, le professeur de Heidelberg déploie un « *effort proprement philosophique sur le droit* »⁷⁸⁵, et aura l'ambition de « se faire le Kant de la science du droit » en proposant une « critique radicale de la raison juridique »⁷⁸⁶. L'époque à laquelle écrit Jellinek⁷⁸⁷ est marquée par un « retour à Kant » dans la pensée allemande. De l'œuvre de Kant c'est alors la théorie de la connaissance qui est mobilisée. Les différents courants du néo-kantisme s'efforcent de refonder les sciences sur le *criticisme* kantien. Ce criticisme est fondamental dans l'œuvre de Jellinek⁷⁸⁸. Proche du néo-kantisme de l'École de Bade, il pense le droit en termes de « relations » et non de « substances » et s'attache à déconstruire le « platonisme juridique »⁷⁸⁹ du positivisme classique fondé par Gerber et Laband. Jellinek s'efforce donc de lutter contre toute forme d'essentialisme en plaçant le sujet pensant avant l'objet, en contestant l'existence de « principes généraux du droit »⁷⁹⁰ dans le ciel pur des concepts en utilisant un puissant « *perspectivisme* méthodologique »⁷⁹¹. Toutefois, Jellinek n'ira pas jusqu'à un constructivisme absolu, et aura le souci constant de ne pas détacher arbitrairement le droit de ses fondations *empiriques*. Ces fondations sont politiques et sociales, mais en fin de compte surtout psychologiques. Il écrit que « le droit est à considérer comme une partie des consciences humaines ; il existe dans nos cerveaux ; définir le droit, c'est établir quelle partie du contenu de notre conscience doit être désignée sous ce nom »⁷⁹². Pour O. Jouanjan, la démarche de Jellinek doit donc être qualifiée d'« empirico-rationaliste »⁷⁹³.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 337 : « le moment Jellinek est un moment de transition », écrit O. Jouanjan.

⁷⁸⁵ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », Préface in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, I, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 13.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁸⁷ Soit la fin du XIX^e siècle : il publie principalement *Die Lehre von den Staatenverbindungen* en 1882 ; *System der subjektiven öffentlichen Rechte* en 1892 ; *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* en 1895 ; puis son maître-ouvrage en 1900, l'*Allgemeine Staatslehre*.

⁷⁸⁸ À tel point que pour O. Jouanjan, « toute interprétation de Jellinek qui passe à côté de cette dimension fondamentale de sa pensée ne peut apporter d'autre preuve que celle de son insuffisance » : O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 19.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁹⁰ Voir not. P. Laband, *Le Droit public de l'Empire allemand*, tome I, trad. 1900, Extrait de la préface à la première édition allemande [1876].

⁷⁹¹ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 46.

⁷⁹² G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, [1900], rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 503.

⁷⁹³ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 72 en note ; voir également « empirisme rationnel » : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 302.

Rematériation du droit public. La dimension critique de l'œuvre de Jellinek se double d'une « rematériation de la doctrine du droit public »⁷⁹⁴. Celle-ci s'inscrit contre le formalisme abstrait auquel était parvenu le positivisme de l'école Gerber-Laband, tout entier fondé sur le concept de volonté. Jellinek choisit de réintroduire dans la science juridique ce que les courants « positivistes » avaient souhaité évacuer depuis Kant, à savoir la dimension *téléologique*. Reprenant les travaux de Jhering, Jellinek amende donc sa conception du droit subjectif en ajoutant à l'élément de la volonté celui du but et de l'intérêt. Comme l'a souligné O. Jouanjan, c'est cette ouverture à la dimension matérielle du droit qui permet à Jellinek, contrairement à ces prédécesseurs Gerber et Laband, de pouvoir construire un concept de droit public subjectif⁷⁹⁵. C'est d'ailleurs précisément ce concept qui permet selon Jellinek de penser les relations entre l'État et l'individu, de sorte qu'il n'est pas exagéré de considérer qu'il occupe une place centrale dans la pensée de Jellinek⁷⁹⁶. L'élément du but est également présent dans la construction des « types » qui, ici encore, sont déterminants dans l'œuvre de Jellinek⁷⁹⁷. Plus généralement, O. Jouanjan a montré que « les éléments téléologiques, matériels sont partout décisifs dans la philosophie jellinéenienne du droit et de l'État »⁷⁹⁸. En réintroduisant dans la pensée juridique la dimension téléologique, Jellinek recourt donc à « une véritable philosophie matérielle du droit, qui s'emploie à penser, du droit, non pas seulement le mode de connaissance ni l'histoire, mais aussi le mode d'être »⁷⁹⁹.

Ces deux éléments fondamentaux de la pensée juridique de Jellinek que sont le criticisme néo-kantien et la philosophie matérielle du droit feront l'objet d'une « double radicalisation »⁸⁰⁰ dès la disparition du maître de Heidelberg en 1911. L'accentuation du néo-kantisme par Kelsen et ses

⁷⁹⁴ Ch. Schönberger, cité in O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 292.

⁷⁹⁵ Voir O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, 2004, n°16, p. 15 : « C'est donc, en dernier ressort, la prise en compte des considérations téléologiques, qui offre à la science du droit, même si elle ne peut déterminer positivement le contenu des buts de l'État, la condition de possibilité d'une construction du concept de "droits publics subjectifs" ».

⁷⁹⁶ O. Jouanjan estime que cette ouverture aux éléments matériels du droit s'explique chez Jellinek par l'ambition de construire une véritable science du droit *public*, alors que ses prédécesseurs avaient surtout pensé le droit privé (Savigny, Puchta), ou envisagé le droit public à partir des concepts venus du droit privé (Gerber, Laband) : voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁹⁷ Ce que montre O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, voir p. 307 ; Weber s'est inspiré des travaux de Jellinek pour élaborer sa théorie des types.

⁷⁹⁸ O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁸⁰⁰ O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, p. 72.

disciples et la réaction idéaliste-réaliste d'une part importante de la doctrine de l'époque mènera à la « Querelle des méthodes et des approches ». Elle eut le grand mérite de montrer que les désaccords doctrinaux s'expliquent souvent par une opposition d'approches théoriques, de manières de *penser* le droit⁸⁰¹. Dans l'Allemagne des années 1920, s'affrontent donc sur fond de discrédit du positivisme classique le positivisme kelsénien d'un côté et plusieurs tendances idéalistes de l'autre. Un siècle plus tard, on peut constater que les points de désaccord restent souvent similaires.

2/ La « Querelle des méthodes et des approches »

Kelsen et la provocation néokantienne⁸⁰². Même si Kelsen a dit avoir été déçu par les séminaires de Jellinek auxquels il a pu participer durant deux semestres à Heidelberg⁸⁰³, l'influence de la pensée juridique de Jellinek sur celle de Kelsen fut réelle. C. M. Herrera a montré que Kelsen « *construira sa théorie juridique de l'État à partir de et contre Jellinek* »⁸⁰⁴. Il a également été démontré que Kelsen n'a pas toujours reconnu ce qu'il devait à Jellinek, par exemple en ce qui concerne la distinction entre les concepts substances et les concepts fonctions⁸⁰⁵. On peut dire que Kelsen a radicalisé le néokantisme de Jellinek, de sorte que celui de son aîné ne pouvait plus que paraître inabouti. Influencé par le néokantisme non pas de l'École du Bade mais par celui de l'École de

⁸⁰¹ Même si l'on doit reconnaître que les différents intervenants à la Querelle des méthodes s'expriment souvent à partir de postulats philosophiques et théoriques propres (C. M. Herrera, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-Fr. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et les juristes*, ENS Editions, 2002, pp. 87-113), il est possible d'identifier des arguments communs, et par conséquent de regrouper les protagonistes autour de quelques approches théoriques identifiables.

⁸⁰² Sur la Querelle des méthodes et des approches, voir not. O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 223-251 ; O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2017, pp. 38 et s. ; H. Heller et O. Jouanjan, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012 ; O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993 ; C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, pp. 85 et s. ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Dalloz, 2014 ; M. Stolleis, *A History of Public Law in Germany*, OUP, 2008 ; M. Stolleis, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne XVI^e-XXI^e siècle*, trad. A. Gaillet, Garnier, 2018 ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.

⁸⁰³ O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰⁴ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 81.

⁸⁰⁵ Kelsen s'appuie sur les travaux de Cassirer pour effectuer cette distinction, alors que Jellinek faisait de même dès 1892 : voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, pp. 306 et s. et O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, p. 54.

Marbourg, Kelsen développe une pensée juridique dont le « principe ultime » peut être considéré comme « le fonctionnalisme ou relationisme anti-substantialiste »⁸⁰⁶, d'après C. M. Herrera. Kelsen reprochera donc à Jellinek de ne pas avoir été assez loin dans sa critique des idéologies. Ainsi, le subtil équilibre entretenu par Jellinek entre le criticisme et un certain empirisme ne pouvait résister à la critique néokantienne de Kelsen. Celui-ci dénonce le syncrétisme méthodologique de son prédécesseur, particulièrement visible dans sa théorie des deux faces de l'État. Soutenir que l'État peut être envisagé de deux points de vue différents, selon un angle sociologique et un angle juridique, sous-entend que l'État préexiste comme objet au sujet pensant. Or c'est précisément l'idée que rejette radicalement le néokantisme. En déconstruisant cette théorie pour ensuite élaborer celle qui consiste à définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, Kelsen radicalise donc une position de laquelle Jellinek ne pouvait dévier en raison de son idéalisme subjectif. O. Jouanjan a montré que si Jellinek n'a pas pu aller jusqu'à présenter l'État comme un ordre juridique, c'est qu'il ne pouvait pas abandonner l'idée de relier cette idée juridique à une certaine *base empirique*⁸⁰⁷, fût-elle psychologique⁸⁰⁸. Kelsen a donc orienté la pensée juridique vers un constructivisme radical et un monisme formaliste qui ne pouvaient susciter qu'une réaction hostile de la part idéaliste de la doctrine attachée à la dimension matérielle du droit.

La réaction idéaliste-réaliste. Le « positivisme sophistiqué par le néokantisme »⁸⁰⁹ que proposent Kelsen et ses disciples de l'École de Vienne engage les opposants à cette nouvelle approche théorique à repenser les fondements de leur conception du droit et de l'État. La Querelle n'est donc pas seulement une opposition de différentes méthodes, mais surtout d'« approches » théoriques différentes. Les critiques formulées par les antipositivistes ressemblent à celles que formulent encore aujourd'hui les antipositivistes français⁸¹⁰. C. M. Herrera rappelle que pour Triepel, « le concept de droit de la théorie pure n'est pas faux mais il est *arbitrairement réduit*. Une

⁸⁰⁶ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 12 ; certains auteurs, comme O. Jouanjan, doutent du néokantisme de Kelsen, pour la même raison que celle qui a amené les auteurs de l'approche idéaliste à dénoncer la distinction droit/discours sur le droit par les positivistes : voir *supra*.

⁸⁰⁷ Voir M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

⁸⁰⁸ Voir O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *op. cit.*, p. 13 : « Jellinek n'est pas allé jusqu'à dire avec Kelsen que l'État est un ordre juridique. Mais il est allé aussi loin qu'il le pouvait dans cette voie : l'État a nécessairement un ordre juridique », p.13 ; « si Jellinek ne pouvait aller jusqu'aux thèses kelséniennes, c'est que son subjectivisme radical le lui interdisait », p. 13.

⁸⁰⁹ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazî*, *op. cit.*, p. 47.

⁸¹⁰ Voir *supra*.

science du droit public ainsi bâtie implique un *appauvrissement*, une stérilisation de la théorie de l'État et du droit ; c'est un schéma exsangue qu'un droit qui n'est pas mis en rapport avec les forces politiques qui le créent »⁸¹¹. Les antipositivistes sont également unanimes pour dénoncer la dérive formaliste du néokantisme kelsénien, qui aboutit à un « positivisme hyperformaliste »⁸¹², dont le plus grand pêché est « l'unilatéralité »⁸¹³, la priorité donnée à la seule forme au détriment du fond, de la matière. Les antipositivistes, s'ils s'opposent souvent sur des questions politiques⁸¹⁴, s'accordent pour opérer une rematérialisation du droit public. Celle-ci passe d'abord par la volonté de concilier de nouveau la forme et le fond, en recourant « plus ou moins directement » à la dialectique, « plus ou moins librement inspirée par Hegel »⁸¹⁵. Au néokantisme de Kelsen il est donc répondu par un néo-hégélianisme⁸¹⁶. La pensée juridique de Hegel a notamment influencé Schmitt⁸¹⁷ ainsi que Smend et Heller⁸¹⁸. Outre le retour de la dialectique, la rematérialisation du droit public a bénéficié, dans l'Allemagne des années 1920, de l'émergence de la philosophie des valeurs, fondée notamment sur la phénoménologie de Husserl⁸¹⁹. La philosophie des valeurs, en ce qu'elle rompt avec le non-cognitivism éthique ou axiologique, s'oppose au « principe ultime » du positivisme kelsénien⁸²⁰. Dès lors, O. Jouanjan note que cette philosophie des valeurs pouvait « nourrir une théorie "matériale" ou "substantielle" de l'État et du droit », telle que la théorie de l'intégration de Smend⁸²¹.

⁸¹¹ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 94, nous soulignons ; voir également C. M. Herrera, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », *op. cit.*

⁸¹² O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 53.

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ De violentes confrontations ont pu opposer antipositivistes de gauche (Heller) et de droite (Schmitt, Smend).

⁸¹⁵ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 54.

⁸¹⁶ M. Stolleis écrit que « *While it would have been difficult to find committed Hegelians in 1911, their number had grown exponentially after the war* » : M. Stolleis, *A History of Public Law in Germany. 1914-1945*, OUP, 2008, p. 167.

⁸¹⁷ O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.* : Schmitt reprend la pensée de Hegel dans un sens autoritaire, ainsi que sa conception réaliste de la constitution et son effort de rationalisation et de systématisation.

⁸¹⁸ À son propos M. Stolleis écrit qu'« il était un idéaliste, mais à une époque où ce terme n'avait plus de signification. Il voulait être en même temps idéaliste et réaliste, ainsi qu'un socialiste » : M. Stolleis, *A History of Public Law in Germany. 1914-1945*, *op. cit.*, p. 176 : « *he was an idealist, but at a time when that word no longer meant anything. He wanted to be simultaneously an idealist and a realist, and also a socialist* ».

⁸¹⁹ Voir O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, pp. 50 et s.

⁸²⁰ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 12.

⁸²¹ O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, *op. cit.*, p. 56 ; étant précisé que « matérielle » est un néologisme utilisé pour traduire l'allemand « *material* », qui correspond à ce que le juriste français entend traditionnellement par « matériel » ; la théorie de l'intégration de Smend « a pour objet d'expliquer comment se forme l'unité politique d'une pluralité d'individus » (p. 56), unité qui repose notamment sur l'adhésion à certaines valeurs.

La Querelle des méthodes et des approches voit donc s'opposer au « positivisme théorique »⁸²², défendant une conception moniste, formelle et scientifique du droit, un courant antipositiviste dont les fondements philosophiques ont été mis en évidence, fût-ce très partiellement. Les antipositivistes allemands des années 1920 semblent se rejoindre autour d'une défense de la rematérialisation du droit public, permise notamment par une radicalisation de la pensée de Jellinek (« idéalisme subjectif ») par un certain retour à la pensée de Hegel (« idéalisme absolu »). L'étude de l'antipositivisme allemand des années 1920 permet donc de conforter l'hypothèse selon laquelle cet antipositivisme serait fondé sur un idéalisme.

C/ Une approche théorique fondée sur un idéalisme rationnel

Qualifier une approche théorique d'idéaliste est évidemment périlleux. Le terme, chargé d'une connotation péjorative injustifiée à nos yeux, apparaît comme galvaudé en raison d'une très grande pluralité de significations dont l'unité semble avoir été perdue. On peut, certes, définir l'idéalisme de façon générale comme « la tendance philosophique qui consiste à ramener toute existence à la pensée »⁸²³. L'idéalisme s'oppose alors, sur le terrain de l'*ontologie*, au réalisme. L'idéalisme *épistémologique* en revanche concerne le problème non pas de l'existence des objets, mais de leur mode de connaissance⁸²⁴. Selon l'idéalisme transcendantal de Kant, seules les manifestations telles que perçues par l'individu sensible sont connaissables, au contraire des « choses en soi » dont les manifestations émanent⁸²⁵. Les successeurs de Kant s'attacheront par la suite à approfondir le lien entre idéalisme épistémologique et l'ontologie, par la voie de l'idéalisme subjectif de Fichte (accéder à la réalité par le sujet pensant), l'idéalisme objectif de Schelling (qui développe un monisme ontologique entourant le sujet pensant) ou encore l'idéalisme absolu de Hegel (qui développera l'idéalisme post-kantien à son maximum, aboutissant à un « idéal-réalisme »

⁸²² C. M. Herrera, « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », *op. cit.*, p. 88, ainsi que dans une moindre mesure le « positivisme traditionnel » remontant à l'école Gerber-Laband.

⁸²³ A. Lalande, V^o « Idéalisme », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige Dico Poche », 3^{ème} éd., 2010, p. 435.

⁸²⁴ Sur cette distinction, voir P. Guyer et R.-P. Horstmann, « Idealism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), *op. cit.* ; A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010.

⁸²⁵ Kant combinant donc un idéalisme épistémologique avec une « ontologie réaliste indéterminée » : P. Guyer et R.-P. Horstmann, « Idealism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), *op. cit.* : « *indeterminate ontological realism* ».

dans lequel les concepts sont considérés comme des concrétisations de la réalité). La grande diversité des orientations de l'idéalisme empêche de rattacher l'approche théorique concurrente des formes politiques à un type précis d'idéalisme. Cependant, il nous semble que les caractéristiques de cette approche, que ce soit une conception large de l'objet du droit public (ouvert à la politique et à l'histoire) ; l'utilisation de l'histoire pour parvenir aux concepts fondamentaux de la discipline ; le recours au critère téléologique pour l'identification d'une institution ; l'opposition frontale au positivisme formel, coupable d'avoir réduit les objets juridiques à des problèmes strictement *normatifs* et d'avoir dissocié artificiellement le discours du droit et le discours sur le droit – tous ces éléments semblent reposer sur une certaine orientation idéaliste de la pensée juridique. Un idéalisme que l'on pourrait qualifier de *rationnel*. F. Rauh définit « l'idéalisme rationnel » comme la doctrine selon laquelle « le monde extérieur résulte du développement soit des sujets pensants, des Raisons individuelles, soit d'une raison consciente universelle, soit enfin d'un système d'Idées indépendant des consciences, inconscient au moins pour les consciences humaines, et qui est comme un objet par rapport à elles. C'est le mouvement dialectique de l'esprit objectif »⁸²⁶. Il nous semble que l'approche théorique dont nous cherchons à établir les fondements philosophiques repose assez sur cette croyance dans l'existence d'un « système d'Idées indépendant des consciences ». Parmi ces *Idées* figurent les concepts majeurs du droit public – au premier rang desquels les *Formes* politiques.

Conclusion du Chapitre 2

À côté du cadre d'analyse procuré par le positivisme étatique, il existe donc dans la pensée juridique française une *autre* manière de concevoir les formes politiques. D'importants points de contact peuvent être identifiés entre l'approche classique et l'approche idéaliste des formes politiques. L'idéalisme reprend dans une certaine mesure du positivisme étatique les deux éléments classiques de définition de l'État. La souveraineté continue à être considérée comme le critère spécifique de l'État, alors que la personnalité juridique est envisagée comme le pôle objectif de

⁸²⁶ F. Rauh, commentaires sous V° « Idéalisme », in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige Dico Poche », 3^{ème} éd., 2010, p. 442 ; l'auteur rattache à cette version de l'« idéalisme dogmatique » Fichte, Schelling et Hegel.

l'État. Le courant idéaliste est toutefois beaucoup moins porté sur l'État que le positivisme étatique. Délesté de la perspective subjectiviste qui a pour conséquence d'orienter la construction de la pensée juridique autour d'une personne juridique *extraordinaire*, l'idéalisme envisage bien plus volontiers les formes *politiques* que les formes d'État, même si la distinction n'est pas réellement faite par ces auteurs. La Fédération est ainsi analysée comme une forme politique *spécifique*, qu'il convient donc de « sortir de l'orbite de l'État » afin de l'étudier grâce à des outils théoriques (des concepts) propres. Vu par le prisme idéaliste, le fédéralisme ne correspond donc pas à un certain type d'État, mais à une forme politique originale existant à côté de l'État. Pour les mêmes raisons, le courant idéaliste n'a aucune difficulté à ressusciter un concept d'Empire, que le jusnaturalisme moderne puis le positivisme étatique ont écarté depuis plus de deux siècles, au profit de la seule figure de l'État. L'approche théorique idéaliste des formes politiques fait donc office de théorie plurielle au regard de la perspective uniquement étatique de l'approche théorique classique. À cette dernière les auteurs idéalistes reprochent essentiellement de ne pas avoir vu qu'il existe *en réalité* d'autres formes politiques que l'État.

L'opposition au positivisme formaliste du normativisme est en revanche beaucoup plus prononcée et, au fond, plus significative. C'est en effet dans sa condamnation du constructivisme radical et de l'unilatéralité formaliste du normativisme que l'approche théorique envisagée dans ce chapitre révèle sa dimension proprement idéaliste. Au néokantisme du positivisme normativiste, les idéalistes répondent par un certain retour à la dialectique, qui apparaît comme l'outil idoine pour réconcilier le fond et la forme, deux dimensions qui sont, *en réalité*, indissociables. Les antipositivistes allemands du premier tiers du XX^e siècle utiliseront également la philosophie des valeurs alors naissante, afin de renforcer la *matérialité* du droit. Pour ce courant de pensée juridique, il s'agit donc non pas d'identifier des essences particulières, ni des produits de la nature, mais ce qui, malgré tout, existe au-dessus de nous, en dehors du sujet pensant : des produits de la conscience humaine, des produits de l'histoire. Des Idées, en somme.

Nous avons donc essayé de montrer dans ce chapitre que la présentation alternative du problème des formes politiques par une partie importante de la doctrine publiciste française s'explique par la mobilisation d'une manière particulière de penser le droit et l'État, que nous avons qualifié d'idéalisme juridique, et plus précisément d'idéalisme rationnel. Cette périlleuse opération est nécessairement discutable, et peut-être avons-nous fait fausse route. Nous persistons cependant

à penser qu'il existe au sein de la pensée publiciste française une manière de penser les formes politiques concurrente à l'approche classique, et qu'il est donc possible de situer sur la « carte des doctrines » du droit public français une deuxième approche théorique des formes d'État.

Chapitre 3 : Discussion des deux approches théoriques dominantes

« Il faut en Droit public des théories multiples, [...] il n'est pas bon qu'une seule soit suivie, parce que si elle n'est pas complètement vraie tout le monde se fourvoie et le progrès est arrêté pour longtemps. »⁸²⁷

M. Hauriou

Les deux premiers chapitres ont permis de reconstruire et ainsi d'identifier deux approches théoriques distinctes des formes d'État. Nous avons essayé de montrer que c'est à partir de ces deux cadres d'analyse que la majorité des publicistes français ont pensé le problème des formes d'État.

Il s'agit désormais de porter un regard *critique* sur cette situation⁸²⁸. Une telle appréciation se voit toutefois considérablement limitée par les conséquences mêmes des deux premiers chapitres. Le fait qu'il s'agisse en effet d'apprécier non pas la pertinence d'un critère, d'un concept ou d'une théorie particulière, mais bien d'approches théoriques clairement identifiées limite considérablement le champ de la critique. Éprouver des approches théoriques, en l'occurrence des façons particulières de penser le droit et l'État, exige de respecter certaines précautions épistémologiques (Section 1).

L'objectivité de l'observateur, surtout dans les sciences humaines et sociales dont la science juridique fait partie, est une illusion – disons une construction. Toute critique s'opère en fonction d'un point de vue particulier. En l'occurrence, les conceptions des formes d'État envisagées dans le cadre du positivisme étatique et de l'idéalisme juridique seront envisagées à partir d'une conception formelle du droit et de l'État. Nous veillerons à ne pas nous attarder trop longuement

⁸²⁷ M. Hauriou, *La gestion administrative*, [1899], rééd. Dalloz, 2012, p. 37, cité in A.-L. Girard, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013, p. 442.

⁸²⁸ Voir par exemple B. Lahire, « Il n'y a de science que critique », *AIJC*, n°31, 2015, pp. 27-35.

sur des critiques éculées, bien connues et souvent peu efficaces, que les tenants d'un positivisme formel ont adressées aux deux paradigmes majoritaires de la science juridique française depuis longtemps. L'objectif de l'appréciation critique doit donc être précisé. Nous souhaiterions éviter d'accorder trop d'importance aux critiques visant à souligner l'incohérence des théories proposées, leur contradiction avec la « réalité » du droit positif ou encore, tare suprême, le caractère politique de ces théories. La critique ici menée n'aura pas l'ambition de rétablir une quelconque vérité sur les formes d'État, puisqu'une telle vérité n'existe pas⁸²⁹. Plus qu'une critique visant à rétablir la vérité en éprouvant des explications spéculatives à la réalité vraie, il s'agit au contraire de proposer une *discussion* des deux approches théoriques dominantes des formes d'État à partir d'un point de vue particulier, à savoir le positivisme formel. Autrement dit, l'objectif n'est pas de rétablir une quelconque vérité sur les formes d'État, mais de mettre en lumière quelques zones d'ombre de ces deux modèles de pensée, et surtout d'en tirer des conclusions sur l'état général des idées sur l'État au sein de la science juridique française. Nous voudrions montrer que le principal reproche pouvant être adressé tant au positivisme étatique qu'à l'idéalisme juridique est de ne pas proposer une théorie *générale*, respectivement des formes d'État ou des formes politiques. Le positivisme étatique n'a d'yeux que pour l'État acteur au détriment de l'État global. L'idéalisme juridique propose une collection de théories propres à l'État, la Fédération ou l'Empire, mais ne propose aucune théorie de la *forme politique* en tant que telle. Ces deux approches théoriques ne proposent pas de théorie du « Tout »⁸³⁰ (Section 2).

Section 1 : Éprouver les approches théoriques dominantes des formes d'État

Des précautions épistémologiques doivent être prises afin de pouvoir valablement discuter une approche théorique que l'on ne partage pas (§ 1). Elles permettent ensuite de prendre

⁸²⁹ Disons qu'il n'existe pas de « vérité-correspondance » sur les formes d'État, au sens où il existerait une proposition vraie sur l'objet réel « formes d'État » ; voir les réflexions d'O. Jouanjan à propos de « la théorie de la vérité-correspondance » qu'il estime être au fondement du réalisme de M. Troper : O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 31-48.

⁸³⁰ Comme l'on peut regretter avec O. Beaud qu'Hauriou n'ait pas pensé « *l'Empire comme un Tout*, c'est-à-dire comme l'ensemble constitué par la métropole et les colonies » : O. Beaud, « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015, p. 45.

conscience de la valeur toute relative des critiques les plus répandues adressées à l'encontre du positivisme étatique et de l'idéalisme juridique (§ 2).

§ 1 : Précautions épistémologiques

Il nous semble que d'un point de vue épistémologique, il n'est possible d'envisager des approches théoriques différentes qu'à partir d'une position relativiste. Si l'on ne voit pas comment on pourrait échapper au relativisme (A), il demeure une voie pour un « relativisme exigeant »⁸³¹ (B).

A/ Relativisme

Le relativisme conduit inévitablement à la thèse fameuse de l'incommensurabilité des paradigmes (1). Il empêche en tous les cas d'invalider une approche théorique en raison de sa contradiction avec la réalité qui, en droit, prend les traits du « droit positif » (2).

1/ L'incommensurabilité des paradigmes

Présentation. De façon générale, le relativisme peut être défini comme « la conception selon laquelle la vérité et l'erreur, les mécanismes de raisonnement et les procédures de justification sont les produits de différentes conventions et schémas d'analyse et que leur autorité n'existe qu'au sein du contexte qui les a vu naître »⁸³². S'opposant à d'autres courants tels que l'absolutisme,

⁸³¹ A. Barrau, *De la vérité dans les sciences*, Dunod, 2016, p. 88 ; « Un relativisme exigeant et militant, à l'inverse d'un laxisme, permet d'opérer des choix tout en demeurant conscient du fait qu'ils ne sont pas nécessairement les seuls possibles. Le cadre de pensée – les règles du jeu – intègre donc lui aussi l'espace de ce qu'il faut interroger et étudier. Sans doute faudrait-il en fait plutôt parler de *relationnisme* pour éviter la connotation souvent péjorative du relativisme. Ou, mieux encore, de *pluriréalisme* : ni de l'irréalisme qui nie l'existence d'une réalité hors soi, ni le réalisme absolu qui entend tout réduire à un seul mode d'être (qui peut être, suivant celui qui le défend, la science, la religion, etc.). », p. 88.

⁸³² M. Baghmarian et J. Adam Carter, « Relativism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne, consulté le 14 juin 2018 : « *Relativism, roughly put, is the view that truth and falsity, right and wrong, standards of reasoning, and procedures of justification are products of differing conventions and frameworks of assessment and that their authority is confined to the context giving rise to them.* ».

l'objectivisme ou le réalisme⁸³³, il s'agit d'une option épistémologique ancienne. On considère que le relativisme apparaît dès la Grèce antique, et que Protagoras peut être considéré comme un de ses premiers penseurs. Sa célèbre assertion selon laquelle « l'homme est la mesure de toutes choses » résume parfaitement cette idée selon laquelle rien n'existe en dehors des perceptions humaines. Le relativisme ne cessera par la suite d'être retravaillé par la philosophie occidentale, et on sait l'importance de la pensée de Kant sur les relations entre le sujet pensant et son objet, le constructivisme des néo-kantiens de la fin du XIX^e siècle en Allemagne⁸³⁴ et les ravages provoqués par les coups de marteau de Nietzsche⁸³⁵. La publication par Einstein de la *Théorie de la relativité restreinte* en 1905 constitua un moment déterminant dans la propagation des thèses relativistes. La philosophie des sciences américaine d'après-guerre, menée par Kuhn⁸³⁶ et Feyerabend⁸³⁷, a considérablement renforcé les thèses relativistes⁸³⁸.

Vérité. La première conséquence du relativisme est que la vérité absolue n'existe pas. Autrement dit, il n'existe de vérité qu'à l'intérieur d'un schéma de pensée. Dès lors, il devient impossible de tenir un discours de vérité à l'encontre d'un cadre d'analyse différent. Certains auteurs positivistes ont parfois tendance à considérer leur approche théorique comme supérieure en raison d'une plus grande proximité avec la réalité. On lit par exemple dans un article consacré par un des plus proches disciples de Kelsen consacré à l'État fédéral que sa « théorie de l'État fédéral ne tend pas seulement à démontrer les *erreurs* de l'ancienne doctrine, mais aussi à dévoiler les raisons de ces erreurs. Ces erreurs sont pour la plupart causées par les *fausses conceptions*, concernant les problèmes fondamentaux, qui sont nécessairement à la base de toute théorie des

⁸³³ Voir M. Baghmarian et J. Adam Carter, « Relativism », *op. cit.*

⁸³⁴ Voir Chapitre 2

⁸³⁵ On lit dans M. Baghmarian et J. Adam Carter, « Relativism », *op. cit.* : « *And indeed, Nietzsche is possibly the single most influential voice in shaping relativistic sensibilities in 20th century continental philosophy. His declaration that all human conceptions and descriptions, including those advanced by scientists, are "only an interpretation and arrangement of the world (according to our own requirements, if I may say so!)—and not an explanation of the world" and that "there is only a perspective seeing, only a perspective knowing" [...] irrespective of how Nietzsche himself intended them, have been taken to express a core contention of relativism that no single account of truth or reality can occupy a privileged position, for such accounts are only one of many perspectives that prevail at a given time in history.* »

⁸³⁶ Voir not. Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983 ; P. Leduc, *La notion d'incommensurabilité chez Thomas Kuhn*, thèse, Université du Québec à Montréal, 1997, disponible en ligne.

⁸³⁷ P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. « Points », 1979.

⁸³⁸ Il conviendrait de signaler également l'influence significative des travaux de Foucault, notamment sur les philosophes américains ; voir not. Foucault M., *L'archéologie du savoir*, [1969] rééd. Gallimard, coll. « Tel », 2008.

liaisons d'États »⁸³⁹. Plus récemment, S. Rials reprochait à M. Troper de ne pas avoir complètement abandonné les « cadres intellectuels du positivisme "néoclassique" », et de continuer à croire en l'existence d'une certaine vérité. S. Rials regrette que « le discours tropérien [ne soit] jamais un discours de l'opinion : il se présente comme un discours de la vérité sur l'espace qu'il convient de ménager à la vérité comme sur l'économie générale des facultés humaines et sur leurs champs respectifs de légitimité »⁸⁴⁰. Il écrit par ailleurs que « Troper, comme Kelsen, ne semble pas considérer que ses textes théoriques sont des récits qui ont toute mais n'ont que la vérité propre des récits (cette vérité de tout ce qui advient au monde) », et que Troper « ne semble pas prêt [...] à considérer que ses écrits nous parlent davantage de lui que (d'ailleurs insaisissable) "du droit" ». Tout discours sur le droit n'est donc qu'un « discours de l'opinion » et aucun ne peut se prévaloir d'être objectivement un « discours de la vérité », dans la mesure où il n'existe pas de vérité objective⁸⁴¹.

Science. De même n'existe-t-il pas une conception objective de la science à laquelle on pourrait jauger les différents discours juridiques afin de leur attribuer un label de scientificité plus ou moins prestigieux⁸⁴². O. Jouanjan a par exemple mis en évidence que la qualité scientifique est elle aussi affaire de convention. L'assertion selon laquelle un discours pour être scientifique doit être neutre donc descriptif n'est que la « théorie positiviste de la science », et n'est donc là encore qu'un discours d'opinion. O. Jouanjan écrit que « le discours de la théorie (positiviste) de la science est bien l'expression d'un acte de volonté originaire, d'un "contrat scientifique originaire" »⁸⁴³.

Réalité. Il n'existe pas davantage une réalité à laquelle pourraient être confrontées différentes approches théoriques afin de déterminer laquelle est intrinsèquement la plus pertinente.

⁸³⁹ J. Kunz, « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 838, nous soulignons.

⁸⁴⁰ S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, 2003, pp. 49-85.

⁸⁴¹ Dans le même numéro de la revue *Droits*, O. Jouanjan regrette que la théorie *réaliste* de l'interprétation de M. Troper soit fondée sur « une théorie de la vérité très traditionnelle, une théorie de la vérité-correspondance » (p. 47), ce qui rapproche la pensée de M. Troper davantage du positivisme classique que du positivisme néo-kantien, laquelle correspond justement à une critique de la vérité-correspondance et de la « conception "descriptiviste" de la science » : O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, p. 47.

⁸⁴² Voir les développements d'A. Barrau sur les difficultés à définir la science : A. Barrau, *De la vérité dans les sciences*, *op. cit.*, pp. 7 et s.

⁸⁴³ O. Jouanjan, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *op. cit.*, p. 39.

Seules les manifestations, les apparences de la « réalité » sont connaissables. Or l'interprétation de ces manifestations dépend des cadres d'analyse du sujet pensant. Par conséquent, la configuration de la « réalité » elle-même varie en fonction des cadres d'analyse. Pour prendre l'exemple de la science juridique, c'est une erreur de considérer qu'il existerait en dehors de tout cadre d'analyse spécifique une réalité appelée « réalité juridique »⁸⁴⁴ et sur laquelle devrait se concentrer tout discours juridique. La « réalité juridique » formant l'objet du discours juridique dépend de l'approche théorique adoptée. Elle est par exemple beaucoup plus large pour un tenant de l'idéalisme juridique que pour un positiviste classique, surtout s'il ne s'en tient qu'à l'étude de la jurisprudence. L'objet du discours juridique n'est pas seulement le « droit positif », et la conception même du droit positif varie en fonction des approches théoriques utilisées. C'est pour cela que les approches théoriques, ou paradigmes, sont non-falsifiables⁸⁴⁵. Un paradigme ne peut pas être considéré comme faux en raison d'une contradiction avec la réalité, puisque celle-ci n'existe pas objectivement. On peut seulement considérer, subjectivement, qu'une approche théorique est plus ou moins pertinente pour décrire l'objet que l'on s'est assigné. Dans le cadre des discussions sur le droit global par exemple, plusieurs auteurs ont montré que l'opportunité de faire le choix du « *Global Turn* » n'est pas dicté par des considérations empiriques, mais constitue une « affaire de choix épistémologique »⁸⁴⁶.

Incommensurabilité des paradigmes. Il ressort de ces éléments qu'il n'existe pas dans le ciel pur des idées de conception objective de la vérité, de la science ou de la réalité, dans la mesure où il n'existe aucun objet connaissable indépendant de tout paradigme⁸⁴⁷. C'est donc parce

⁸⁴⁴ Pour la croyance, par exemple de Carré de Malberg, en l'existence d'une « réalité juridique », voir Chapitre 1.

⁸⁴⁵ Il s'agit du premier trait caractéristique de tout paradigme, d'après E. Morin : « Le paradigme est "non-falsifiable" c'est-à-dire à l'abri de toute infirmation-vérification empirique, bien que les théories scientifiques qui en dépendent soient "falsifiables" » : E. Morin, *La méthode*, tome II, Seuil, 2008 ; la théorie de la falsifiabilité comme critère d'identification du discours scientifique est évidemment l'œuvre de K. Popper : voir not. *La connaissance objective*, Flammarion, 1979 ; voir également R. Bouveresse, *Karl Popper ou le rationalisme critique*, Vrin, 2^{ème} éd., 1998, pp. 45 et s. ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, op. cit., pp. 109 et s.

⁸⁴⁶ M. Xifaras, « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 5 ; voir également M. Altwegg-Boussac, « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, où on lit que même pour un thuriféraire du droit global (M. Kumm), les « désaccords ne sont pas empiriques » et qu'il s'agit bien du choix d'un discours : p. 3.

⁸⁴⁷ Voir J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016 : « En élaborant un modèle, les juristes proposent une lecture du monde. Leur discours porte sur un modèle construit juridiquement à propos de faits dont l'appréhension constitue déjà une forme de reconstruction, si bien que les faits du droit sont, dans une large mesure, des "faits virtuels", au sens où les entend M. Gilles-Gaston Granger : les faits "généralement définissables dans un référentiel" », p. 59.

que les paradigmes produisent eux-mêmes leurs objets et les règles en vertu desquelles il convient de les décrire que l'on peut dire qu'il n'existe pas nécessairement d'objet commun aux différents paradigmes. Dans la mesure où ils ne parlent pas de la même chose, les paradigmes ne peuvent être comparés *dans l'absolu*⁸⁴⁸.

2/ Une critique impossible : l'invalidation d'une théorie en raison d'une contradiction avec le droit positif

Sur le fondement de ces présupposés relativistes, il y a donc une première critique que l'on ne pourra pas adresser aux ébauches conceptuelles et théoriques sur les formes d'État proposées dans le cadre du positivisme étatique ou de l'idéalisme juridique. Il s'agit de leur supposée contradiction avec le « droit positif ». La croyance selon laquelle un concept ou une théorie se vérifie par rapport au droit positif est probablement partagée par une majorité des juristes français. L'adhésion même implicite à une version un peu fruste de positivisme épistémologique pourrait expliquer le rapport ambigu que nombre de juristes français entretiennent avec le droit positif. Ce dernier est souvent considéré comme un « déjà-là », un objet dont le juriste n'a plus qu'à se saisir afin de le décrire le plus précisément possible. Le « droit positif » fait alors office de « réservoir de concepts »⁸⁴⁹ : on y puise pour identifier les « vrais » concepts de loi ou d'acte administratif⁸⁵⁰, et même des concepts plus généraux comme celui d'État⁸⁵¹. Le droit positif constitue en même temps le principal étalon permettant de mesurer la *véracité* d'une construction théorique. Cependant, l'utilisation d'un tel « critère de vérification empirique » pose des difficultés épistémologiques

⁸⁴⁸ Ce qui semble transparaître de cet extrait d'un dialogue de Platon : « Nous contredirions nous, reprit l'autre, en parlant tous deux du même objet ? N'est-il pas vrai qu'ainsi nous dirions les mêmes choses ? Il l'accorda. – Mais quand nous ne parlons ni l'un ni l'autre de cet objet, pourrions-nous alors nous contredire ? N'est-il pas vrai qu'en ce cas aucun de nous ne ferait même la moindre mention de l'objet ? Il en convient encore. – Mais quand je parle, moi, de cet objet, et que tu tiens, toi, d'autres propos sur un autre, serait-ce alors que nous nous contredisons ? N'est-il pas vrai que, moi, je parle de l'objet, alors que toi, tu n'en dis absolument rien ? Or, sans parler comment contredire celui qui parle ? » : Platon, *Euthydème*, 286a-b, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997, p. 158.

⁸⁴⁹ Pour reprendre une expression de M. Troper à propos de l'histoire : M. Troper, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 275.

⁸⁵⁰ Voir Chapitre 6.

⁸⁵¹ Voir Chapitre 4 : Carré de Malberg pense que la Révolution française, ensuite confirmée par le droit positif, a consacré une conception (française) de l'État, qui permettrait notamment d'exclure les constructions (allemandes) formalistes : voir R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, [1933], rééd. Dalloz, 2007.

difficilement surmontables. O. Pfersmann et M. Troper ont mis en évidence que Carré de Malberg n'avait pas su construire sur des bases solides son « empirisme-positivisme », en vertu duquel le droit positif est utilisé tant comme réservoir de concept que comme critère de vérification des constructions théoriques⁸⁵².

D. de Béchillon semble ne pas non plus y être parvenu. Même si sa démarche épistémologique est beaucoup plus solide⁸⁵³, il n'a pas donné de solution satisfaisante au « problème de l'empirisme normatif »⁸⁵⁴. Avant de démontrer la valeur de sa théorie de la hiérarchie des fonctions normatives de l'État, D. de Béchillon critique les théories hiérarchiques proposées notamment par Carré de Malberg et Kelsen. Au nombre des « arguments critiques » développés à l'encontre du critère organique et formel élaboré par Carré de Malberg, il explique que « le Droit public français invalide largement le critère organique »⁸⁵⁵. Le droit positif sert donc à invalider des constructions théoriques en contradiction avec lui. Surtout, D. de Béchillon pense que le droit positif contiendrait lui-même la théorie la plus à même de le décrire. Il écrit ainsi : « la seule voie méthodologiquement admissible [consiste] à ne concevoir les fonctions que dans l'acception que *le droit positif* en laisse apparaître »⁸⁵⁶. Par ailleurs, c'est le droit positif lui-même qui contiendrait la meilleure définition du droit, la « *la définition "officielle" du droit dans l'État* »⁸⁵⁷. L'« empirisme normatif » de D. de Béchillon est toutefois rapidement mis à mal par son propre aveu que ces questions, tant celle de la hiérarchie des fonctions normatives de l'État que celle de la définition

⁸⁵² O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, pp. 295-325, p. 310 pour la citation ; voir M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

⁸⁵³ Voir par ex. D. de Béchillon (dir.), *Les défis de la complexité : vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, L'Harmattan, 1994 ; D. de Béchillon, « La transdisciplinarité : méthode pour une anthropologie fondamentale », *Transdisciplines. Revue d'Épistémologie critique et d'anthropologie fondamentale*, 1996, pp. 1-37.

⁸⁵⁴ O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*

⁸⁵⁵ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, p. 12.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 208.

⁸⁵⁷ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 240 : la démarche est problématique : l'auteur parle « d'observation », et indique que l'État se définit principalement par la souveraineté, qui consiste principalement dans le monopole du pouvoir normatif ; « en conséquence, tout travail d'analyse du phénomène juridique dans nos sociétés modernes doit commencer par le constat de cette situation objective (pour le coup), et se poursuivre par une analyse des techniques au travers desquelles s'opère la "juridicisation" des normes par voie d'autorité publique », p. 241 ; l'auteur évoque ensuite les « bases "réalistes" » (p. 242) de son approche, et finit par donner une définition du droit directement dictée par une certaine conception du droit et de l'État (l'idée qu'il s'agit d'une personne morale souveraine n'est pas vraiment discutée, et se trouve légitimée par une référence aux travaux d'O. Beaud sur l'État) : « *Au total, selon les critères du système étatique, toute norme dont il est possible de fonder le caractère obligatoire dans une norme édictée elle-même par un organe de l'État pourra donc être dite juridique. C'est bien l'appartenance de la règle au système juridique qui l'aura juridicisée* », p. 255.

du droit étatique, ne sont qu'une affaire de paradigmes. Il écrit que la gradation des fonctions « découle de l'ontologie même du Droit et des normes juridiques, de la manière que nous avons de penser cet ensemble et de le mettre en place, voire même de l'incapacité dans laquelle nous sommes de le penser autrement. Encore une fois, les fonctions sont hiérarchisées parce qu'il n'est pratiquement pas possible qu'il en aille autrement, eu égard à ce avec quoi elles sont faites, à ce à quoi elles servent, et à la manière que nous avons de raisonner »⁸⁵⁸. D. de Béchillon fait alors allusion en note à la « nature fondamentalement *paradigmatique* de tout cela »⁸⁵⁹. Par conséquent, s'il y a gradation des fonctions normatives de l'État, ce n'est pas véritablement parce que le droit positif contient intrinsèquement une telle gradation, mais parce qu'en Occident nous pensons le droit à l'aide d'un paradigme en vertu duquel il doit nécessairement exister une telle gradation au fondement du droit positif. Rattacher l'existence d'une gradation des fonctions non pas à une « chose en soi »⁸⁶⁰ (le droit positif) mais à un système de pensée, condamne tout « empirisme-normatif ». La théorie de la gradation des fonctions n'étant plus une qualité intrinsèque du droit positif mais une conséquence d'un schéma de pensée, il devient impossible de condamner une théorie alternative qui, dès lors qu'elle découle d'un schéma de pensée différent, ne porte pas sur le même objet.

Il en va de même pour la définition « officielle » du droit dans l'État. Cette définition perd toute objectivité dès lors que l'on reconnaît, comme finit par le faire D. de Béchillon, que cette définition aussi n'est que la conséquence d'un paradigme. Il doit constater que cette définition du droit par l'État est une conséquence directe de la « pensée d'État » si marquante de l'Occident, et précisément étudiée par Bourdieu⁸⁶¹. Or cette « pensée d'État » est elle-même une construction intellectuelle. Il note que « nous ne pouvons pas comprendre l'empreinte de l'État sur nos formes de pensée (et singulièrement sur nos modes de penser le Droit) si nous ne cherchons pas à comprendre aussi, et récursivement, le rôle de nos formes de pensée sur la construction de l'État et des paradigmes qui le sous-tendent. Nous sommes pour ainsi dire contraints d'interroger la structure même de la rationalité occidentale jusque dans ses fondements les plus archaïques et les

⁸⁵⁸ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, op. cit., p. 235.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ Au sens de la *Critique de la raison pure* de Kant.

⁸⁶¹ Voir not. P. Bourdieu, *Sur l'État. Cours au Collège de France*, 1989-1992, Seuil, 2012.

moins rationnels si nous voulons (entre autres) élucider pleinement la fabrique des normes et du Droit tels qu'ils s'y conçoivent »⁸⁶².

En somme, invalider une théorie en raison d'une contradiction supposée avec le droit positif, implique d'adhérer à une certaine forme de positivisme empiriste qui nous paraît, d'un point de vue épistémologique, quelque peu discutable. Nous ne reprendrons donc pas ce type de critique pour discuter la pertinence des deux approches théoriques principalement mobilisées par la doctrine publiciste française pour penser les formes d'État.

Les contraintes liées au postulat relativiste ne conduisent pourtant pas nécessairement à un relativisme total. Le relativisme condamne l'idée qu'il soit possible d'éprouver une théorie par rapport à la réalité, et implique que toute critique est nécessairement subjective. Pour autant, il demeure possible de défendre subjectivement les qualités supérieures d'un paradigme par rapport à un autre. Même dans une perspective relativiste, tout ne se vaut pas forcément. Le relativisme peut être un relativisme « exigeant »⁸⁶³.

B/ Relativisme exigeant

Le relativisme exigeant est cette voie épistémologique étroite qui permet d'échapper au relativisme total. Il convient de le présenter (1) avant d'envisager les « standards d'appréciation » classiquement mobilisés pour éprouver des approches théoriques différentes (2).

1/ Présentation

On se propose d'appeler, avec A. Barrau, « relativisme exigeant » cette posture épistémologique qui consiste à prendre acte de la subjectivité de tout paradigme sans toutefois céder aux affres du relativisme total. Avoir conscience que *la vérité n'existe pas dans l'absolue* mais que tout paradigme génère sa propre vérité, n'empêche pas de défendre une certaine vérité dans le

⁸⁶² D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 291 ; l'auteur poursuit ainsi : « Sans doute faudra-t-il pour cela chercher à comprendre ce goût que nous avons de l'unité, cette défiance à l'égard du multiple et cette peur du complexe. Notre passion de la hiérarchie en dernière analyse », p. 291.

⁸⁶³ A. Barrau, *De la vérité dans les sciences*, op. cit., pp. 59 et s.

cadre d'un schéma d'analyse préalablement précisé. En l'occurrence, le paradigme auquel nous adhérons est le positivisme normativiste. Dans l'absolu ce paradigme n'a aucune qualité supérieure aux autres paradigmes. Le normativisme n'est pas absolument plus juridique, plus neutre, plus scientifique ou plus précis. Tous ces critères sont en effet subjectifs : il n'existe pas une conception objective de ce qui est juridique, scientifique ou précis. Par ailleurs, le fait qu'une approche théorique soit plus juridique, scientifique et précise ne la rend pas de ce fait objectivement plus pertinente. L'appréciation même de ces critères, si tant est que l'on puisse s'entendre un minimum sur leur contenu, varie en fonction des cadres d'analyse mobilisés. Bref, les raisons qui font que l'on adopte un paradigme plutôt qu'un autre, les critères présidant à ce choix, ne peuvent pas être des critères permettant de comparer les paradigmes dès lors qu'ils s'insèrent eux-mêmes dans un certain paradigme.

Résumons : les paradigmes sont des constructions intellectuelles en référence à une « réalité » particulière car subjective, de sorte qu'il est impossible d'éprouver un paradigme par rapport à la réalité objective ; il est vain de vouloir éprouver un paradigme au regard de critères jugés importants dans le cadre d'un autre paradigme (la qualité scientifique de la démarche est importante pour un normativiste, mais constitue presque un repoussoir aux yeux de la plupart des juristes pour qui la « science juridique » est d'abord un art juridique). Pour évaluer un paradigme, il ne reste alors plus qu'une solution, celle qui consiste à utiliser des critères globalement acceptés, au-delà des différents paradigmes. Il s'agit des « standards d'appréciation d'une ontologie »⁸⁶⁴.

2/ Les « standards d'appréciation d'une ontologie »

Au-delà de la thèse de l'incommensurabilité des paradigmes et pour échapper au gouffre du relativisme total, des « standards » ont été dégagés afin de pouvoir, un tant soit peu, comparer des ontologies différentes. Il faut reconnaître que ces standards, ou critères, sont peu enthousiasmants et leur appréciation nécessairement subjective⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels, op. cit.*, p. 274.

⁸⁶⁵ Ce que relève également M. Altwegg-Boussac dans sa thèse : voir p. 274.

Cohérence. Le premier standard est celui de la cohérence. Dans la mesure où la thèse de l'incommensurabilité des paradigmes empêche d'attaquer une approche théorique concurrente au niveau de son objet, de ses concepts ou du contenu de ses théories, la cohérence globale de la structure intellectuelle a été érigée en critère permettant d'apprécier la valeur d'un cadre de pensée. La cohérence de l'ensemble apparaît alors comme une exigence minimale que tout paradigme, quelle que soit sa structure interne, doit satisfaire. Cette exigence est ancienne, de sorte que les querelles doctrinales sont parsemées depuis longtemps de reproches relatifs à l'incohérence d'une approche théorique opposée. Lorsque la théorie pure du droit commençait à se diffuser, au début du siècle dernier, F. Weyr écrivait que « les préoccupations des adhérents de la théorie [pure du droit] évoluent dans deux directions : Il fallut démontrer, d'abord, par une critique appropriée de la jurisprudence régnante, que les constructions qu'on y rencontre sont insuffisantes et entachées de contradictions internes et que ce défaut est une conséquence logique du syncrétisme méthodique »⁸⁶⁶.

Il semble toutefois que le critère de la cohérence soit particulièrement peu opérant. Les adversaires du normativisme sont ainsi obligés de reconnaître que ce n'est pas un défaut de cohérence logique qui permet d'invalider cette approche théorique. B. Faure doit reconnaître qu'« il n'y a pas de vice de logique dans les conceptions du normativisme »⁸⁶⁷, alors que B. Plessix concède, au détour d'une critique normativiste de la distinction entre règles de droit et actes juridiques, que « comme toujours avec le normativisme, la démonstration est implacable : il est vain de vouloir critiquer la logique interne »⁸⁶⁸. Alors même que ces auteurs se résignent à reconnaître la cohérence

⁸⁶⁶ Cité in G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 53 ; il semblerait que les attaques normativistes des approches théoriques concurrentes au niveau de la cohérence interne n'aient pas cessé : elles sont « blâmées pour leur incohérence par la pensée normativiste, qui tient de ce point de vue une sorte de haut du pavé méthodologique » note D. Baranger dans « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. XVI.

⁸⁶⁷ La critique, en effet, se place sur un autre niveau : « En fait, il n'y a pas de vice de logique dans les conceptions du normativisme, mais "l'impensé" de cette doctrine réside dans l'absence de contact avec l'environnement social, dans la vanité d'un système fermé sur lui-même, opérant en vase clos selon une systématisme déductive imperméable aux besoins d'expression des flux sociaux » : B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998, p. 128.

⁸⁶⁸ Ici encore, la critique se poursuit sur un autre niveau : « Mais il est permis de ne pas croire à l'épistémologie prescriptive de Kelsen, de ne pas en partager les prémisses, à commencer par la séparation de l'être et du devoir-être. Par ailleurs, le normativisme reste un édifice spéculatif, une idéalisation de la vie juridique : dans la réalité, le droit ne fonctionne pas, ou pas encore, comme Kelsen l'avait rêvé », B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 12 ; on retrouve un raisonnement similaire dans M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.* : « Quoi qu'on en dise, la théorie normativiste est difficilement réfutable dans sa cohérence interne [...], elle le sera plus facilement sur le plan méta-théorique, lorsque l'on étudiera la portée heuristique du choix d'une telle représentation du droit », p. 233.

de l'approche normativiste, les arguments ne manquent pas pour finalement rejeter cette approche. Autrement dit, il semblerait que la cohérence reconnue du normativisme n'ait jamais, sinon très rarement, joué en sa faveur.

Inversement, les critiques anciennes et maintenues des normativistes à l'encontre des approches théoriques concurrentes, notamment le positivisme classique et l'idéalisme juridique, n'ont eu qu'un effet très limité⁸⁶⁹. Ces approches continuent de bénéficier, en France, d'une audience plus importante que le normativisme. S'agissant plus précisément de leur discours sur les formes d'État, tant le positivisme étatique que l'idéalisme juridique ne peuvent être rejetés au motif d'une incohérence logique dirimante. Le critère de la cohérence apparaît donc comme particulièrement peu discriminant⁸⁷⁰. Parmi les approches théoriques disponibles sur le « marché des idées »⁸⁷¹, les principales peuvent être considérées comme suffisamment cohérentes. C'est d'ailleurs justement cette existence en son sein de multiples « paradigmes » globalement cohérents et structurés qui fait toute la richesse de la pensée juridique.

Utilité. Le deuxième « standard d'appréciation d'une ontologie » est l'utilité – des concepts, des théories, de la construction d'ensemble, c'est-à-dire du paradigme. Comme le critère de la cohérence, celui de l'utilité est souvent présenté comme extérieur à tout paradigme, pouvant ainsi servir de point de comparaison. Il est par exemple utilisé par M. Altwegg-Boussac pour évaluer la représentation normativiste du droit⁸⁷², évoqué par E. Millard parmi les critères permettant de privilégier une théorie du droit au détriment d'une autre⁸⁷³, et G. Tusseau y fait référence parmi les critères d'évaluation d'une théorie⁸⁷⁴. Dans la préface à la thèse de G. Tusseau, M. Troper rappelle

⁸⁶⁹ Pour ne prendre qu'un exemple, la dénonciation kelsénienne du caractère anthropomorphique du concept de personnalité morale n'a absolument pas empêché la plupart des juristes français de le maintenir parmi les concepts fondamentaux de la pensée juridique dominante.

⁸⁷⁰ Alors même que selon E. Millard la « cohérence logique » constitue, avec la « valeur heuristique », l'un des deux facteurs permettant de privilégier une théorie du droit particulière : E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006.

⁸⁷¹ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, p. 194.

⁸⁷² Voir *supra* ; l'auteur précise par ailleurs : « Un concept ne se vérifie pas, il s'évalue au regard de son utilité s'agissant de ses capacités explicatives vis-à-vis d'un objet », M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 211.

⁸⁷³ Voir *supra*.

⁸⁷⁴ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.* : l'auteur note que « dans le domaine de la science, le principe d'utilité est souverain » (p. 645), et précise qu'« une théorie est préférable à une autre lorsqu'elle contient une plus grande quantité d'informations empiriques, jouit d'un pouvoir d'explication et de prédiction supérieur, permet de formuler des assertions plus précises et plus détaillées, et assure la mise en relation et l'unification de problèmes jusqu'alors perçus comme dénués de rapport. La science progresse ainsi à titre essentiel par la modification des outils au moyen desquels elle appréhende son objet, formule des hypothèses et soumet des explications » (p. 644).

que les concepts, qui n'existent que dans les discours des juristes et dans aucune autre réalité empirique, ne peuvent de ce fait être ni vrais ni faux. Il suffit que ces concepts aient une certaine utilité. Selon M. Troper, le concept de norme d'habilitation forgé par G. Tusseau « est utile parce qu'il permet de rendre compte d'un ensemble de pratiques de façon plus économique ou plus élégante »⁸⁷⁵.

Alors que nous avons vu que le critère de la cohérence était faiblement discriminant, il est à craindre que celui de l'utilité, de la « valeur heuristique », soit par trop subjectif. On voit mal en effet comment on pourrait évaluer l'utilité d'un concept, d'une théorie ou d'un paradigme en dehors de celui-ci. L'utilité d'une construction intellectuelle se mesure à l'aune de sa faculté explicative, de l'apport en connaissance qu'elle procure, bref d'une meilleure compréhension d'un objet⁸⁷⁶. Ce dernier est toutefois lui-même créé par l'approche théorique en question, de sorte que d'une certaine façon, un concept ou une théorie formée et cohérente dans une certaine approche théorique est nécessairement utile au sein de cette approche, et ne l'est que par accident au sein d'une autre. La théorie de la personnalité morale, par exemple, est essentielle dans le cadre du positivisme étatique⁸⁷⁷ mais devient une simple théorie accessoire dans cette version du positivisme objectiviste que constitue le normativisme⁸⁷⁸. Par ailleurs, la théorie de la souveraineté est essentielle aussi bien pour le positivisme étatique que pour l'idéalisme juridique dès lors qu'elle a pour objectif de rendre compte de l'exercice du pouvoir, alors qu'elle se voit rabaisser au rang de simple « théorie politique » dans le cadre du normativisme. Inversement, les théories relatives aux normes et ordres juridiques, à la hiérarchie et l'interprétation des normes, sont considérées comme

⁸⁷⁵ M. Troper, Préface à G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. XVIII ; le concept de norme d'habilitation est ainsi défini par G. Tusseau : « Si l'acteur *a* réalise l'action – c'est-à-dire suit la procédure – *p*, ayant la signification subjective d'une norme *n* relative au champ d'application *ca* et comprise dans le champ de réglementation *cr*, alors sa signification objective doit être », pp. 306.

⁸⁷⁶ Voir en ce sens X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2016, pp. 13-25, notamment : « Au-delà de toute vérification empirique ou de solidité interne d'un discours analytique, c'est sans doute la capacité d'une proposition scientifique à mieux connaître l'objet qu'elle décrit. L'apport cognitif d'une proposition et sa capacité à s'insérer dans un ensemble cohérent de propositions à même d'analyser de manière générale l'objet décrit permettent d'apprécier de manière qualitative un discours scientifique. Ce sont donc moins, peut-être et dans une certaine mesure, la vérification des propositions d'analyse ou leur logique et leur cohérence interne qui importe que l'apport à la connaissance qu'elles recèlent dans la description des objets qu'elles entendent observer », p. 23.

⁸⁷⁷ Nous avons montré que ce paradigme possède des fondements subjectivistes et volontaristes, et que la théorie de la personnalité morale, dans sa version « réalité technique » donc sans substance, a été perçue comme l'unique moyen de penser l'unité de l'État ; voir Chapitre 1.

⁸⁷⁸ Voir Chapitre 4.

beaucoup plus utiles pour les normativistes que pour les tenants des approches matérielles du droit. Plus généralement, l'utilité d'un paradigme dépend de son rapport au monde (*Weltanschauung*). Or celui-ci se situe au fondement d'un paradigme. Il semble donc difficile d'apprécier objectivement, dans l'absolu, l'utilité d'un paradigme.

Intuition. Un troisième critère de comparaison des paradigmes que l'on retrouve souvent dans la littérature juridique est l'intuition. O. Pfersmann écrit que « la seule considération permettant de mettre en doute la pertinence d'une ontologie ni vide ni inconsistante consisterait à invoquer sa trop forte différence par rapport à nos "intuitions" »⁸⁷⁹. Il faut admettre que l'intuition se laisse difficilement saisir, et apparaît dès lors comme un critère de discrimination délicat. D'autant plus qu'une nouvelle fois il semble évident que les intuitions sont propres aux paradigmes. Un normativiste n'a pas les mêmes intuitions qu'un tenant de l'idéalisme juridique. Alors qu'un tenant du positivisme étatique pense « intuitivement » l'État comme une personne morale, le normativiste y voit la manifestation d'une pensée anthropomorphe⁸⁸⁰.

En somme, on ne sort que très difficilement du problème de l'incommensurabilité des paradigmes. Dès lors que plusieurs approches théoriques globalement et également cohérentes sont disponibles, le choix se fait, pense-t-on parfois (explication individualiste), en fonction d'une « stratégie scientifique »⁸⁸¹ ; *in fine* et de façon plus certaine en fonction d'un choix politique⁸⁸². Cela est sans doute vrai. Nous persistons cependant à penser que l'adoption d'une approche théorique plutôt qu'une autre n'est pas véritablement une affaire de choix. Ce sont sans doute de complexes considérations sociales (explication holiste) qui déterminent nos « manières de penser, de sentir et d'agir ». Celles-là mêmes qui déterminent nos façons d'appréhender le problème des formes d'État.

⁸⁷⁹ O. Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », p. 14, cité in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, op. cit., p. 274.

⁸⁸⁰ Pour un maniement intéressant de « l'intuition », voir la thèse de D. de Béchillon : il reconnaît que la hiérarchie des fonctions normatives de l'État constitue d'abord pour lui une intuition, avant de reconnaître qu'« [il] ne paraît pas illégitime de penser, au vu des caractéristiques qui lui sont propres, que le principe hiérarchique puisse constituer l'un des grands paradigmes juridiques de ce même Occident », D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, p. 404 ; l'intuition aussi est donc infra-paradigmatique.

⁸⁸¹ E. Millard, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 18 ; l'auteur évoque par exemple la question de savoir s'il est préférable d'adopter un programme de recherche descriptif ou prescriptif.

⁸⁸² *Ibid.* ; E. Millard donne comme exemple la volonté ou non de mettre en évidence le pouvoir normatif du juge.

§ 2 : Des critiques éculées

De nombreuses critiques ont été adressées aux constructions intellectuelles relatives aux formes d'État proposées par le positivisme étatique et l'idéalisme juridique. Elles sont d'ordre général (A), relatives aux théories et concepts proposés (B) ou aux classifications établies (C). Il convient ici de rappeler ces critiques souvent connues, pour ne pas avoir à y revenir par la suite mais également pour tenter d'expliquer pourquoi elles sont globalement restées vaines.

A/ Critiques générales

Désuétude. Plusieurs critiques d'ordre général peuvent être relevées. Tout d'abord, on n'a pas manqué de signaler le caractère dépassé de ces théories. Plus précisément, c'est la théorie des formes d'État proposée par le positivisme étatique qui est principalement visée par cette critique, l'approche idéaliste étant souvent considérée, à tort, comme une approche plus récente. Il est vrai que la doctrine récente n'a pas beaucoup œuvré à l'actualisation de la théorie des formes d'État. Nombreux sont encore les manuels présentant les formes politiques pourtant depuis longtemps disparues que sont les unions monarchiques (unions réelles et unions personnelles). Par ailleurs, et alors même que Le Fur notait déjà dans son *Précis de droit international* à la fin des années 1930⁸⁸³ que les Confédérations d'État étaient une forme politique en voie d'extinction, les Confédérations continuent à occuper en doctrine une place qu'elles n'ont plus sur la scène internationale. Cette importance doctrinale relative est sans doute un reliquat des intenses débats doctrinaux de la fin du XIX^e siècle, en Allemagne notamment, lorsque les plus grands publicistes de l'époque devisaient sur la nature juridique de l'Empire allemand. La difficulté avec laquelle de nouvelles constructions juridiques, en particulier l'Union européenne, se laissent appréhender par la théorie classique des formes d'État pourrait également témoigner de la désuétude de cette théorie⁸⁸⁴. Cette critique

⁸⁸³ L. Le Fur, *Précis de droit international public*, 4^{ème} éd., 1939, p. 77.

⁸⁸⁴ Parmi de très nombreuses références, voir O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, ainsi que plus récemment H. Dumont et M. El Berhoumi, « Les formes juridiques fédératives d'association et de dissociation dans et entre les États », *Droit et société*, 2018/1, n° 98, pp. 15-36 ; naturellement cette critique vaut également, et à plus forte raison, pour toutes les problématiques relatives à la globalisation du droit.

cependant n'emporte pas la conviction. S'il est indéniable que de nombreuses présentations (dans les manuels le plus souvent) portant sur les formes d'État auraient besoin d'un léger dépoussiérage, il n'est pas évident que la théorie elle-même soit d'un autre âge. L'approche classique des formes d'État avait déjà de grandes difficultés à décrire les formes politiques du XIX^e siècle⁸⁸⁵, au moins aussi grandes que celles éprouvées pour qualifier l'Union européenne.

Prescriptif. Par ailleurs, il est sans doute possible de reprocher à de nombreux écrits sur les formes d'État d'être prescriptifs⁸⁸⁶. Il est fréquent, par exemple, de voir la doctrine partir du postulat que la France est un État unitaire afin d'en tirer des conclusions prescriptives⁸⁸⁷. Toutefois, ici encore ce n'est pas la construction théorique qui est en cause, mais l'utilisation qui en est faite. Ni l'approche classique ni l'approche idéaliste des formes politiques ne sont prescriptives en soi. Une utilisation prescriptive de ces approches théoriques peut être condamnée dès lors que l'on adhère au réquisit de la neutralité scientifique, mais cela n'atteint pas l'approche théorique elle-même.

B/ Sur la « démarche conceptuelle »

Au-delà de ces critiques d'ordre général, et pas véritablement effectives, l'on pourrait se prêter à une critique des « écueils des ébauches conceptuelles »⁸⁸⁸ proposées dans le cadre de l'étude des formes d'État. Une telle démarche critique est adoptée dès l'introduction de la thèse de G. Tusseau sur les normes d'habilitation. L'auteur ne tarde pas à pointer « les apories de l'appréhension doctrinale des énoncés habilitants »⁸⁸⁹. Ces nombreuses apories seraient relatives au « flou terminologique et conceptuel », aux « interrogations [laissées] en suspens » et mèneraient

⁸⁸⁵ Par exemple l'Empire austro-hongrois qui, en fonction des auteurs, a été décrit, parfois comme une union personnelle, plus souvent comme une union réelle ou une confédération d'États : voir not. L. Le Fur, *Précis de droit international public*, *op. cit.* ; M. Pilotti, « Les Unions d'États », *RCADI*, Vol. 24, 1928.

⁸⁸⁶ Burdeau, par exemple, ne cache pas son hostilité envers la décentralisation territoriale qui, contrairement à la décentralisation par services, serait trop coûteuse et aurait pour effet pervers de favoriser les « tyrannies locales », contre lesquelles il serait particulièrement difficile de se mobiliser : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967, pp. 380 et s.

⁸⁸⁷ Voir par exemple la position très conservatrice d'O. Gohin : *Droit constitutionnel*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2016, pp. 85 et s.

⁸⁸⁸ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸⁹ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 16.

toutes à des « impasses ». La suite logique est alors de prôner une « *tabula rasa* »⁸⁹⁰ et de proposer une démarche conceptuelle nouvelle qui, elle, serait pertinente. Adoptant une démarche métathéorique, M. Altwegg-Boussac renonce à présenter une telle démarche conceptuelle mais en présente « sommairement » les caractéristiques. Il convient de restituer ici, même longuement, ces « caractéristiques » d'un « outillage conceptuel particulièrement précis » qui permettrait, en l'espèce, d'étudier correctement les changements constitutionnels informels. Ces caractéristiques apparaissent en effet comme autant d'éléments permettant non seulement de construire une ébauche conceptuelle pertinente, mais encore de dévoiler les insuffisances des ébauches existantes. Ces caractéristiques seraient les suivantes : « Il conviendrait d'abord de choisir entre un concept à statut normatif et un concept à statut factuel afin de ne pas confondre les considérations causales et les considérations normatives. Une telle entreprise impliquerait également de définir un concept de constitution suffisamment accessible à la connaissance afin d'identifier le ou les sens que contient la matière constitutionnelle et à partir desquels pourrait être mesuré le changement. Il s'agirait aussi de définir des concepts variés de changement et d'établir des seuils à partir desquels l'observateur pourrait décrire empiriquement le passage d'un état à un autre. Seraient alors établis des degrés variables de transformation de la matière constitutionnelle de l'"adaptation" mineure au "vrai" changement – le changement "total". Enfin, une telle démarche nécessiterait de se munir, en amont, d'une définition du droit suffisamment cohérente afin de préciser les conditions dans lesquelles ces changements, identifiés dans les *faits*, pourraient engendrer des *normes* »⁸⁹¹. Ce passage est intéressant en ce qu'il précise les différentes étapes d'une démarche conceptuelle qui, pour l'auteur, permettrait de construire une théorie précise des changements constitutionnels informels. Nous souscrivons sans difficulté à ces différentes caractéristiques qui, nous l'espérons, sont respectées dans les éléments de théorie formelle des formes d'État proposés dans la deuxième partie de ce travail. Cependant, on voit bien ce qu'il peut y avoir d'artificiel à reprocher à des théories concurrentes de ne pas respecter ces caractéristiques d'une « bonne » théorie. Il est évident, par exemple, que les concepts élaborés dans le cadre de l'idéalisme juridique ne distinguent pas le normatif et le factuel. Au contraire, ils associent des éléments normatifs, historiques,

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 37 : « Sur le plan méthodologique, une *tabula rasa* s'impose ».

⁸⁹¹ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 35.

politiques et, tare suprême, téléologiques. Toutefois nous avons montré que cette association d'éléments de natures diverses n'était pas la conséquence d'approximations méthodologiques⁸⁹². C'est au contraire la conséquence d'un choix épistémologique assumé, et la conséquence directe d'une certaine conception du droit et de l'État, qui n'est pas moins valide qu'une autre. La construction d'un concept juridico-politico-historique de Fédération par O. Beaud, par exemple, démontre surtout la cohérence de son approche théorique, fondée sur une conception matérielle du droit et de l'État. M. Altwegg-Boussac souligne également la nécessité de proposer des concepts précis, permettant de prévoir des seuils et d'identifier à partir de quel moment l'on passe d'un concept à un autre. À partir d'une approche normativiste, il est hors de doute que les constructions théoriques relatives aux formes d'État proposées tant par le positivisme étatique que l'idéalisme classique sont imprécis. Ils font intervenir trop de critères et ne permettent que difficilement d'établir des seuils. Seulement, l'idéalisme juridique notamment a fait le choix de proposer une théorie qualitative et non pas quantitative des formes politiques, et l'on sait que les changements de nature sont toujours plus complexes à identifier que les changements de degré. Au fond, ces considérations relatives aux seuils renvoient à la nécessaire précision des concepts. Or un concept composite, quelle que soit sa précision, sera toujours privilégié par un tenant de l'idéalisme juridique à un concept normativiste. Même plus sophistiqué, ce concept ne décrira jamais qu'une modeste partie de la réalité juridique.

En somme, il ressort de ces éléments que l'exigence d'une certaine cohérence conceptuelle mise à part (laquelle n'est pas absente des deux approches théoriques dominantes), il n'existe pas de standard d'appréciation de la pertinence d'une construction conceptuelle supra-paradigmatique. Les critiques, mal fondées, sont dès lors condamnées à rester sans effets.

C/ Sur les classifications proposées

Bases épistémologiques. L'établissement d'une classification est une opération hautement périlleuse. De nombreux auteurs ont mis en évidence quels enjeux épistémologiques sous-tendent cette opération, et comment ils sont le plus souvent méconnus par la doctrine

⁸⁹² Voir Chapitre 2.

juridique. En la matière les travaux d'Eisenmann font autorité. Il a rappelé que l'établissement d'une classification est une entreprise exclusivement doctrinale. Les classifications ne sont donc pas imposées au « juriste de doctrine »⁸⁹³ par le droit positif ou une autre quelconque « réalité »⁸⁹⁴. Leur établissement ressort de la compétence exclusive des « théoriciens »⁸⁹⁵, qui librement forgent des « concepts de typographie »⁸⁹⁶ afin de subdiviser un « genre en espèces »⁸⁹⁷. Pour Eisenmann, cette opération doctrinale est soumise à peu de contraintes épistémologiques. Il écrit que « les bases de la classification et par suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique »⁸⁹⁸. Ces éléments sont précisés plus loin, lorsqu'Eisenmann note que le juriste établissant une classification ne connaît « comme guide et comme critère que les lois élémentaires de la logique et les principes de la valeur scientifique des idées »⁸⁹⁹.

Ces exigences épistémologiques d'une « bonne » classification sont précisées dans un article qu'Eisenmann publie en 1968. Il y note que la « valeur logique d'une classification » s'entend de « sa conformité à un certain nombre de principes postulés par cette logique »⁹⁰⁰, à savoir « l'unité de principe (ou de critère) », « le principe de cohérence » ainsi que « la clarté des définitions ». La valeur scientifique de la classification, ou « valeur heuristique »⁹⁰¹, est relative à la meilleure connaissance de l'objet que la classification doit permettre. Eisenmann précise en effet qu'« une

⁸⁹³ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002, p. 292 ; voir également les premières pages de Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.

⁸⁹⁴ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.* : « C'est une erreur totale que de croire que la classification, c'est-à-dire la subdivision en plusieurs groupes ayant chacun sa dénomination, est une donnée du réel, qu'elle résulte du droit positif », p. 297 ; Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », [1968], in *Écrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002 : toute classification est une construction ; « on constitue une classification, on la pose, on ne la constate pas ; l'opération est de constitution, non de constatation », p. 333 ; la situation est évidemment différente lorsque l'on travaille sur une classification construite par un autre (auteur ou législateur).

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 294 : « Une première erreur consiste à ne pas voir que l'établissement des classifications, – disons : la subdivision d'un genre en espèces – est la mission propre, donc l'œuvre responsable des seuls théoriciens (c'est-à-dire des personnes attachées à la connaissance systématique du droit) ».

⁸⁹⁶ *Ibid.*, pp. 292-293.

⁸⁹⁷ Sur la « définition par genre et différence », voir V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, pp. 303 et s.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 297.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 298.

⁹⁰⁰ Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 331.

⁹⁰¹ Y. Laurans, « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'État dans la doctrine francophone », *Politeia*, n° 12, 2007, p. 55.

classification est réponse à un problème, à une interrogation, à une recherche »⁹⁰². Dès lors, il convient de « reconnaître quel est, pour un problème donné, celui des traits de l'objet qui offre le plus haut intérêt intellectuel, la plus haute valeur de connaissance »⁹⁰³. Le choix du critère de classification, s'il doit avoir une visée heuristique, demeure cependant profondément subjectif. Eisenmann écrit que l'on ne peut pas dire « qu'il existe une règle sûre et incontestable qui permette de trouver ou de vérifier pour ainsi dire mathématiquement le meilleur critère pour une classification d'"objets". On ne peut pas démontrer *more geometrico* que tel critère soit le meilleur et doive donc être choisi, à l'exclusion de tout autre. Reconnaître le critère le plus valable relève d'un certain "sens rationnel" qui est, comme le sens esthétique, finesse et justesse, affaire de goût et d'instinct ; on ne peut pas ici démontrer ni déduire avec nécessité »⁹⁰⁴. Logique, science, et en fin de compte subjectivité : il semblerait que l'on n'y puisse échapper.

Classifications critiquées. Sur ces fondements épistémologiques, de nombreuses classifications centrales du droit public français ont été critiquées. Eisenmann s'est attaché à démontrer les failles des différentes classifications relatives aux formes politiques⁹⁰⁵. M. Troper, après avoir démontré que la séparation des pouvoirs ne pouvait être un critère de classification utile, ni des constitutions françaises ni des intentions des constituants⁹⁰⁶, a durement contesté la pertinence de la classification traditionnelle des régimes politiques⁹⁰⁷. Il montre que cette classification est dénuée tant de qualités logiques que d'intérêt scientifique. Cette classification est mal fondée et mal utilisée. M. Troper explique que cette classification est mal fondée dans la mesure

⁹⁰² Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 301.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 303.

⁹⁰⁴ Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*, p. 333.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, [1973], rééd. LGDJ, 2015, coll. « Anthologie du droit » : « L'ambition de cette thèse est de montrer que la séparation des pouvoirs n'est pas un critère utile, quel que soit l'objet de la classification », p. 15 : qu'il s'agisse de la classification des constitutions ou des intentions des constituants ; « Il est temps de porter un jugement sur la doctrine qui classe les Constitutions françaises en prenant pour critère le principe de la séparation des pouvoirs et range dans une même catégorie les Constitutions de 1791, de l'an III et de 1848. Pris dans toute sa rigueur, ce principe n'a inspiré aucune de ces constitutions. Aucune d'elle n'a institué des autorités spécialisées, irrévocables et susceptible de se faire équilibre. Les auteurs de ces constitutions ont entendu le principe de la séparation des pouvoirs dans un autre sens que la doctrine qui a opéré ce classement. Celui-ci est donc le résultat d'un anachronisme », p. 205.

⁹⁰⁷ Pour une proposition d'une nouvelle classification des régimes politiques, voir M.-A. Cohendet, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in *Mélanges M. Troper*, *Economica*, 2006, pp. 299-315.

où elle repose sur l'idée très ancrée en doctrine que les régimes politiques préexistent à leur classification⁹⁰⁸, et que par conséquent les discours relatifs aux régimes politiques peuvent être vrais ou faux. Surtout, M. Troper dénonce la fonction prescriptive de cette classification dans le discours constitutionnel français : « c'est que, dans la plupart des cas, il s'agit pour la doctrine de justifier soit une pratique existante, soit la suggestion de créer telle ou telle institution »⁹⁰⁹.

Classification des formes d'État. Une critique précise de la classification des formes d'État majoritaire au sein de la doctrine française a été menée par Y. Laurans. Dans le sillage des travaux d'Eisenmann sur la classification des formes politiques et ceux de M. Troper sur celle des régimes politiques, Y. Laurans a mis en évidence les défauts logiques de cette classification, qui distingue classiquement l'État unitaire, l'État fédéral et la Confédération d'États. Plusieurs éléments font que cette classification souffre de « défauts dirimants »⁹¹⁰. Y. Laurans montre tout d'abord, en s'appuyant sur l'utilisation des critères de la participation et de l'autonomie, que les typologies classiques des formes d'État sont « imprécises ». Malgré l'ancienneté de ces critères, la doctrine n'est pas toujours constante sur les modalités d'exercice de la participation (directe ou indirecte) ou sur l'étendue de l'autonomie (constitutionnelle, législative). Par ailleurs, ces critères ainsi que celui de la superposition des ordres juridiques se retrouvent tous les trois, dans une certaine mesure, dans tous les types d'État. En outre, Y. Laurans rappelle l'incohérence de ces typologies, qui articulent un trop grand nombre de critères et aménagent souvent des catégories hybrides afin de pouvoir rendre compte de cas spécifiques. Enfin, il n'est pas rare que la classification des formes d'État soit utilisée à des fins prescriptives.

Au fond, la classification classique des formes d'État souffre des mêmes problèmes que les principales classifications du droit public (à l'instar de celles relatives aux formes politiques et aux régimes politiques). Ce sont toutes des classifications mal fondées, reposant souvent sur une ontologie réaliste, multipliant les critères et assumant une fonction prescriptive.

⁹⁰⁸ Ce « réalisme ontologique » (qui conduit à penser que des discours sur les régimes politiques peuvent être vrais ou faux) n'est d'ailleurs pas seulement au fondement de la classification des régimes politiques, mais de toute opération de classification d'après M. Troper : cette conception « est en réalité présupposée par toutes les formes de raisonnement juridique qui mettent en œuvre des classifications », M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 259.

⁹⁰⁹ M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 260.

⁹¹⁰ Y. Laurans, « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'État dans la doctrine francophone », *op. cit.*, p. 54.

Ces critiques adressées à la classification classique des formes d'État, désormais connues, n'ont pas besoin que l'on y insiste davantage. Peut-être faut-il se résigner à ce que la doctrine juridique n'attache pas beaucoup d'importance à l'élaboration de classifications précises. Il nous semble que la principale critique qui puisse être dirigée non seulement contre une classification des formes d'État, mais contre les deux approches théoriques principales des formes d'État, est d'avoir omis de préciser son objet. Les classifications n'ont d'intérêt que lorsque les différentes « espèces » qu'elles distinguent peuvent être rapportées à un même « genre ». Or c'est bien ce qui fait défaut aux deux approches théoriques. Le positivisme étatique n'envisage l'État que comme une personne agissante (l'État-gouvernement), et jamais l'État-collectivité publique, l'État global. L'idéalisme juridique est davantage conscient de cette difficulté, mais dévie le débat en plaçant au centre de la discussion le problème des formes politiques. Si de nombreuses théories relatives aux formes politiques sont proposées (sur l'État, la Fédération, l'Empire), il manque une théorie générale des formes politiques – un rattachement des théories spéciales à un objet commun. Bref, tant le positivisme étatique que l'idéalisme juridique n'ont pas su proposer une théorie du « Tout ».

Section 2 : La critique principale : l'absence d'une théorie générale du « Tout »

Nous avons vu dans la section précédente les difficultés générées par la comparaison d'approches théoriques différentes. Un relativisme épistémologique empêche de formuler un certain nombre de critiques, en particulier le reproche qui consiste à souligner la contradiction d'une approche théorique par rapport à la réalité (juridique). D'autres critiques perdent de leur souffle dès lors que l'on prend conscience que même l'appréciation des « standards d'appréciation d'une ontologie » est subjective, donc relative. Enfin, les classifications proposées ne respectent pas, en règle générale, les exigences d'une « bonne » classification. La critique principale que l'on peut adresser aux théories relatives aux formes d'État ou aux formes politiques, respectivement par le positivisme étatique et l'idéalisme juridique, est de ne pas proposer de théorie générale. Dans les deux cas, il s'agit d'une collection de théories spécifiques à une forme d'État ou une forme politique particulière : l'État unitaire, l'État régional, l'État fédéral ; ou l'État, la Fédération, l'Empire. Le positivisme étatique articule des théories relatives à différentes *espèces* d'État mais ne dit rien, ou presque, sur le *genre* État (§ 1). De même, si l'idéalisme juridique a produit des théories

spéciales relatives à différentes formes politiques, il ne dit rien, ou presque, sur le genre forme politique (§ 2).

§ 1 : Le positivisme étatique, ou les limites de l'approche subjectiviste

Les tenants du positivisme étatique ont oublié de penser l'État global, au bénéfice de l'État acteur (A). Par conséquent, le positivisme étatique ne peut que décrire des relations entre acteurs, et non le cadre dans lequel ces relations interviennent : l'État global (B).

A/ L'oubli par le positivisme étatique de l'État global

Il convient de préciser la distinction entre l'État global et l'État acteur (1), avant de montrer que le problème des formes d'État concerne l'État global (2).

1/ Distinction État global – État acteur

Depuis le jusnaturalisme moderne⁹¹¹, la pensée juridique européenne est fondée sur une certaine conception de l'État. Il semble toutefois que l'État renvoie, dans cette pensée juridique, à deux significations et donc deux concepts profondément distincts. L'État peut en effet renvoyer tant à un appareil de gouvernement (l'État acteur) qu'à un ensemble, une collectivité politique (l'État global)⁹¹².

⁹¹¹ Voir Chapitre 1.

⁹¹² Sur cette distinction, et la démonstration que les administrativistes français se sont principalement intéressés à « l'État-appareil gouvernant » : O. Beaud, « L'État », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité de droit administratif*, tome I, Dalloz, 2011, pp. 207-267 ; voir également la minutieuse analyse de la théorie des fonctions de l'État de Carré de Malberg par Eisenmann, où ce dernier emploie l'expression « État *in globo* » : Ch. Eisenmann, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 232.

Apparition. La datation de l'apparition du concept d'État dans la pensée occidentale reste discutée⁹¹³. Selon J. Krynen, « l'État est une création institutionnelle et intellectuelle des derniers siècles du Moyen Âge, non point comme on l'a cru longtemps un grand produit des Temps Modernes »⁹¹⁴. Au XVI^e siècle, sous l'influence de Machiavel, « le mot État va acquérir deux significations nouvelles »⁹¹⁵. Il ne vise plus comme auparavant la condition juridique d'une personne ou d'un groupe déterminé⁹¹⁶, mais renvoie désormais aussi bien à l'organisation d'un pays qu'au « pays lui-même, l'entité territoriale qui est ainsi gouvernée »⁹¹⁷. Ces deux significations renvoient bien à deux concepts distincts de l'État. Le premier vise une globalité, une collectivité politique, alors que le second est relatif à une partie de cette globalité. Une partie certes éminente et active, mais une partie seulement du « Tout ». Il nous semble que ces deux significations ont évolué de façon parallèle et ne peuvent être réunies au sein d'un même concept. L'État comme collectivité politique a ainsi été défini en fonction de ses trois composantes classiques. L'État serait la réunion d'un territoire, d'une population et d'une puissance politique qui aurait, selon la théorie classique, pour particularité d'être souveraine. Un autre concept d'État viserait l'appareil gouvernemental, la structure politico-administrative, au sein de la collectivité étatique. C'est ce second concept d'État qui a fait l'objet de la plupart des efforts de théorisation déployés par la doctrine juridique. Les jusnaturalistes modernes, armés de leur conception subjectiviste du droit, ont fait de ce concept d'État une personne morale souveraine. Cette présentation sera par la suite affinée, et purgée de tout essentialisme. Il demeure néanmoins qu'en présentant l'État comme une personne morale souveraine, la doctrine classique ne vise qu'un des deux concepts d'État.

Persistance de la distinction. Certains juristes ne prennent pas en compte cette distinction, et préfèrent croiser les deux significations pour obtenir un seul concept. D. de Béchillon par exemple note que les deux éléments permettant d'identifier l'État (l'existence d'une

⁹¹³ Voir not. sur l'hypothèse de l'existence d'un État à Rome : A. Schiavone, « Un droit sans État ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 39-48.

⁹¹⁴ J. Krynen, « Le concept d'État dans les textes constitutionnels français : sommaire mise en perspective pour une brève analyse », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, p. 91.

⁹¹⁵ J.-L. Mestre, in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, p. 2.

⁹¹⁶ Provenant du latin « *status* » signifiant statut, situation, J.-L. Mestre rappelle qu'au Moyen Âge le mot « État » était ainsi utilisé pour « Tiers État » (les sujets du roi ni nobles ni membres du clergé), « États provinciaux » (représentants des différents groupes sociaux d'une même province) ; « États généraux » (représentants de l'ensemble du royaume).

⁹¹⁷ J.-L. Mestre, in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 2.

« institution abstraite » et d'une « puissance singulière »⁹¹⁸) doivent être combinés avec « les trois critères canoniques de l'État ». Ce concept unique d'État aurait pour spécificité la souveraineté : « c'est la puissance détenue par cette entité gouvernante, sur cette population, dans ce territoire, qui discrimine l'État en regard des autres formes politiques, et rien d'autre »⁹¹⁹. Cette tentative d'unification des deux concepts semble toutefois périlleuse. Pour reprendre une formule du doyen Hauriou, l'on voit mal comment l'État peut être à la fois un Tout et une partie du Tout. C'est d'ailleurs de cette distinction que part M. Loughlin pour faire renaître une théorie de l'État en Angleterre. Il se fonde sur la « distinction axiomatique entre gouvernement et État »⁹²⁰ pour plaider en faveur d'un réinvestissement du concept large d'État. Regrettant que le concept classique d'État se soit progressivement concentré sur seulement une des trois caractéristiques de l'État (l'appareil de gouvernement), M. Loughlin s'appuie sur les travaux de Heller et son approche holiste (et sociologique) de l'État pour réinvestir la discipline du « droit politique »⁹²¹. Celle-ci a pour objet l'État comme « cadre d'analyse »⁹²², alors que le droit positif est relatif au gouvernement.

Il faut prendre au sérieux la distinction entre le concept large (État global) et le concept strict d'État (État acteur). Guidé par ses fondements subjectivistes, le positivisme étatique s'est focalisé sur l'État personne morale souveraine. C'est cet État qui est censé créer le droit⁹²³, et par conséquent c'est à cet État que la doctrine fait référence lorsqu'elle envisage les rapports entre le droit et l'État⁹²⁴. De même les tenants du positivisme étatique ont-ils traité du problème des formes

⁹¹⁸ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 104.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 106 ; « La souveraineté seule la caractérise, en tout ce qu'elle suppose d'inconditionnement, d'exclusivité et de plénitude de sa puissance juridique », p. 106.

⁹²⁰ M. Loughlin, « In Defence of Staatslehre », *Der Staat*, 2009, p. 2, notre traduction.

⁹²¹ L'auteur utilise les expressions « *Droit politique* », « *Staatsrecht* » et « *Public Law* ».

⁹²² M. Loughlin utilise « *Scheme of Intelligibility* » : M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, OUP, 2010, p. 205 : L'État ne peut pas être assimilé à un des trois éléments de base. L'État n'est pas non plus, comme l'écrit Skinner, « *the "master noun" of modern political argument* », p. 205. Pour M. Loughlin, l'État est plus que cela : « *the state should be conceived as the foundational concept from which the grammar, vocabulary, and syntax of political right (i.e. public law) is derived. The state is the entity which offers access to the nature of modern political reality: the state is, in short, a scheme of intelligibility* », p. 205. Pour préciser ce qu'il entend par « droit politique », M. Loughlin utilise principalement les travaux d'Hauriou (et son concept d'*idées directrices*) et de Heller. Il semblerait que le « droit politique » corresponde à l'idée de constitution *sociale*, composée de l'ensemble des principes d'organisation de l'État au sens large. Sur cette constitution sociale reposerait alors la constitution *positive* : voir M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, pp. 231 et s.

⁹²³ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.* : « Résumons-nous. Sur ses terres, l'État maîtrise seul la définition de ce qui constitue ou ne constitue pas du Droit. Il occupe une position de monopole absolu, inhérente à la nature *souveraine* de son pouvoir. Et un souverain ne partage pas ses prérogatives », p. 163.

⁹²⁴ Ce que montre M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 141-160.

d'État avec ce concept de personne morale souveraine⁹²⁵, alors qu'il concerne en premier lieu l'État global.

2/ L'objet du problème des formes d'État : l'État global

Le problème des formes d'État porte sur l'État global dans la mesure où la théorie tripartite de l'État fédéral vaut pour toutes les formes d'État. Kelsen notamment a démontré que l'État fédéral était construit avec trois composantes principales : l'État central, les États fédérés, et l'ordre répartiteur appelé État fédéral⁹²⁶. O. Beaud a repris cette construction tripartite en appelant ces éléments respectivement fédération, États fédérés et Fédération⁹²⁷. Cette construction tripartite a longtemps été minoritaire en doctrine⁹²⁸, mais l'on voit mal aujourd'hui comment y échapper⁹²⁹. Si l'État central et les États fédérés sont en interaction, c'est en raison de leur appartenance à un même ordre juridique répartiteur, à savoir l'État fédéral. Une telle construction se retrouve dans toutes les formes d'État : des entités territoriales (simples collectivités territoriales ; régions ; États fédérés), un État central (personne morale souveraine) et un État global constituant le « Tout » composé des deux premiers éléments. Dès lors, l'État unitaire, l'État régional ou l'État fédéral sont des variantes non pas de l'État acteur (État central), mais de l'État global.

Au fond, si le positivisme étatique n'a pas élaboré de théorie générale des formes d'État, c'est parce que les auteurs sont restés dans une conception dualiste des formes d'État. Au détriment de l'État global.

⁹²⁵ Voir Chapitre 1 ; ce concept est au fondement de la théorie classique de l'État unitaire, de l'État fédéral et de l'État régional ; il s'agit de la pierre angulaire de l'approche classique des formes d'État.

⁹²⁶ Voir O. Beaud, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 47-87.

⁹²⁷ Voir Chapitre 2.

⁹²⁸ Le Fur par exemple contestait vivement la conception tripartite de l'État fédéral, déjà proposée par Gierke : L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000, pp. 654 et s.

⁹²⁹ Pour un avis contraire, voir Cl. Barthélémy, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009 : « Nous ne proposerons pas ici d'établir une fiction d'État global, d'État central et d'États membres. Il ne nous semble pas en effet nécessaire ni justifié de recourir à une fiction d'État (l'État global) dont le fondement en droit positif est douteux », p. 317.

B/ Les conséquences de la conception dualiste des formes d'État : la description de relations intraétatiques

Les auteurs ayant écrit sur les formes d'État à partir du cadre d'analyse procuré par le positivisme étatique ont essentiellement décrit des relations intra-étatiques. Que ce soit à l'occasion de la description de l'État unitaire, de l'État régional ou de l'État fédéral, le mode opératoire est toujours le même. Il s'agit de décrire les relations entre l'État acteur (l'État gouvernement), et les entités territoriales (collectivités territoriales, régions autonomes, États fédérés suivant les cas).

Les écrits sur l'État unitaire sont à cet égard particulièrement significatifs. Nous avons vu que la théorie classique de l'État unitaire est essentiellement une théorie de la décentralisation⁹³⁰. Dans sa version classique, celle-ci enseigne que la décentralisation correspond au transfert par l'État de compétences à des entités territoriales bénéficiant d'une personnalité juridique propre. La décentralisation se distinguant par ailleurs de la déconcentration, qui correspond au transfert de compétences à l'intérieur de l'État personne morale, et plus précisément d'une autorité centrale vers une autorité locale. Dans cette perspective, « la décentralisation répond à une logique de rapports entre institutions »⁹³¹, d'après B. Faure. Un « rapport entre institutions » qui prend souvent les traits d'une « histoire » des rapports entre l'État central et les entités territoriales. La thèse de B. Faure est significative à cet égard⁹³². L'auteur explique que l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux collectivités territoriales est le produit de leur incorporation dans l'État. Ce dernier, écrit-il, « "construit" le local en concevant les différents degrés de son autonomie d'organisation et d'action »⁹³³. Plus précisément, « l'État étant détenteur du pouvoir d'aménagement des structures publiques, c'est son initiative qui est à l'origine de l'aptitude des personnes locales à décider (quelle qu'en soit l'étendue), de la même manière qu'il leur a octroyé

⁹³⁰ Voir Chapitre 1.

⁹³¹ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998, p. 16 ; cette tradition est ancienne : S. Flogaïtis, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, 1979 : « La question de la décentralisation est d'origine française. Au début, elle fut conçue pour qualifier les rapports de l'état central avec les communes et elle a essayé par la suite d'englober d'autres phénomènes de la vie publique qui devenait de plus en plus complexe », p. 252.

⁹³² Voir pour un autre exemple A. Duranthon, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Dalloz, 2017.

⁹³³ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 115.

un statut, une personnalité juridique, circonscrit un territoire »⁹³⁴. Les entités locales, qui ont historiquement précédé l'État central, ont cependant pu devenir des collectivités territoriales et donc de véritables personnes morales, dotées de compétences et d'un pouvoir normatif, uniquement par la volonté *souveraine* de l'État central. La théorie classique de la décentralisation ressemble donc à un récit des rapports entre un Créateur et ses créatures, et les liens quelque peu complexes qu'ils entretiennent⁹³⁵.

Le récit⁹³⁶ est globalement similaire concernant le régionalisme et le fédéralisme. Le récit du régionalisme ressemble de près à celui de la simple décentralisation. La seule particularité réside dans le degré d'autonomie des régions. Pour le reste, la trame est identique, et porte sur les relations qu'entretiennent un pouvoir central souverain et des régions qu'il a bien voulu reconnaître et doter de prérogatives relativement importantes. L'histoire du fédéralisme est comparable dans sa structure, mais plus nuancée dans son contenu. La différence réside dans la création des États fédérés. Contrairement aux entités territoriales d'un État unitaire ou régionalisé les États fédérés, bénéficiant d'une autonomie constitutionnelle, ne doivent pas leur création à un organe central. Si le discours classique du fédéralisme n'est donc pas un récit des origines, il porte lui aussi sur les relations entre l'État central et les États fédérés. Sont alors en jeu la répartition des compétences, des charges financières, etc.

C'est donc une constante du discours classique sur les formes d'État que de porter sur les relations entre l'État central (envisagé comme un État acteur) et les entités territoriales. Il ne pouvait probablement pas en être autrement pour un discours doctrinal pensé dans le cadre d'une conception subjectiviste et volontariste du droit et de l'État. Ce dernier étant conçu comme un acteur puissant (car souverain), il n'est pas illogique que le problème des formes d'État soit envisagé comme un problème de relations entre l'État et ses créatures locales⁹³⁷. Seulement, ce récit est

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁹³⁵ Le Créateur octroyant par exemple une certaine autonomie aux collectivités territoriales (principe de libre administration des collectivités territoriales) qui n'en est pas une, puisque le législateur (organe étatique par excellence) en détermine les conditions.

⁹³⁶ Le « mythe », ou « conte de fée », dirait probablement Feyerabend : voir *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. « Points », 1979, pp. 332 et s.

⁹³⁷ Dans une perspective similaire, des travaux sont actuellement menés sur les relations entre l'État et le citoyen. Voir not. O. Beaud, « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, *op. cit.* : O. Beaud maintient la théorie de « l'État-puissance » mais souhaite la

raconté au détriment d'une attention portée au cadre dans lequel ces relations évoluent. Ce cadre étant l'État global, qui ne se laisse pas appréhender par une approche subjectiviste.

§ 2 : L'idéalisme juridique, ou les limites d'une théorie pluraliste

Si l'idéalisme juridique propose d'élargir la réflexion sur les formes d'État aux formes politiques, il ne parvient pas davantage à en proposer une théorie générale (A). Peut-être que l'idéalisme juridique, qui reprend non pas les concepts mais la structure du discours classique sur les formes d'État, est dans l'impossibilité de proposer une théorie générale. En adoptant la voie du pluralisme⁹³⁸, les tenants de l'approche idéaliste se sont condamnés à ne pouvoir proposer de théorie générale des formes politiques, c'est-à-dire de « théorie de la forme des collectivités politiques »⁹³⁹ (B).

A/ L'absence d'une théorie générale des formes politiques

L'approche idéaliste des formes politiques s'est construite dans une certaine opposition à l'approche classique issue du positivisme étatique⁹⁴⁰. Pourtant, la structure de son discours sur les formes politiques reprend celle du discours classique sur les formes d'État (1). En reprenant sa structure discursive, l'approche idéaliste a hérité des mêmes difficultés que l'approche classique. À l'instar de cette dernière, l'approche idéaliste n'a pas donné lieu à une théorisation aboutie des formes politiques (2).

compléter par une théorie de « l'État-garant », p. 215 ; « En effet, lorsque l'État assume cette fonction de protection des droits individuels, il ne peut pas être décrit comme un pouvoir souverain de commandement. C'est pourquoi l'expression de *l'État-garant* apparaît utile pour traduire l'idée que l'État assume désormais cette fonction de protection des droits des individus », p. 215.

⁹³⁸ Au sens de « doctrine selon laquelle les êtres qui composent le monde sont multiples, individuels, indépendants, et ne doivent pas être considérés comme de simples modes ou phénomènes d'une réalité unique et absolue » : A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige Dico Poche, 3^{ème} éd., 2010, p. 783.

⁹³⁹ Ch. Eisenmann, cité in O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, 2^{ème} éd., 2009, p. 347.

⁹⁴⁰ Voir Chapitre 2.

1/ Le maintien de la structure du discours sur les formes d'État

Forme politique et forme d'État. L'étude des travaux d'O. Beaud sur les formes politiques montre que la structure du discours sur les formes politiques est similaire à celui sur les formes d'État développé par le positivisme étatique. Une différence de taille doit cependant être relevée. Les adeptes de l'idéalisme juridique, O. Beaud en tête, parlent davantage de « formes politiques » que de « formes d'État ». On se souvient en effet de la volonté claire de ces auteurs de désétatiser le discours constitutionnel sur les formes *politiques*. L'idée est que l'État n'est qu'une forme politique parmi d'autres, et qu'étudier les formes politiques distinctes de l'État au prisme des concepts forgés pour l'étude de l'État mène à des apories difficilement surmontables. Malgré cette différence dont il ne faut du reste pas sous-estimer l'importance, la structure du discours demeure relativement constante. Lorsqu'il s'agit par exemple de définir ce qu'est une « forme politique », O. Beaud recourt à une définition classique et assez peu précise. Il écrit que « le terme "forme politique" désigne la forme territoriale prise par la structure politique »⁹⁴¹. Une autre définition semble plus détaillée : l'expression *forme politique* « désigne, en réalité, la manière dont les pouvoirs centraux et les pouvoirs locaux sont articulés dans un même espace de pouvoir »⁹⁴². Cette expression, dont l'auteur a pris soin d'ôter toute connotation stato-centrée, renvoie alors ouvertement à la définition classique de l'expression « forme d'État ». O. Beaud note en effet que l'expression *forme politique* « correspond à l'expression "*formes d'État*" qui était naguère utilisée par les juristes quand ceux-ci s'intéressaient encore à la question de classification des régimes politiques »⁹⁴³. La première ressemblance entre le discours idéaliste sur les formes politiques et le discours classique sur les formes d'État, réside donc dans la proximité des définitions respectivement des formes politiques et des formes d'État.

Forme politique et forme de gouvernement. Le deuxième élément permettant de rapprocher les structures des deux discours réside dans l'opposition entre « forme politique » ou

⁹⁴¹ O. Beaud, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques / Le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, n°16, 2004, p. 16 ; la citation se poursuit ainsi : « État unitaire ou État fédéral, dans la doctrine dominante, ou – comme on le propose ici – État ou Fédération », p. 16.

⁹⁴² O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 346-347.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 346.

« forme d'État » d'un côté et « forme de gouvernement » de l'autre. Là encore O. Beaud maintient la définition classique de la « forme de gouvernement ». Cette expression, que la doctrine étrangère vise par les termes *Regierungsform*, *Staatsform* ou encore *forms of government*, « désigne la manière dont est distribué l'exercice du pouvoir dans un État, soit entre les différents pouvoirs publics, soit entre les différents types de gouvernants »⁹⁴⁴. Alors que la problématique des formes d'État-formes politiques renvoie à la structure territoriale du pouvoir, celle des formes de gouvernement est relative à l'organisation du pouvoir central. Ce faisant, O. Beaud maintient donc la distinction classique des « deux grands volets du droit constitutionnel »⁹⁴⁵, à savoir la théorie des formes d'État et la théorie des formes de gouvernement, qui ensemble forment la théorie de la « forme des collectivités politiques »⁹⁴⁶.

Forme des collectivités politiques. Cependant, pas plus que la théorie classique des formes d'État, qui ne traite pas de l'État global, la théorie des formes politiques ne s'épanche sur son objet premier : les formes politiques, ou plus précisément les collectivités politiques. Si O. Beaud annonce que la Fédération n'est pas seulement une « forme d'État », comme le pensait la doctrine classique, elle est surtout une « entité politique, une espèce de "politie" fédérale (*federal polity*) comme l'on dit de plus en plus aujourd'hui »⁹⁴⁷. Cependant il semble difficile de trouver, dans les travaux d'O. Beaud, des éléments précis sur ce qu'est une entité politique, ou une « forme politique » en général. En reprenant la structure du discours classique sur les formes d'État, O. Beaud s'est empêché de réfléchir à une théorie générale, permettant de dépasser la seule collection de théories particulières à telle ou telle forme politique.

2/ Une théorisation insatisfaisante des « formes politiques »

Les « formes politiques » sont donc à l'idéalisme juridique ce que les « formes d'État » sont au positivisme étatique. Ces objets connaissent dès lors le même sort. Dans le cadre de l'idéalisme juridique les formes politiques, ou plutôt le concept de « collectivité politique » qu'elle semble

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 345.

⁹⁴⁵ Ch. Eisenmann, « Essai d'une classification théorique des formes politiques », *op. cit.*

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 327.

⁹⁴⁷ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, p. 31.

cache, subit le même sort que l'État global dans le cadre du positivisme étatique. Jamais il n'est proposé une théorie des collectivités politiques, une théorie qui aurait pour objet de dire ce qu'est une collectivité, ou entité politique, ou *polity*, etc., et les différents types possibles ou existants de cet objet. Comme le positivisme étatique, l'idéalisme juridique oublie donc de penser son objet principal. Cet oubli condamne tant les constructions théoriques du positivisme étatique que celles de l'idéalisme juridique à une certaine confusion intrinsèque. Mal construites, ces théories ne cessent de baigner dans une certaine obscurité. Ce ne sont pas, ou très rarement, des difficultés en termes de critères qui rendent les débats sur les formes d'État ou les formes politiques difficiles à suivre. Au contraire, ces difficultés s'expliquent bien souvent par le fait que les auteurs ne précisent ni de quoi ils parlent, ni de quel point de vue.

L'hésitation d'O. Beaud sur le statut de l'Empire est significative de ce phénomène⁹⁴⁸. Il clôt un article de 2015 sur l'Empire par l'interrogation suivante : « *Nouvelle forme politique ou nouvelle forme d'État ?* »⁹⁴⁹. Une telle interrogation laisse le lecteur dans une situation insatisfaisante. Tout d'abord parce que l'auteur définit la « forme politique » en référence à l'expression classique de « forme d'État », la première expression ne se distinguant de la seconde que par sa signification moins stato-centrée. Néanmoins, le questionnement d'O. Beaud sur l'Empire demeure pertinent : « le point non éclairci et qui reste donc à éclaircir reste cependant celui de savoir s'il ne vaut mieux pas isoler une troisième catégorie, celle d'Empire, qui se situe entre l'État et la Fédération, plutôt que de faire émerger l'État impérial comme une tierce forme d'État, entre État unitaire et État fédéral »⁹⁵⁰. Il nous semble cependant que la question première aurait été de déterminer à quoi pourrait correspondre l'Empire en tant que collectivité politique. Si l'Empire est une collectivité politique, il convient ensuite de déterminer s'il peut être rangé parmi les catégories déjà reconnues (État, Fédération), donc en tant que formes de celles-ci, ou si la collectivité politique impériale correspond à une catégorie spéciale, dont il convient alors de préciser les critères. Cette hésitation sur le statut de l'Empire met donc en évidence ceci : elle naît de l'absence de théorie générale de son objet principal (la notion d'entité politique). La « théorie constitutionnelle des formes

⁹⁴⁸ Voir déjà Chapitre 2.

⁹⁴⁹ O. Beaud, « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *Jus Politicum*, 2015, n°14, p. 23.

⁹⁵⁰ *Ibid.* ; la notion d'« État impérial » ayant été proposée par Joseph Barthélémy : voir Chapitre 2.

politiques », malgré son immense richesse, en reste donc à une collection inaboutie car non unifiée de théories particulières et parallèles.

B/ L'impossible théorie générale de la « forme des collectivités politiques »

En reprenant sa structure discursive, l'idéalisme juridique est donc retombé dans les mêmes travers que le positivisme étatique, à savoir l'absence d'une théorie générale du « Tout ». Cependant, il semblerait que les fondements philosophiques et épistémologiques de l'idéalisme juridique l'empêchent de développer une théorie générale de la forme des collectivités politiques. En effet, les tenants de l'idéalisme juridique ont tendance à concevoir une théorie spécifique pour toute forme politique correspondant à une *Idee* particulière (1). L'idéalisme juridique contribue donc à une certaine essentialisation des formes politiques, qui provient du pluralisme philosophique au fondement de l'idéalisme juridique, et qui empêche toute élaboration d'une théorie générale unifiée (2).

1/ Chaque forme politique correspond à une *Idee* particulière

Nous avons vu que l'idéalisme juridique se caractérisait notamment par la croyance dans une certaine réalité extérieure à la pensée du chercheur, une réalité que celui-ci aurait justement pour objectif de percevoir et de saisir⁹⁵¹. Cette réalité est complexe, et constituée à la fois d'éléments juridiques, politiques, historiques ou encore philosophiques. Dans ce monde des Idées, il y aurait ainsi une réalité étatique, une réalité fédérative et une idée impériale. Une réalité étatique d'abord, celle de la puissance et de la souveraineté, c'est-à-dire de l'exercice d'une puissance illimitée à l'intérieur d'un espace délimité, et d'une égalité parfaite avec les autres acteurs à l'extérieur de cet espace. Une réalité fédérative ensuite, celle de l'égalité entre les membres (principe de parité fédérative), et surtout de l'objectif politique poursuivi, la sécurité et la prospérité de tous les membres⁹⁵². Une réalité impériale enfin, faite de domination et d'esprit de conquête. Des réalités

⁹⁵¹ Voir Chapitre 2.

⁹⁵² Voir Chapitre 2, le *telos* de la Fédération.

différentes qui ne se laissent pas décrire et appréhender par les mêmes concepts et théories. La théorie de l'État personne morale souveraine rend le mieux compte de la réalité étatique, mais son appréhension du fédéralisme méconnaît la réalité fédérale. La réalité impériale est d'une essence si particulière que là encore, les théories de l'État et de la Fédération restent impuissantes. Ce raisonnement, qui ne peut conduire qu'à des théories particulières, est intrinsèquement hostile à l'élaboration d'une théorie générale de la forme des collectivités politiques. Celles-ci sont en effet uniquement appréhendées dans leurs différences. C'est parce qu'elles sont *essentiellement* différentes qu'elles doivent bénéficier de concepts et théories propres. À aucun moment l'idéalisme juridique n'appréhende ces différentes formes politiques par ce qu'elles ont en commun, par leur commune nature de collectivité politique. Autrement dit, l'idéalisme juridique demeure dans le constat des différences et ne recherche pas d'unité sous les différences. Ce qui s'explique par son choix du pluralisme philosophique.

2/ Pluralisme et théorie générale : une voie sans issue ?

L'essentialisation des différentes formes politiques dans le cadre de l'idéalisme juridique repose sur une certaine adhésion à un pluralisme philosophique. Par pluralisme l'on entend ici cette conception philosophique selon laquelle l'objet d'étude est nécessairement complexe, associant plusieurs éléments de natures diverses. Pour l'idéalisme juridique, l'objet « collectivités politiques » est nécessairement pluriel. Il s'agit d'un ensemble regroupant des catégories hétérogènes comme « État », « Fédération » ou « Empire ». Cette approche théorique peut alors être qualifiée de pluraliste dès lors qu'elle considère qu'entre ces diverses catégories il existe des différences de *nature*. Nous avons déjà souligné⁹⁵³ que l'idéalisme juridique ne repose pas forcément sur un réalisme ontologique. Les auteurs s'inscrivant dans ce courant de pensée ont bien vu que cette posture philosophique était intenable. Il demeure toutefois cette adhésion à l'idée selon laquelle l'objet d'étude est complexe, hétérogène, multiple. Or c'est bien cette croyance, ce postulat épistémologique, qui fait obstacle à une véritable théorie générale de la forme des collectivités

⁹⁵³ Voir Chapitre 2.

politiques. Une telle théorie générale impose en effet de construire au préalable un objet unique, pur, dont on peut ensuite détailler les diverses variantes possibles en fonction d'un critère précis.

Au commencement était donc une question d'objet. Un objet dont la composition dépend d'un choix philosophique fondamental et déterminant. Comme l'écrivait le philosophe américain William James, « savoir si un homme est un moniste ou un pluraliste convaincu, vous renseigne davantage sur le reste de ses conceptions que toute autre qualification terminant en *iste* »⁹⁵⁴. L'idéalisme juridique n'a pas pu proposer de théorie générale de la forme des collectivités politiques en raison de sa posture pluraliste. Par conséquent, c'est bien en raison de sa posture ouvertement moniste que le positivisme normativiste constitue un cadre d'analyse pertinent pour penser une théorie générale des formes d'État.

Conclusion du Chapitre 3

Ce chapitre avait pour objectif de proposer une discussion critique des deux approches théoriques des formes d'État majoritairement mobilisées par la doctrine publiciste française. Une telle discussion s'opère nécessairement à partir d'un certain point de vue, en l'occurrence celui procuré par le positivisme normativiste. Cependant, nous n'avons pas voulu nous prêter à une critique en règle des « ébauches conceptuelles » concurrentes, leur reprochant de ne pas être suffisamment précises car mélangeant le normatif et le factuel ; de n'être finalement que des théories politiques car non fondées exclusivement sur l'étude des systèmes juridiques ; d'utiliser des concepts anthropomorphiques d'un autre temps, etc. Il s'agit de critiques que le positivisme normativiste adresse à l'encontre des approches théoriques plus « matérielles » que « formelles » depuis au moins un siècle. Elles ont un intérêt limité dès lors que n'est pas pris en compte le fait que ces « ébauches conceptuelles » concurrentes sont développées au sein de cadres d'analyse fondamentalement différents. Disons qu'il faut surtout avoir conscience du caractère très relatif de ces critiques.

⁹⁵⁴ Notre traduction de « *if you know whether a man is a decided monist or pluralist, you perhaps know more about the rest of his opinions than if you give him any other name ending in ist* » : cité in M. Loughlin, « The Functionalist Style in Public Law », *op. cit.*, p. 392.

« L'incommensurabilité des paradigmes » et le caractère nécessairement *relatif* de toute critique n'empêchent pas, cependant, d'être *exigeant*. En l'espèce, le principal reproche que l'on puisse adresser à l'encontre des paradigmes classique et idéaliste, est de ne pas avoir su (ou pu) proposer de théorie générale des formes d'État. En raison du subjectivisme au fondement du positivisme étatique, celui-ci n'a pu donner naissance qu'à des théories décrivant des relations inter-institutionnelles : entre l'État et les entités territoriales, qu'elles soient de simples collectivités territoriales, des régions ou des États fédérés. Jamais toutefois le positivisme étatique n'envisage le cadre, l'ensemble dans lequel se déroulent ces relations. Or, ce cadre est précisément l'État en tant qu'ordre juridique global, le « Tout » dont l'État-acteur ou l'État-gouvernement n'est qu'une « partie » à l'instar de toutes les entités territoriales. Le positivisme étatique a donc donné naissance à diverses théories en fonction des relations entre l'État acteur et les entités territoriales, mais n'a pas proposé de théorie générale ayant pour objet l'État global, le *genre* dont les formes d'État ne sont que des *espèces*.

L'idéalisme juridique s'est encore davantage éloigné de cette entreprise. En reprenant la structure discursive sur les formes d'État du positivisme étatique (distinction formes d'État/formes de gouvernement, définitions classiques similaires), l'idéalisme juridique s'engageait dans la voie ouverte par le positivisme étatique. Une orientation philosophique au fondement de l'idéalisme juridique aggrave la situation. L'adhésion à un certain pluralisme philosophique, portant l'attention sur les différences plutôt que sur l'unité, conduit à étudier la spécificité de chaque « forme politique » au détriment de ce qui les relie : leur appartenance commune à la catégorie des « collectivités politiques ».

Ces difficultés du positivisme étatique et de l'idéalisme juridique, pour penser l'État global ou la collectivité politique, en disent long sur la pensée juridique française et ses difficultés à penser les grands concepts et les grands ensembles. Le principal avantage du positivisme normativiste est alors de fournir une vision d'ensemble, une perspective globale, cohérente et complète permettant de penser le genre État et ses différentes espèces, les formes d'État. Une autre approche théorique, un paradigme différent. Une autre *Weltanschauung*, en somme.

Conclusion de la Partie 1

L'étude du discours des publicistes français sur les formes d'État a permis de reconstruire, d'identifier et de situer « sur la carte des doctrines »⁹⁵⁵ deux approches théoriques principalement utilisées. Une approche classique tout d'abord, qui a tous les traits d'une approche théorique dominante. L'État unitaire est décrit comme un État souverain dans lequel les entités territoriales ont au mieux une autonomie administrative. L'État fédéral est cette autre forme d'État dans laquelle ces entités territoriales appelées « États fédérés » participent à la substance même de la souveraineté de l'État. En outre, l'État régional tend de plus en plus à être présenté comme une troisième catégorie d'État, ou comme une catégorie intermédiaire, État dans lequel les régions ou provinces autonomes disposent notamment d'une autonomie législative. Ces différentes catégories de forme d'État ont en commun de reposer sur une même conception de l'État, à savoir celle qui présente l'État comme une personne morale souveraine.

Il convient de ne pas sous-estimer la permanence de cette conception de l'État. Nous avons vu en effet que les réflexions sur l'État fédéral menées tant en Allemagne qu'en France de la fin du XIX^e au début du XX^e siècle ont mis cette théorie classique de l'État à rude épreuve. Alors même qu'elle a été supplantée par la théorie de l'État-puissance en Allemagne, la théorie de l'État souverain s'est maintenue au sein de la doctrine française. Deux enseignements au moins peuvent en être déduits. Premièrement, la théorie classique des formes d'État n'est pas une théorie que les juristes français auraient repris de la doctrine allemande. Deuxièmement, si cette théorie a été développée durant la période faste de la pensée juridique, sous la III^e République, elle repose sur des fondements plus anciens. La théorie de l'État comme personne morale souveraine constitue en effet un héritage du jusnaturalisme moderne. Cela démontre que l'approche théorique dominante de l'État en France demeure principalement subjectiviste et volontariste – tendance que l'échec des différents assauts objectivistes (de Duguit et ses disciples notamment) ne fait que souligner.

⁹⁵⁵ O. Jouanjan, « Faillible droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2007, p. 75.

Une deuxième approche théorique, concurrente de la première, a ensuite pu être identifiée. Délaissant en partie la perspective étatique, ce cadre d'analyse original propose une théorie plurielle des « formes politiques ». L'État est toujours présenté comme une personne morale souveraine, même si le concept d'institution est utilisé comme contrepoids objectif à la dimension subjective de la souveraineté. Par ailleurs, l'étude du fédéralisme est sortie de l'orbite⁹⁵⁶ de l'État : une théorie spécifique de la Fédération, distincte de la théorie de l'État, est ainsi proposée. La Fédération est envisagée comme une institution particulière, caractérisée notamment par une finalité politique spécifique. Alors même que le concept d'Empire a été globalement abandonné par la doctrine juridique avec l'émergence de la figure de l'État moderne, des éléments ont récemment encore été proposés pour une théorie de l'Empire. Il s'agirait d'une forme politique originale, présentée comme une « union coercitive d'États »⁹⁵⁷.

L'intérêt de ces théories relatives aux différentes formes politiques réside notamment dans le fait qu'elles découlent directement d'une approche théorique particulière, d'un programme de recherche différent, bref d'une autre conception du droit public. Cette conception est ouvertement « matérielle », et détermine tant l'objet de la pensée juridique publiciste (qui au-delà des normes juridiques s'étend notamment à l'histoire et la politique) que sa méthode (dogmatico-historique et finaliste). Nous avons appelé « idéalisme juridique » cette approche théorique qui se caractérise également par son opposition au positivisme formaliste. Cette opposition concerne les fondements mêmes de la pensée juridique, et se déroule sur la question tant de l'objet du droit public que du discours sur cet objet.

Les approches théoriques ainsi identifiées, reconstruites et situées ont ensuite été soumises à une approche critique. La portée d'une telle critique ne saurait toutefois qu'être particulièrement mesurée. La critique en effet est difficile du fait même que sont en jeu des manières différentes de concevoir non seulement les formes d'État, mais encore le droit et l'État. Dans ce cadre, on sait qu'il est vain, par exemple, de vouloir éprouver la véracité des constructions théoriques en les rapportant à « la réalité », en l'occurrence le droit positif. D'autres types de critiques, pourtant logiquement possibles, perdent pour les mêmes raisons (la confrontation de paradigmes différents)

⁹⁵⁶ O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2^{ème} éd., 2009, pp. 35 et s.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, p. 107.

leur force persuasive. Il semble par exemple assez peu porteur de reprocher l'utilisation de concepts matériels et finalistes à des auteurs s'inscrivant dans une approche théorique idéaliste reposant justement sur une conception matérielle du droit public. Par ailleurs, attaquer des classifications doctrinales pour leur manque de précision ou de rigueur semble assez peu utile, dans la mesure où ces défauts même reconnus n'empêchent pas la plupart des juristes d'y avoir recours.

Le relativisme découlant de l'incommensurabilité des paradigmes n'empêche toutefois pas d'être exigeant. En l'occurrence, le reproche principal que l'on puisse adresser aux deux approches théoriques principalement utilisées par les juristes français pour penser les formes d'État est justement de ne pas avoir proposé de théorie *générale* des formes d'État. Dans le cadre du positivisme étatique n'a été pensé que l'État acteur, au détriment de l'État global. En raison du subjectivisme au fondement de cette approche théorique, le « Tout » a été éclipsé par l'étude des relations entre les « parties », à savoir l'État acteur ou l'État gouvernement et les entités territoriales infra-étatiques. L'idéalisme juridique en revanche, en accordant davantage d'attention aux spécificités qu'à l'unité, a développé une théorie pluraliste des formes politiques empêchant la formulation de toute théorie générale. Chaque forme politique étant essentiellement spécifique, on voit mal comment une théorie générale des formes politiques puisse être développée.

Cette première partie a donc permis d'identifier, de situer et d'éprouver deux approches théoriques différentes des formes d'État, principalement mobilisées par les publicistes français. Il en ressort que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, une approche formelle du droit et de l'État n'a pas été utilisée par les publicistes français pour envisager les formes d'État. Il reste à le prouver, en démontrant qu'une telle approche des formes d'État est possible mais en même temps relativement incompatible avec « l'esprit général du droit public français »⁹⁵⁸.

⁹⁵⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 558.

Partie 2 : Éléments pour une approche théorique formelle des formes d'État

« Les théories sont des filets : seul celui qui lance, pêchera »⁹⁵⁹

Novalis

Dans la première partie de cette thèse il s'agissait d'identifier et de reconstruire les deux approches théoriques principalement mobilisées par la doctrine publiciste française et d'en proposer une appréciation critique. Nous avons montré que tant le positivisme étatique que l'idéalisme juridique échouaient à proposer une théorie *générale* des formes d'État. Cette deuxième partie aura pour objectif de démontrer qu'une approche formelle du droit et de l'État permet de proposer une telle théorie générale et précise du problème des formes d'État. À ce stade de nombreuses précautions s'imposent. Nous n'avons évidemment pas l'ambition démesurée de proposer une théorie nouvelle des formes d'État. Par ailleurs, il semble vain d'essayer de mettre en évidence les qualités supérieures de cette approche, qui feraient d'elle l'approche la plus juridique, précise, scientifique, etc. Les querelles entretenues par les grands théoriciens sur les principaux concepts et théories du droit public sont intéressantes dès lors qu'elles sont analysées comme des oppositions de façons différentes de penser ces objets ; elles sont stériles si l'on essaye d'y trouver une quelconque vérité théorique ou conceptuelle. Cette deuxième partie de la thèse aura donc un double objectif. Il s'agira de montrer *en même temps*, d'une part qu'une approche formelle du problème des formes d'État est possible, d'autre part qu'elle n'a pas été retenue par les publicistes français. Elle est possible à condition d'adhérer à un certain nombre de postulats épistémologiques et théoriques ; c'est précisément parce qu'elle a refusé de le faire que la doctrine publiciste française n'a pas pu présenter une théorie générale des formes d'État fondée sur une approche formelle du droit et de l'État. Nous verrons la possibilité théorique en même temps que le rejet pratique d'une

⁹⁵⁹ Cité in K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973, p. 9.

théorie formelle des formes d'État en envisageant les différents temps du raisonnement. Il faut d'abord revenir au problème de la nature de l'État (Chapitre 4) ainsi que celui du critère de l'État (Chapitre 5) avant de pouvoir proposer une théorie formelle des formes d'État (Chapitre 6).

Chapitre 4 : La nature de l'État

« [J]e ne voudrais ajouter que quelques mots, pour remarquer combien les problèmes fondamentaux du Droit sont dominés par les deux ou trois problèmes philosophiques que l'homme rencontre inéluctablement sur son chemin dès qu'il réfléchit au mystère angoissant de sa destinée et de l'univers qui le presse : le problème de la liberté ou du déterminisme, que nous avons vu dominer la recherche de la règle de Droit supérieure et commander le choix entre le Droit naturel ou le positivisme juridique ; le problème du monisme ou du pluralisme en second lieu. Dans le droit aussi se vérifie l'avertissement effrayant, hallucinant de Pascal : "Il faut parier : cela n'est pas volontaire, vous êtes embarqué" »⁹⁶⁰

M. Waline

Comme l'écrivait Bobbio, la thèse de Kelsen selon laquelle l'État doit être réduit à l'ordre juridique est une « thèse bien connue ou tristement célèbre »⁹⁶¹. Il semble toutefois plus juste de considérer avec M. Troper que cette thèse de l'identification du droit et de l'État « est bien connue, *au moins dans sa conclusion* »⁹⁶². En effet, s'il ne s'agit plus de s'étendre sur l'assimilation par Kelsen de l'État au droit, il est nécessaire d'exposer pourquoi, dans le cadre du positivisme normativiste, l'État *ne peut qu'être* pensé comme un ordre juridique. Cette théorie particulière de l'État est en effet le produit d'une certaine théorie du droit qui découle elle-même d'une théorie spécifique de la connaissance. M. Troper note à propos de l'identification de l'État et du droit qu'« il ne s'agit d'ailleurs nullement d'une thèse isolée et un peu bizarre, mais d'une idée étroitement solidaire de

⁹⁶⁰ M. Waline, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, 1930, p. 63.

⁹⁶¹ N. Bobbio, « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, 1998, p. 221.

⁹⁶² M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 145, nous soulignons.

sa conception générale du droit et de la science du droit »⁹⁶³. Dans le « travail de construction conceptuelle »⁹⁶⁴ qui nous occupe ici, il est donc « nécessaire d'offrir une présentation qui prenne en considération, à l'arrière-plan des concepts retenus par chaque auteur, l'approche globale des phénomènes juridiques, les postulats ontologiques et épistémologiques sur lesquels est bâtie sa doctrine »⁹⁶⁵. Il s'agira donc, dans un premier temps, de démontrer en quoi l'identification du droit et de l'État est une conséquence directe et nécessaire du monisme kelsénien (Section 1).

Situer cette thèse de l'identité du droit et de l'État sur la « carte » de la doctrine publiciste française implique ensuite de la resituer dans son environnement intellectuel, en étudiant sa réception en doctrine. M. Troper a démontré que cette thèse de l'identification n'a pas été reprise par les disciples de Kelsen⁹⁶⁶. Plus largement, si elle a profondément bouleversé la science juridique allemande⁹⁶⁷, cette thèse n'a pas réussi à s'implanter comme une doctrine majoritaire dans les pays de langue allemande⁹⁶⁸. La théorie kelsénienne de l'État a connu un succès encore moindre au sein de la pensée juridique française. L'étude du rejet par la doctrine française de cette théorie originale de l'État permettra d'identifier les points saillants de cette construction et d'identifier en quoi ils sont apparus incompatibles avec « les manières de penser, de sentir et d'agir »⁹⁶⁹ de la doctrine

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 145.

⁹⁶⁴ G. Tusseau, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006, p. 55 ; la prudence, toutefois, s'impose : « comme l'écrivait Charles Chaumont, un concept est "un réservoir de contradictions qui se répandent et s'éparpillent quand il s'ouvre sous l'effet d'un choc suffisant de la réalité" » cité in J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 611.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*

⁹⁶⁷ Sur la « Querelle des méthodes et des approches », déclenchée suite à la publication de l'*Allgemeine Staatslehre* de 1925, voir le Chapitre 2.

⁹⁶⁸ La doctrine publiciste allemande s'est très largement détournée de la pensée de Kelsen, au moins jusque dans les années 1980, privilégiant ainsi une approche historique et politique de l'État : voir not. O. Beaud, « La théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud et E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999, pp. 83-111 ; M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.* ; F. Günther, « The Neglect of Hans Kelsen in West German Public Law Scholarship, 1945-1980 », in D. A. Jeremy Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, pp. 217-228 ; plus généralement, les contributions rassemblées dans cet ouvrage montrent que la pensée de Kelsen n'est, à aucun moment, parvenu à s'imposer dans la pensée juridique américaine : voir not. B. H. Bix, « Kelsen in the United States : Still Misunderstood », in D. A. Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, *op. cit.*, pp. 17-29 : « The ignorance and avoidance of Hans Kelsen's approach to law is likely attributable to the usual aspects : foreign-language texts badly served by translators, and a style of writing and thinking too different from the empirical and pragmatic approach that dominates Anglo-American thinking (and not just legal thinking). Add to this the fact that Kelsen is a writer from a century ago, rather than being the "new, new thing" – he is at a sharp competitive disadvantage to the fashionable theorists, and legal theorists, of today », p. 27.

⁹⁶⁹ Pour reprendre la fameuse formule de Durkheim.

publiciste française. Étudier l'échec de cette réception permet donc de mieux *connaître* tant la théorie kelsénienne de l'État que la pensée juridique française (Section 2).

Section 1 : L'identification du droit et de l'État comme conséquence du monisme kelsénien

Il s'agit ici de montrer en quoi le monisme kelsénien constitue une approche théorique originale (§ 1) conduisant à une « théorie de l'État sans État » (§ 2).

§ 1 : Reconstruction du monisme kelsénien

Le monisme qui caractérise l'approche théorique proposée par Kelsen⁹⁷⁰ est fondée sur une théorie spécifique de la connaissance. Il s'agit d'une théorie *critique* de la connaissance, visant à ériger la science juridique au niveau d'une véritable science moderne (A). Cette théorie de la connaissance constitue le fondement d'une théorie critique et moniste du droit. Guidée par une épistémologie constructiviste, la théorie du droit de Kelsen est une théorie *pure*, dans laquelle tous les problèmes juridiques sont ramenés à des problèmes de structure de l'ordre juridique (B).

⁹⁷⁰ Pensée de l'unité fortement discutée à l'époque de Kelsen et désormais clairement passée de mode : « Dans le domaine de la connaissance, l'unité ne s'inscrit pas aujourd'hui dans un contexte favorable à sa réception. Tout s'oppose à penser l'unité. Le monde se caractérise par sa complexité, ses réseaux, ses communautés multiples, sa diversité, son pluralisme, et la pensée qui s'y rapporte ne saurait être que complexe, réflexive et déconstructiviste, au diapason du monde qu'elle est censée décrire. La pensée sur le monde ne passe pas par son appréhension en termes d'unité. Pour le dire avec les termes dont on use : l'unité n'est pas le paradigme dominant de l'*épistémé* contemporaine » : X. Magnon, « Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 653.

A/ Une théorie critique de la connaissance

La théorie de la connaissance au fondement du projet kelsénien est marquée par le *criticisme*, qui se concrétise par une épistémologie constructiviste (1) ainsi qu'une puissante critique des idéologies véhiculées par les doctrines traditionnelles du droit et de l'État (2).

1/ Une épistémologie constructiviste

Faire du droit une science. Comme l'écrit O. Pfersmann, « c'est en Autriche que naît une conception du droit très fortement liée à l'apparition d'une "conception scientifique du monde" dont le Cercle de Vienne sera l'illustration la plus remarquable et la philosophie analytique l'héritière internationale : l'École de Vienne de la Théorie pure du droit »⁹⁷¹. La principale caractéristique – en même temps le principal reproche qui lui sera adressé – de la théorie du droit développée par l'École de Vienne est en effet son ambition scientifique, la volonté de construire une véritable science juridique comparable aux sciences de la nature. « Comment une science du droit peut-elle être possible ? C'est à partir de cette prémisse, écrit C. M. Herrera, que se construit toute la problématique de la théorie pure »⁹⁷². Par suite, « la question pleine de tensions devient alors : comment construire un objet "droit" qui puisse être décrit par une science dont le modèle est les sciences naturelles ? »⁹⁷³. Pour construire un objet et déterminer une méthode spécifiques à la science juridique, Kelsen recourt à la théorie de la connaissance développée dans l'héritage de la philosophie kantienne.

⁹⁷¹ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, t. 28, n°2, 1996, p. 172.

⁹⁷² C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2004, p. 13.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 14.

Néokantisme. La théorie pure du droit, telle qu'elle est développée par Kelsen puis ses disciples dès les premières années du XX^e siècle⁹⁷⁴ est donc dominée par la philosophie⁹⁷⁵. Dans la mesure où toute philosophie est une théorie de la connaissance, « la philosophie du droit est [...] une épistémologie juridique, c'est-à-dire la (méta)théorie qui établit les règles pour la production d'énoncés scientifiques sur le droit »⁹⁷⁶. Le problème scientifique est un problème épistémologique, qui est un problème du lien entre le sujet et l'objet⁹⁷⁷. Kelsen répond à cette problématique en recourant à la théorie de la connaissance de Kant. Les autres aspects de la philosophie du maître de Königsberg sont considérés comme idéologiques⁹⁷⁸. À la question du rapport entre le sujet pensant et l'objet, le criticisme de Kant répond que l'objet n'existe qu'à travers le sujet pensant. Par conséquent, l'objet que l'observateur pense pouvoir simplement *décrire* (positivisme traditionnel) est préalablement *produit* par le sujet. Le criticisme de Kant est développé durant un vaste mouvement de « retour à Kant » qui marque la pensée allemande de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle⁹⁷⁹. Deux variantes du néokantisme se font alors face à travers deux écoles : celle de Bade et celle de Marbourg. Plus proche de cette dernière, Kelsen peut puiser en particulier dans les travaux de Cohen pour fonder sa théorie scientifique du droit. Malgré une philosophie du droit marquée par l'idée métaphysique du droit naturel, Cohen développe le principe de la « productivité de la science »⁹⁸⁰. Il écrit ainsi qu'« il n'y a aucun objet qui serait en soi et pour soi ; seule la connaissance, celle de l'hypothèse, produit l'objet »⁹⁸¹. Cette mise en abyme de l'objet

⁹⁷⁴ La thèse d'habilitation, intitulée *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* et par laquelle Kelsen fait une entrée remarquée dans la doctrine juridique germanophone, est publiée en 1911.

⁹⁷⁵ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.* : sa théorie n'est pas a-philosophique : « ce refus de la philosophie (comme métaphysique de la justice) est fait au nom d'une certaine philosophie (de la connaissance) », p. 15.

⁹⁷⁶ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁷⁷ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997 : « le problème principal de l'épistémologie est celui du rapport entre "le sujet et l'objet de la connaissance" », p. 244.

⁹⁷⁸ Voir C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.* : Kelsen déclare dans son *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* s'inspirer « seulement de la théorie de la connaissance de Kant » (p. 82), cité p. 51 ; « En revanche, pour Kelsen, la philosophie pratique kantienne présente un caractère idéologique : l'éthique et la philosophie du droit de Kant sont de type métaphysico-jusnaturaliste », p. 51.

⁹⁷⁹ Pour des doutes émis sur le néokantisme de Kelsen, outre O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, voir M. Troper, « Système juridique et État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 161-176 : Kelsen navigue parfois entre une dimension kantienne revendiquée (le sujet de connaissance crée son objet de connaissance) et parfois de positivisme primaire (l'objet s'impose au juriste qui doit donc adapter sa méthode).

⁹⁸⁰ L'expression est de C. M. Herrera : *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 79.

⁹⁸¹ H. Cohen, *Commentaire de la critique de la raison pure*, trad. fr. 1989, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 45.

interdit donc toute forme d'essentialisme. Dans la mesure où aucun objet ne saurait avoir d'*existence* en dehors du sujet pensant, il ne peut qu'être dépourvu de toute *essence* spécifique. L'épistémologie criticiste de Kelsen est donc également une épistémologie anti-essentialiste. Il s'appuie notamment beaucoup, après Jellinek⁹⁸², sur la distinction entre les « concepts-substance » et les « concepts-fonction » développée par Cassirer dans son important ouvrage *Substance et Fonction*, publié en 1910. En adoptant la distinction de Cassirer, Kelsen entend donc s'attaquer aux concepts essentialistes qui « consistent à interpréter comme des choses stables des *relations* qui ne sont déterminables que par la connaissance »⁹⁸³. L'épistémologie kelsénienne est donc relationniste.

Relationnisme. Plusieurs auteurs estiment que le « principe ultime »⁹⁸⁴ de la pensée de Kelsen, celui sur lequel repose tout l'édifice, réside dans le non-cognitivism ou relativisme éthique⁹⁸⁵. On peut toutefois considérer avec C. M. Herrera que le relativisme éthique est lui-même la conséquence d'un autre principe, celui du « relationnisme anti-substantialiste »⁹⁸⁶. C'est en effet la conviction qu'il n'existe pas de choses en soi qui engendrent celle qu'il ne saurait pas davantage exister de valeurs absolues. L'épistémologie kelsénienne est donc fondamentalement relativiste, et place le sujet pensant dans une situation délicate. Celui-ci est condamné à construire lui-même son objet d'étude et à le décrire selon une méthode qu'il aura lui-même élaborée. Dans la mesure où le modèle à suivre de la science juridique sont les sciences naturelles, Kelsen recherche « l'objectivité ». Celle-ci ne peut, d'après le juriste viennois, être trouvée que dans la forme.

Formalisme. Le choix de l'approche formelle apparaît en effet comme la conséquence de l'épistémologie kelsénienne. Celle-ci développe « une conception de la science (juridique) qui soulignera le caractère formaliste de la connaissance »⁹⁸⁷. Suivant sur ce point encore le philosophe

⁹⁸² O. Jouanjan note que Jellinek distinguait déjà les concepts substantiels des concepts fonctionnels, et que l'on pourrait « supposer là une dette non reconnue par Kelsen à l'égard de celui dont les séminaires l'avaient tant irrité » : O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », Préface in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, I, Éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 54.

⁹⁸³ H. Kelsen, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 46, nous soulignons.

⁹⁸⁴ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*

⁹⁸⁵ Voir not. O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, p. 42 ; c'est également l'avis de Horst Dreier, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 12 ; Kelsen lui-même souligne que le relativisme éthique est au fondement de sa théorie de la démocratie : H. Kelsen, « State-form and world-outlook », in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, p. 95-113.

⁹⁸⁶ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 48.

Cohen, Kelsen écrit que « plus un problème est énoncé de manière formelle, plus il devient objectif ; il n’y a d’objectivité que dans la forme »⁹⁸⁸. L’épistémologie kelsénienne fonde donc une approche formelle du droit, puisque seule la forme juridique peut constituer un objet susceptible d’être décrit scientifiquement, c’est-à-dire objectivement. Seule la dimension formelle échappe à toute tentation essentialiste. Cependant, il va sans dire que la théorie pure du droit ne néglige pas le contenu des normes. Kelsen note à ce propos que « l’affirmation rencontrée de temps à autre selon laquelle la théorie pure du droit tiendrait le contenu des normes juridiques pour irrelevant révèle une telle incompréhension qu’elle ne mérite pas d’être discutée »⁹⁸⁹.

Radicalité. L’itinéraire intellectuel de Kelsen apparaît comme une radicalisation de schémas de pensée plus anciens. C. M. Herrera note que « le principe de la productivité de la science du droit [...] apparaît déjà dans la tradition juridique allemande du droit, avant même les propositions gnoséologiques de Hermann Cohen »⁹⁹⁰. Puchta avait déjà affirmé ce principe⁹⁹¹. Par ailleurs, Kelsen a reconnu sa dette envers Savigny, dont il reprendra dans une certaine mesure le conceptualisme juridique⁹⁹². Les points de contact sont également nombreux avec Gerber et Laband, qui fondent au milieu du XIX^e siècle l’école du positivisme légaliste qui dominera la pensée juridique allemande pendant plusieurs décennies. Ces auteurs ont déjà le projet d’élaborer une véritable science juridique débarrassée des éléments factuels et politiques⁹⁹³, et maintiennent le conceptualisme juridique, au point que leur doctrine sera qualifiée de *Begriffsjurisprudenz*. Kelsen peut donc s’inscrire dans une « tradition positiviste »⁹⁹⁴. Toutefois, il reprochera durablement à

⁹⁸⁸ H. Kelsen, « Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre » 1929, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 48 ; par référence à Cohen, *Logik des reinen Erkenntnis*.

⁹⁸⁹ H. Kelsen, « Qu’est-ce que la théorie pure du droit ? », [1953], *Droit et Société*, n°22, 1992, p. 565.

⁹⁹⁰ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 79.

⁹⁹¹ Ce que démontre C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 79.

⁹⁹² Voir J.-L. Halpérin, « Le recul de l’École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, n°1, 2009, p. 101.

⁹⁹³ Gerber résumait son projet en ces termes : « l’analyse et la construction de l’élément purement juridique des institutions juridiques, en opposition aux nombreux ingrédients purement factuels et non essentiels, qui cachaient la substance juridique même dans le droit allemand », cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 73.

⁹⁹⁴ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 80 ; Kelsen écrit lui-même, dans sa préface à la première édition de la *Théorie pure du droit*, à propos de ceux qui combattent sa théorie, que celle-ci est « loin d’être si radicalement nouvelle et de prendre le contre-pied de toutes celles du passé. On peut la considérer comme venant poursuivre le développement de germes qui s’annonçaient déjà dans la science du droit positiviste du XIX^e siècle. [...] Ce qui provoque leur violent emportement, ce n’est pas le fait que j’aurais demandé à la science du droit actuelle de changer radicalement de direction – c’est le fait que je l’ai invitée à maintenir fermement l’une des directions entre lesquelles elle

Gerber et Laband d'avoir élaboré une approche subjectiviste du droit et de l'État, fondée sur la notion de personne morale, et marquée par l'idéologie sous-tendant le « principe monarchique ». De plus, le « platonisme juridique »⁹⁹⁵ de Gerber et Laband est radicalement incompatible avec le constructivisme de Kelsen. Alors même que ce dernier est parfois présenté comme « l'exécuteur testamentaire de Laband »⁹⁹⁶, on peut dire avec R. Treves que « la Théorie Pure du Droit est née en opposition au labandisme »⁹⁹⁷. La relative proximité entre les travaux de Kelsen et de Jellinek est plus ambiguë. On sait que Kelsen a été déçu par les séminaires de Jellinek qu'il a pu suivre à l'université d'Heidelberg. Kelsen émet par ailleurs de sévères critiques à l'endroit des fondements mêmes de la pensée de son aîné. Ce dernier construit une théorie du droit et de l'État fondée sur une rematérialisation du droit public⁹⁹⁸, en plaçant notamment au centre de la science juridique une conception subjectiviste et téléologique de la personne morale État. La théorie des deux faces de l'État est en outre pour Kelsen le signe d'une réflexion épistémologique inaboutie dans l'œuvre de Jellinek. Une épistémologie constructiviste ne peut en effet concevoir un objet (l'État) ayant deux aspects, selon le point de vue duquel il est observé (sociologique ou juridique). Au contraire, ces deux points de vue donnent naissance à deux objets distincts⁹⁹⁹. Toutefois, et dans la mesure où l'œuvre majeure de Jellinek publiée en 1900, la *Théorie générale de l'État*¹⁰⁰⁰, apparaît comme l'aboutissement de la pensée juridique allemande du XIX^e siècle¹⁰⁰¹, on peut dire avec C. M. Herrera que Kelsen « construira sa théorie juridique de l'État à partir de et contre Jellinek »¹⁰⁰². En matière épistémologique notamment, l'œuvre de Kelsen apparaît comme une radicalisation de la pensée de Jellinek. Le juriste de Heidelberg aussi tente de renouveler la science juridique en

oscille sans cesse de façon incertaine –, ce n'est pas tant la nouveauté de ma théorie que sa conséquence » : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, p. 4.

⁹⁹⁵ O. Jouanjan, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, n°16, 2004, p. 11.

⁹⁹⁶ É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. « Léviathan », 2003, p. 23, en note.

⁹⁹⁷ R. Treves, « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et société*, n°7, 1987, pp. 327-335.

⁹⁹⁸ Voir Chapitre 2.

⁹⁹⁹ Voir les fines observations d'O. Jouanjan sur cette théorie et la critique de Kelsen : O. Jouanjan, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*

¹⁰⁰⁰ G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, I, Éd. Panthéon-Assas, 2005 ; l'ouvrage devait à l'origine contenir, outre un volume consacré à la Théorie générale de l'État, une Théorie spéciale de l'État qui n'a jamais vu le jour, de sorte que l'ouvrage peut être appelé *Théorie générale de l'État* : voir en ce sens la préface d'O. Jouanjan.

¹⁰⁰¹ C. M. Herrera note que son *Allgemeine Staatslehre* de 1900 « résume tous les acquis de la doctrine allemande du droit public, comme le remarquera Kelsen, qui construira sa théorie juridique de l'État à partir de et contre Jellinek » : *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁰² C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 81.

empruntant la voie du néokantisme, certes celle de l'École du Bade. En outre, Jellinek distingue avant Kelsen la distinction entre les concepts-substance et les concepts-fonction, les travaux de Jellinek ne pouvant d'ailleurs être accusés d'essentialisme¹⁰⁰³. La pensée de Kelsen se distingue donc de celle de Jellinek par la radicalité de son propos épistémologique, dont la dimension constructiviste interdit la dualité de l'État et dont l'aboutissement formaliste condamne la construction matérielle de Jellinek.

Périodisation. La carrière de Kelsen fut longue et les principes directeurs de sa pensée ne sont pas restés inchangés. Différentes « périodes » ont été identifiées, variant en fonction des auteurs¹⁰⁰⁴. De manière générale, on peut dire que la première partie de sa carrière, correspondant à sa « période européenne », a été marquée par le néokantisme et le constructivisme, dans une mesure certes de moins en moins prononcée. La « période américaine » est ensuite davantage guidée par un recours à l'empirisme philosophique et au volontarisme. Sa théorie du droit a donc sensiblement évolué, passant notamment d'une théorie cognitiviste à une théorie volontariste de la norme. Celle-ci n'est alors plus considérée comme la signification objective d'un énoncé prescriptif, mais comme l'expression d'un acte de volonté¹⁰⁰⁵. Deux éléments autorisent cependant à penser que la théorie kelsénienne de l'État restera marquée par le constructivisme et l'anti-essentialisme. D'une part en raison de ce que l'anti-essentialisme demeurera une constante de la

¹⁰⁰³ Voir les précautions prises en ce sens par Jellinek : « Mais les concepts juridiques ne répondent à aucune substance concrète, aucun objet matériel ne leur correspond dans le monde extérieur » : *L'État moderne et son droit*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁰⁴ Voir not. S. L. Paulson, « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, où plusieurs périodes sont distinguées : « Primitive ou constructionniste » ; « Intermédiaire ou classique », subdivisée en deux périodes : « néo-kantienne », « hybride » ; « Tardive ou volontariste » ; voir également les développements sur la périodisation de la pensée de Kelsen dans C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, pp. 30 et s. : l'auteur rappelle la périodisation de S. L. Paulson, mais également celle proposée par R. Treves, qui distingue principalement une période européenne (caractérisée par l'influence du néokantisme, notamment la philosophie d'Hermann Cohen) puis une période américaine (marquée par l'empirisme philosophique).

¹⁰⁰⁵ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, spéc. pp. 152 et s.

pensée kelsénienne¹⁰⁰⁶, d'autre part du fait que la théorie de l'État a surtout occupé Kelsen durant sa « période européenne »¹⁰⁰⁷.

2/ Une critique des idéologies

Alors que Duguit s'efforçait de dénoncer les idées « métaphysiques » des théories traditionnelles du droit et de l'État, Kelsen lutte contre les « idéologies » qu'elles contiennent. O. Pfersmann écrit à ce propos que « la Théorie pure du droit se veut autant une métathéorie de la doctrine qu'un instrument de critique des idéologies que véhiculent implicitement les théories traditionnelles »¹⁰⁰⁸. La critique des idéologies doit être envisagée comme une conséquence de l'épistémologie constructiviste que propose Kelsen. Il établit « un lien intrinsèque entre épistémologie et critique des idéologies »¹⁰⁰⁹. Une épistémologie constructiviste permet ainsi à Kelsen de traquer au sein des théories traditionnelles les concepts essentialistes et les justifications politiques. Pour reprendre une image utilisée par Capitant pour décrire l'œuvre d'Eisenmann, on peut dire que Kelsen utilise son criticisme pour identifier et écarter « dans les constructions, l'élément intellectuellement "de toc" qui scintille et qu'il faut donc bannir »¹⁰¹⁰. L'épistémologie est donc utilisée pour « décaper » les théories traditionnelles et « dissoudre » les concepts substantiels. C. M. Herrera note qu'il s'agit toujours pour Kelsen « de dénoncer le syncrétisme méthodologique,

¹⁰⁰⁶ Voir S. Goyard-Fabre, « L'État du droit et la démocratie selon Kelsen », in *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n°17: « Et il est frappant que, malgré l'évolution de sa pensée et la modification des schèmes épistémologiques mise en œuvre après la seconde édition de la *Théorie Pure du Droit*, c'est toujours, sans ambiguïté ni réserve, du point de vue du droit qu'il se place pour étudier l'État », p. 149 ; « Kelsen, tout au long de son œuvre, est demeuré fidèle à cette conception juridique de l'État qui, par sa prémisse moniste – l'identité des concepts du droit et de l'État – récuse les argumentations déployées par les théories dualistiques traditionnelles », p. 150.

¹⁰⁰⁷ M. Troper confirme que « l'État n'a été l'objet des recherches de Kelsen que dans la première partie de sa vie, dans sa période européenne » : M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 141-160 ; C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.* soutient que la théorie politique a mobilisé Kelsen durant toute sa carrière. Durant sa période américaine, Kelsen continue en effet de publier sur la démocratie, des critiques contre le communisme, etc. La théorie kelsénienne de l'État connaît cependant peu d'évolutions durant cette période.

¹⁰⁰⁸ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 173 ; Bobbio confirme que « l'une des opérations à laquelle Kelsen se consacre avec le plus grand plaisir consiste à éliminer des parties entières de la dogmatique juridique traditionnelle, en mettant en relief leur origine idéologique et en dégradant les théories antérieures au rang d'idéologies masquées » : N. Bobbio, « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », *op. cit.*, p. 126.

¹⁰⁰⁹ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰¹⁰ R. Capitant, cité in N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009, p. 4.

de dissoudre les hypostases des idées-substance, de démasquer la confusion entre science et politique »¹⁰¹¹. L'objectif ultime demeure en effet de *purifier* la dogmatique juridique. Comme le relève C. M. Herrera, la pureté revêt dans la théorie kelsénienne une double dimension. La « pureté épistémologique » s'accompagne d'une « pureté idéologique »¹⁰¹², cette double pureté devenant la condition d'existence d'une véritable science du droit. Kelsen indiquait ainsi que « c'est *par sa tendance anti-idéologique* que la Théorie pure du droit se révèle comme une *véritable science du droit* »¹⁰¹³. Par suite, Kelsen considère que sa construction pure est dans sa dimension juridique hors de portée : si elle est attaquée, c'est pour des raisons politiques¹⁰¹⁴.

L'approche théorique que propose Kelsen consiste donc tout d'abord dans une certaine façon de penser, plus précisément de *connaître* le droit¹⁰¹⁵. Pour ce faire, le maître de Vienne développe une véritable « *critique de la raison juridique* »¹⁰¹⁶. Il en découle une théorie critique et moniste du droit.

B/ Une théorie critique et moniste du droit

Déterminé par ses fondements épistémologiques, la théorie pure du droit entend être une « analyse structurelle du droit »¹⁰¹⁷. Elle prend les traits d'une « théorie structurale du droit »¹⁰¹⁸ dès lors que le droit est envisagé de façon autonome, dans son unité, au regard de ses composantes

¹⁰¹¹ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 27.

¹⁰¹³ H. Kelsen, cité in C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰¹⁴ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, préface de la première édition (Genève, mai 1934) : il présume que « dans la lutte contre la théorie pure du droit ne se manifestent pas seulement des motifs scientifiques, mais avant tout des motifs politiques, c'est-à-dire d'ordre éminemment affectif », p. 4.

¹⁰¹⁵ Voir O. Pfersmann, E. Picard *et al.*, « Controverse autour de l'ouvrage de Norberto Bobbio, De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit », *RDP*, n°2, 2013, pp. 239 et s. : O. Pfersmann souligne que « Kelsen est l'opérateur d'un malentendu qui s'est très longuement prolongé. Il s'intéresse presque uniquement à la question de l'ontologie du droit. Jusque dans les années 1960 et 1970, la philosophie analytique est restée séparée de la théorie positiviste normativiste. Bobbio est l'un de ceux qui, dans le contexte italien particulier, a fait se croiser ces deux courants, la philosophie analytique du langage et la théorie normativiste du droit. C'est encore aujourd'hui un programme qui reste inachevé ».

¹⁰¹⁶ O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 31.

¹⁰¹⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰¹⁸ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 26.

élémentaires et des relations entre elles (1). Dans cette construction, le concept central est celui d'ordre juridique (2).

1/ Une « théorie structurale du droit »

Une science « interne ». Bourdieu a écrit que le « coup de force inaugural » de la linguistique moderne fut donné par Saussure lorsqu'il opéra la distinction entre la science « interne » et la science « externe » de la linguistique. Alors que la première vise à étudier le langage lui-même, la seconde entend notamment décrire les conditions sociales d'apparition de ce langage¹⁰¹⁹. Kelsen emprunte une voie similaire lorsqu'il envisage l'objet de la science juridique comme un objet spécifique, qu'il convient d'étudier en faisant abstraction de ses conditions d'apparition. De manière fort instructive, il écrit qu'« une théorie générale du droit prend pour objet les *normes juridiques*, leurs éléments constitutifs, leurs *relations* mutuelles, l'ordre juridique dans sa totalité, sa *structure*, les relations qu'entretiennent les divers ordres juridiques et enfin *l'unité* du droit par-delà la pluralité des ordres juridiques positifs »¹⁰²⁰. Le droit apparaît donc comme un ensemble de normes juridiques, qui font figure de particules élémentaires. Une norme juridique est définie comme « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée »¹⁰²¹. Il s'agit donc de la signification d'un énoncé prescriptif. Le droit apparaît alors comme un « ordre de contrainte ». C'est en effet « l'élément de la contrainte, c'est-à-dire la circonstance que l'acte institué par l'ordre comme conséquence d'une situation considérée comme socialement nuisible doit être réalisé même contre le gré de l'individu qu'elle doit atteindre et, en cas de résistance, par l'emploi de la force physique », qui constitue « le critérium décisif »¹⁰²² permettant de distinguer le droit des autres ordres *sociaux*. Par ailleurs, le droit se distingue des autres ordres *normatifs* (telle la « bande de voleurs »¹⁰²³) par son caractère globalement efficace et

¹⁰¹⁹ Voir G. Timsit, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in P. Amssek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, pp. 15-29.

¹⁰²⁰ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 45, nous soulignons.

¹⁰²¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 42 ; voir également O. Pfersmann, pour qui la contrainte est la « donnée constitutive et différentielle » de l'ordre juridique : O. Pfersmann, E. Picard *et al.*, « Controverse autour de l'ouvrage de Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit* », *op. cit.*, pp. 239 et s.

¹⁰²³ Voir D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, Dalloz, 2018.

sanctionné. Les normes juridiques sont ensuite en *relation* dans la mesure où une norme n'est juridique qu'à la condition qu'une norme du système prévoit son existence. Toute norme juridique est alors la concrétisation d'une norme juridique supérieure dans le processus de production, et potentiellement à l'origine d'une nouvelle norme du système, de sorte que la structure du droit est nécessairement hiérarchisée. En envisageant le droit comme un ensemble de normes nécessairement reliées et hiérarchisées, la théorie pure « représente une conception du droit véritablement organique »¹⁰²⁴. Seulement, cet organisme n'a d'autre spécificité que sa structure, et son analyse ne peut qu'être une « analyse structurelle ». Celle-ci exclut l'étude des « *conditions psychologiques et économiques* [du droit positif] ou de se livrer à une appréciation morale et politique des fins qu'il poursuit », puisqu'il s'agit là d'éléments factuels répondant à une logique causale qui ne permettent pas de mieux *connaître* le droit, c'est-à-dire d'étudier ce qu'est le droit et comment il est. Les « faits de comportement humain » ne font alors partie de l'objet juridique « qu'en tant que et dans la mesure seulement où [ce comportement] est prévu par des normes juridiques, où il figure en qualité soit de condition soit de conséquence, ou, en d'autres termes, qu'en tant que et dans la mesure où il apparaît comme contenu de normes juridiques »¹⁰²⁵. La théorie pure est donc fondamentalement hostile à la « théorie de l'antichambre », « qui vise à expliquer ce qu'il y aurait derrière les normes »¹⁰²⁶. La théorie pure, en tant que science « interne », apparaît donc comme une théorie « atomiste », où tous les objets juridiques sont décomposables en normes juridiques. Elle est donc résolument moniste.

Monisme. Le monisme kelsénien est fondamentalement incompatible avec les différents dualismes qui composent les théories traditionnelles du droit. Ces dualismes sont en contradiction avec l'ambition même du projet kelsénien. Le juriste viennois écrit que « la quête de l'unité est une part indissociable de toute véritable entreprise scientifique »¹⁰²⁷. De nombreuses distinctions

¹⁰²⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 77.

¹⁰²⁶ O. Pfersmann in « Controverse autour de l'ouvrage de Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit* », *RDP*, 2013, n°2, pp. 239 et s.

¹⁰²⁷ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 252 ; plus loin, on lit que « la tendance à établir l'unité d'une pluralité de normes juridiques est immanente à la pensée juridique », p. 422 ; H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926 : « La science du droit, comme toute science, se propose en dernière analyse de saisir son objet dans son unité. Aussi faut-il admettre, avant tout et sans réserve, qu'elle a pour seul et unique objet des règles de droit positif », p. 232.

juridiques pluriséculaires sont alors dénoncées comme étant des « distinctions fallacieuses » cachant mal l'idéologie qu'elles véhiculent. Le dualisme du droit public, s'appliquant aux relations entre l'État et les individus, et du droit privé, régissant les relations entre les individus, néglige la réalité selon laquelle il s'agit dans les deux cas de simples normes juridiques. Cette construction sert en réalité à justifier le caractère dérogatoire du droit public, en raison de la nécessaire prise en compte de « l'intérêt général ». Est également « fallacieuse »¹⁰²⁸ la distinction entre droits personnels et droits réels, puisqu'un droit réel n'est jamais qu'un droit envers d'autres personnes, qui sont obligées de tolérer la façon dont le titulaire du droit dit réel dispose de la chose en question. La même logique est à l'œuvre pour le dualisme entre droit subjectif et droit objectif. Kelsen voit dans ce que l'on appelle traditionnellement un droit subjectif seulement « la réflexion – au sens physique – d'une obligation juridique », de sorte que la notion de droit subjectif en tant que « droit-réflexe » n'est qu'une « notion auxiliaire qui facilite la description des données juridiques » mais qui demeure « parfaitement superflue du point de vue d'une description scientifiquement exacte de ces données juridiques »¹⁰²⁹. Au fond, Kelsen semble buter contre les racines subjectivistes de ces distinctions qui, tournant autour de la notion de personne juridique, ne peuvent avoir aucune place dans le schéma de la théorie pure. Kelsen n'a effectivement pas de mots plus durs pour dénoncer le concept de personne juridique, qu'elle soit physique ou morale. La personne juridique ne peut être qu'une « personnification d'un complexe de normes juridiques »¹⁰³⁰. À l'instar des autres « notions personnelles »¹⁰³¹ comme celles de sujet de droit ou d'organe de droit, le concept de personne juridique ne peut être qu'un « concept auxiliaire »¹⁰³². Il peut être utilisé pour une description plus aisée du droit, à condition que le juriste ne tombe dans le piège de l'hypostase, qui consiste à considérer comme une *réalité* ce qui n'est qu'une façon simple de penser l'unité d'un ensemble de normes. Le dualisme du droit et du pouvoir est pour Kelsen un exemple d'un « dédoublement superflu de l'objet de notre connaissance ; une conséquence de notre tendance à personnifier, puis à hypostasier nos personnifications »¹⁰³³. Au lieu d'être une « sorte de substance

¹⁰²⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 136.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 134.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 190.

¹⁰³¹ *Ibid.*, p. 171.

¹⁰³² *Ibid.*, p. 175.

¹⁰³³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 244.

ou d'entité tapie derrière l'ordre social », le pouvoir politique ne peut qu'être « l'efficacité de l'ordre de contrainte reconnu comme droit »¹⁰³⁴. Tous les dualismes nés d'une conception subjectiviste du droit ne pouvaient donc qu'être dénoncés dans le cadre du monisme objectiviste de Kelsen, qui exprime les « notions personnelles » dans *l'unité de mesure* kelsénienne : l'ordre juridique.

2/ L'ordre juridique et la théorie pure

Apparition de l'expression. L'expression « ordre juridique » apparaît dans la science juridique allemande dans le premier tiers du XIX^e siècle. J.-L. Halpérin a montré que « la terminologie *Rechtsordnung* [est] une création des épigones de Kant, Hegel et Schelling »¹⁰³⁵. À la même époque font leur apparition dans le langage des juristes les termes de « norme » et « d'« État de droit »¹⁰³⁶. L'expression « ordre juridique » se diffuse lentement dans la doctrine allemande pour s'installer définitivement vers la fin du XIX^e siècle. Des auteurs italiens importent alors l'expression, notamment par l'intermédiaire d'Anzilotti et de Romano. À une époque où la théorie de l'institution est en vogue, des deux côtés des Alpes, Romano refuse que l'ordre juridique ne soit qu'une « somme arithmétique de règles »¹⁰³⁷. Fort de sa conviction « organique ou holiste », il considère que l'ordre juridique « est lui-même une unité (et remarquons-le une unité concrète et réelle, non pas artificielle ou atteinte par quelque abstraction) »¹⁰³⁸. En France, « l'ordre juridique » ne fait son apparition dans la doctrine juridique qu'à partir de 1914¹⁰³⁹. Le « peu de goût des juristes français du XIX^e siècle pour les spéculations théoriques et la faiblesse de beaucoup de leurs

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ J.-L. Halpérin, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *Droits*, n°33, 2001, p. 43.

¹⁰³⁶ L'expression allemande, « *Rechtsstaat* », est un néologisme forgé par Placidus en 1798 ; Kant, qui n'utilise pas encore le terme, en est pourtant le « père spirituel » : L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.

¹⁰³⁷ O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *Droits*, n°33, 2001, p. 81.

¹⁰³⁸ S. Romano, cité in O. Beaud, « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *op. cit.*, p. 81.

¹⁰³⁹ Il n'est probablement pas anodin que, comme en Allemagne mais avec plus d'un siècle de retard, l'expression « État de droit » apparaisse dans la science juridique française à la même époque que celle d'ordre juridique. L. Heuschling montre que Duguit est le premier à utiliser « État de droit » dans son *Manuel* de 1907 : L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.* ; pour M.-J. Redor, l'expression apparaît en France en 1911, avec la parution de la première édition du *Traité de droit constitutionnel* de Duguit : M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, PUAM-Economica, 1992.

analyses sur les fondements du droit », ainsi que « la perspective d'une loi uniforme, d'un État omniprésent et d'un droit international imparfaitement dégagé de la morale »¹⁰⁴⁰ font que les juristes français ne recourront à cette expression d'« ordre juridique » qu'à partir du moment où elle est devenue un concept central du droit international¹⁰⁴¹. C'est dans ce contexte et sur le fond d'un certain « état général des idées »¹⁰⁴² que Kelsen fera de « l'ordre juridique » la pierre angulaire de sa théorie pure. « L'ordre juridique, note J.-L. Halpérin, est un concept kelsénien »¹⁰⁴³ ; il s'agit du « fil rouge qui conduit au grand théoricien normativiste »¹⁰⁴⁴.

L'ordre juridique dans la théorie pure. Selon le prisme kelsénien, tout objet juridique est exprimable en termes de normes juridiques ou d'ordre juridique. Les deux sont d'ailleurs intimement liés puisque la norme juridique se définit en fonction de l'ordre juridique et inversement. Une norme est juridique dès lors qu'elle appartient à un ordre juridique ; un ordre est juridique lorsqu'il est composé de normes juridiques¹⁰⁴⁵. Toute personne juridique n'est ainsi que la personnification, c'est-à-dire une vision anthropomorphique d'un ordre juridique partiel. Le droit public et le droit privé ne sont également que deux ensembles de normes, des sous-ensembles de l'ordre juridique : des ordres juridiques partiels. La Constitution elle-même est réduite à un ordre juridique partiel selon le prisme de la théorie pure. D'un point de vue matériel cet ordre juridique partiel est composé de l'ensemble des normes prévoyant la procédure de production des normes générales et abstraites du système, alors que d'un point de vue formel il s'agit des normes dont la procédure de production est la plus rigoureuse du système juridique. Le monisme kelsénien conduit par ailleurs à ne voir dans le droit interne qu'un ordre juridique partiel de l'ordre juridique international. Dans le cadre de la théorie pure, le droit n'est donc qu'un « ordre », et « par suite,

¹⁰⁴⁰ J.-L. Halpérin, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *Droits*, n°33, 2001, p. 47.

¹⁰⁴¹ Sur l'usage de l'expression « ordre juridique » en droit international, voir D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits*, n°35, 2002, pp. 79-101.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 87.

¹⁰⁴³ J.-L. Halpérin, « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 41.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁴⁵ Voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 33.

tous les problèmes du droit, tous les problèmes juridiques doivent être posés et doivent être résolus comme des problèmes relatifs à un ordre »¹⁰⁴⁶. Cette sentence vaut également pour l'État.

§ 2 : Une théorie de l'État sans État ?

L'approche kelsénienne de l'État connaît deux dimensions. Comme l'écrit M. Troper, « une première partie de l'argumentation est négative et dirigée contre la doctrine traditionnelle »¹⁰⁴⁷. Il s'agit de soumettre la conception classique de l'État à la « critique de la raison juridique » que la théorie pure a pour ambition de mener. Celle-là ne résiste pas à celle-ci : dans le référentiel kelsénien les concepts qui, ensemble, composent la théorie traditionnelle de l'État apparaissent comme des concepts-substance. La critique kelsénienne a pour effet de *dissoudre* ces concepts-substance. Ils sont alors constamment réduits à des concepts-fonction seulement exprimables en termes de normes juridiques ou d'ordres juridiques. La conséquence est une « dissolution méthodologico-critique du dualisme État-droit »¹⁰⁴⁸ (A). Dès lors, on peut effectivement parler, à propos de l'approche kelsénienne, d'une « théorie de l'État sans État »¹⁰⁴⁹. C'est même seulement en éliminant le concept classique d'État que la théorie du droit et de l'État peut devenir une science moderne¹⁰⁵⁰. Théorie de l'État sans conception classique de l'État, la théorie kelsénienne n'est pourtant pas dépourvue de tout concept d'État. Kelsen écrit que « la science juridique de l'État doit éliminer de son domaine l'État *en tant qu'être différent de l'ordre juridique* »¹⁰⁵¹. Dans le prisme de la théorie pure, seule peut exister une conception formelle et quantitative de l'État (B).

¹⁰⁴⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁴⁷ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.* ; à rapprocher de Duguit, qui assume une approche essentiellement « négative » dans L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, [1901], rééd., Dalloz, 2003, p. 1.

¹⁰⁴⁸ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁴⁹ Kelsen écrit lui-même que « *This purely legal theory of the state, which gets rid of the idea of a state distinct from law, is a stateless theory of the state* » : H. Kelsen, « God and the State », [1922-1923], in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, p. 81 ; voir également en ce sens H. Heller, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012.

¹⁰⁵⁰ Kelsen écrit que « *however paradoxical it may sound, it is only by means of it that legal and political theory first push forward from the level of theology into the ranks of modern science* », *ibid.*

¹⁰⁵¹ H. Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, [1922], rééd. 1981, pp. 207-208, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 105.

A/ Une « dissolution méthodologico-critique du dualisme État-droit »

On sait que Kelsen avance plusieurs types de critiques à l'encontre du dualisme État-droit¹⁰⁵². Il y aurait tout d'abord une impossibilité logique à penser que l'État antérieur au droit le créerait pour ensuite s'y soumettre. Kelsen considère en outre qu'il est impossible de penser l'État sans présupposer le concept juridique d'État, de sorte qu'il ne saurait exister, par exemple, un concept proprement sociologique de l'État¹⁰⁵³. Par ailleurs, Kelsen montre sans difficulté que définir l'État en référence à un territoire, une population et un pouvoir revient à définir l'État en fonction du domaine de validité territorial et personnel (territoire et population) du droit ainsi que son efficacité (pouvoir)¹⁰⁵⁴. Seulement, la critique la plus représentative de l'approche kelsénienne et certainement la plus puissante – à défaut d'être effective –, est celle qui tend à dissoudre les concepts-substance de la théorie classique de l'État (1). S'inscrivant dans la « matrice épistémologique »¹⁰⁵⁵ de l'œuvre kelsénienne, la critique des concepts-substance se double d'une critique de l'idéologie que ceux-ci véhiculent (2).

1/ Dissolution des concepts-substance

Procédé. La dissolution des concepts-substance en matière de théorie de l'État s'effectue selon les mêmes modalités que celles qui ont conduit à la dissolution des dualismes au sein de la théorie du droit. Tous les concepts de la théorie classique de l'État sont « dépouillés »¹⁰⁵⁶ de leur charge essentialiste avant d'être exprimés en termes strictement juridiques. Le premier touché est

¹⁰⁵² Pour une présentation synthétique, voir M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*

¹⁰⁵³ M. Troper défend cette thèse ; pour une critique justifiée de celle-ci, voir cependant O. Beaud, « Recension », *RDP*, 1996, pp. 1523-1529 : « Mais la thèse d'après laquelle l'État ne peut être *qu'un* concept juridique, mériterait d'être, au moins plus solidement étayée. Pour notre part, il ne nous paraît pas du tout illégitime de prétendre que l'État peut être appréhendé de deux manières différentes, selon que l'on analyse en juriste ou en sociologue [...] ; n'est-ce pas conforme aux préceptes du positivisme selon lequel l'auteur de la connaissance crée son objet de connaissance ? », p. 1528.

¹⁰⁵⁴ Voir not. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 281 et s.

¹⁰⁵⁵ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁵⁶ « Ma construction a dépouillé l'État, qui encore dans la théorie du droit actuelle est considéré comme une personne dotée de pouvoir et de domination, de tout élément de pouvoir politique et de domination [...] ce qu'il a perdu en autorité matérielle (puisque la construction juridique ne peut accorder ou laisser une telle qualité), il l'a gagné largement, comme je le crois, en autorité formelle », cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 266.

le concept traditionnel de pouvoir qui, dans le cadre de la théorie pure, ne peut avoir aucune place. Kelsen écrit que « c'est le postulat de la pureté méthodique, le discernement qu'une norme naisse seulement d'une autre norme, que le droit ne puisse se baser que sur le droit qui *ne permet pas* que le fondement de l'État soit le pouvoir, c'est-à-dire un fait réel efficace, un effet d'une certaine cause »¹⁰⁵⁷. Outre le pouvoir, les concepts qui feront les frais de la « relativisation » kelsénienne sont ceux qui sont au fondement de la théorie classique de l'État.

Volonté. On sait que le concept de volonté est central dans la théorie traditionnelle de l'État¹⁰⁵⁸, qui présente l'État comme un être abstrait doté d'une volonté suprême. Cette conception est ancienne, mais elle a pris une importance toute particulière dans les théories du droit et de l'État proposées en Allemagne après l'idéalisme objectif de l'École historique¹⁰⁵⁹. En s'appuyant sur les travaux de Puchta, Gerber puis Laband élaborent un « positivisme de la volonté de l'État »¹⁰⁶⁰, dans lequel l'État est présenté comme un sujet de volonté. Le propre de l'État est alors de détenir une puissance originaire de domination. Cette présentation est très durement critiquée par Kelsen, dont le positivisme diffère très largement de celui de Laband. Kelsen développe en effet un « positivisme théorique, de théorie du droit [qui] n'est pratiquement lié en rien, sur le fond, à la tradition positiviste de Laband »¹⁰⁶¹, irrécupérable en raison de la place accordée au concept de volonté dans cette construction. Ch. Schönberger montre que dès ses *Hauptprobleme* de 1911, Kelsen « se présente comme le démolisseur des axiomes fondamentaux du positivisme labandien »¹⁰⁶². La critique kelsénienne du volontarisme caractérisant le positivisme de Laband et plus largement le positivisme « légaliste »¹⁰⁶³ montre que ce postulat *subjectiviste* est

¹⁰⁵⁷ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 34, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 111, nous soulignons.

¹⁰⁵⁸ Voir Chapitre 1.

¹⁰⁵⁹ Voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. « Léviathan », 2005, spéc. p. 292.

¹⁰⁶⁰ C. Schönberger, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, p. 54 ; sur la place centrale de la volonté dans le « programme de Laband », voir not. O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, pp. 88 et s.

¹⁰⁶¹ C. Schönberger, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁶³ A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, p. 69.

fondamentalement incompatible avec l'objectivisme de Kelsen¹⁰⁶⁴. Autrement dit, le concept de volonté tel qu'il est entendu par la doctrine traditionnelle n'a qu'un contenu matériel ; c'est un concept-substance invisible à partir de la focale kelsénienne.

Souveraineté. C'est d'autant plus le cas pour la souveraineté, présentée dans la doctrine traditionnelle comme une volonté suprême. Étant donné la place occupée par la souveraineté dans la pensée classique de l'État, on mesure pourquoi, selon C. M. Herrera, « "la dissolution théorique" du dogme de la souveraineté est l'un des résultats le plus important »¹⁰⁶⁵ de la théorie pure. Le concept de souveraineté est en effet un des meilleurs exemples de concept-substance créés par la doctrine traditionnelle. Présentée comme l'élément spécifique de l'État, comme une volonté suprême, illimitée¹⁰⁶⁶, la souveraineté ne peut être dans le cadre de la théorie pure qu'un « dogme à dissoudre »¹⁰⁶⁷. Dans un passage célèbre, Kelsen écrit que « la théorie de la souveraineté est un masque, un masque vraiment tragique, derrière lequel se cache, de diverses manières, la prétention de dominer »¹⁰⁶⁸. Kelsen n'élimine pourtant pas la souveraineté de la théorie du droit et de l'État. La souveraineté peut demeurer un concept opérationnel à condition qu'il soit « purifié » : si la « signification traditionnelle »¹⁰⁶⁹ de la souveraineté est écartée, c'est afin de pouvoir proposer un concept de souveraineté comme « relation fonctionnelle, la métaphore de l'unité logique d'un ordre juridique »¹⁰⁷⁰. La souveraineté devient alors la spécificité technique d'un ordre juridique. Elle est d'abord envisagée comme la caractéristique de l'ordre juridique suprême, c'est-à-dire celui dont le fondement de validité ne constitue pas une norme juridique positive. Ainsi définie, la souveraineté ne peut appartenir, selon Kelsen, qu'à l'ordre juridique international¹⁰⁷¹. Dans une acception plus large, comme soumission au seul droit international, la souveraineté devient la spécificité des ordres juridiques étatiques.

¹⁰⁶⁴ Sur la « contre-révolution objectiviste », menée par les positivismes sociologique (Duguit) et normativiste (Kelsen), voir A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2010, pp. 83 et s.

¹⁰⁶⁵ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁶⁶ « il est de l'essence de la Puissance Souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien », écrivait déjà Rousseau : *Lettres écrites de la montagne*, Œuvres complètes, III, La Pléiade, p. 826.

¹⁰⁶⁷ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁶⁸ Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁶⁹ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁷⁰ C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁷¹ Voir Chapitre 5.

L'État comme personne agissante. Le combat contre la figure de l'État personne morale occupe une place de choix dans la critique kelsénienne. Il se résume ainsi : « en vérité, l'État personne agissante n'a rien d'une réalité ; il représente simplement une construction auxiliaire de la pensée juridique »¹⁰⁷². Alors que la personnification peut être utilisée, notamment pour l'État, « comme béquille pour penser, servant à des fins d'illustration et de simplification (de raccourci) »¹⁰⁷³, la doctrine traditionnelle tombe dans le piège de l'hypostase, qui conduit à croire en la *réalité* de la personne morale. L'État est alors présenté comme une personne *agissante*, existant dans la réalité¹⁰⁷⁴, capable de vouloir de façon illimitée et de créer le droit. Cette construction repose sur la réification d'une entité collective. Pour étudier ce phénomène, Kelsen analyse les évolutions de la sociologie, discipline encore jeune au début du XX^e siècle et qui est alors considérablement marquée par les écrits de Durkheim. Dans le cadre du holisme durkheimien il existe une réalité supra-individuelle, collective, qui prend notamment la forme de « l'âme collective ». Cette âme est portée par la société, envisagée comme un « corps collectif » distinct des corps individuels. Or, écrit Kelsen, dans la réalité il n'existe que des individus, et « la manière dont la subjectivité réelle peut devenir une objectivité tout aussi réelle du simple fait de son accumulation ou de sa multiplication reste nécessairement une énigme. La quantité se retourne alors en qualité ou, en d'autres mots : c'est là un *miracle*, vous êtes priés d'y croire »¹⁰⁷⁵. La présentation de l'État comme personne agissante reprend donc le mode de pensée de la religion.

L'État comme dieu du droit. Pour Kelsen, c'est la même façon de penser qui conduit à croire en dieu, dans la société holiste de Durkheim ou de voir dans l'État une personne agissante¹⁰⁷⁶. Dieu, la société et l'État sont tous trois des hypostases « parées de toute la magie de

¹⁰⁷² H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 286.

¹⁰⁷³ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », [1923], *Hermès*, n°2, 1988, p. 161.

¹⁰⁷⁴ Que cette réalité soit factuelle ou seulement « juridique ».

¹⁰⁷⁵ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », *op. cit.*, p. 154, nous soulignons.

¹⁰⁷⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.* : « À bien des titres [...] l'État fonctionne comme un monothéisme laïque. Disons : sur un mode comparable », p. 142 ; « Faire quelque chose comme Dieu ? Il faut prendre cela au sérieux, mais avec à l'idée que le principal point d'interrogation ne concerne pas l'étendue ni même la profondeur de l'omnipotence de l'État, *mais bien plutôt le mode de fonctionnement de son emprise* : cette intériorisation incroyablement efficace d'une empreinte assez forte pour modeler toujours et partout notre manière de concevoir, de vivre et de penser la norme, la normativité, la normativité juridique », p. 287.

mots millénaires »¹⁰⁷⁷. Kelsen voit dans cette présentation de l'État comme « dieu du droit » un « reliquat d'animisme »¹⁰⁷⁸. Il entend par animisme une « interprétation primitive de la nature » dont la caractéristique est d'imaginer « une âme, un esprit, une mystique à l'intérieur ou derrière les phénomènes, afin d'expliquer leur existence ou leur fonction, et ainsi de substituer à une description de la réalité un dédoublement du monde »¹⁰⁷⁹. M. Troper confirme que pour Kelsen, « la théorie traditionnelle est dans sa structure comparable à la religion. Dans les deux cas, on représente l'unité d'un ordre par une hypostase, Dieu dans un cas, l'État dans un autre »¹⁰⁸⁰. Si la religion peut s'accommoder de croyances et de contradictions qui n'affaiblissent pas la foi mais apparaissent comme autant de « mystères »¹⁰⁸¹, l'épistémologie kelsénienne interdit de croire dans l'existence d'un État personne agissante, dont la théorie traditionnelle essaye de rendre compte par le biais des concepts-substance que sont notamment la volonté, la souveraineté et la personnalité morale. Comme pour la religion, cet État « disparaît si l'on n'y croit plus »¹⁰⁸².

2/ Critique de l'idéologie sous-jacente

Essentialisme et prescription. Si les concepts-substance doivent être dissous et écartés de la science juridique, c'est parce qu'ils sont porteurs d'idéologie. Pour Kelsen, la construction d'un concept matériel, auquel correspond une essence particulière, n'a d'autre objectif que de véhiculer une idéologie. Dans un article de 1923 sur la théorie freudienne des foules, il essaye de mettre en lumière la « tendance normative de la sociologie durkheimienne »¹⁰⁸³. En concevant la société comme une « chose » sociale, dotée d'une « âme collective »¹⁰⁸⁴ déterminant les

¹⁰⁷⁷ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », *op. cit.*, p. 163 ; il écrit par ailleurs que « *both the religious and the social attitudes of man are derived from the same spiritual roots* » : H. Kelsen, « God and the State », *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁷⁸ Pour les deux citations : H. Kelsen, « Law, State and Justice in the Pure Theory of Law », *Yale Law Journal*, 1948, 57, p. 382 : « *to make the state the god of the law – this is the relic of animism in jurisprudence and political theory, which the Pure Theory of Law tries to eliminate* ».

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, p. 377 : « *It is a characteristic element of that primitive interpretation of nature we call animism to imagine a soul, spirit or deity within or behind the phenomena, in order to explain their existence or function, and thus to substitute for a real explanation a reduplication of the world* ».

¹⁰⁸⁰ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*, p. 149.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² *Ibid.*

¹⁰⁸³ H. Kelsen, « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 153.

comportements humains, Durkheim aurait fait « l'application d'une conception naïvement substantialiste et donc mythologique à l'observation du comportement humain, soumis au jeu des influences réciproques »¹⁰⁸⁵. Pour Kelsen, « l'existence des "choses" sociales, indépendantes des désirs et des volontés individuelles n'est en vérité rien d'autre que la validité objective des normes éthiques et politiques présumées dogmatiquement par Durkheim ; et il tente de les justifier en déclarant qu'il s'agit de réalités naturelles »¹⁰⁸⁶. La mécanique substantialiste est donc mise à nue : faire croire en l'existence de choses en soi (en dehors des relations interindividuelles en sociologie, en dehors des normes juridiques en droit, etc.), en instaurant donc un dualisme, amène inmanquablement le créateur du concept à faire croire que celui-ci existe en dehors de lui, alors que le contenu matériel *spécifique* de cet objet ne correspond qu'à ce que l'auteur du concept a bien voulu y insuffler. C'est en cela que les concepts matériels sont idéologiques : en ce qu'ils sont présentés comme des réalités (naturelles ou juridiques), l'idéologie qu'ils comportent est présentée comme une *nécessité* alors qu'elle n'est, au fond, que *subjectivité*. Si la théorie kelsénienne se présente comme une théorie *pure*, c'est donc seulement en ce qu'elle « détruit l'abus politique d'une pseudo-théorie de l'État »¹⁰⁸⁷.

État de droit. Il s'agit probablement du concept le plus connu dont Kelsen a démontré la charge idéologique. Pour le juriste viennois, le concept traditionnel d'État de droit, selon lequel l'État qui crée le droit doit en même temps se soumettre à lui, n'a d'autre fonction qu'idéologique. Il s'agit en effet de justifier l'État, donc la force, le pouvoir, par le droit : la puissance de l'État est justifiée en ce qu'elle respecte le droit. Le problème de la limitation de l'État par le droit compte donc parmi les principaux « pseudo-problèmes » dont la science juridique traditionnelle ne parvient toujours pas à se défaire. Quelque ingénieuse que soit la théorisation proposée¹⁰⁸⁸, la limitation de l'État comme dieu du droit par ce même droit est un « pseudo-problème » puisque les termes de

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 155.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 156.

¹⁰⁸⁷ H. Kelsen, « God and the State », *op. cit.*, p. 81 : « *but by this indeed the doctrine preserves its character as a pure theory of law, for it only destroys the political misuse of a spurious theory of the state* ».

¹⁰⁸⁸ Par exemple la théorie de l'auto-limitation de Jellinek (souvent critiquée mais quelque peu réhabilitée par O. Jouanjan, qui essaye de montrer que cette théorie chez Jellinek fait office de « présumé nécessaire, d'une condition de possibilité et de pensabilité de l'ordre juridique », tout comme la théorie de la norme fondamentale chez Kelsen : O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, *op. cit.*, p. 324) ; voir également la construction de Duguit – le premier auteur français à parler « d'État de droit » –, pour qui l'État est justifié dès lors qu'il se soumet au droit, en l'occurrence le droit objectif qui naît de la solidarité sociale et que l'État doit transformer en droit positif.

la discussion sont mal fondés : la distinction entre le droit et l'État est fallacieuse, de sorte que l'État de droit ne peut être qu'un pléonisme, « et peut donc être abandonné sans dommage pour la connaissance du droit »¹⁰⁸⁹.

Conceptions du monde. Outre la charge idéologique portée par tel ou tel concept-substance de la théorie traditionnelle de l'État, Kelsen est obligé de constater que l'opposition entre la théorie classique qui présente l'État comme une personne morale agissante, dotée d'un pouvoir de volonté (que certains qualifient de souveraine) et la théorie pure n'est que le produit d'une opposition fondamentale. Ce sont en effet deux conceptions différentes du monde (« *world-views* », « *world-outlook* » ; *weltanschauung*¹⁰⁹⁰) qui fondent deux approches opposées du droit et de l'État¹⁰⁹¹. Une conception absolutiste (ou essentialiste) du monde tend à considérer qu'il existe des choses et des valeurs absolues, en dehors des individus. De cette perspective, qui laisse une large place à la métaphysique, découle une conception théologique du monde. Il appartient à un individu, ou quelques-uns, d'identifier et de mettre en œuvre ces valeurs absolues. Dès lors, Kelsen montre que la forme politique¹⁰⁹² fondée sur cette conception du monde est l'autocratie. Dans le cadre d'une « société paternaliste »¹⁰⁹³, le régime autocratique confie à une élite le soin de diriger la société au regard des principes absolus. Par ailleurs, c'est également de cette conception théologique du monde que découle, d'après Kelsen, la perception de l'État comme personne morale souveraine. L'État comme dieu du droit s'insère donc dans une conception absolutiste du monde. C'est elle que Kelsen dénonce grâce à sa théorie pure, qui s'inscrit dans le cadre d'une *autre* conception du monde. À la perspective absolutiste s'oppose en effet une conception relativiste et critique du monde. Le « relativisme intégral »¹⁰⁹⁴ de Kelsen tend non pas vers la théologie mais la connaissance,

¹⁰⁸⁹ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁹⁰ Voir H. Kelsen, « State-form and world-outlook », in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, pp. 95-113.

¹⁰⁹¹ Kelsen a par ailleurs très clairement montré que l'opposition des théories de la primauté du droit interne et celle de la primauté du droit international découlent de l'opposition entre deux théories de la connaissance (subjectivisme v. objectivisme), qui ont leur origine dans deux conceptions « éthico-politiques » distinctes (l'impérialisme ou le pacifisme) : voir H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, pp. 321 et s.

¹⁰⁹² On se souvient que dans les traductions françaises de Kelsen, on retrouve « forme de gouvernement » et « forme politique » pour « *Staatsform* » (voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., *op. cit.*) ; expression rendue par « *state-form* » dans les traductions anglaises (en tout cas dans H. Kelsen, « State-form and world-outlook », *op. cit.*).

¹⁰⁹³ H. Kelsen, « State-form and world-outlook », *op. cit.*, p. 106 : « *Autocracy, however, in its inmost nature is a paternal community* ».

¹⁰⁹⁴ L'expression est utilisée par O. Jouanjan, pour designer le principe politique « qui est au fondement conceptuel de la forme démocratique de l'État » chez Kelsen : O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la

vers une « société sans père »¹⁰⁹⁵ autrement dit démocratique, dans laquelle les sujets des normes participent également à l'édiction de celles-ci. Elle tend enfin vers une « relativisation de l'État »¹⁰⁹⁶, qui dans le cadre de la théorie pure ne peut être présenté que comme une certaine forme de droit.

B/ Une théorie relativiste de l'État

Dans le cadre de la théorie pure, le problème de l'État ne peut être qu'un problème de droit, de sorte que l'État doit alors être conçu comme un ordre juridique (1). La question de la spécificité de l'État est alors appréhendée de façon quantitative, ce qui conduit à définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé. Seulement, cette approche théorique n'échappe pas à la vieille distinction entre une conception large et une conception plus restreinte de l'État. Même le monisme kelsénien peine à dissoudre la distinction entre le concept large et le concept restreint d'État (2).

1/ L'État comme ordre juridique

Réduction du problème de l'État à un problème juridique. Pour Kelsen, la cause est entendue : le dualisme du droit et de l'État « est théoriquement indéfendable »¹⁰⁹⁷. Il repose sur un « dédoublement de l'objet de la connaissance »¹⁰⁹⁸ dont des concepts-substance à forte charge idéologique sont les instruments. L'instauration de ce dualisme crée « un problème purement apparent, celui des rapports de deux objets qui en réalité n'en font qu'un »¹⁰⁹⁹. Or, précise Kelsen, « à des apparences de problèmes on ne peut trouver une solution satisfaisante ; on ne peut que les

démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, p. 42 ; F. Günther parle de « *Kelsen's relativistic theory* » : F. Günther, « The Neglect of Hans Kelsen in West German Public Law Scholarship, 1945-1980 », in D.A. Jeremy Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, p. 224.

¹⁰⁹⁵ H. Kelsen, « State-form and world-outlook », *op. cit.*, p. 106 : « *democracy – in Idea, that is – is a fatherless society* ».

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, p. 108 : « *The tendency of this view is directed, not to an absolutising, but rather to a relativising of the state* ».

¹⁰⁹⁷ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁰⁹⁸ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 577.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

éliminer »¹¹⁰⁰. En supprimant le dualisme du droit et de l'État, Kelsen renverse donc une « tradition séculaire », et la « nouveauté bouleversante de la conception kelsénienne »¹¹⁰¹ consiste à proposer un « concept relationnel d'État »¹¹⁰². Le monisme kelsénien a effectivement pour conséquence que tout concept juridique est exprimable en termes de normes juridiques ou d'ordre juridique. L'État, en tant que concept juridique, n'échappe pas à cette contrainte épistémologique. Kelsen écrit dès ses *Hauptprobleme* que « l'État, en tant qu'objet de la connaissance juridique, ne peut être que du droit, parce que connaître ou concevoir juridiquement ne peut signifier rien d'autre que concevoir quelque chose comme du droit »¹¹⁰³. Or, comme il a été montré plus haut, dans le cadre de la théorie pure « tous les problèmes du droit, tous les problèmes juridiques doivent être posés et doivent être résolus comme des problèmes relatifs à un ordre »¹¹⁰⁴. Par conséquent, « tous les problèmes de la théorie générale de l'État sont des problèmes relatifs à la *validité* et à la *création* de l'ordre juridique, des problèmes de droit »¹¹⁰⁵. L'État comme ordre juridique apparaît alors comme le « principe fondamental »¹¹⁰⁶, le « point de vue unique »¹¹⁰⁷ permettant de « résoudre tous les problèmes de la théorie générale de l'État »¹¹⁰⁸. Kelsen rappelle que ces problèmes sont, traditionnellement, liés à la « *nature* de l'État », aux « *éléments* de l'État », « *fonctions* ou *pouvoirs* de l'État, à la « *théorie des organes* de l'État », à la « *théorie des formes* d'État » (monarchie ou république), ou encore à la « *théorie des unions d'État* »¹¹⁰⁹. Tous ces problèmes de théorie de l'État ne sont que des variations sur un même thème, celui de l'État comme ordre juridique, qui permet de les présenter comme un « système fermé et nécessaire »¹¹¹⁰. C'est la condition qui permet à la

¹¹⁰⁰ *Ibid.* ; on retrouve exactement la même phrase dans H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, p. 247.

¹¹⁰¹ S. Goyard-Fabre, « L'État du droit et la démocratie selon Kelsen », *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁰² C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁰³ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2^{ème} éd., 1923, p. XVII, cité in C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁰⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁰⁵ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 577.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 562.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 577.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 561.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, p. 562 ; p. 577 : « système harmonieux et clos ».

théorie de l'État de démontrer « son unité scientifique »¹¹¹¹, et « par là même se trouve confirmée l'exactitude de l'hypothèse elle-même, à savoir l'identité de l'État avec le système du droit »¹¹¹².

L'État comme point d'imputation. Le grand inconvénient de la présentation de l'État comme un simple ordre juridique réside dans le fait qu'elle est très éloignée de la « prénotion » de l'État, que l'on se présente intuitivement comme une personne agissante, créant des normes juridiques, aménageant des routes, rendant la justice, construisant des prisons, etc. Ce problème, qui tend à attribuer certains actes seulement à l'État, est pour Kelsen un problème d'imputation. L'État apparaît alors comme « le point d'imputation d'une multitude d'actions humaines »¹¹¹³. C'est ce point d'imputation qui est personnifié lorsque l'État est présenté comme une personne agissante¹¹¹⁴. Ce processus d'imputation se fait en application des normes juridiques : l'imputation n'est possible que si elle est prévue par l'ordre juridique¹¹¹⁵. Toutefois, il faut bien reconnaître que l'État comme point d'imputation ne correspond pas exactement au concept d'État comme ordre juridique. La difficulté réside dans le fait que si le processus de l'imputation correspond effectivement à un mécanisme juridique, il demeure très délicat et juridiquement incertain de déterminer quels actes sont attribuables à l'État et lesquels ne le sont pas. La présentation de l'État comme un ordre juridique montre donc ici ses premières limites dans la mesure où, par trop éloignée de la conception classique de l'État, elle ne permet pas de se débarrasser définitivement d'une conception plus restreinte de l'État. Au cœur même de la théorie pure du droit coexistent donc au moins deux conceptions de l'État.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 562.

¹¹¹² *Ibid.*, p. 577.

¹¹¹³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 245.

¹¹¹⁴ « L'État en tant que *sujet* de ces actes n'est que l'expression personnifiée de l'unité de cet ordre » : H. Kelsen, « L'essence de l'État », [1926], trad. P.-H. Tavaillot, in *La pensée politique de Hans Kelsen*, *Centre de publication de l'Université de Caen*, n°17, 1990, p. 25.

¹¹¹⁵ *Ibid.* : « Le critère pour qu'on puisse admettre sur ce mode des actions humaines comme actes étatiques, c'est-à-dire pour qu'on puisse les imputer à l'État, est seul et unique : il faut que ces faits, et seulement eux, correspondent d'une manière spécifique à un ordre supposé valable, c'est-à-dire qu'ils aient, au sein des normes formant cet ordre, le statut d'actes à effectuer dans des conditions déterminées par des hommes déterminés ».

2/ Deux concepts d'État

État au sens large (concept formel). Kelsen opère une forte relativisation du concept d'État en le présentant comme un ordre juridique. Seulement, la relativisation n'est pas absolue dans la mesure où l'État ne deviendra jamais dans l'œuvre de Kelsen un simple synonyme de l'ordre juridique. Kelsen ne délaisse donc pas la recherche d'un critère de l'État, afin de le distinguer parmi la diversité des ordres juridiques. Pour le maître viennois, ce critère a trait au degré de centralisation de l'ordre juridique étatique. Celui-ci a en effet pour particularité d'être *relativement centralisé*. Kelsen propose donc une théorie quantitative de l'État, qui n'a pour particularité qu'un certain agencement technique de son ordre juridique. Le caractère relativement centralisé de l'ordre juridique étatique s'apprécie au regard des deux approches théoriques qui structurent la théorie pure : la dimension statique et la dimension dynamique. La dimension statique tend à rendre compte du droit tel qu'il existe, ce qui renvoie à la *validité* des normes juridiques. La dimension dynamique, quant à elle, concerne la *création* des normes juridiques. Le caractère relativement centralisé de l'État du point de vue statique s'apprécie lui-même à un double niveau, en fonction du domaine de validité territorial ou personnel des normes. Un ordre juridique est totalement centralisé d'un point de vue territorial lorsque toutes les normes du système sont valides sur l'intégralité du territoire ; d'un point de vue personnel lorsque ces normes s'appliquent à toutes les personnes soumises au système juridique visé. En revanche, une décentralisation de l'ordre juridique est introduite dès lors que certaines normes ne sont valides que sur une partie du territoire ou ne sont applicables qu'à une partie de la population. Les normes valides sur la même partie du territoire ou sur une même partie de la population, qui sont donc des normes locales, forment des ordres juridiques partiels. Ceux-ci forment avec l'ordre juridique partiel composé des normes centrales, « l'ordre juridique total, étatique »¹¹¹⁶. L'aspect dynamique, qui n'intervient dans les travaux de Kelsen que dans les années 1920¹¹¹⁷, s'intéresse non pas au domaine de validité mais au processus de création des normes. Le

¹¹¹⁶ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 353.

¹¹¹⁷ O. Jouanjan précise que la perspective dynamique est introduite dans l'œuvre kelsénienne à partir de 1917, lorsque Merkl commence à publier ses travaux sur la *stufenbaulehre* : O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », *op. cit.*, p. 15 ; voir également C. Schönberger, « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* », *op. cit.*

degré de centralisation de l'ordre juridique oscille alors entre une centralisation pure dans le cas où toutes les normes du système, tant générales qu'individuelles, sont produites et appliquées par un seul et même organe du système, et une décentralisation pure lorsque tous les individus sont habilités à créer toutes les normes du système. Dès lors, il y a « décentralisation lorsqu'une étape de la concrétisation de l'ordre juridique est confiée à un organe différent de celui auquel l'ordre juridique attribue la production des normes de degré supérieur et plus abstrait »¹¹¹⁸. L'ordre juridique peut alors être considéré comme relativement centralisé d'un point de vue dynamique lorsqu'il existe des organes distincts pour la création, l'application et la sanction des normes juridiques¹¹¹⁹. Cette présentation de l'État comme un ordre juridique relativement centralisé présente le grand intérêt d'une description formelle, structurelle et quantitative de l'État. Seulement, il semble particulièrement périlleux de déterminer précisément, au-delà du caractère « relativement centralisé », quel est le degré de centralisation de l'ordre juridique. Si l'ordre juridique étatique n'est ni totalement centralisé ni totalement décentralisé, il semble difficile de situer précisément le curseur sur l'échelle de la décentralisation. Par ailleurs, les approches statique et dynamique de la décentralisation semblent difficiles à concilier pour une définition claire et précise de l'État. Kelsen lui-même tient à souligner « que les concepts statique et dynamique de centralisation et de décentralisation sont totalement dissemblables »¹¹²⁰.

Cette description quantitative et probablement imprécise de l'État en termes de degré de centralisation est complétée par une conception relative de la souveraineté¹¹²¹. Elle est pour Kelsen « l'attribut d'un ordre juridique : la propriété d'être un être suprême, un ordre qui ne doit pas sa validité à un ordre supérieur »¹¹²². Toutefois, seul l'ordre juridique international, en tant qu'ordre juridique total, serait alors souverain. À condition d'atténuer ce concept de souveraineté, Kelsen accepte de définir la souveraineté comme la soumission au seul droit international, auquel cas elle est applicable à l'État. Ce dernier est alors défini comme un ordre juridique relativement centralisé soumis au seul droit international. Plus précisément, il s'agit pour Kelsen d'« un ordre juridique

¹¹¹⁸ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », p. 179.

¹¹¹⁹ Voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 100.

¹¹²⁰ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 359.

¹¹²¹ Voir O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*

¹¹²² H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 581.

partiel immédiat au droit international, relativement centralisé, avec un domaine de validité territorial et temporel internationalement limité, et avec une vocation à la totalité, relativement au domaine de validité matériel, qui n'est limitée que par la réserve du droit international ». Ce concept large et formel est à distinguer du concept strict et matériel d'État.

État au sens strict (concept matériel). Le concept matériel d'État correspond au concept d'État comme centre d'imputation. Le processus d'imputation fait intervenir une conception matérielle de l'organe. Kelsen distingue en effet une conception formelle et une conception matérielle de l'organe. La première correspond à un concept d'organe au sens large, puisque dans le cadre du relativisme kelsénien, « quiconque exerce une fonction régulée par l'ordre juridique est un organe »¹¹²³. Dès lors, tout individu « est un organe parce que et dans la mesure où il exerce une fonction de création ou d'application du droit »¹¹²⁴. Comme l'ensemble des concepts juridiques, l'organe est donc réduit par la théorie pure à une simple fonction¹¹²⁵. La notion d'organe n'est alors plus qu'un « concept auxiliaire, qui sert à rendre plus facile l'exposé des faits »¹¹²⁶. Toutefois, cette présentation en vertu de laquelle tous les individus habilités par l'ordre juridique étatique sont considérés comme des organes de l'État au sens large rend difficilement compte du fait que, traditionnellement, seulement une partie des actes juridiques sont attribués à l'État. Kelsen introduit alors une conception plus stricte, « matérielle », de l'organe. Il écrit qu'au sens strict, « un individu est un "organe" de l'État seulement s'il occupe en personne une position juridique spécifique »¹¹²⁷. Les personnes envisagées comme étant des organes de l'État sont celles qui respectent certains critères. Elles sont, écrit Kelsen, la plupart du temps nommées ou élues, exercent leurs fonctions à titre d'activité principale et sont rémunérées par le Trésor public¹¹²⁸. Les organes de l'État au sens strict sont donc les « fonctionnaires ». Le concept matériel d'État désigne

¹¹²³ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 246.

¹¹²⁴ *Ibid.*

¹¹²⁵ Kelsen établit une distinction entre la « fonction d'organe » et la « notion d'organe », qui fait apparaître la figure du porteur de la fonction d'organe, l'élément personnel, et écrit : « L'idée d'organe comme porteur d'une fonction conçue comme un objet distinct de lui est une notion de substance, et, comme telle, elle ne doit être utilisée qu'en ayant présent à l'esprit que, du point de vue de la connaissance scientifique, substance doit être réduit à fonction » : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 154.

¹¹²⁶ *Ibid.*

¹¹²⁷ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 246.

¹¹²⁸ *Ibid.*

alors « l'appareil administratif composé des fonctionnaires de l'État »¹¹²⁹, « l'État en tant qu'appareil bureaucratique de fonctionnaires, avec à sa tête le gouvernement »¹¹³⁰. Les contours de ce concept matériel d'État demeurent donc, là encore, imprécis. Kelsen écrit que ce concept « constitue une sorte de noyau en voie de formation, mais qui nulle part ne se différencierait radicalement du reste de la masse cellulaire dans laquelle il baigne. Aucun théoricien n'a du reste jamais tenté jusqu'ici d'en déterminer les contours exacts »¹¹³¹. Cependant, si le concept est matériel, il ne correspond finalement pas à autre chose qu'un « ordre juridique partiel que l'on distingue en fonction d'un critère matériel »¹¹³². L'État au sens matériel est alors « la personnification de l'ordre juridique partiel qui ne règle que les fonctions des individus ayant la qualité de fonctionnaires publics »¹¹³³. Par ailleurs, Kelsen prend soin de préciser que « le concept matériel d'État est un concept secondaire qui présuppose le concept formel »¹¹³⁴, et c'est bien le concept formel d'État comme ordre juridique relativement centralisé « qui seul entre en compte dans la plupart des problèmes de la théorie générale de l'État »¹¹³⁵.

Plusieurs enseignements ressortent de la confrontation de ces deux concepts d'État au sein même de la théorie pure du droit. Tout d'abord, le fait que Kelsen n'échappe pas à la distinction ancienne qui apparaît comme une lame de fond de la pensée politico-juridique occidentale entre une conception stricte de l'État, comme appareil d'organes, et une conception large de l'État, comme un Tout. Il en ressort également que seule la conception large (et nécessairement formelle) de l'État a une place dans l'approche théorique proposée par Kelsen. Or, les approches théoriques concurrentes conçoivent quant à elles l'État davantage au sens restreint. La radicalité de l'approche kelsénienne aboutit donc à une conception de l'État qui nous paraît particulièrement utile pour envisager le problème des formes d'État, mais qui s'avère fondamentalement incompatible avec « les grands idéaux du droit public français »¹¹³⁶.

¹¹²⁹ *Ibid*, p. 247.

¹¹³⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 263.

¹¹³¹ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 631.

¹¹³² H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 247.

¹¹³³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 263.

¹¹³⁴ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 248.

¹¹³⁵ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 631.

¹¹³⁶ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 234.

Section 2 : Une identification globalement rejetée par la doctrine française

D'après B. Plessix, la pensée juridique française aurait été frappée par le « séisme normativiste »¹¹³⁷, submergée par « l'impérialisme intellectuel de Kelsen »¹¹³⁸. Le moins que l'on puisse dire c'est que si impérialisme il y a, il a été fermement contenu. Il est vrai que certaines thématiques kelséniennes se sont durablement installées dans la pensée juridique française, au point de prétendre au statut de doctrine dominante¹¹³⁹. Malgré les critiques, la hiérarchie des normes est ainsi devenue un lieu commun du droit constitutionnel, même si la présentation qui en est faite s'éloigne grandement de la théorie pensée par Merkl et Kelsen¹¹⁴⁰. Plus généralement, l'ambition kelsénienne de faire du droit une science n'a pas été pleinement reprise par la doctrine française. Le « positivisme classique »¹¹⁴¹ qui, lui, semble réunir la majorité des juristes français, refuse d'envisager le droit naturel comme un objet *juridique*, et impose au juriste une certaine neutralité axiologique. Cependant, envisager le droit comme une véritable science demeure relativement insupportable pour nombre de juristes qui préfèrent concevoir le droit comme un art¹¹⁴². Plus spécifiquement, l'on continue en France à envisager le droit constitutionnel au prisme du subjectivisme, et les « notions personnelles » tant combattues par Kelsen, telles la volonté, la souveraineté, la personnalité morale, demeurent des concepts fondamentaux de la discipline. En

¹¹³⁷ B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 152.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 174 ; la pensée de Kelsen est également présentée comme une « pensée dominatrice », p. 174 ; les juristes s'inscrivant dans l'approche idéaliste du droit (approche du droit politique) luttent contre « l'impérialisme kelsénien » : C. Guérin-Bargues, « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus Politicum*, n°18, 2017, p. 388.

¹¹³⁹ Plusieurs auteurs pensent constater l'hégémonie de la pensée kelsénienne au sein de la doctrine publiciste française : pour O. Jouanjan, « qu'elle soit lue ou non de manière approfondie, la Théorie Pure du Droit tient lieu, chez les juristes, très souvent, de *background* théorique global. Il importe assez peu d'en étudier le détail, on sait qu'elle est là et qu'elle justifie, d'une manière ou d'une autre, le positivisme juridique et donc les pratiques ordinaires des juristes contemporains » : O. Jouanjan, « Faillible droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2007, p. 66 ; G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991 : « Kelsen, le marginal, a ouvert la voie d'un nouveau classicisme. J'avais écrit : tout le monde a été, est ou sera kelsénien. C'est que Kelsen, aujourd'hui, représente le nouveau classicisme, celui par lequel tout le monde se croit obligé de passer », pp. 30-31 ; influence intellectuelle supposée qui n'a jamais gagné la doctrine civiliste : voir Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, *op. cit.*

¹¹⁴⁰ C'est ce que montre O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, *op. cit.*, pp. 295-325, en distinguant la théorie française de la hiérarchie des normes de celle de Kelsen et Merkl.

¹¹⁴¹ B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 10 ; on a utilisé « positivisme étatique » dans le Chapitre 1.

¹¹⁴² Voir O. Pfersmann, « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités*, 2014, n°58, pp. 61-73 ; pour des auteurs revendiquant l'approche artistique : voir Chapitre 2 ; voir également B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*

outre, la place accordée par la doctrine tant constitutionnaliste qu'administrativiste à la jurisprudence condamne l'idée d'une hégémonie normativiste¹¹⁴³.

Il ne s'agit pas ici de réévaluer l'influence du positivisme normativiste *sur* et *dans* la pensée juridique française, mais de montrer que la théorie kelsénienne de l'État, qui tend à concevoir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, n'a pas réussi à s'implanter dans la pensée juridique française. L'identification du droit et de l'État a tout d'une théorie célèbre mais probablement mal connue, en tout cas très peu reprise. Il faudrait, pour démontrer cette thèse, recourir à tous les outils proposés par l'histoire intellectuelle. On pourrait ainsi montrer que la théorie kelsénienne de l'État est le produit d'un « état général des idées »¹¹⁴⁴ que la France n'a pas connu. Les difficultés d'implantation dans la pensée juridique française rencontrées par la théorie kelsénienne de l'État pourraient également s'expliquer par des « raisons historiques qui expliquent [le] surinvestissement théorique des Allemands dans l'étude de la théorie générale de l'État »¹¹⁴⁵. Par ailleurs, il a été démontré que si la doctrine française s'est laissée très largement inspirer par la doctrine allemande durant ce que l'on appelle la « crise allemande de la pensée française », les échanges intellectuels franco-allemands se sont considérablement taris après la Première Guerre mondiale¹¹⁴⁶. Enfin il est hors de doute que la réception en France des travaux de Kelsen sur l'État ait pâti d'un problème de traduction¹¹⁴⁷. Cependant, malgré la grande diversité des facteurs explicatifs, il s'agira ici de mettre en évidence deux éléments ayant eu pour effet d'endiguer « l'impérialisme » de la théorie kelsénienne de l'État : un environnement intellectuel hostile lorsque

¹¹⁴³ Ce que relève X. Magnon, « Maurice Hauriou lecteur de Hans Kelsen », in Ch. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, pp. 149-165.

¹¹⁴⁴ L'expression est de D. Alland : « De l'ordre juridique international », *Droits*, 2002, n°35, L'ordre juridique I, p. 87.

¹¹⁴⁵ O. Beaud, « La théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », *op. cit.*, p. 84 ; O. Beaud indique que la théorie générale de l'État fait partie des disciplines « asymétriques », c'est-à-dire qui n'ont pas la même importance dans les deux pays. Contrairement à la France, la théorie générale de l'État est en Allemagne une discipline enseignée, institutionnalisée, et un véritable champ de recherches doctrinales.

¹¹⁴⁶ O. Pfersmann note d'ailleurs à propos des relations doctrinales France-Allemagne que « l'histoire de ces regards croisés et de ces influences réciproques reste à écrire » : O. Pfersmann, « La pensée "juridique" allemande est-elle une pensée juridique ? », *Droits*, 2005/2, n° 42, p. 177. Kelsen a d'ailleurs été relativement épargné par ce phénomène, contrairement à Schmitt : O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993.

¹¹⁴⁷ Sa thèse de 1911 ainsi que son ouvrage majeur sur l'État, l'*Allgemeine Staatslehre* de 1925 ne sont toujours pas traduits en français (l'article paru à la RDP en 1926 n'en est qu'un résumé). Par ailleurs, plusieurs articles sur l'État datant des années 1920 n'ont été traduits en français que récemment : par exemple, H. Kelsen, « L'essence de l'État », [1926], trad. P.-H. Tavaillot, dans *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n°17.

cette théorie commence à être introduite en France (§ 1) ; l'abandon de la théorie de l'État par les juristes français (§ 2).

§ 1 : L'implantation difficile de la théorie kelsénienne de l'État dans un environnement intellectuel hostile

Lorsque Kelsen commence à « faire école » dans la Vienne des années 1910, la doctrine juridique française est en plein renouveau. Beaucoup a été dit et écrit sur cette période faste, de 1880 jusqu'au début des années 1930, que l'on considère volontiers comme « l'âge d'or » de la pensée juridique française. Si l'importance de ce « moment 1900 » a probablement été exagérée par les juristes eux-mêmes¹¹⁴⁸, on ne peut nier la vaste entreprise de « rénovation des méthodes »¹¹⁴⁹ qui le traverse. Les « méthodes » ou « approches » nouvelles qui sont alors proposées s'inscrivent dans une « rematérialisation »¹¹⁵⁰ des doctrines juridiques, et constitueront un terreau doctrinal hostile au formalisme extrême porté par Kelsen (A). Dans ce contexte intellectuel, Duguit, Hauriou et Carré de Malberg, qui dominent la doctrine publiciste des décennies 1920 et 1930, ne manqueront pas de rejeter le formalisme kelsénien dans son entier et l'identification du droit et de l'État en particulier. Ces auteurs sont parmi les premiers à étudier les travaux de Kelsen, et ont en commun d'aborder cette approche théorique nouvelle à partir de sa théorie de l'État. À cette théorie ils adresseront une « fin de non-recevoir »¹¹⁵¹ en raison d'une incompatibilité manifeste

¹¹⁴⁸ Ce que montre notamment F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 55-74 : « Julien Bonnecase et quelques autres ont voulu faire du "moment 1900" un moment de la domination doctrinale quand il n'était encore, en réalité, qu'un moment d'hésitation des savoirs juridiques », p. 74 ; ce sont les juristes des années 1920 et surtout 1930 qui ont voulu se rattacher aux grandes œuvres de leurs aînés ; ce que souligne l'expression « la Belle Époque des juristes » : voir F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009.

¹¹⁴⁹ C. M. Herrera, « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011, p. 158.

¹¹⁵⁰ O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, op. cit., p. 17.

¹¹⁵¹ O. Pfersmann utilise cette expression pour qualifier la réception par Carré de Malberg de la théorie viennoise de la hiérarchie des normes : l'ouvrage qu'il publie en 1933 « constitue en vérité une fin de non-recevoir de cette théorie dans la doctrine française » : O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 299.

avec leur propre approche théorique. Il semble donc important d'accorder toute l'attention nécessaire à la réception par ces auteurs en particulier de la théorie kelsénienne de l'État : ils sont parmi les premiers à étudier l'œuvre naissante de Kelsen ; ils occupent une place centrale dans la doctrine publiciste de l'époque ; ils font partie de la dernière génération de publicistes français à envisager le droit constitutionnel à l'aune de la théorie générale de l'État¹¹⁵² ; surtout, l'analyse de leur réception critique met clairement en évidence les motifs du rejet : la théorie kelsénienne de l'État est condamnée en ce qu'elle est fondamentalement incompatible avec les approches théoriques défendues par ces auteurs. L'importance du rejet par les trois maîtres de la doctrine de la III^e République ne doit donc être sous-estimée : les critiques adressées par ces trois auteurs, qui peuvent être envisagées comme des discours « exemplaires »¹¹⁵³ montrent qu'une doctrine ne peut rencontrer de succès dans un environnement intellectuel trop éloigné de celui qui a permis son apparition. Si la conception kelsénienne de l'État a été très sévèrement discutée et critiquée en Allemagne, elle ne pouvait que rester confidentielle en France. La réception de la théorie kelsénienne de l'État par les trois grands constitutionnalistes des années 1920 et 1930 met donc en évidence le conflit entre quatre « méthodes » ou théories et montre les incompatibilités entre les théories des trois grands juristes français et celle du jeune et talentueux juriste viennois : une sorte de « querelle des méthodes et des approches » en somme, dont la théorie kelsénienne de l'État sortira vaincue (B).

A/ Le « moment 1900 » et la « rematérialisation » des doctrines juridiques

Le renouvellement de la pensée juridique en France au tournant du XIX^e au XX^e siècle est à sens unique. La modernité est du côté de la sociologie (1), alors que contrairement à l'Allemagne, très peu de juristes font le choix d'un formalisme extrême (2).

¹¹⁵² O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-109 ; O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013 ; O. Beaud, « L'État », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité de droit administratif*, tome I, Dalloz, 2011, pp. 207-269.

¹¹⁵³ Au sens d'E. Bottini : « Un discours exemplaire ou paradigmatique constitue un "modèle théorique" : un discours dont les traits saillants peuvent être utilisés afin de constituer un type-idéal de discours préférable pour ses qualités explicatives sur le plan heuristique » : E. Bottini, *La sanction constitutionnelle*, Dalloz, 2016, p. 29.

1/ La « tentation sociologique »¹¹⁵⁴

Contre le formalisme du positivisme classique. Selon O. Jouanjan, « le constat est simple »¹¹⁵⁵. Les auteurs qui, durant cette période s'étendant des années 1880 aux années 1930, dont 1900 constitue la « date pivot »¹¹⁵⁶, souhaitent renouveler la pensée juridique, s'inscrivent dans le cadre d'une vaste critique du « positivisme juridique traditionnel »¹¹⁵⁷. Alors que de nombreux auteurs allemands s'attachent à déconstruire le positivisme classique de l'École Gerber-Laband dominant durant au moins la deuxième moitié du XIX^e siècle¹¹⁵⁸, certains juristes français développent une « triple critique »¹¹⁵⁹ à l'égard de ce positivisme primitif¹¹⁶⁰ du XIX^e siècle. C. M. Herrera montre que sont alors contestés tant « l'individualisme juridique » que la prééminence accordée à la loi ainsi que l'École de l'Exégèse, accusée de tous les maux¹¹⁶¹. Ces critiques, qui concernent les fondements philosophiques du droit, les sources du droit et la présentation dogmatique qui en est faite par les juristes ont la même origine. Elles découlent en effet d'une contestation plus générale d'une déconnexion de la pensée juridique et du discours sur le droit de la *réalité sociale*.

¹¹⁵⁴ C. M. Herrera, « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁵⁵ O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Ces auteurs s'inscrivent dans plusieurs courants : la « jurisprudence des intérêts » depuis Jhering puis Heck ; l'École du droit libre (notamment Kaufmann, qui s'inspire des travaux de Gény), puis le néo-hégélianisme et le recours à la sociologie ; de l'autre côté, des travaux imprégnés du néo-kantisme s'opposent également à l'École Gerber-Laband : voir A. Gaillet, « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la "jurisprudence des intérêts" en Allemagne », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, *op. cit.*, pp. 195-221 ; O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la « querelle des méthodes et des approches », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, *op. cit.*, pp. 223-251 ; cette critique du positivisme classique ne concerne pas seulement la France et l'Allemagne : « ce phénomène ne fut pas isolé : il a touché les principaux ordres juridiques occidentaux d'une façon remarquablement synchronisée » : O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 13.

¹¹⁵⁹ C. M. Herrera, « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *op. cit.*, p. 145.

¹¹⁶⁰ O. Jouanjan qualifie de « naïf » ce positivisme traditionnel de la deuxième moitié du XIX^e siècle, incarné en Allemagne par Gerber et Laband, non en raison de la « valeur de ses analyses, mais [de] l'absence ou la faiblesse de sa réflexion sur les présupposés épistémologiques de son art » : O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2017, p. 48.

¹¹⁶¹ « Que n'a-t-on pas dit de l'École de l'Exégèse » : F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*, p. 61, et renvoyant à P. Rémy, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, 1985.

La « découverte »¹¹⁶² du social. Le XIX^e siècle est en effet celui de « l'invention » du social, et la sociologie apparaît comme discipline académique à la fin du siècle. Cette tendance n'épargne pas la doctrine juridique. Les auteurs souhaitant « rompre avec un "esprit légiste" »¹¹⁶³ voient dans la sociologie le moyen de rattacher la pensée juridique aux réalités sociales. L'ouverture à la sociologie est alors perçue comme la réponse *methodologique*¹¹⁶⁴ à l'exigence de prise en compte du social. Comme le souligne F. Audren, pour ces juristes « la méthode rapproche le droit du social », il est un moyen de « socialiser le droit » et d'apporter la preuve que les juristes « sont pénétrés de la réalité sociale et sa factualité »¹¹⁶⁵. Si la sociologie est donc perçue comme l'ouverture méthodologique permettant de rapprocher le droit de la réalité sociale, tout simplement de la *vie*, au détriment des constructions dogmatiques, elle peut intervenir à différents niveaux¹¹⁶⁶. Au-delà de la simple « critique sociale »¹¹⁶⁷ du droit, l'ouverture à la sociologie peut amener à considérer la sociologie comme la méthode adéquate pour décrire l'objet droit, auquel cas il s'agit d'une sociologie *sur* ou *du* droit, autrement dit une discipline à laquelle le juriste n'est pas formée. C'est donc à un autre niveau que certains juristes de la Belle Époque feront intervenir la sociologie. Il s'agit alors d'introduire la sociologie *dans* le droit, ce qui conduit à faire du « *sociologisme juridique* »¹¹⁶⁸. Duguit et Hauriou sont les juristes les plus connus ayant emprunté, certes de façon différente, cette voie de l'ouverture à la sociologie pour la rénovation des concepts juridiques. Hauriou, qui entretient des rapports délicats avec la sociologie¹¹⁶⁹, finira par rejoindre la pensée de Tarde. Un

¹¹⁶² L. Mucchielli, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France (1870-1914)*, La Découverte, 1998, cité par O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁶³ F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁶⁴ Sur les questions de méthode, le livre publié par Gény en 1899 est fondateur : *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919 ; voir le commentaire d'extraits de cet ouvrage : X. Magnon, « La méthode de la libre recherche scientifique », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 736-754.

¹¹⁶⁵ F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*, p. 70 ; ce qui explique par ailleurs l'engouement de ces auteurs pour la jurisprudence : voir également C. M. Herrera, « La radicalisation sociologique de la pensée juridique. Lévy, Lambert, Gurvitch », *Droits*, 2015, n° 62, pp. 189-204.

¹¹⁶⁶ Ce que montre O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*

¹¹⁶⁷ C. M. Herrera, notamment, a montré que les juristes-sociologues de cette époque sont politiquement de gauche : C. M. Herrera, « La radicalisation sociologique de la pensée juridique. Lévy, Lambert, Gurvitch », *op. cit.*

¹¹⁶⁸ O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁶⁹ J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015, pp. 82 et s. : après avoir été dans un premier temps hostile à l'enseignement de la sociologie au sein des facultés de droit, Hauriou se laisse tenter par cette discipline nouvelle. Influencé notamment par la sociologie « individualiste » de son ami G. Tarde, Hauriou publie avec succès en 1896 *La Science sociale traditionnelle*. L'échec de ses *Leçons sur le mouvement social*, publiées en 1899 et dans lesquelles le doyen toulousain essaye d'expliquer le fonctionnement de la société à l'aide des théories de la thermodynamique, atteindra durablement les ardeurs sociologiques d'Hauriou.

temps attiré par l'organicisme de Spencer, Duguit adhère ensuite à la sociologie de son collègue bordelais Durkheim. Même s'il rejette certains aspects essentialistes de la pensée holiste de Durkheim, comme l'existence d'une « conscience sociale »¹¹⁷⁰, Duguit reprend le concept de « solidarité », à l'époque spécifique à la sociologie française¹¹⁷¹, et qui permet de relier Comte, Bourgeois, Bouglé, Duguit et Durkheim¹¹⁷². Les travaux de ce dernier seront d'ailleurs invoqués par la plupart des auteurs ayant adopté le tournant sociologique¹¹⁷³, comme Lévy, Gurvitch ou Lambert.

Ces juristes-sociologues ne seront du reste jamais de véritables sociologues. O. Jouanjan note que Duguit et Hauriou « sont tout au plus des sociologues de cabinet qui n'envisagent pas les travaux empiriques »¹¹⁷⁴. La sociologie est bien davantage utilisée pour repenser les *concepts* juridiques en envisageant une certaine « rematérialisation »¹¹⁷⁵ du droit. Duguit est probablement l'auteur ayant poussé le plus loin cette logique de rénovation des concepts juridiques à l'aune de la sociologie (de Durkheim). On sait en effet qu'il rejette les concepts subjectifs et « métaphysiques » de la doctrine classique et propose des concepts *matériels* d'État, de droit objectif et de droit positif¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁰ Voir not. O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.* ; F. Melleray, « Léon Duguit. L'État détrôné », in F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009 : « La doctrine duguiste est donc nettement moins holiste que celle de Durkheim. Elle est même un mélange original entre individualisme et holisme ou plus exactement une superposition de ces deux éléments », p. 225. Il ne reprend pas l'idée de conscience collective ; il a de la réalité collective une lecture « aussi étroitement individualiste que possible » d'après Georges Davy, cité p. 225.

¹¹⁷¹ B. Karsenti, « La naissance de la sociologie et ses effets dans la pensée du droit », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 23-33 ; l'auteur montre que la sociologie naît dans des conditions très différentes en France, où elle est pensée dans le sillage du positivisme comtien et à l'aune des sciences de la nature, et en Allemagne, où la sociologie apparaît dans le sillage de la philosophie du droit de Hegel (développant donc une plus grande proximité avec le droit).

¹¹⁷² *Ibid.* ; B. Karsenti rappelle que pour Durkheim, le droit est le « symbole visible de la solidarité », cité p. 29 ; pour la place de la solidarité dans la construction de Duguit, voir Chapitre 1.

¹¹⁷³ Ce que souligne C. M. Herrera, « La radicalisation sociologique de la pensée juridique. Lévy, Lambert, Gurvitch », *op. cit.*, p. 191 : « Dans tous les cas l'œuvre de Durkheim est au centre de la radicalisation sociologique de la pensée, prise dans un mouvement qui va de l'adhésion (Lévy) jusqu'à la critique de son trop grand juridisme (Gurvitch) ».

¹¹⁷⁴ O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 16 ; le constat vaut également pour les juristes-sociologues allemands : voir A. Gaillet, « Contre le formalisme de la « jurisprudence des concepts » : Philipp Heck et la « jurisprudence des intérêts » en Allemagne », *op. cit.* ; pour F. Audren, Deslandres ainsi que certains privatistes font exception à ce constat, en utilisant des données sociologiques et statistiques (de Le Play notamment) : F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*

¹¹⁷⁵ O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷⁶ Voir Chapitre 1.

Une nouvelle approche théorique dominante ? Il est important de noter que malgré la « focalisation historiographique sur les "hétérodoxes" »¹¹⁷⁷, c'est bien le positivisme traditionnel qui reste la doctrine dominante, tant en France¹¹⁷⁸ qu'en Allemagne¹¹⁷⁹. La radicalisation sociologique n'a donc été qu'un « moment » doctrinal, qui n'aura pas réussi à remplacer les concepts classiques – plus généralement, à ravir la place d'approche théorique dominante au positivisme classique. Mais ce qui importe ici, c'est de noter que la tentative de renouvellement de la pensée juridique, de la fin du XIX^e aux premières décennies du XX^e siècle, est essentiellement venue du côté de la sociologie¹¹⁸⁰. Le renouvellement de la pensée juridique française à cette époque est donc fondamentalement une entreprise de matérialisation de la pensée juridique. Contrairement au cas allemand, où la rematérialisation se construit certes en opposition au positivisme classique, mais surtout en réaction au néokantisme et au formalisme juridique¹¹⁸¹, la doctrine juridique française du « moment 1900 » ne connaît pas de courant formaliste.

2/ Un très faible attrait pour le formalisme

Avant Kelsen. Il semble ne pas y avoir eu, sur la scène intellectuelle française de la III^e République, de « retour à Kant »¹¹⁸² comparable au mouvement qui a touché l'Allemagne de la

¹¹⁷⁷ O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », *op. cit.*, p. 236.

¹¹⁷⁸ Voir F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.* : « On a néanmoins tort de supposer que les professeurs de droit armés de cette méthode dominant en ce moment 1900, de leur autorité et de leur science, le monde juridique », p. 71 ; voir le Chapitre 1 pour l'échec de l'alternative duguiste pour penser le droit et l'État.

¹¹⁷⁹ O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », *op. cit.*, p. 236 : « quel que soit le feu nourri des critiques auquel il est soumis, le positivisme traditionnel, dans toute sa diversité, reste l'approche véritablement dominante, quantitativement, de la doctrine weimarienne ».

¹¹⁸⁰ Même si le positivisme classique de la deuxième moitié du XIX^e siècle a également été contesté par un recours à l'histoire, éventuellement associée au droit comparé, notamment par des auteurs comme Laboulaye, Saleilles, Deslandres ou encore Esmein (voir not. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, pp. 187 et s. ; J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in F. Melleray et N. Hakim (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009). Cependant, si tous les bons manuels de droit constitutionnel continuent de consacrer d'importants développements à l'histoire constitutionnelle française, la *méthode historique* n'a pas atteint les bases du positivisme classique.

¹¹⁸¹ Voir Chapitre 3.

¹¹⁸² Voir M. Ferrari, *Retours à Kant. Introduction au néo-kantisme*, Ed. du Cerf, 2001 ; le philosophe français le plus en vue est alors Bergson, dont le vitalisme est aux antipodes du néokantisme ; F. Audren et J.-L. Halpérin notent que « L'ancrage de la sociologie aux facultés de droit [...] a été manqué et, avec lui, une insertion des travaux des juristes dans la démarche des sciences sociales – comme d'ailleurs dans les renouveaux de la philosophie (*les juristes français ont complètement ignoré le mouvement néokantien*, les catholiques se tournant plutôt vers le néothomisme). La synthèse opérée par les universitaires entre la tradition

même époque. On sait que la redécouverte de la théorie de la connaissance de Kant a conduit à un « néocriticisme »¹¹⁸³ sur lequel se fonderont les auteurs défendant une conception scientifique et formelle du droit. Chez Jellinek le néokantisme est anti-substantialiste et subjectiviste. Kelsen radicalise cette orientation, de sorte que le néokantisme poussé à l'extrême conduit à une conception moniste, anti-substantialiste et formelle du droit. De telles tendances intellectuelles sont alors absentes en France, où aucun auteur ne semble défendre une approche théorique formelle du droit et de l'État. Les travaux du juriste suisse Roguin (1851-1939), qui publie notamment *La Règle de droit* en 1889 et *La Science juridique pure* en 1923, ne sont pas inconnus des publicistes français. Hauriou note dans sa Préface à la seconde édition de son *Précis de droit constitutionnel* que les travaux de Roguin, qui influenceront ceux du Belge Picard¹¹⁸⁴, augurent d'un « nouveau formalisme »¹¹⁸⁵. Les ouvrages de Roguin et Picard sont loin d'annoncer la théorie pure de Kelsen¹¹⁸⁶, mais s'inscrivent dans une voie de renouvellement de la pensée juridique qui échappe au sociologisme ambiant. En France, Cuche (1868-1943) « mène une charge brutale contre les dangers de la sociologie durkheimienne »¹¹⁸⁷, qu'il rapproche de l'historicisme de Savigny, dans son ouvrage *En lisant les juristes philosophes* publié en 1919.

civiliste et le discours légitimant l'État-Nation, y compris dans son impérialisme colonial, favorisait une forme de conformisme académique. Dans l'histoire contemporaine des cultures juridiques françaises, la période qui s'achève avec la Première Guerre mondiale est aussi celle où se met en place une légitimité classique – celle qui croit au magistère de la doctrine, à la force du "droit subjectif", à la limitation du pouvoir de l'État, à l'existence d'un droit naturel transcendant le droit positif – enfermant une partie importante des juristes dans un champ clos et pratiquement interdit aux profanes », F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, CNRS Editions, 2013, pp. 154-155, nous soulignons ; voir également J.-L. Halpérin, « Une histoire transnationale des idées juridiques ? », in *Clio Thémis*, n° 34, 2018, p. 8, disponible en ligne.

¹¹⁸³ O. Jouanjan, « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁸⁴ Il publie notamment E. Picard, *Le Droit pur. Cours d'encyclopédie du droit. Les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles, Ferdinand Larcier – Paris, Félix Alcan, 1899.

¹¹⁸⁵ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., 1929, Préface, p. VIII ; S. Pina montre que Duguit ne consacre à Roguin que de rares notes bibliographiques : S. Pina, « La recherche d'une science pure du droit. L'œuvre méconnue d'Ernest Roguin face à la théorie de Hans Kelsen », *Droits*, 2014/2, n°60, pp. 191-204.

¹¹⁸⁶ Voir S. Pina, « La recherche d'une science pure du droit. L'œuvre méconnue d'Ernest Roguin face à la théorie de Hans Kelsen », *op. cit.* : la théorie du droit de Roguin est caractérisée par la neutralité axiologique, la logique, la déduction, mais également par le subjectivisme et la causalité ; Picard croit en l'existence d'une « forme sociale cosmique » et considère que le droit a pour finalité la justice (téléologie).

¹¹⁸⁷ F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*, p. 64.

Avec Kelsen. Les travaux de Kelsen, qui se diffusent en France dès les années 1920¹¹⁸⁸, susciteront l'enthousiasme de plusieurs juristes français. Eisenmann publie en 1928 une thèse réalisée « sous le haut patronage » de Kelsen et traduit nombre de ses travaux¹¹⁸⁹. Bonnard est un des premiers auteurs à analyser et s'approprier la thèse de la hiérarchie des normes¹¹⁹⁰. Outre celle d'Eisenmann, plusieurs thèses publiées à la fin des années 1920 ou au début des années 1930 montrent que plusieurs jeunes et talentueux juristes français s'inscrivent dans le cadre de la nouvelle approche théorique proposée par l'École de Vienne. Capitant publie en 1928 une thèse de philosophie du droit sur l'impératif juridique¹¹⁹¹ qui discute plusieurs thèses kelséniennes. Burdeau, quant à lui, adopte comme postulat de départ, dans sa thèse publiée en 1930 sur la révision de la constitution, la théorie kelsénienne de l'État. Il écrit devoir reconnaître tout ce que sa thèse « doit à la *Théorie générale de l'État*, de M. Kelsen »¹¹⁹², telle qu'elle a été développée dans l'article paru en 1926 à la RDP. Dans une thèse publiée en 1931 sur *La théorie juridique de l'État fédéral*¹¹⁹³, M. Mouskhély utilise également la théorie kelsénienne de l'État. En effet si, contrairement à Kelsen, Mouskhély rejette la conception tripartite de l'État fédéral, il recourt à la théorie kelsénienne de l'État, envisagée comme un ordre juridique relativement centralisé, pour proposer

¹¹⁸⁸ Sur la réception de l'œuvre de Kelsen en France, parmi une vaste littérature, voir not. : G. Héraud, « L'influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, vol. VI, 1958 ; M. van de Kerchove, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », in H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, 1989 ; C. M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997 ; C. M. Herrera, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca*, n° 63, 2006, pp. 151-166 ; C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, 2004, pp. 10-11 ; S. Pina, « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *APD*, 2015, pp. 373-392.

¹¹⁸⁹ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, [1928], rééd. Economica, 1986. Eisenmann a traduit les travaux suivants de Kelsen : H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, pp. 561-646 ; H. Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, rééd. Economica, 1988 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ-Bruylant, 1999.

¹¹⁹⁰ Voir not. R. Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkel », *RDP*, 1928, pp. 668-696.

¹¹⁹¹ R. Capitant, *L'impératif juridique : introduction à l'étude de l'illicite*, Dalloz, 1928 ; il s'agit, selon O. Beaud, d'« une thèse de pure philosophie » : O. Beaud, « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », *Droits, Ordre juridique ?* II, 2002, n°35, p. 174.

¹¹⁹² G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, J. Buguet-Comptour, 1930, p. 52 ; on sait qu'une fois passé « l'âge des enthousiasmes irréflechis », Burdeau condamnera fermement la théorie kelsénienne de l'État pour son « mépris du réel » : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, 3^{ème} éd., 1980, pp. 166 et s.

¹¹⁹³ M. Mouskhély, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Pedone, 1931 (thèse sous la direction de Le Fur).

une théorie nouvelle de l'État fédéral¹¹⁹⁴. Dans sa thèse publiée en 1939 sur *Les théories contemporaines de l'État*¹¹⁹⁵, Simonovitch ne manque pas de consacrer un chapitre au « normativisme pur ». Il clôt ce chapitre ayant pour objectif de reconstruire l'approche normativiste de l'État jusqu'à ses postulats philosophiques par une analyse qui nous paraît très juste : « L'école de Vienne, bien qu'elle ait suscité un grand intérêt et des discussions passionnées parmi les juristes contemporains, a reçu un accueil défavorable de la part de la doctrine française, à qui le normativisme fût toujours étranger »¹¹⁹⁶. C'est également ce qui ressort de la réception par Duguit, Hauriou et Carré de Malberg de la théorie kelsénienne de l'État : une confrontation d'approches théoriques *fondamentalement* divergentes.

B/ La « fin de non-recevoir » adressée par les maîtres du droit public à l'identification du droit et de l'État

La théorie kelsénienne de l'État est sortie vaincue de la « querelle des méthodes » qui l'a opposée aux approches théoriques proposées par Duguit (1), Hauriou (2) et Carré de Malberg (3).

1/ Duguit et le positivisme sociologique

Proximité. Dans sa critique parfois violente contre le subjectivisme et la métaphysique, Duguit a pu trouver un allié de taille dans la personne de Hans Kelsen. Le positivisme normativiste du Viennois l'amène également à « dissoudre » les concepts subjectivistes et métaphysiques. Aussi Duguit est-il un des premiers auteurs à introduire la pensée de Kelsen en France. Connue pour être le « principal introducteur français des doctrines publicistes germanophones »¹¹⁹⁷, il consacre des développements à la théorie de Kelsen dès la seconde édition de son *Traité de droit constitutionnel*. Les tomes I (« La règle de droit. Le problème de l'État ») et II (« Théorie générale de l'État »),

¹¹⁹⁴ Il n'approfondit pas beaucoup son point de départ, qui est l'identification du droit et de l'État, mais axe sa théorie de l'État fédéral autour de la théorie kelsénienne de la décentralisation, dont il dit qu'elle « est remarquable, pleine de vues originales, d'une logique et précision magnifiques » : M. Mouskhély, *La théorie juridique de l'État fédéral*, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁹⁵ M. Simonovitch, *Les théories contemporaines de l'État*, Rodstein, 1939 (thèse sous la direction de Scelle).

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 76, nous soulignons.

¹¹⁹⁷ J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 346.

publiés respectivement en 1921 et 1923, contiennent plusieurs références à la thèse d'habilitation de Kelsen – les *Hauptprobleme* de 1911 –, au soutien des critiques de Duguit contre la notion de droits subjectifs. La troisième édition du *Traité* est pour Duguit l'occasion d'approfondir son analyse de la théorie kelsénienne du droit et de l'État. Le premier tome paru en 1927 contient un paragraphe de 22 pages consacré à la « la doctrine normativiste de Kelsen ». Duguit enrichit donc considérablement son étude de l'œuvre kelsénienne qui s'est largement étoffée depuis la deuxième édition du *Traité*. Duguit a notamment lu *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes* de 1920, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* de 1922, *Allgemeine Staatslehre* de 1925 ainsi que la traduction synthétique de cet ouvrage par Eisenmann publiée à la RDP en 1926. Le doyen de Bordeaux souligne les convergences¹¹⁹⁸ entre sa théorie du droit et de l'État et celle du maître de l'école de Vienne. Les deux auteurs ont en commun une approche objectiviste et moniste du droit et de l'État, contrairement au subjectivisme et au dualisme de la théorie classique, et une commune revendication du positivisme.

Incompatibilités. Au terme d'une étude honnête et minutieuse témoignant d'une connaissance précise de l'œuvre kelsénienne alors en cours de formation, Duguit est pourtant obligé de constater des divergences insurmontables entre ses vues et celles de Kelsen. Même s'il concède que la distinction du *Sein* et du *Sollen*, « sur laquelle le système est tout entier construit, est sans doute logiquement exacte »¹¹⁹⁹, il maintient que le droit est certes un ensemble de règles, « mais des règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de *Sein* »¹²⁰⁰. Duguit fait effectivement partie, nous l'avons vu, des auteurs ayant entrepris de rénover la pensée juridique à partir de la sociologie. Il semblerait toutefois que le rejet par Duguit de la doctrine kelsénienne réside surtout dans sa théorie de l'État. Même s'il la qualifie de « doctrine vraiment séduisante »¹²⁰¹, Duguit ne peut accepter « l'identité du droit et de l'État qui, note-t-il, constitue la partie vraiment originale de la doctrine kelsénienne »¹²⁰². Si Duguit expose longuement, avec de nombreuses citations à l'appui, la

¹¹⁹⁸ Sur les convergences entre Duguit et Kelsen, voir C. M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.* ; M. Simonovitch, *Les théories contemporaines de l'État : étude juridique et critique, op. cit.* ; des études comparatives sont menées dès les années 1920 : voir R. Bonnard, « La doctrine de Duguit sur le droit et l'État », *Revue internationale de théorie du droit*, 1926.

¹¹⁹⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, 3^{ème} éd., p. 64.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ Notamment parce qu'elle permet de dissoudre la théorie de l'autolimitation de l'État que Duguit a également toujours combattue.

¹²⁰² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *op. cit.* p. 46.

thèse de l'identité du droit et de l'État, il la rejette dans un paragraphe relativement expéditif. Le seul argument que Duguit invoque à l'encontre de cette thèse est l'impossibilité de limiter l'État par le droit. Le monisme kelsénien dont l'identité du droit et de l'État est une conséquence, relègue en effet au rang de « pseudo-problème » toutes les difficultés soulevées par le dualisme classique du droit et de l'État, dont la théorie de l'autolimitation de l'État par le droit. Or, comme le soulignait déjà Eisenmann, « toute la pensée juridique de M. Duguit est dominée par le problème dit de la limitation de l'État »¹²⁰³. C'est pour résoudre ce problème spécifique qu'il construit une théorie originale du droit et de l'État. Il rejette donc en bloc le « panthéisme juridique » de Kelsen, dont découle l'identité du droit et de l'État, dans la mesure où il lui apparaît « comme la négation même du droit public »¹²⁰⁴. On lit plus loin dans le même tome I du *Traité* ce que Duguit entend par cette formule, en écrivant que « tout l'édifice du droit public s'écroule » lorsque « l'État n'est pas soumis à un droit déterminant et limitant son action »¹²⁰⁵.

Politique. La réception par Duguit de la théorie kelsénienne est donc particulièrement significative. Premièrement, Duguit estime que la grande originalité de la doctrine kelsénienne réside dans sa conception de l'État, assimilé à un ordonnancement juridique. C'est également cette conception de l'État qui contraint Duguit de rejeter en bloc le « panthéisme juridique » de Kelsen, qui ne permet pas de satisfaire sa théorie politique. C'est effectivement à ce niveau qu'il convient de relever « le fondement ultime de l'opposition entre Kelsen et Duguit », comme le note C. M. Herrera¹²⁰⁶. L'opposition que Duguit manifeste à la théorie kelsénienne de l'État est, en dehors de divergences épistémologiques et théoriques, d'ordre politique. Cette première réception en France de la théorie kelsénienne de l'État se solde donc par un rejet émanant non seulement d'un juriste ayant des conceptions épistémologiques et théoriques différentes, mais d'un « moraliste politique »¹²⁰⁷.

¹²⁰³ Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1930, p. 231.

¹²⁰⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., tome I, p. 65.

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 642.

¹²⁰⁶ C. M. Herrera, « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », *op. cit.*, p. 337.

¹²⁰⁷ L'expression est de Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 247.

2/ Hauriou et le positivisme catholique

Une pensée complexe. Comme Duguit, Hauriou a essayé de repenser les concepts juridiques à partir de la sociologie. Son œuvre originale et complexe n'en demeure pas moins difficile à situer dans le paysage doctrinal de son époque. Dans « l'avertissement » qu'il publie en préambule de la seconde édition de son *Précis*, il indique avoir poursuivi dans cet ouvrage « l'œuvre de restauration des doctrines et positions classiques »¹²⁰⁸. Sa célèbre théorie de l'institution s'inscrit dans le courant du vitalisme alors développé avec beaucoup de réussite par Bergson¹²⁰⁹. Il revendique également l'héritage aussi bien du thomisme que de la pensée d'Auguste Comte. Hauriou écrivait qu'il convenait « de [le] cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique »¹²¹⁰. Hauriou est qualifié d'« historien »¹²¹¹ ou encore de « juriste-historien et juriste-sociologue »¹²¹². Ces prémisses philosophiques l'amènent à développer une théorie dualiste du droit et de l'État, dans laquelle les institutions préexistent au droit, puisque ce sont les premières qui créent le second. L'État est considéré comme l'institution suprême, qui « secrète » le droit tout en étant limité par une « superlégalité constitutionnelle »¹²¹³. Avec les travaux de Kelsen, Hauriou découvre donc un juriste qui part de présupposés philosophiques diamétralement opposés aux siens. Le « réalisme ontologique »¹²¹⁴ et le dualisme¹²¹⁵ d'Hauriou s'opposent au criticisme et au monisme de Kelsen.

¹²⁰⁸ M. Hauriou, « Avertissement de la seconde édition », *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929, p. XIII.

¹²⁰⁹ Duguit a pu présenter Hauriou comme « le Bergson des doctrines juridiques et c'est un éloge qui n'est pas mince », *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *op. cit.*, p. 26 ; sur la théorie de l'institution d'Hauriou et ses prémisses philosophiques, voir J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013 ; également J. Schmitz, « Maurice Hauriou et la théorie de l'institution », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 789-800.

¹²¹⁰ M. Hauriou, *Principes de droit public*, p. XXIV, cité in Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 250.

¹²¹¹ M. Waline, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, p. 40.

¹²¹² O. Beaud, « Préface », in M. Hauriou, *Principes de droit public*, [1910], rééd. Dalloz, 2010.

¹²¹³ Voir N. Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste, 1856-1929 », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

¹²¹⁴ Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 264.

¹²¹⁵ Voir M. Waline, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *op. cit.*, pp. 39-63.

Incompatibilités. Même si Hauriou fait partie des premiers auteurs français à discuter les thèses kelséniennes, sa réception est relativement tardive. Alors que Duguit évoque les travaux du maître de l'école de Vienne dès 1922, Hauriou ne s'y consacre qu'en 1928. N'étant pas germaniste, il semble avoir dû attendre les traductions d'Eisenmann et la publication d'articles de Kelsen en français pour étudier ses thèses. Lorsqu'il publie « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes » dans la *Revue de métaphysique et de morale*¹²¹⁶, il bénéficie également de l'analyse des thèses kelséniennes proposée par Duguit dans le tome I de la troisième édition de son *Traité* de 1927 et dans l'article « Les doctrines juridiques objectivistes » publié à la *RDP* la même année. L'article d'Hauriou est repris à l'identique dans la première section de son *Précis*. C'est dans ce texte ainsi que dans la préface de l'ouvrage que l'on peut lire la critique formulée par le doyen toulousain des principales thèses de Kelsen. Il convient toutefois de noter que cette critique vise avant tout Duguit. Le titre de l'article de 1928 répond au titre de l'article du doyen bordelais, et Hauriou écrit que l'on « pouvait depuis longtemps déjà diagnostiquer l'erreur des systèmes objectivistes, mais le difficile était de la rendre saisissante. Nous devons être reconnaissants au professeur viennois Hans Kelsen de nous en avoir fourni le moyen »¹²¹⁷. Hauriou étudie donc Kelsen avec l'idée de pouvoir y trouver des éléments permettant de mieux critiquer Duguit.

Son analyse des thèses kelséniennes s'en ressent : elle est clairement approximative¹²¹⁸. Lorsqu'il publie sa critique, Hauriou n'a lu qu'une partie des travaux de Kelsen disponibles en français. Il fait référence uniquement à l'article paru à la *RDP* en 1926, à la préface de Kelsen à la

¹²¹⁶ M. Hauriou, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 35, n° 2, 1928, p. 193-206 ; publié également in « Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la nouvelle journée*, Bloud & Gay, 1933, n°23, et repris dès les premières pages du premier chapitre de la seconde édition du *Précis de droit constitutionnel*.

¹²¹⁷ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 6 ; une lettre à son ami Jacques Chevalier, à qui Hauriou avait l'habitude de faire relire ses articles les plus philosophiques avant leur publication, confirme cela. Il écrit à propos de « doctrines néfastes et qui s'infiltrèrent » avoir trouvé « le défaut de la cuirasse, grâce à Kelsen qui est plus catégorique et qui a pour ainsi dire vendu la mèche, j'espère avoir raison de mon vieux Duguit », cité in J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 349 ; à la même époque, Heller dresse un constat similaire : en poussant le positivisme formaliste à son paroxysme, Kelsen en aurait démontré l'absurdité : « Sans aucune sorte d'ironie, je vois cependant le plus grand mérite de Kelsen dans le fait qu'il a définitivement conduit le positivisme juridique logiciste dans la théorie de l'État *ad absurdum* tout en s'en faisant, sans concessions, le défenseur le plus vigoureux et le plus subtil » : H. Heller, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012, p. 46.

¹²¹⁸ Pour une analyse des approximations d'Hauriou, voir X. Magnon, « Maurice Hauriou, lecteur de Hans Kelsen », in A. Duranthon, J. Schmitz, Ch. Alonso (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, pp. 149-169.

thèse d'Eisenmann, au premier tome du *Traité* de Duguit ainsi qu'à un article publié en 1925 par Kunz, un disciple de Kelsen. Il semble ne pas avoir pris connaissance du cours professé par Kelsen à l'Académie de droit international de La Haye publié en 1926 et ne pas avoir pu consulter le fameux article de Kelsen paru en français sur la justice constitutionnelle¹²¹⁹. Par ailleurs, les interprétations qu'Hauriou fait de certaines thèses kelséniennes sont pour le moins curieuses. Comme l'a montré X. Magnon, on chercherait probablement en vain dans l'œuvre de Kelsen telle que connue à cette époque une présentation substantielle de la constitution hypothétique ainsi qu'un « dédain du juge »¹²²⁰. Son appréciation de la théorie kelsénienne de l'État est également très sommaire. Hauriou rappelle dans un court paragraphe la thèse de l'identification du droit et de l'État sans en livrer une critique aussi développée que pouvait l'être celle de Duguit. On pourrait également regretter le ton employé par Hauriou¹²²¹ dans sa critique des « thèses objectivistes ».

Malgré ces défauts, la réception par Hauriou des thèses kelséniennes présente un intérêt majeur. Il réside dans le positionnement de l'article : Hauriou estime important d'étudier la théorie kelsénienne non pas dans sa « structure interne, mais seulement dans ses postulats »¹²²². Le véritable terrain d'affrontement entre Hauriou et Kelsen et donc également Duguit, c'est la philosophie et l'épistémologie. Car Hauriou ne s'y trompe pas, en estimant que le « parti pris suprême » de Kelsen est le « monisme », marquant ainsi « le reniement de l'humilité classique »¹²²³. Cette dernière consisterait à « s'incliner devant les limites de la pensée humaine ; le dualisme de la forme et de la matière, irréductible depuis quatre mille ans de philosophie, est une de ces limites pour tous ceux qui ont la préoccupation du réel »¹²²⁴. Si Hauriou rejette donc si sévèrement la théorie kelsénienne, c'est en raison de son monisme formaliste et son ambition de faire de la science au détriment du réel. Or, si Hauriou ne développe pas une critique très poussée de la théorie kelsénienne de l'État, il note avec intérêt que la thèse de l'identification de l'État et du droit n'est que la traduction du

¹²¹⁹ Voir X. Magnon, « Maurice Hauriou, lecteur de Hans Kelsen », *op. cit.*

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ Dans la préface à la deuxième édition de son *Précis*, Hauriou assimile « l'erreur kelsénienne à l'hérésie maurassienne », p. XI ; Eisenmann qualifiait déjà de « véritable caricature » la critique d'Hauriou : « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *op. cit.*, p. 256.

¹²²² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9 et 11.

¹²²³ M. Hauriou, « Préface », *op. cit.*, p. XI.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. XII.

monisme du juriste viennois¹²²⁵. La théorie kelsénienne de l'État ne pouvait donc qu'être rejetée par Hauriou, en ce qu'elle constitue la conséquence d'un « panthéisme idéaliste »¹²²⁶ qu'Hauriou juge « impropre à la vie »¹²²⁷.

3/ Carré de Malberg et le positivisme étatique

Proximité. Rompant avec les approches sociologiques proposées par Duguit et Hauriou et l'approche historique d'Esmein, Carré de Malberg est ce « nouvel intrus tardif »¹²²⁸ qui s'invite dans la querelle doctrinale sur le droit et l'État avec sa *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Animé par la volonté de fonder une véritable théorie *juridique* de l'État et maîtrisant parfaitement l'allemand, il se fera un lecteur certes critique mais intéressé de la doctrine juridique allemande¹²²⁹. Carré de Malberg trouve dans cette littérature juridique les éléments qui lui permettent de construire une théorie juridique donc positiviste de l'État. Son positivisme devient très vite « son plus grand titre de gloire »¹²³⁰. Dès lors, on n'a pas manqué de rapprocher Carré de Malberg de celui qui est alors le plus grand représentant du positivisme outre-Rhin : Kelsen. Dans son *Précis de droit constitutionnel*, Hauriou estime que Carré de Malberg se serait inspiré des thèses du courant de pensée dans lequel s'inscrit également Kelsen et qui aurait amené le maître de Strasbourg à admettre « pratiquement la confusion du Droit et de l'État »¹²³¹. C'est également Kelsen que Capitant semble viser en 1937 lorsqu'il rapproche le positivisme de Carré de Malberg de celui de

¹²²⁵ Voir M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

¹²²⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹²²⁷ *Ibid.*, p. 14.

¹²²⁸ J.-M. Blanquer et M. Milet, *L'invention de l'État*, *op. cit.*, p. 301.

¹²²⁹ É. Maulin note que c'est souvent « à juste titre » que l'on insiste « sur l'influence de la doctrine juridique allemande sur la pensée malbergienne, doctrine à laquelle l'auteur n'emprunte pas seulement certains des *concepts* dont il fait usage mais un *projet* – élaborer une théorie générale de l'État -, une *méthode* – décrire les données fournies par le droit positif en vigueur et une *doctrine* – démontrer que l'État est une personne juridique voulant par l'intermédiaire de ses organes » : É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003, p. 4, nous soulignons.

¹²³⁰ *Ibid.*, p. 16 ; dans sa contribution aux *Mélanges Carré de Malberg*, Waline le décrit comme le « Maître du positivisme juridique » : M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 534 ; lorsqu'il s'agit de situer l'œuvre de Carré de Malberg par rapport à la « sociologie » de Duguit et au « philosophe » qu'aurait été Hauriou, Capitant évoque le « positivisme juridique » auquel le maître de Strasbourg aurait « adhéré, en termes d'une clarté et d'une sobriété parfaites » : R. Capitant, « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », *APD*, 1937, p. 83.

¹²³¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

l'« éminent juriste de langue allemande » qui vient de restaurer la doctrine selon laquelle « il n'y a de science juridique que du droit positif »¹²³².

Incompatibilités. Cependant, on peut dire avec É. Maulin que ce rapprochement entre Carré de Malberg et Kelsen est « abusif »¹²³³ dans la mesure où le positivisme de ces deux auteurs diverge en de nombreux points. Carré de Malberg s'inscrit dans l'héritage de l'école de l'*Isolierung* et de Jellinek. Par ailleurs, É. Maulin a montré que la méthode de Carré de Malberg s'inspire très largement de celle de Laband¹²³⁴. Selon cette méthode qui s'articule en deux temps, il s'agit premièrement de dégager du droit positif les principes essentiels qui s'y cachent. Là où Laband identifie le principe monarchique comme principe essentiel du droit positif de l'Empire allemand, Carré de Malberg croit trouver dans le droit positif français tel qu'issu de la Révolution française le principe de souveraineté nationale. Le deuxième temps de cette méthode consiste à dévoiler les conséquences de ces principes fondateurs et de les confronter aux institutions positives. Cette méthode est critiquable. Elle repose tout d'abord sur des fondements épistémologiques faibles. Mise à part sa contribution aux *Mélanges Gény* intitulée « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique »¹²³⁵, Carré de Malberg ne s'est guère étendu sur ses postulats épistémologiques. Par ailleurs, le positivisme de Carré de Malberg est faible dans la mesure où il s'intéresse davantage à des principes qu'à des normes juridiques. Ensuite, « il reconnaît à ces principes la valeur des vérités essentielles »¹²³⁶. Ceci l'amène à proposer non pas une théorie générale de l'État, mais une théorie particulière car essentialiste de l'État. Carré de Malberg ne dit pas ce qu'est l'État en général, mais quelle est la théorie de l'État qui découle des principes révolutionnaires. Il s'agit de la personnification juridique de la nation, reposant sur le principe fondamental de souveraineté nationale. Si Kelsen et Carré de Malberg partagent probablement l'idée selon laquelle il n'y a de droit que le droit positif, ils divergent totalement dans leur ambition théorique. Alors que le juriste autrichien a pour ambition de proposer une théorie générale du droit et de l'État, permettant de

¹²³² R. Capitant, « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », *op. cit.*, p. 83.

¹²³³ É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 337.

¹²³⁴ *Ibid.*, p. 25.

¹²³⁵ R. Carré de Malberg, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *Mélanges Gény*, Sirey, 1935, pp. 192-203, contribution jugée « décevante » par É. Maulin : *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 16. ; M. Troper considère quant à lui que « la théorie scientifique de l'État de Carré de Malberg ne se fonde pas sur une méthodologie rigoureuse et n'a pas d'objet déterminé » : M. Troper, « Préface », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 15.

¹²³⁶ É. Maulin, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 27.

décrire tous les droits positifs et tous les systèmes étatiques possibles, Carré de Malberg livre une théorie de l'État essentialiste, prescriptive et spécifique à l'État français.

L'opposition entre ces deux formes de positivisme se retrouve dans l'ouvrage que Carré de Malberg consacre à la théorie viennoise de la formation du droit par degrés¹²³⁷. Publié en 1933, l'ouvrage intervient après la parution des premières études sur les thèses de l'école viennoise en général et de Kelsen en particulier. En ce qui concerne la théorie de la hiérarchie des normes, dont la paternité revient à Merkl, elle a trouvé son meilleur exposé dans un article de Bonnard publié à la *RDP* en 1928¹²³⁸. Mais l'ouvrage de Carré de Malberg se démarque par la profondeur de l'analyse et son intervention « allait fixer longuement l'attention de la doctrine (publiciste) française sur *un* concept, celui de hiérarchie des normes »¹²³⁹, comme le souligne C. M. Herrera. Il est remarquable que dans cet ouvrage visant avant tout à montrer que la théorie de la formation du droit par degrés ne résiste pas à une confrontation au droit positif français¹²⁴⁰, qui consacre plutôt une hiérarchie des organes, Carré de Malberg évoque à de nombreuses reprises la théorie kelsénienne de l'État. L'ouvrage s'ouvre même avec un paragraphe consacré au « concept normativiste de l'État » et se termine par un paragraphe intitulé « L'État, un système d'organes et non pas de normes ». Pour rejeter la théorie kelsénienne de l'État, Carré de Malberg utilise la méthode évoquée plus haut. Il y aurait un concept d'État « implicitement consacré »¹²⁴¹ par la Révolution française. L'État serait « avant tout, une formation humaine »¹²⁴² qui trouve son principe d'unité dans la théorie de la personnalité juridique et sa structure dans la théorie de l'organe. Dans cette perspective, les règles de droit sont créées « à l'origine » par une « organisation primitive » relevant de l'ordre du « fait » : « c'est ce qui fait dire que le droit, au sens positif du terme, présuppose l'État et l'organisation étatique » ; les « règles » ne sont que « l'effet de l'organisation étatique ». Carré de Malberg clôt donc son ouvrage par un postulat fondamental du positivisme étatique, selon lequel le droit est

¹²³⁷ R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, 1933, rééd. Dalloz, 2007 [ci-après *Confrontation*].

¹²³⁸ R. Bonnard, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkl », *op. cit.*

¹²³⁹ C. M. Herrera, « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *op. cit.*, p. 54.

¹²⁴⁰ Pour une analyse minutieuse voir O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, pp. 295-325.

¹²⁴¹ R. Carré de Malberg, *Confrontation*, p. 167.

¹²⁴² *Ibid.*

créé par l'État. Autant dire la plus simple expression du dualisme de l'État et du droit que Kelsen a voulu dissoudre avec sa théorie de l'identité de l'État et du droit.

L'identification du droit et de l'État est donc une thèse que la doctrine publiciste française, dans son immense majorité, n'a pas pu intégrer car elle est radicalement incompatible avec les approches théoriques existantes. Cette thèse ne pouvait prospérer dans un environnement intellectuel dominé par le positivisme classique et concurrencé par les approches sociologiques. La diffusion de cette théorie a également beaucoup souffert du rejet sans condition formulé par Duguit, Hauriou et Carré de Malberg. Car après la « grande génération », la théorie de l'État sera abandonnée : d'une part comme discipline par la doctrine publiciste française, et d'autre part comme théorie spécifique de l'État par les « disciples » français de Kelsen.

§ 2 : La théorie de l'État abandonnée

La théorie kelsénienne de l'État n'aura pas de seconde chance. Dans un premier temps empêchée de se diffuser dans la doctrine juridique française en raison notamment d'un environnement intellectuel hostile à une approche formelle du droit et de l'État, cette théorie restera confidentielle parmi les juristes français du fait d'évolutions académiques contraires. C'est tout d'abord la théorie de l'État en tant que discipline qui est progressivement abandonnée, de sorte que les travaux de Kelsen sur l'État arrivent en réalité *trop tard* (A). Par ailleurs, des auteurs pourtant proches de Kelsen ne contribueront pas à une diffusion de la conception kelsénienne de l'État en France (B).

A/ La théorie de l'État abandonnée par la doctrine publiciste française

L'introduction des travaux de Kelsen sur l'État en France est concomitante d'une évolution majeure au sein de la doctrine française. Avec la disparition des bâtisseurs de « cathédrales »¹²⁴³ (qui ont rejeté la théorie de l'État de Kelsen) disparaît également l'ambition de repenser les

¹²⁴³ En référence à la fameuse formule de F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995.

fondements mêmes du droit. Tant en droit constitutionnel (1) qu'en droit administratif (2), une nouvelle génération de juristes fait le choix de la technique au détriment de la théorie. Autrement dit, une diffusion plus importante de la théorie kelsénienne de l'État aurait demandé un investissement théorique à laquelle la doctrine française ne se livrera plus pendant longtemps.

1/ En droit constitutionnel

Génération. L'entre-deux-guerres voit succéder une nouvelle génération de juristes à la « grande » génération de Duguit, Hauriou et Carré de Malberg¹²⁴⁴. Cette génération rompt avec la précédente sur au moins deux points, ce qui condamnera toute diffusion ultérieure de la théorie kelsénienne de l'État. O. Beaud a montré que ces jeunes juristes, amenés par Barthélémy et Jèze, ont tout d'abord renoncé à la grande ambition de leurs aînés, qui consistait à « fonder une science du droit public, équivalente à ce qui existe en droit privé », ce qui « passe par une revendication non seulement de la juridicité du droit public, mais aussi d'une spécificité de ce droit, de sa dogmatique juridique et de sa méthodologie »¹²⁴⁵. Ce renoncement s'accompagne de la rupture d'un lien fondamental établi par la doctrine de la III^e République, qui consistait à associer le droit constitutionnel et la théorie générale de l'État. Pour pallier l'absence en France d'une discipline particulière consacrée à la théorie générale de l'État, une tradition s'est établie de présenter le droit constitutionnel à l'aune d'une théorie de l'État. Cela est particulièrement visible dans les œuvres d'Esmein, Duguit, Hauriou et Carré de Malberg¹²⁴⁶. O. Beaud considère que c'est le *Traité élémentaire de droit constitutionnel* publié par Barthélémy et Duez en 1926 qui « marque, sans aucun doute, le moment où la doctrine constitutionnelle abandonne ce lien intrinsèque entre le droit

¹²⁴⁴ En référence à ces auteurs on parle souvent de « doctrine classique » ; or l'expression semble inappropriée, dans la mesure où O. Beaud souligne son « caractère inévitablement composite (quoi de commun dira-t-on entre Duguit et Hauriou, ou entre ces deux derniers et Carré de Malberg ?) » : O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 89, et indique lui-même que ces auteurs n'ont pas véritablement eu de successeurs : O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 2.

¹²⁴⁵ O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 89.

¹²⁴⁶ Voir notamment O. Beaud, « Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 29-55 ; O. Beaud, « Préface », in M. Hauriou, *Principes de droit public*, [1910], rééd. Dalloz, 2010.

constitutionnel et la théorie de l'État »¹²⁴⁷. L'ouvrage rencontre un grand succès lors de ses deux éditions, et même lors de sa réédition en 1983¹²⁴⁸. La rupture proposée par cet ouvrage n'est pas mince : il s'agit de proposer une « nouvelle méthode constitutionnelle »¹²⁴⁹.

Un nouvel antiformalisme. La nouvelle doctrine constitutionnelle de l'entre-deux-guerres rompt avec les démarches notamment sociologiques de ses prédécesseurs, mais maintient une perspective antiformaliste, qui ne pouvait que nuire à la diffusion de la conception formelle de l'État avancée par Kelsen. Le nouvel « antiformalisme »¹²⁵⁰ se présente comme un « pragmatisme » : il s'agit non pas de penser le droit et l'État, mais de décrire et d'expliquer comment le droit constitutionnel s'applique *réellement*. Il convient donc désormais de se défaire de la seule description des règles juridiques et de la spéculation sans fin : seule importe la description des « faits politiques ». Cela se traduit par un certain rejet du dogmatisme allemand¹²⁵¹ et un fort engouement pour le pragmatisme anglo-saxon. L'attention de ces juristes se détourne donc quelque peu des normes juridiques au profit des « faits politiques », mais également de l'histoire politique. Sur ces points Barthélémy, qui a rédigé sa thèse sous la direction d'Hauriou, renoue d'ailleurs avec une autre figure tutélaire, celle d'Esmein. Ce dernier s'opposait également au renouveau sociologique de la pensée constitutionnelle. Par ailleurs, Esmein écartait volontairement la doctrine allemande en raison de ce que le droit de l'Empire allemand ne serait pas basé sur le libéralisme politique, et en contrepartie s'inspirait largement de la littérature anglaise. Dans sa préface à la sixième édition des *Eléments* d'Esmein, Barthélémy écrit qu'il aurait qualifié son prédécesseur de « réaliste, si cette expression n'avait été abusivement accaparée par des sociologues qui, sous prétexte d'atteindre la vérité profonde au-delà des veines apparences et des phénomènes superficiels, se sont livrés à un théoricisme exacerbé »¹²⁵². Comme Esmein, Barthélémy considère

¹²⁴⁷ O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 105 ; l'ouvrage est cosigné par Duez, mais celui-ci n'a en réalité été principalement que le rédacteur de l'ouvrage, Joseph Barthélémy étant trop occupé par la politique ; la deuxième édition paraît en 1933.

¹²⁴⁸ O. Beaud écrit que « Le Traité est devenu *le* classique du droit constitutionnel de la III^e République et il a maintenant supplanté les ouvrages d'Esmein, de Duguit et d'Hauriou » : O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 95.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 97.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 106.

¹²⁵¹ Qui n'est qu'amplifié par l'antigermanisme des décennies 1920 et 1930.

¹²⁵² J. Barthélémy, « Préface », in A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, 1914, 6^{ème} éd., rééd. Panthéon-Assas, 2001.

qu'il n'existe « pas de droit constitutionnel sans histoire politique »¹²⁵³. Dans ce cadre, il s'agit de parvenir à la réalité politique par l'éclairage historique des faits politiques. Pour O. Beaud, Barthélémy doit donc être considéré comme « *le fondateur du type de droit constitutionnel d'après 1945* »¹²⁵⁴, comme un prédécesseur de Duverger en somme. Un droit constitutionnel qui, concrètement, ne fera que de la science politique de cabinet, pour reprendre une expression utilisée à l'encontre des juristes-sociologues. Mais un droit constitutionnel qui, malheureusement, oublie la théorie de l'État.

2/ En droit administratif

Rupture. La même tendance est perceptible en droit administratif. La génération d'administrativistes qui succède aux « deux maîtres incontestés de la discipline »¹²⁵⁵ que sont, d'après O. Beaud, Duguit et Hauriou, renoncent à concevoir le droit administratif à l'aune d'une réflexion théorique sur l'État. Comme le droit constitutionnel, le droit administratif est donc marqué, après la disparition des grandes figures de la doctrine de la Belle Époque, « par un découplage entre théorie de l'État et droit administratif »¹²⁵⁶. L'État ne disparaît certes pas du vocabulaire administrativiste, mais la doctrine renonce à renouveler le cadre théorique de l'État. Cette tendance n'est d'ailleurs pas du genre à être inversée par la doctrine actuelle¹²⁵⁷. La doctrine administrativiste amorce dans les années 1920 un tournant vers la technique juridique dont elle n'est pas encore sortie.

Positivism technique. D'après O. Beaud, trois auteurs sont à l'origine du « tournant "empirique" »¹²⁵⁸ que prend donc également la doctrine administrativiste dans les années 1920 et

¹²⁵³ *Ibid.*, p. XI.

¹²⁵⁴ O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *op. cit.*, p. 97.

¹²⁵⁵ O. Beaud, « L'État », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 214.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 221.

¹²⁵⁷ O. Beaud écrit à ce propos que « De nos jours, l'État n'est plus un concept pensé par la doctrine administrativiste. Tel est le constat de départ que l'on peut faire sans intention polémique en se contentant de parcourir la littérature existante, sans viser à une quelconque exhaustivité » : *ibid.*, p. 210-211.

¹²⁵⁸ O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 1 ; dans O. Beaud, « L'État », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, O. Beaud parle de « ligne Jèze-Waline-Vedel », p. 229.

1930 : Jèze, Waline et Vedel. Jèze est un des premiers à réussir « le prodige de construire un droit administratif sans État, ni même sans Administration »¹²⁵⁹. Pour ce faire, Jèze a recours aux « procédés métonymiques »¹²⁶⁰ en utilisant par exemple l'expression d'agent public lorsque d'autres auraient préféré celle d'agent de l'État. Plus fondamentalement, Jèze semble avoir été un « disciple partiellement infidèle de Duguit »¹²⁶¹. Lorsqu'il distingue dès la première édition de ses *Principes généraux du droit administratif*¹²⁶² la « méthode idéaliste » et la « méthode expérimentale », il revendique la deuxième méthode, dont Duguit aurait été un des plus grands représentants. Jèze se place donc dans l'héritage de Duguit, dont il reprend notamment le concept de service public, ainsi que les critiques à l'encontre des concepts subjectivistes de personnalité morale et de souveraineté. Cependant, Jèze semble avoir progressivement pris ses distances avec la pensée de Duguit, et pas seulement en investissant la discipline alors nouvelle des sciences financières. Dès 1904 Jèze reproche à Duguit d'avoir accordé trop d'attention à la doctrine allemande (donc idéaliste) au détriment des auteurs anglo-saxons (donc pragmatiques). O. Beaud montre que la « distinction matricielle »¹²⁶³ dans l'œuvre de Jèze entre la « politique » (le but) et la « technique » (le moyen), se fait progressivement à l'avantage de la technique. Cette évolution n'est pas anodine, tant le sociologisme de Duguit est téléologique. Si la question reste ouverte de savoir si Jèze a été « le dernier des classiques » ou si « son œuvre juridique doit être considérée comme "une œuvre de l'entre-deux" »¹²⁶⁴, il semble acquis que Jèze a grandement participé à ce mouvement qui voit la doctrine administrativiste réorienter sa focale en favorisant la technique juridique au détriment de la réflexion non seulement sur la finalité du droit mais aussi sur la dogmatique du droit public. La première victime de cette réorientation est la théorie de l'État, qui disparaît des préoccupations doctrinales. Comme l'écrit O. Beaud, le « second agent de disparition de l'État »¹²⁶⁵ du droit

¹²⁵⁹ O. Beaud, « L'État », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 223.

¹²⁶⁰ *Ibid.*

¹²⁶¹ O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 3.

¹²⁶² La première édition date de 1904 ; en suivront deux autres jusqu'en 1925, les trois volumes de la dernière édition ayant été récemment réédités par Dalloz.

¹²⁶³ O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 26 ; la distinction apparaît dans la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif*.

¹²⁶⁴ C'est respectivement l'avis de F. Melleray et d'O. Beaud : O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *op. cit.*, p. 36.

¹²⁶⁵ O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 224.

administratif est Marcel Waline. Invoquant le positivisme¹²⁶⁶, Waline renvoie au droit constitutionnel pour des réflexions sur l'État et préfère se concentrer sur la jurisprudence administrative. Ici la théorie de l'État est donc évacuée par une approche contentieuse du droit administratif. Selon O. Beaud, la contribution de Vedel à l'oubli de l'État en droit administratif¹²⁶⁷ aurait été de négliger la fonction administrative, « c'est-à-dire de la fonction spécifique que réalise l'État quand il agit en tant qu'autorité administrative » au bénéfice de la seule fonction exécutive, ce qui est « une autre façon de découpler le droit administratif de l'État »¹²⁶⁸.

Il ressort de ces éléments que la doctrine administrativiste postérieure aux grands juristes de la Belle Époque a œuvré pour une réorientation technique et contentieuse du droit public, sous couvert de « positivisme ». Il est frappant de constater que les traits caractérisant cette doctrine administrativiste de l'entre-deux-guerres coïncident sensiblement avec ceux de la doctrine contemporaine. Comme l'écrit F. Melleray, il existe bien au sein de celle-ci une « doctrine dominante » en raison de l'existence d'une « large unité de vues entre la plupart des auteurs sur des questions essentielles ». Cette doctrine dominante serait caractérisée par une attention particulière pour l'administration publique et la jurisprudence du Conseil d'État, ainsi que par l'utilisation d'une démarche que l'on peut qualifier de « positivisme technologique »¹²⁶⁹, ou plus simplement de positivisme technique. Celui-ci n'est pas très éloigné du positivisme classique, et les analyses jurisprudentielles contemporaines n'ont plus beaucoup à envier des méthodes de l'ancienne École de l'Exégèse. Dans ce contexte, la théorie formelle de l'État proposée par Kelsen ne pouvait que rester confidentielle. D'autant plus que les auteurs pourtant proches de la pensée de Kelsen n'ont

¹²⁶⁶ Voir not. M. Waline, « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933, pp. 517-534 ; M. Waline, « Défense du positivisme juridique », *APD*, 1939, n°1-2, pp. 83-96.

¹²⁶⁷ L'État occupe par ailleurs une place relativement faible dans le fameux *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* que Vedel publie en 1949 (rééd. Dalloz, 2002). Composé d'une première partie portant sur « la démocratie » et une seconde consacrée aux « institutions politiques de la France », l'ouvrage ne contient qu'un bref chapitre de 15 pages consacré à la notion d'État ainsi qu'aux formes d'État. Vedel reconnaît toutefois que « la notion de l'État est à la racine et à la fin de toutes les études de science politique et de droit public », p. 99.

¹²⁶⁸ O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif, op. cit.*, p. 228.

¹²⁶⁹ F. Melleray, « Charles Eisenmann et la manière contemporaine de faire du droit administratif », *RDP*, 2016, l'expression est de Hichem Moussa à l'endroit de Chapus : Hichem Moussa, « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, pp. 455 et s., spéc. p. 462 ; F. Melleray utilise plus loin l'expression « positivisme techniciste contemporain ».

pas œuvré pour une diffusion plus large d'une approche théorique de l'État qui n'en finit pas d'être étrangère à la doctrine française.

B/ Une théorie de l'État abandonnée par les « disciples » français de Kelsen

Il serait excessif d'affirmer que la théorie kelsénienne de l'État aurait été reniée par les « disciples » français de Kelsen¹²⁷⁰. Certains auteurs la défendent¹²⁷¹ ou l'utilisent, certes en l'amendant¹²⁷². Néanmoins, la diffusion de cette conception de l'État dans la doctrine française a souffert de ce que certains auteurs qui, en raison de leur proximité intellectuelle avec Kelsen, auraient pu l'utiliser, ne l'ont pas fait. C'est en particulier le cas d'Eisenmann, qui n'a pas envisagé l'État comme un ordre juridique relativement centralisé (1), et de M. Troper, qui maintient l'identification du droit et de l'État mais critique durement le critère de la centralisation relative comme spécificité de l'État (2).

1/ Eisenmann et l'État « réel »

Proximité. La proximité entre Kelsen et Eisenmann est connue. Son œuvre a été considérée comme un « kelsénisme en actes »¹²⁷³, le disciple ayant été un « continuateur »¹²⁷⁴ de l'œuvre du maître en France. Ainsi, son importante monographie publiée en 1948 sur la centralisation et la décentralisation¹²⁷⁵ a pu être considérée en 1954 comme « le seul exemple en France d'utilisation intégrale, systématique des thèses normativistes »¹²⁷⁶. Par ailleurs, on considère

¹²⁷⁰ Ce qui est le cas de la plupart de ses disciples de l'École de Vienne : voir M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*

¹²⁷¹ Voir notamment O. Pfersmann, « État et souveraineté », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 45-61 ; O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, t. 28, n°2, 1996.

¹²⁷² J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015 : l'auteur revendique à plusieurs endroits dans sa thèse l'utilisation de la conception kelsénienne de l'État comme ordre juridique relativement centralisé ; seulement, il prend ses distances avec la pensée de Kelsen en de nombreux points, et non des moindres (la théorie de la norme fondamentale ; la théorie de la constitution ; le lien entre constitution, souveraineté et État).

¹²⁷³ C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷⁴ N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009, p. 225.

¹²⁷⁵ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation : esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.

¹²⁷⁶ G. Héraud, « L'influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine », *op. cit.*, pp. 189-190.

que l'auteur a essayé de développer, notamment dans ses cours de droit administratif¹²⁷⁷, une « théorie *normativiste* du droit administratif »¹²⁷⁸.

Divergences. Toutefois, les divergences entre Kelsen et son prétendu disciple sont importantes. Eisenmann rejette par exemple avec force la théorie de la norme de Kelsen. Il critique son approche « territorialiste » qui le conduit à distinguer la validité territoriale de la validité personnelle de la norme. Adoptant un point de vue qu'il qualifie de « personnaliste »¹²⁷⁹, il estime que seule compte la sphère de validité personnelle des normes. Les divergences ne sont pas moins importantes en ce qui concerne l'épistémologie. On sait l'importance que cette thématique pouvait avoir pour Kelsen. Or, Eisenmann « n'a pas prolongé l'œuvre épistémologique de Kelsen »¹²⁸⁰. Il ne partage pas l'ambition épistémologique de son maître et se permet même de le contredire sur certains points de première importance. Eisenmann surmonte ainsi la distinction du *Sein* et du *Sollen* en considérant que le juriste, s'il veut être positiviste, doit s'intéresser aux faits¹²⁸¹. Par ailleurs, le recours à la scolastique amène Eisenmann à réintroduire de la substance alors même qu'il combat les concepts essentialistes de ses collègues administrativistes¹²⁸².

Eisenmann n'a pas non plus été un fidèle kelsénien en matière de théorie de l'État¹²⁸³ et n'a donc pas contribué à la réception en France de la théorie kelsénienne de l'État. Des auteurs avertis ont toutefois estimé qu'Eisenmann avait maintenu la thèse de l'identité de l'État et du droit¹²⁸⁴. Cette affirmation est cependant à nuancer. Car Eisenmann n'a pas livré une théorie générale de l'État. Plutôt que de proposer une étude approfondie du concept d'État, Eisenmann s'est souvent contenté d'une allusion à l'État, donnant avec une remarquable parcimonie des éléments de

¹²⁷⁷ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, [1982], rééd. LGD], 2014.

¹²⁷⁸ N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁷⁹ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 32.

¹²⁸⁰ N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 411.

¹²⁸¹ Voir G. Timsit, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in P. Amssele (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p. 15-29 ; N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 242.

¹²⁸² N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, pp. 41 et s.

¹²⁸³ Voir O. Beaud, « À propos des *Écrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, 2002, pp. 189-200 : « Cette hypothèse d'une véritable autonomie de la pensée "eisenmannienne" par rapport à la pensée kelsénienne est confirmée, de manière éclatante, par l'étude de ses articles sur la théorie de l'État. Là, leurs divergences apparaissent sensibles ».

¹²⁸⁴ N. Chiffot écrit que « la critique kelsénienne du dualisme du droit privé et du droit public, ainsi que celle, indissociable, du dualisme du droit et de l'État, ont été reprises et développées par Charles Eisenmann dans le contexte doctrinal du droit administratif français » : *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, *op. cit.*, p. 51 ; voir également G. Timsit, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », *op. cit.* ; L. Bonnard, *La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann*, *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

définition parfois contradictoires. Sa thèse publiée en 1928 contient des formules ramassées qui s'inscrivent dans la thèse de l'identification du droit à l'État : « l'État, c'est-à-dire de l'ordre juridique, du droit » ou encore « l'État, c'est-à-dire le droit positif »¹²⁸⁵. Dans son ouvrage sur la centralisation et la décentralisation, Eisenmann entend l'État comme une « collectivité publique » et utilise l'expression « État-collectivité »¹²⁸⁶. On retrouve la même hésitation en parcourant l'index de la réédition de ses cours de droit administratif¹²⁸⁷. L'État y est présenté comme « collectivité publique », « la collectivité publique par excellence » ou encore comme « société politique ». Mais Eisenmann considère également l'État sous une acception profondément différente, puisqu'il désigne alors « l'appareil étatique, l'ensemble des "organes publics" »¹²⁸⁸. Eisenmann semble toutefois livrer la clé de lecture de la diversité de ces acceptions, en notant que l'« on ne prend pas garde à la dualité de sens couramment donnée au terme "État" – tantôt la collectivité étatique tout entière, tantôt son appareil gouvernant seulement »¹²⁸⁹. Dans son article « Sur un Traité de l'État moderne » de 1939, Eisenmann distingue ainsi l'« État-collectivité » de l'« État-gouvernement »¹²⁹⁰. Il en revient donc à la distinction qu'était contraint de faire Kelsen entre le concept formel et le concept matériel de l'État, sans pourtant jamais s'y référer. Et si « l'État-collectivité » peut être identifié au droit, « l'État-gouvernement » ne le peut pas. Or, Eisenmann a accordé très peu d'attention à l'État-collectivité. Alors qu'il écrit une longue monographie sur la théorie de la centralisation et décentralisation applicable à tous les « États et autres collectivités politiques »¹²⁹¹, on y chercherait probablement en vain une définition de l'État ou de la collectivité politique. De surcroît, Eisenmann s'attache dans cette monographie à démontrer les failles de la théorie de la centralisation et de la décentralisation de Kelsen. Il dénonce la distinction entre validité territoriale et validité personnelle des normes ; l'insuffisance de l'approche dynamique et l'incohérence de la juxtaposition d'une approche statique et d'une approche dynamique de la centralisation et décentralisation des collectivités politiques. Eisenmann abandonne donc la théorie de la

¹²⁸⁵ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, [1928], rééd. Economica, 1986, p. 11 et 98.

¹²⁸⁶ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 30.

¹²⁸⁷ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*

¹²⁸⁸ *Ibid.*, tome II, p. 17.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, p. 808.

¹²⁹⁰ Ch. Eisenmann, « Sur un Traité de l'État moderne », *APD*, 1939, p. 128.

¹²⁹¹ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 20.

centralisation et décentralisation des ordres juridiques développée par Kelsen, rejetant ainsi l'essentiel de la théorie kelsénienne de l'État.

Au fond, Eisenmann qui développait sa pensée d'abord contre celle de ses collègues, se laissant ainsi imposer ses thèmes de recherche, semble avoir étudié principalement l'Administration. N. Chiffot considère qu'Eisenmann s'est inspiré de la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du droit pour développer une conception formelle de l'Administration assimilée à l'ordre juridique¹²⁹². Toutefois, plusieurs éléments tendent au contraire à montrer qu'Eisenmann aurait bien davantage considéré l'Administration comme un ensemble d'organes administratifs mis en place par l'ordre juridique étatique. Il écrit que « tous les organes administratifs font partie avec l'organe législatif et avec l'organe gouvernant d'un même appareil d'organes – l'appareil gouvernemental d'une même collectivité, d'un même État, institué sur la base et en vertu d'un même ordre juridique, celui dudit État ». Il poursuit en estimant que d'un point de vue transcendant ces trois éléments, « on peut dire que l'ensemble des organes administratifs constitue, aux yeux du juriste, un seul appareil, on peut les rassembler tous sous l'étiquette de l'Administration de l'État, c'est-à-dire de la collectivité étatique »¹²⁹³. Par conséquent, l'Administration est conçue par Eisenmann comme un ensemble d'organes formant l'appareil gouvernemental, donc l'État-gouvernement.

C'est ce que semble confirmer O. Beaud lorsqu'il écrit que l'objet des recherches d'Eisenmann, en matière de théorie de l'État, a d'abord été « l'État "réel" »¹²⁹⁴. C'est également la conclusion que retient finalement N. Chiffot : « pour Charles Eisenmann, ainsi situé dans la lignée de Durkheim ou de Duguit, l'État doit être entendu comme une *chose concrète*, diffuse et complexe à la fois »¹²⁹⁵.

La théorie de l'État est donc bien, outre la théorie des normes et l'épistémologie, un autre domaine dans lequel Eisenmann n'a pas suivi les leçons de son « maître ».

¹²⁹² N. Chiffot écrit que « sa théorie juridique de l'Administration est étroitement inspirée de la conception, prônée par le normativisme, de l'identité de l'État et du droit » : *Le droit administratif de Charles Eisenmann, op. cit.*, p. 21 ; voir également pp. 73 et s.

¹²⁹³ Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif, op. cit.*, p. 192-193.

¹²⁹⁴ O. Beaud, « À propos des *Écrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *op. cit.*, p. 193.

¹²⁹⁵ N. Chiffot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann, op. cit.*, p. 414 ; voir aussi N. Chiffot, « Préface », in Ch. Eisenmann, *Écrits de droit administratif*, Dalloz, 2013, p. 58.

2/ M. Troper et le critère de la centralisation relative

M. Troper fait partie des rares juristes travaillant encore sur le concept d'État. Il a développé une métathéorie de l'État, en décrivant les mécanismes et les présupposés (politiques) des théories traditionnelles de l'État¹²⁹⁶, ainsi qu'une théorie positiviste originale de l'État¹²⁹⁷.

Proximité. La théorie de l'État de M. Troper partage les fondements de la théorie kelsénienne de l'État. Il maintient l'identification du droit et de l'État¹²⁹⁸ et s'accorde avec Kelsen sur l'impossibilité d'un concept d'État qui ne présuppose le concept juridique d'État. Est également maintenue la thèse selon laquelle les trois éléments de définition de l'État (le peuple, le territoire et la puissance publique) renvoient tous les trois à un élément de définition de l'ordre juridique (respectivement la sphère de validité personnelle et territoriale des normes ainsi que l'efficacité de l'ordre juridique). Enfin, M. Troper suit Kelsen lorsqu'il compare le dualisme classique du droit et de l'État au dualisme de Dieu et de la nature. Il ne voit dans l'État de la doctrine dualiste classique que l'hypothèse d'une personnification juridique dont les ressorts sont comparables à ceux d'une « croyance animiste »¹²⁹⁹. Il salue également les mérites de cette identification de l'État et du droit, qui permet notamment de dissoudre le concept d'État de droit en le réduisant à un simple pléonasme.

Divergence. Toutefois, M. Troper s'éloigne de Kelsen lorsqu'il s'agit de préciser la spécificité de l'ordre juridique étatique. Il considère en effet que le critère kelsénien du degré de centralisation de l'ordre juridique comme critère d'identification de l'ordre juridique étatique mène à une impasse. En introduisant le critère de la centralisation de l'ordre juridique, notamment sa dimension dynamique (l'existence d'organes différenciés pour la création et l'application du droit), Kelsen aurait réintroduit un « État *stricto sensu* [...] qui n'est autre que l'appareil d'État et qui coïncide en réalité précisément avec le concept d'État de la doctrine traditionnelle »¹³⁰⁰. M. Troper

¹²⁹⁶ Voir M. Troper, « Préface », *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.* ; P. Brunet, « Michel Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 87-110.

¹²⁹⁷ Pour une présentation critique, voir O. Beaud, « Recension », *RDP*, 1996, pp. 1523-1529 ; O. Beaud, « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique*, 2012, pp. 401-410.

¹²⁹⁸ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*, pp. 141-160.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, p. 148.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 157.

n'a donc pas tort lorsqu'il écrit qu'« un ordre juridique relativement centralisé est celui qui comporte un État au sens étroit » et que « la thèse devient alors : l'État et le droit se confondent toutes les fois qu'il existe un État au sens étroit ». M. Troper estime que l'État *stricto sensu* entendu comme ensemble d'organes vise « un concept qui reste bien distinct du droit ». Dès lors, Kelsen serait « purement et simplement retombé dans la vieille doctrine dualiste, et ses apories », à savoir les liens entre l'État comme appareil d'organes et le droit. On doit admettre avec M. Troper qu'en démontrant l'identité entre l'État-collectivité et le droit alors que les doctrines dualistes réfléchissaient aux liens entre l'État-gouvernement et le droit, Kelsen « a prouvé l'absurdité de questions que personne ne se pose [et] n'a remporté la victoire que sur des fantômes »¹³⁰¹. La critique n'est pas mince, car elle remet en cause rien de moins que le critère de l'État. Si la thèse de l'identification du droit et de l'État est solidement ancrée car découlant directement du monisme kelsénien, la thèse selon laquelle le critère de l'État serait une centralisation relative appréciée d'un point de vue dynamique et statique doit être réévaluée.

Conclusion du Chapitre 4

Il s'agissait dans ce chapitre de poser les bases théoriques du concept d'État qui sera mobilisé pour proposer une typologie des formes d'État à partir d'une approche théorique originale qui est celle du positivisme normativiste. Dans le cadre de cette approche théorique, l'État ne peut être conçu que comme un ordre juridique. L'identification du droit et de l'État constitue en effet une conséquence directe de l'articulation de théories spécifiques de la connaissance et du droit. L'épistémologie criticiste et constructiviste d'inspiration néo-kantienne développée par Kelsen a pour objectif premier de dissoudre les concepts-substance et de révéler les idéologies que ces concepts véhiculent. Appliquée à la pensée juridique, cette épistémologie prend les traits d'une véritable critique de la raison juridique. Les notions personnelles et autres reliquats animistes écartés, il ne reste parmi les objets juridiques que des normes et des ordres juridiques. Parmi les victimes les plus importantes de cette purification de la pensée juridique (réductionnisme radical), on dénombre tous les concepts d'État pensés comme essentiellement différents du droit. Dans le

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 158.

cadre du monisme radical de Kelsen, qui apparaît comme une condition nécessaire pour ériger le droit au rang de véritable science, l'État ne peut être rien d'autre qu'un ordre juridique, puisque le droit n'a qu'une seule nature : la science juridique a exclusivement pour objet le droit, qui s'exprime en termes de normes ou d'ordres juridiques.

Cette théorie de l'État, pourtant proposée par un des juristes les plus importants du XX^e siècle, n'a rencontré qu'un succès très limité. Après avoir contribué à provoquer une importante « Querelle des méthodes et des approches » au sein de la science du droit public dans l'Allemagne de Weimar, cette théorie de l'État a été rejetée par la doctrine allemande, et a même été abandonnée par les disciples de Kelsen. La doctrine française ne pouvait réserver un accueil plus favorable à une conception de l'État découlant d'une théorie du droit qui ne cesse de lui paraître étrangère. Lorsque la pensée de Kelsen commence à être introduite en France, la doctrine juridique tend à se renouveler, mais principalement par la voie de la sociologie et dans le cadre d'une hostilité relativement marquée au « formalisme ». Les premiers auteurs à étudier les travaux de Kelsen sur l'État en France sont Duguit, Hauriou et Carré de Malberg qui, en raison de postulats théoriques par trop éloignés de ceux de Kelsen, s'empresseront de condamner l'identification du droit et de l'État. Par la suite, la diffusion de cette théorie sera entravée par l'abandon progressif de la théorie de l'État comme discipline mais aussi par l'abandon de cette théorie spécifique de l'État par des juristes français pourtant proches de la pensée de Kelsen. L'étude de la réception doctrinale de cette théorie particulière de l'État permet donc de mieux cerner les mécanismes intellectuels qui ont présidé à son élaboration et renseignent sur la pensée juridique française et les différents courants intellectuels qui la font vivre. Enfin, cette réception critique jette la lumière sur des aspects moins nets de la théorie formelle de l'État que propose Kelsen. L'identification du droit et de l'État, plus précisément le postulat selon lequel l'État, dans le cadre de la théorie pure, ne peut être pensé que comme un ordre juridique, semble solidement ancré. En revanche, M. Troper a contribué à mettre en évidence les limites du critère que Kelsen propose pour distinguer l'État des autres ordres juridiques qui, ensemble, forment le droit. Le critère de la relative centralisation, présenté par Kelsen dans un sens statique et un sens dynamique, pose des difficultés dont il ne faut pas sous-estimer l'importance. Car il s'agit du critère même de l'État, et parce que la décentralisation des ordres juridiques constitue le cœur du problème des formes d'État.

Chapitre 5 : Le critère de l'État

« Les controverses juridiques ne sont pas toujours le signe d'une agitation stérile ou le reflet de dissensions inutiles. Certes, bien peu échappent à la longue à ce destin et la science du droit, depuis ses origines les plus lointaines, ne pourrait-elle pas être décrite comme un cimetière de controverses, un entassement d'argumentations, une sédimentation de théories ? »¹³⁰²

V. Constantinesco

Le chapitre précédent avait pour objectif de montrer que dans le cadre de l'approche théorique formelle retenue dans cette étude, l'État, comme tout objet juridique, a une nature purement juridique et s'exprime en termes de normes juridiques ou d'ordre juridique. Par conséquent, la nature de l'État est d'être un ordre juridique.

Cette relativisation de l'État ne conduit toutefois pas nécessairement à sa dissolution complète. L'État n'est qu'un ordre juridique, mais tout ordre juridique n'est pas étatique. La relativisation de l'État ne conduit donc pas à une élimination de l'État dans la théorie pure. Malgré ce que l'on peut lire parfois¹³⁰³, la théorie pure ne condamne pas l'élaboration d'un concept précis et utile d'État¹³⁰⁴, et donc la recherche d'un ou plusieurs critères de l'État. En la matière, la liberté du juriste est importante. Il ne s'agit pas en effet de partir à la recherche de la *véritable* nature de l'État, mais de proposer des éléments permettant d'identifier et de décrire précisément un concept d'État utile à la science juridique. Ces éléments ne sont d'ailleurs pas *donnés*, fût-ce par le droit positif. Carré de Malberg, qui notait avec intérêt que « toute étude du droit public en général et du

¹³⁰² V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, 1974, p. 1.

¹³⁰³ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 11 : l'auteur écrit que selon Kelsen, « la question même de la recherche du critère de l'État est une question métaphysique ou politique, qui n'a pas à être tranchée par les juristes ».

¹³⁰⁴ Tout comme ce que l'on peut considérer comme des théories quantitatives du droit n'empêchent pas l'établissement de classifications.

droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion de l'État »¹³⁰⁵, s'empresse de préciser dès la première note de bas de page de son maître-ouvrage, et afin d'écartier tout risque métaphysique, que la notion d'État ne saurait être pensée *a priori*. Au contraire, toute l'ambition de Carré de Malberg était de *déduire* du droit positif français une certaine conception de l'État. L'erreur consiste alors à confondre deux niveaux de discours. Si le droit positif peut parfois faire intervenir un ou plusieurs concepts d'État, « la théorie générale », dont Eisenmann précise qu'elle « s'élève au-dessus de *chaque* droit positif, non point parce qu'elle prétendrait s'élever au-dessus *du* droit positif, mais au contraire parce qu'elle vise à saisir et comprendre *tout le* droit positif, et même *tout* droit positif »¹³⁰⁶, a ses propres concepts. En tant que concept de la « théorie générale », l'État doit pouvoir être utilisé non pour la connaissance d'un système juridique précis, mais pour celle de tout système juridique existant. Tout concept de théorie générale a donc nécessairement une dimension *a priori*, dans la mesure où le droit positif ne peut être identifié et décrit qu'à l'aune de concepts forgés au préalable par le théoricien, ou plus généralement par « le juriste de doctrine ». La recherche du critère de l'État n'est donc pas une quête métaphysique ni le résultat de l'observation du droit positif¹³⁰⁷. Elle fait partie des questions « purement théoriques »¹³⁰⁸ qu'il n'est pas rare de voir discréditées. Même si toute entreprise de définition doit respecter certaines exigences, relatives notamment à la neutralité et la précision des définitions¹³⁰⁹, le théoricien jouit d'une liberté relativement vertigineuse dès lors qu'il s'agit de proposer des concepts. Contrairement à ce qu'écrit Burdeau, il n'existe pas de « réalité » de l'État¹³¹⁰, constituant « une borne infranchissable à la liberté des constructions théoriques »¹³¹¹. Dans la mesure où « la plus périlleuse de toutes les constructions

¹³⁰⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, p. 1.

¹³⁰⁶ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 5.

¹³⁰⁷ Ni d'ailleurs de « la simple observation de la réalité », comme pouvait le croire Duguit : L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, [1901], rééd., Dalloz, 2003, p. 1.

¹³⁰⁸ Eisenmann note avec intérêt, à propos des questions abstraites (en l'occurrence le problème de la centralisation et de la décentralisation), que « le "sens commun" – qui n'est trop souvent qu'un pseudonyme flatteur de la paresse intellectuelle – est porté à en conclure qu'elles sont – disqualification suprême – "purement théoriques", "pratiquement vaines". Il n'en est rien : celui qui veut les ignorer ne parviendra normalement pas davantage à comprendre vraiment les problèmes pratiques, et d'abord politiques ou législatifs, de la centralisation et de la décentralisation, ni à raisonner juste sur leur solution, que celui qui fait de la prose sans le savoir ne parvient normalement à bien parler ou bien écrire » : Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, p. 6.

¹³⁰⁹ Voir O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 67 et s. ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967.

¹³¹⁰ En l'occurrence, « l'homme en quête d'un moyen de réaliser ses fins temporelles » : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967, p. 160.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 160.

juridiques [est] celle dont l'objet est l'État »¹³¹², il est pour le moins imprudent de s'engager dans cette voie de la recherche du critère de l'État¹³¹³. L'imprudence est toutefois compensée par l'existence d'un chemin balisé. De très nombreux travaux ont déjà proposé des éléments visant à délimiter et préciser le concept d'État tel qu'il doit être envisagé dans le cadre d'une approche théorique formelle. Toutefois, force est de constater que la question du critère de l'État reste problématique au sein même de la théorie pure. Si de nombreuses constructions théoriques ont proposé des réponses à la question du critère de l'État, il nous semble qu'aucune construction ne soit encore parvenue à articuler précisément une certaine théorie de l'État (entendu comme un ordre juridique) et une théorie des formes d'État envisagée comme la centralisation-décentralisation dynamique d'un type particulier d'ordre juridique (Section 1). Autrement dit il s'agit, après avoir analysé les travaux sur les critères de l'État dans le cadre d'une approche formelle, de proposer une autre présentation de l'État comme ordre juridique relativement centralisé, permettant non seulement d'identifier l'État parmi la diversité des ordres juridiques, mais surtout de définir l'État en fonction de ce qui seul distinguera les différentes formes d'État : le degré de décentralisation. Il conviendra donc de proposer une définition stipulative de l'État, celle qui nous semble la plus adéquate pour exposer le problème des formes d'État d'un point de vue formel (Section 2).

Section 1 : Recherche de la spécificité *structurelle* de l'État

Dans le sillage des travaux de Kelsen, il semblerait que deux critères potentiellement cumulatifs aient été présentés comme révélant la spécificité structurelle de l'ordre juridique étatique. Malgré les très fortes critiques adressées au discours classique sur la souveraineté, celle-ci n'a pas été purement et simplement éliminée du discours juridique par les tenants de l'approche

¹³¹² *Ibid.*, p. 156.

¹³¹³ Duguît notait dans l'introduction de son ouvrage sur l'État : « peut-être y a-t-il quelque témérité à publier un livre sur l'État et le droit, quand, depuis des siècles, le problème est étudié sous toutes ses faces et que les plus grands esprits n'ont pu le résoudre » : L. Duguît, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 1 ; Burdeau quant à lui qualifie « d'imprudent » (p. 147) son essai de définition de l'État ; « Et comme l'imprudence, lorsqu'elle est avouée, n'incite nullement au renoncement, mais seulement à rechercher des raisons qui l'absolvent et la garde du mauvais sort, je m'en vais exposer, par arguments sérieux, les motifs qui, à mon sens, justifient la définition de l'État et légitiment la témérité de ceux qui l'abordent » (p. 147) : G. Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, L'État, *op. cit.*

formelle du droit et de l'État. La souveraineté, même relativisée, et au regard des différentes significations proposées, ne saurait toutefois constituer un critère suffisamment précis et adéquat dans le cadre d'une étude ayant pour finalité de dresser une typologie des formes d'État d'un point de vue formel (§ 1). Il en va de même du critère de la centralisation relative telle qu'il est proposé par Kelsen. Si ce critère a l'immense mérite de permettre une approche quantitative de l'État, il souffre de ne pouvoir faire le lien entre la conception de l'État comme ordre juridique et la théorie de la décentralisation des formations juridiques proposée par Kelsen (§ 2).

§ 1 : La souveraineté

L'objectif est de montrer que la souveraineté, dans le cadre d'une approche théorique formelle, ne peut plus être considérée comme le critère spécifique de l'État. Cela pourrait sembler évident, tant *une certaine conception* de la souveraineté a été dénoncée par les positivistes, normativistes en particulier¹³¹⁴. Cependant, la souveraineté n'a pas été éliminée de la plupart des travaux sur le droit et l'État écrits par des auteurs s'inscrivant dans le cadre de l'approche formelle. Si Kelsen s'est efforcé de montrer que la souveraineté est juridiquement un « concept vide »¹³¹⁵, ses travaux réservent toutefois une certaine place à la souveraineté. Fortement relativisée – c'est-à-dire exprimée en rapport à un ordre juridique, la souveraineté semble recouvrir chez Kelsen au moins deux significations. En tous les cas, ces concepts nouveaux de souveraineté ne sauraient constituer un critère satisfaisant dans le cadre d'une approche quantitative des formes d'État (A). D'autres auteurs, proches de la pensée de Kelsen, continuent à considérer la souveraineté comme critère de l'État. Cela résulte alors de constructions théoriques insatisfaisantes pour concevoir les formes d'État (B).

¹³¹⁴ Pour les critiques de Kelsen, voir Chapitre 5.

¹³¹⁵ L'expression a été utilisée par O. Pfersmann dans son intervention au colloque « La fabrique du droit constitutionnel : (ré)interroger les concepts structurants de la science du droit constitutionnel », Aix-en-Provence, 9 juin 2017, intitulée « Quel concept de souveraineté de l'État face aux organisations internationales d'intégration ? ».

A/ Kelsen, ou la souveraineté relativisée

De la critique anti-substantialiste à laquelle Kelsen soumet le concept subjectiviste de souveraineté naissent en réalité deux concepts différents de souveraineté¹³¹⁶ (1). Un concept large et un concept restreint, qui ne constituent pas des critères appropriés de l'État (2).

1/ Les deux sens de la souveraineté

La souveraineté comme indépendance absolue. Kelsen termine son cours sur « les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », donné à l'Académie de droit international de La Haye en 1926¹³¹⁷, en écrivant qu'« il faut, il est vrai, éliminer radicalement l'idée de souveraineté »¹³¹⁸. Cette affirmation doit probablement être lue à l'aune de celle qui ouvre le même cours : la priorité première est d'« éliminer »¹³¹⁹ l'État *en tant qu'être différent du droit*. L'État et la souveraineté sont en effet exemplaires de la critique kelsénienne : les significations traditionnelles, et donc les concepts traditionnels d'État et de souveraineté doivent être éliminés du discours juridique, mais des significations différentes et donc des concepts différents d'État et de souveraineté peuvent être utiles à la pensée juridique. Kelsen note que constitue déjà un « très important progrès » le fait de présenter la souveraineté non plus comme « une qualité d'un organe de l'État, prince ou peuple, mais un attribut de l'État lui-même »¹³²⁰. Plus précisément, dans la perspective kelsénienne qui vise à exprimer tout objet juridique en termes de norme ou d'ordre juridique, la souveraineté ne peut être envisagée que comme « l'attribut d'un ordre juridique »¹³²¹. Kelsen présente alors la souveraineté comme « la propriété d'être un être suprême, un ordre qui ne doit pas sa validité à un ordre supérieur »¹³²². Cette définition de la souveraineté n'est donc pas

¹³¹⁶ De sorte que si Kelsen a rejeté la souveraineté pour préserver les bases pures de sa construction, on peut relever avec D. de Béchillon qu'« en fait, le fossé théorique n'est pas infranchissable, loin s'en faut, et la souveraineté transpire forcément dans la théorie kelsénienne de l'État » : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 142, en note.

¹³¹⁷ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926.

¹³¹⁸ *Ibid.*, p. 326.

¹³¹⁹ *Ibid.*, p. 231.

¹³²⁰ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 581.

¹³²¹ *Ibid.*

¹³²² *Ibid.*

très éloignée de la définition classique, subjective. Seulement, la souveraineté est ici exprimée dans le langage kelsénien, et intervient surtout dans l'étude du problème des rapports de systèmes. Kelsen note que « le problème de la souveraineté est donc naturellement lié à celui des rapports possibles entre deux systèmes normatifs »¹³²³. En l'occurrence, la souveraineté occupe une place importante dans les travaux de Kelsen sur les rapports entre le droit interne et le droit international. C'est l'objet même de son premier cours dispensé à l'Académie de La Haye, mais c'est également dans les parties relatives à ces questions que la souveraineté est envisagée dans son article publié à la *RDP* en 1926, ainsi que dans ses deux ouvrages principaux traduits en français¹³²⁴.

En tant que concept de la théorie des rapports de système, la souveraineté est déterminée par le choix fondamental de Kelsen en faveur non seulement du monisme, mais encore du monisme à primauté du droit international. Si Kelsen montre que juridiquement seule la conception moniste est valable, il revient à chacun de choisir entre monisme à primauté du droit international et monisme à primauté du droit interne. Le choix en faveur de l'une ou l'autre version du monisme résulte en effet de l'opposition entre deux « théories de la connaissance », « philosophies », ou encore deux « conceptions éthico-politiques »¹³²⁵. Dans une régularité remarquable, Kelsen continuera en effet de penser que chaque individu « par suite de dispositions incontrôlables, choisit entre les conceptions du monde et de la vie qui s'offrent à lui et prend ainsi pour lui-même une décision qui reste interdite à la science »¹³²⁶. Kelsen montre que le juriste adoptant une conception subjectiviste du monde est nécessairement conduit à envisager le droit à partir de son droit national, et donc à envisager le droit au prisme du droit étatique. La philosophie subjectiviste mène donc directement au « subjectivisme étatique », dont la conséquence ultime est le « solipsisme étatique »¹³²⁷. Dans cette perspective, le droit étatique prime sur le droit international, et l'État se caractérise par sa souveraineté. En revanche, envisagée au prisme de la philosophie objectiviste¹³²⁸, qui tend à considérer les différents ordres juridiques étatiques comme

¹³²³ *Ibid.*, p. 582.

¹³²⁴ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997 et H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999.

¹³²⁵ Voir H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, pp. 321-324.

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 431.

¹³²⁸ À noter que comme Duguit, Kelsen remarque que la science juridique de son temps oscille entre subjectivisme et objectivisme. Comme chez Duguit, il écrit que la théorie du contrat social a été vaincue. Comme chez Duguit, on lit à

égaux et coordonnés par un ordre juridique répartiteur (le droit international), la souveraineté définie comme attribut de l'ordre juridique suprême, ne peut appartenir qu'au droit international. Pour Kelsen, les différents droits étatiques sont hiérarchiquement égaux et ont leur fondement de validité dans le droit international. Celui-ci, en tant qu'il coordonne les différents ordres juridiques étatiques, est nécessairement supérieur à eux. Seul l'ordre juridique international est alors souverain, en ce sens où il est le seul ordre juridique à ne pas trouver son fondement de validité dans un autre ordre juridique. La souveraineté du droit international s'explique donc chez Kelsen par son choix pour l'objectivisme juridique. Mais il faut bien voir que ce choix est politique. En effet, Kelsen ne manque pas de relever « la supériorité morale de l'objectivisme juridique »¹³²⁹, en montrant que le subjectivisme mène à l'impérialisme alors que l'objectivisme est au fondement du pacifisme. Si Kelsen abandonne la souveraineté de l'État au profit de la souveraineté du droit international, c'est que le dogme de la souveraineté de l'État empêche le développement du droit international. Il écrit dans un important passage de son cours de La Haye de 1926 que « l'idée de la souveraineté de l'État national a fait jusqu'à présent, à tort ou à raison, obstacle à toutes les tentatives pour organiser l'ordre international, pour créer des organes spécialisés pour l'élaboration, l'application et l'exécution du droit international, en un mot pour transformer la communauté internationale, aujourd'hui encore très peu évoluée, en une *civitas maxima*, au plein sens du mot. Et c'est cette organisation du monde en un État universel qui doit être le but ultime, encore lointain d'ailleurs, de tout effort politique ». C'est donc parce que la paix mondiale nécessite un droit international efficace et institutionnellement développé qu'il doit être envisagé comme supérieur aux ordres juridiques étatiques, qui de ce fait ont perdu leur caractère souverain. Dans cette construction, la souveraineté n'est clairement plus le critère de l'État.

La souveraineté comme soumission au seul droit international. Sans renier le monisme à primauté du droit international, Kelsen accepte dans la deuxième édition de la *Théorie pure*¹³³⁰ que les États soient envisagés comme souverains, à condition de définir la souveraineté

propos de la science juridique que « malgré tout, elle est certainement sur la voie d'une conception objectiviste » (sur ce point il n'est pas certain que Kelsen ait vu juste) ; voir L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes », *Giard*, 1927, tiré à part, extrait de la RDP 1927.

¹³²⁹ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926.

¹³³⁰ Au sein des développements sur la primauté du droit international : voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*

comme la soumission au seul droit international¹³³¹. Cette idée est reprise et approfondie par Kunz, élève de Kelsen, dans une série d'articles sur la théorie de l'État fédéral¹³³². Maintenant le monisme international tel que théorisé par Kelsen et Verdross, Kunz opère une distinction entre les « conceptions juridiques présupposées » et les « conceptions du *contenu* d'un ordre juridique »¹³³³. La souveraineté comme indépendance absolue, c'est-à-dire la caractéristique d'un ordre juridique dont la validité ne dépend d'aucune autre norme positive, ne pouvant appartenir qu'au seul droit international, est pour Kunz une « conception présupposée ». En revanche, en tant que concept de droit positif, la souveraineté peut être envisagée comme relative, et signifier la soumission au seul droit international. Pour Kunz, c'est bien ce critère de la souveraineté relative qui permet d'identifier l'État. Plus précisément, Kunz distingue entre l'« État au sens du droit international » et l'« État au sens du droit constitutionnel ». Alors que la dernière catégorie recouvre les États fédérés donc non souverains, la première correspond aux États souverains. Dès lors, comme soumission au seul droit international, la souveraineté peut de nouveau être envisagée comme un critère de l'État. Mais un critère qui se révèle inadapté.

2/ Un critère inapproprié

Un critère trop restrictif ou trop large. Il ressort de ces éléments sur les deux conceptions de la souveraineté généralement défendues dans le cadre de la théorie pure qu'elles ne permettent pas d'identifier précisément l'État. La souveraineté comme indépendance absolue, comme spécificité d'un ordre juridique suprême, permet seulement d'identifier l'ordre juridique international dès lors que l'on se place dans le cadre du monisme international. Ce concept de souveraineté, qui est le plus solidement ancré dans le normativisme kelsénien, ne permet donc pas

¹³³¹ Sur ce point, voir O. Pfersmann, « État et souveraineté », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, 21^{ème} éd., 2018, pp. 45 et s.

¹³³² J. Kunz, « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *op. cit.* On trouve par ailleurs des idées similaires dans la thèse de M. Mouskhély sur l'État fédéral (*La théorie juridique de l'État fédéral*, thèse Paris, Pedone, 1931). Il reprend l'idée de Jellinek selon laquelle la souveraineté réside essentiellement dans la « compétence de la compétence », ou le « droit de déterminer librement sa propre compétence » (p. 53). L'auteur en déduit que la souveraineté n'appartient qu'au droit international. Les États possèdent seulement un « droit de décider "en dernier ressort" », mais seulement dans les limites fixées par le droit international – prérogative qui appartient par ailleurs à « d'autres organisations humaines [...] qui dans leur sphère d'activité propre, ont aussi la compétence exclusive » (p.72).

¹³³³ *Ibid.*, p. 840.

d'identifier l'État. En ce qu'il ne concerne que l'ordre juridique international, ce concept est trop restrictif pour rendre compte de la spécificité de l'ordre juridique étatique. Le deuxième concept de souveraineté, comme indépendance relative – la soumission au seul droit international –, est quant à lui trop large. En effet, si la place des États dans la hiérarchie des ordres juridiques est effectivement située en dessous du droit international, il en va également d'autres types d'ordres juridiques. Les organisations internationales par exemple, dont le rôle est de plus en plus important notamment dans la production du droit international public, peuvent également être considérées comme soumises au seul droit international¹³³⁴. Les organisations internationales sont en effet régies par des traités soumis aux principes généraux du droit international public. Ainsi, l'État n'est plus le seul « ordre juridique partiel immédiat au droit international »¹³³⁵. Le concept de la souveraineté relative est donc trop large pour constituer un critère pertinent pour l'identification de l'État.

Un critère statique et hiérarchique. Le deuxième reproche que l'on peut formuler à l'encontre de la souveraineté comme critère de l'État, outre son caractère trop restrictif ou trop large, est qu'elle relève essentiellement d'une lecture statique et hiérarchique. Une approche statique tout d'abord, dans la mesure où la souveraineté comme indépendance absolue ou comme indépendance relative a trait à la validité des normes, au droit tel qu'il est et non au droit tel qu'il se crée¹³³⁶. La souveraineté renseigne alors sur le fondement de validité d'un ordre juridique : le fondement de validité de l'ordre juridique international n'est pas une norme positive (précisément parce qu'il s'agit d'un ordre suprême), alors que le fondement de validité des ordres étatiques réside dans le droit international. Cette donnée est importante mais renseigne finalement assez peu sur la *structure* de l'ordre juridique étatique. La souveraineté ressort donc très amoindrie de l'optique kelsénienne. La conception traditionnelle, subjective, est éliminée car inconcevable dans l'approche anti-substantialiste et formelle de Kelsen. La souveraineté, à travers ses deux significations, n'est plus qu'un outil permettant de rendre compte du caractère hiérarchique du monisme kelsénien. Il

¹³³⁴ Voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.

¹³³⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 327.

¹³³⁶ Le problème de la souveraineté de l'État est par exemple traité dans le chapitre 2 intitulé « La validité de l'ordre étatique (statique) », dans H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926.

s'agit donc d'un concept statique et hiérarchique incapable de rendre compte de la spécificité de l'État, et trop éloigné de la perspective dynamique qui est celle des formes d'État.

B/ La souveraineté sauvée ?

Plusieurs auteurs adoptant une approche formelle du droit ont proposé des constructions dans lesquelles l'ordre juridique étatique continue à être caractérisé par la souveraineté (1). Pour intéressantes qu'elles soient, ces propositions engendrent des conséquences qui nous empêchent de les reprendre (2).

1/ Le maintien de la souveraineté comme critère de l'État

La souveraineté structurellement liée à l'État. J.-Ph. Derosier propose dans sa thèse une intéressante reconstruction des liens entre l'État et la souveraineté. L'auteur revendique dès l'introduction de son ouvrage une « méthode d'analyse circonscrite : le normativisme »¹³³⁷. Elle lui permet de définir le droit comme un « ordre juridique », un « ensemble de normes hiérarchiquement organisées » et de parvenir à des conclusions « strictement juridiques »¹³³⁸. Toutefois, l'auteur n'hésite pas à prendre ses distances par rapport à des éléments fondamentaux de la théorie pure de Kelsen. La théorie de la norme fondamentale est ainsi écartée, tout comme les conclusions sur la souveraineté auxquelles Kelsen est parvenu en étudiant les rapports de système. Il écrit ne pas avoir repris les travaux de Kelsen sur la souveraineté, « car ce dernier, défendant une construction purement moniste des rapports de systèmes, soutient qu'il n'est pas possible que la validité d'un ordre juridique, même étatique, ne puisse pas être déduite d'un autre : il aboutit ainsi à l'inexistence de la souveraineté car admettre le contraire reviendrait à nier l'existence du droit international et des autres ordres juridiques étatiques »¹³³⁹. Or la thèse de J.-Ph. Derosier repose justement sur des concepts d'État, de constitution et de souveraineté très

¹³³⁷ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 516 ; en l'occurrence, la thèse vise à identifier les obstacles contenus dans le droit positif lui-même à l'intégration européenne.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 175.

différents de ceux de Kelsen. L'État est certes présenté comme un ordre juridique, mais plus précisément comme un ordre juridique « autonome »¹³⁴⁰. Il existe donc une « distinction qualitative entre les ordres juridiques étatiques et les autres types d'ordres juridiques »¹³⁴¹, puisque les États sont les seuls à détenir une telle autonomie. Celle-ci est caractéristique de l'État dans la mesure où les ordres juridiques étatiques sont les seuls à reposer sur une constitution. Même s'il annonce retenir un « concept normativiste de constitution »¹³⁴², J.-Ph. Derosier en présente une conception originale. Il reprend la distinction classique entre les dimensions matérielle et formelle et l'idée selon laquelle tout ordre juridique n'a pas nécessairement de constitution formelle, mais considère que la constitution matérielle renvoie à l'idée d'une « constitution au sens conceptuel du terme »¹³⁴³. Dans cette perspective, la constitution est une norme suprême, dont la validité ne repose pas sur un ordre juridique supérieur. Il existe donc un « lien intrinsèque entre État et constitution », et « c'est le concept de constitution qui permet de définir le concept d'État »¹³⁴⁴. La souveraineté vient justement s'immiscer dans ce couple État-constitution. Parmi la diversité des significations possibles de la souveraineté, l'auteur retient en effet celle de la « compétence de la compétence ». La souveraineté est « structurellement liée à l'État » car elle est « structurellement liée à la constitution »¹³⁴⁵. Le lien entre État, constitution et souveraineté peut alors se résumer ainsi : la constitution au sens conceptuel du terme est une norme suprême ; l'État est un ordre juridique suprême car lui seul repose sur une constitution ; « le concept juridique de souveraineté n'est autre que le caractère autonome de l'ordre juridique étatique »¹³⁴⁶ ; donc seul l'État est souverain. Dans cette construction, la souveraineté est bien redevenue la distinction *qualitative* de l'État.

La souveraineté comme discours constitutif de l'État¹³⁴⁷. Une autre construction associant l'État et la souveraineté, s'inscrivant également dans une approche formelle du droit et

¹³⁴⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹³⁴¹ *Ibid.*, p. 19 ; l'auteur précise qu'en introduisant cette différence qualitative, il s'écarte toutefois de certains aspects normativistes des rapports de systèmes », p. 19 et renvoie à O. Pfersmann, « Contre le pluralisme mondialiste, pour un monisme juridique ouvert et différencié » ; l'auteur insiste sur cette différence qualitative de l'État : voir également p. 26.

¹³⁴² J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 20 ; il précise que les États fédérés « n'ont pas de constitution au sens conceptuel du terme », p. 19.

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*

¹³⁴⁶ *Ibid.*, p. 183.

¹³⁴⁷ Sur cette idée, voir aussi plus globalement P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis, « Introduction », in *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 3-13 ; sur la démonstration par M. Troper du lien entre État, souveraineté et hiérarchie des

de l'État, a été proposée par M. Troper. Cette association est le fruit d'un raisonnement en plusieurs étapes. Le point de départ est une relativisation de l'État. Contrairement à ce qu'avaient pu penser les grands théoriciens de l'État du XIX^e siècle notamment, l'État, à défaut d'être un objet réel, n'est qu'un concept. M. Troper écrit qu'il faut continuer à lire ces travaux, « non parce qu'ils rendraient compte d'un objet constitué qui serait l'État, mais en tant qu'ils s'inscrivent dans le processus de production de *notre concept de l'État* »¹³⁴⁸. Outre les théories de la personnalité morale ou de la représentation, la théorie de la souveraineté de l'État fait partie de ces théories juridiques¹³⁴⁹ qui ensemble contribuent à façonner un concept d'État. Dès lors, en tant qu'ensemble des théories juridiques relatives à l'État, « la Théorie générale de l'État n'est pas une théorie qui décrit l'État, mais qui le constitue »¹³⁵⁰. La deuxième étape consiste à reprendre l'identification kelsénienne du droit et de l'État. M. Troper admet en effet l'ensemble des arguments¹³⁵¹ avancés par Kelsen en vue de mettre fin au dualisme traditionnel du droit et de l'État. Toutefois, M. Troper va plus loin que Kelsen en procédant à une fusion totale entre les concepts d'État et de droit. Il assimile complètement ordre juridique et État en considérant que l'existence d'une hiérarchie statique et dynamique soit à la fois ce qui distingue l'ordre juridique des autres types d'ordres normatifs mais soit aussi la caractéristique de l'ordre juridique étatique. M. Troper écrit que « l'ordre juridique ou État est une espèce d'ordre normatif, caractérisé par une hiérarchie dynamique et statique »¹³⁵². Dans un ordre juridique hiérarchisé à la fois d'un point de vue statique et dynamique, une norme est valide lorsqu'elle respecte le contenu et la procédure de production prévus par une norme du système. Pour M. Troper, l'État apparaît dans la France du XVI^e siècle lorsque se met en place un ordre normatif caractérisé par une hiérarchie dynamique et statique¹³⁵³. La dernière étape du

normes : M. Troper, « Structure du système juridique et émergence de l'État, le problème de la définition de l'État », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 17-28.

¹³⁴⁸ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 8, nous soulignons.

¹³⁴⁹ « *sovereignty is a legal theory* », lit-on dans M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », Straus Institute Working Paper, 06/12, p. 30.

¹³⁵⁰ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 7.

¹³⁵¹ Voir Chapitre 4.

¹³⁵² M. Troper, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 194 ; M. Troper, « Structure du système juridique et émergence de l'État, le problème de la définition de l'État », *op. cit.*

¹³⁵³ M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.* : « *I want to test the hypothesis that it is the emergence of the legal system that led to the emergence of the State, so that it is not the State that creates the law but the law that creates*

raisonnement consiste à recourir à une métathéorie de l'État ayant pour objectif « de rechercher la relation entre ce système de principes et de concepts [la théorie générale de l'État] et la structure générale du système juridique »¹³⁵⁴. Les liens entre l'État, la forme juridique et les principes justificatifs sont très clairement exposés dans un extrait qu'il convient de citer dans son intégralité : « la spécificité de l'État par rapport à tous les autres types de pouvoir politique réside dans son rapport à la forme juridique. C'est ce qu'exprime parfaitement Hans Kelsen avec sa fameuse thèse de l'identité de l'État et du droit. Si l'on prend cette thèse au sérieux, on comprend que l'État est le nom que l'on donne au pouvoir politique lorsqu'il s'exerce dans la forme juridique, caractérisée par un mode de justification spécifique. Or, ce qui caractérise la forme juridique, c'est que chaque décision est valide, c'est-à-dire justifiée, si elle peut apparaître comme prise par une autorité habilitée par une autorité supérieure et en application d'une décision de caractère plus général et émanant d'une autorité plus élevée. Le processus de justification est donc lié à la structure même du système juridique, c'est-à-dire, en dépit de la position adoptée par Kelsen dans ses œuvres tardives, à l'existence d'une hiérarchie statique et dynamique »¹³⁵⁵.

Pour justifier le lien entre la hiérarchie des normes et la souveraineté, M. Troper montre qu'à l'instar de la théorie de la *Grundnorm* dans la pensée de Kelsen, la hiérarchie dynamique et statique *présuppose* la souveraineté. Il écrit que « l'existence d'une hiérarchie des normes conduit à l'argument selon lequel il existe un souverain »¹³⁵⁶. En effet, affirmer qu'une norme n'est valide que si elle respecte le contenu et la procédure prévus par une norme supérieure née de la volonté d'un individu conduit à remonter à une autorité dotée d'une volonté suprême¹³⁵⁷. La question de savoir si cette autorité détient *effectivement* une volonté suprême est une question factuelle d'un autre ordre. Par conséquent, « l'État comme forme politique apparaît précisément lorsque les types de

the State », p. 6 ; la même idée est développée dans M. Troper, « Droit constitutionnel et théorie générale de l'État », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, pp. 198-225.

¹³⁵⁴ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 22.

¹³⁵⁵ M. Troper, « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, p. 288.

¹³⁵⁶ M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.* : « *the existence of a hierarchy of norms leads to the argument that there is a sovereign* », p. 42.

¹³⁵⁷ Voir M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.* : M. Troper montre que la hiérarchie des normes qui se met en place à cette époque, contrairement à la théorie de la *Grundnorm*, est basée sur une théorie volontariste de la norme : « *the legal system in 16th century France rests on a very different ontology, inherited from Roman law, that law is an expression of the will* », p. 40.

normes et les relations entre ces normes sont justifiées par le concept de souveraineté »¹³⁵⁸. La souveraineté est donc redevenue la marque de l'État.

2/ Critique de ces propositions

Monisme interne. La démonstration du lien structurel entre l'État et la souveraineté par J.-Ph. Derosier se fait au prix d'un abandon du monisme à primauté du droit international défendu par Kelsen. Même si l'auteur n'en vient pas à nier la juridicité du droit international, sa construction est en réalité une expression d'une lecture moniste interne des rapports de système. Cette proposition doctrinale est donc la conséquence d'un choix philosophique et politique fondamental en faveur du subjectivisme qui, comme l'a montré Kelsen, conduit inmanquablement au solipsisme étatique et à l'affirmation de la souveraineté comme qualité intrinsèque de l'État. J.-Ph. Derosier n'hésite d'ailleurs pas à souligner qu'il existe une différence qualitative entre l'État et les autres ordres juridiques, qui réside précisément dans le caractère autonome donc suprême de l'ordre juridique étatique qui seul repose sur une norme juridique suprême appelée constitution. En ce qu'elle est une conséquence d'une réaffirmation du monisme interne, la théorie proposée par J.-Ph. Derosier visant à redéfinir l'État en fonction de la souveraineté ne nous paraît pas devoir être retenue.

Hiérarchie des normes. La construction de M. Troper est particulièrement habile. Elle montre que la souveraineté est un des principes constitutifs de l'État et justificatifs d'une certaine forme d'exercice du pouvoir politique fondée sur le droit, lequel est caractérisé par l'existence d'une hiérarchie des normes à la fois statique et dynamique. On pourrait toutefois adresser deux critiques, partiellement liées, à cette construction. Tout d'abord, elle conduit à retenir une définition étroite du droit, à laquelle ne satisfont pas, par exemple, le droit romain du temps de la République ou le droit féodal¹³⁵⁹. En revanche, la définition de l'État est probablement trop large, puisque désormais plus aucune distinction n'est effectuée entre les concepts d'État et de droit. La théorie proposée par M. Troper est donc particulièrement séduisante, notamment en raison de la « sociologie de

¹³⁵⁸ *Ibid.*, p. 43 : « *The State as political form emerges precisely when the type of rules and of relations between rules are justified by the concept of sovereignty* ».

¹³⁵⁹ Voir M. Troper, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », *op. cit.*

l'État » qu'elle permet et l'étude du phénomène par lequel les juristes eux-mêmes ont, en forgeant des théories et des concepts, créé leur objet. Toutefois, on a l'impression que cette théorie permet davantage de décrire l'apparition en France du concept moderne d'État que de fournir un concept théorique d'État.

§ 2 : La centralisation relative

En raison de la forte relativisation du concept de souveraineté, désormais inapte à rendre compte de la spécificité de l'État, Kelsen semble avoir avancé un critère différent, à savoir celui de la centralisation relative (A). Ce critère est particulièrement intéressant en ce qu'il tend à exprimer la spécificité de l'État en fonction de son degré de décentralisation. Toutefois, il semblerait que la théorie de la centralisation utilisée pour exprimer le caractère relativement centralisé de l'État ne soit pas la même que celle utilisée par la suite pour exposer l'échelle continue des formations politiques en fonction de leur degré de centralisation. La présentation par Kelsen de l'État comme un ordre juridique relativement centralisé ne permet donc pas d'insérer l'État dans une théorie plus large de la centralisation-décentralisation des formations juridiques (B).

A/ L'État comme ordre juridique relativement centralisé

Il convient de montrer dans quelle mesure la centralisation relative peut être envisagée comme un critère de l'État dans les travaux de Kelsen (1), avant de préciser les critiques qui peuvent lui être adressées (2).

1/ Le critère de la centralisation relative de l'État chez Kelsen

Apparition du critère. Alors que la pensée de Kelsen a par ailleurs connu de nombreuses évolutions¹³⁶⁰, la présentation de l'État comme un ordre juridique relativement centralisé apparaît

¹³⁶⁰ De sorte que plusieurs périodisations ont été présentées : voir not. S. L. Paulson, « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGD], coll. « La pensée juridique », 1997 ; C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, *op. cit.*, pp. 30 et s.

comme une constante dans l'œuvre kelsénienne. Parmi les textes traduits en français ou en anglais, l'idée semble apparaître dès son cours dispensé à La Haye en 1926. On y lit que l'ordre juridique international pourrait être qualifié, non seulement comme une *civitas maxima*, mais comme un véritable « État *stricto sensu* »¹³⁶¹ dès lors qu'il aurait fait l'objet d'un « progrès technique ». Les progrès techniques que Kelsen évoque dans ce texte sont notamment la création d'une « cour de justice internationale » et d'un « parlement mondial »¹³⁶². La même idée est reprise dans sa *Théorie générale du droit et de l'État*, où le droit étatique est défini comme un « ordre juridique relativement centralisé »¹³⁶³, notamment en raison de la centralisation de l'application du droit et « l'institution d'organes judiciaires centraux ayant compétence pour établir le délit et pour ordonner et exécuter la sanction, trait caractéristique d'un ordre juridique constituant un État »¹³⁶⁴. La seconde édition de la *Théorie pure* contient une présentation similaire. Kelsen écrit que « tout ordre juridique n'est pas un État : ni l'ordre juridique pré-étatique des sociétés primitives, ni l'ordre juridique international, supra-étatique ou inter-étatique, ne représentent un État ». Il précise que « pour être un État, il faut que l'ordre juridique ait le caractère d'une organisation au sens plus étroit et plus spécifique de ce mot, c'est-à-dire qu'il institue pour la création et l'application des normes qui le constituent des organes spécialisés ; il faut qu'il présente un certain degré de centralisation »¹³⁶⁵. La centralisation relative caractéristique de l'État est donc un certain degré d'institutionnalisation¹³⁶⁶, un perfectionnement technique de l'ordre juridique.

Par conséquent, Kelsen donne à la centralisation relative de l'État une dimension essentiellement dynamique¹³⁶⁷ : elle est exprimée non pas en termes de domaine de validité des

¹³⁶¹ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 320.

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 373.

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 281.

¹³⁶⁶ Voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 100.

¹³⁶⁷ De sorte qu'un parallèle est établi entre centralisation et division du travail : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* : « Si la notion de division du travail ou spécialisation fonctionnelle signifie que certaines fonctions ne peuvent pas être remplies par n'importe quel individu, et par conséquent pas par tous les individus soumis à l'ordre normatif, mais seulement par des individus déterminés présentant certaines qualités définies par cet ordre et, si précisément en raison de ces données, la fonction est considérée comme relativement centralisée, division du travail (spécialisation) et centralisation relative coïncident. Dans le langage usuel, seules les fonctions relativement centralisées sont attribuées à la collectivité, seuls les organes relativement centraux sont qualifiés d'organes de la collectivité, seules des collectivités relativement centralisées sont qualifiées de collectivités "organisées" », p. 160 ; H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.* : « L'indépendance juridique du parlement à l'égard du peuple signifie que le principe démocratique est, dans une certaine mesure, remplacé

normes (statique), mais en termes de création, d'application et de sanction des normes (dynamique)¹³⁶⁸. Certains lecteurs de Kelsen donnent toutefois une présentation dynamique et statique du caractère relativement centralisé de l'État¹³⁶⁹. O. Pfersmann écrit que l'État peut être qualifié de « système juridique relativement centralisé, car toutes les règles générales, toutes les normes concernant l'application des normes générales aux cas particuliers ainsi que tous les actes d'application peuvent en dernier lieu être reconstruits comme émanant d'un principe unique »¹³⁷⁰. M. Troper quant à lui présente le caractère relativement centralisé de l'État en combinant des éléments institutionnels et normatifs. Il écrit en effet que pour Kelsen, certains ordres juridiques sont centralisés lorsque « des organes spécialisés, tels un parlement, un gouvernement, un système de juridictions, ont un monopole dans la création des normes les plus générales, valides pour l'intégralité de la population, sur l'intégralité du territoire et dont les destinataires sont les individus eux-mêmes. En revanche, d'autres ordres juridiques à l'instar de l'ordre juridique international, sont décentralisés dans la mesure où les normes sont créées, interprétées et appliquées par les destinataires eux-mêmes »¹³⁷¹. Il nous semble toutefois que Kelsen, dans le cadre de l'introduction de la dimension dynamique dans sa théorie du droit à partir de la publication de l'*Allgemeine Staatslehre* en 1925¹³⁷², présente la centralisation relative de l'État surtout comme une institutionnalisation avancée de l'ordre juridique. Avec pour objectif, encore une fois, de remettre en cause la différence de nature entre le droit interne (l'État) et le droit international.

Centralisation et droit international. Tout comme la souveraineté, le caractère relativement centralisé de l'État est envisagé par Kelsen dans le cadre de ses développements sur les rapports de système, autant dire lorsqu'il s'agit d'affirmer la nature pleinement juridique du droit international. La centralisation relative du droit étatique est alors un outil permettant de

par celui de la division du travail. Prétendre que le parlement "représente" le peuple est une fiction qui sert à masquer le glissement d'un principe à un autre », p. 341.

¹³⁶⁸ Le critère de la centralisation relative est présenté dans sa seule dimension dynamique dans M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 141-160.

¹³⁶⁹ Voir X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, pp. 100 et s.

¹³⁷⁰ O. Pfersmann, « État et souveraineté », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, p. 49.

¹³⁷¹ M. Troper, « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *op. cit.*, où l'auteur présente les deux éléments liés : « *Some legal orders are centralized, i.e. specialized organs, such as a parliament, an executive, a system of courts, have a monopoly of the production of the most general norms, that are valid for the entire population, on the entire territory, and whose addressees are the subjects, whereas others, like the international legal order, are decentralized because the norms are produced, interpreted and applied by the addressees themselves. Thus, the French or the German legal order are states, but the international legal order is not* », p. 5.

¹³⁷² Grâce notamment aux travaux de ses élèves Merkl et Verdross.

reconnaître à la fois la juridicité que le caractère primitif du droit international. Dans le cadre du monisme kelsénien, le droit international a effectivement une pleine juridicité, puisqu'il constitue même le fondement du droit étatique. Seulement, il s'agit d'un « droit primitif »¹³⁷³ justement en raison de l'inexistence ou de la rareté d'organes spécialisés dans la création, l'application ou la sanction du droit. Il écrit que c'est parce que le droit international « n'institue pas d'organe spécialisé pour la création et l'application de ses normes [qu'il] se trouve encore dans un état de décentralisation extrêmement poussée »¹³⁷⁴. Le droit international public demeure encore un droit principalement créé et appliqué par les destinataires mêmes de ce droit. Kelsen notait toutefois dès les années 1960 qu'un phénomène d'institutionnalisation était à l'œuvre « au sein de collectivités de droit international particulières », tendant « vers la formation d'une juridiction internationale »¹³⁷⁵.

Il ressort de ces éléments que la centralisation relative selon Kelsen constitue un critère relativement fruste de l'État. Il sert principalement (et seulement) à rendre compte de la seule différence d'institutionnalisation entre le droit étatique et le droit international. L'idée de la centralisation relative comme critère de l'État est donc prometteuse, mais n'est pas à l'abri de critiques.

2/ Critique du critère de la centralisation relative selon Kelsen

Le moins que l'on puisse dire est que la présentation de l'État comme un ordre juridique relativement centralisé a connu un succès très faible. À propos du critère de la centralisation relative, O. Beaud note que son « caractère flou laisse mal augurer du progrès scientifique qu'il représenterait »¹³⁷⁶. La critique de M. Troper est plus dure, puisqu'il estime que l'introduction du critère de la centralisation relative pose davantage de problèmes qu'il n'en résout. Car en introduisant le critère de la centralisation relative, donc l'existence au sein de l'ordre juridique d'un ensemble d'organes spécialisés dans la création, l'application et la sanction du droit, Kelsen aurait

¹³⁷³ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 375.

¹³⁷⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 313.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 318.

¹³⁷⁶ O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 15.

introduit, d'après M. Troper, un concept d'État *stricto sensu* problématique. En effet, c'est bien ce concept d'État que la doctrine traditionnelle envisage lorsqu'elle étudie les rapports entre l'État et le droit. En montrant que l'État comme ordre juridique global, donc le concept formel et large d'État, se confond avec le droit lorsqu'il existe un concept d'État au sens strict, Kelsen « n'a remporté la victoire que sur des fantômes » en prouvant « l'absurdité de questions que personne ne se pose »¹³⁷⁷. Pour M. Troper, l'idée de l'identification du droit et de l'État est pertinente, mais le critère de la centralisation relative ne permet pas d'en rendre compte de façon précise. En réintroduisant, par le biais du critère de la centralisation relative, un concept d'État *stricto sensu* dans le discours juridique, Kelsen laisse entier le problème du rapport entre le droit et l'État, que la doctrine traditionnelle envisage comme l'État *stricto sensu* de Kelsen¹³⁷⁸.

Ces deux critiques sont justifiées. Kelsen n'a probablement pas pensé la centralisation relative comme le critère unique rendant compte de la spécificité de l'État. La présentation de la centralisation relative est donc relativement inaboutie. Cette centralisation semble surtout avoir été avancée par Kelsen pour ramener à une simple différence de degré (d'institutionnalisation, de technicité) la différence de nature que la doctrine traditionnelle croit percevoir entre le droit interne et le droit international. Le caractère relativement centralisé de l'État reste dès lors quelque peu imprécis dans les travaux de Kelsen – ce que souligne la critique d'O. Beaud –, et M. Troper relève avec raison les difficultés soulevées par l'introduction de ce critère inabouti. Toutefois, une critique plus importante que l'on peut adresser dans le cadre de cette étude à la présentation kelsénienne du critère relativement centralisé de l'État réside dans le fait qu'elle ne correspond pas à la théorie que propose Kelsen de la centralisation et de la décentralisation des ordres juridiques. Kelsen propose donc un critère de l'État qui permet certes de le distinguer de l'ordre juridique international, mais pas de le situer dans la « série rigoureusement continue »¹³⁷⁹ des formations juridiques. Autrement dit, le critère permettant de ranger ces formations juridiques en fonction de leur degré de décentralisation n'est pas celui qui permet de rendre compte du caractère relativement centralisé de l'État.

¹³⁷⁷ M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, pp. 141-160.

¹³⁷⁸ Voir *supra* : Kelsen fait la distinction entre les concepts formel et matériel d'État, et montre que seul compte le concept formel.

¹³⁷⁹ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 619.

B/ L'État et la théorie de la centralisation-décentralisation des ordres juridiques

Au sein de la théorie pure de Kelsen, la théorie de la centralisation-décentralisation occupe une place importante (1). Elle ne permet pourtant pas d'identifier précisément l'État, alors même que celui-ci se distinguerait par son caractère relativement centralisé (2). Par conséquent, des présentations très différentes sont faites en doctrine de l'État comme ordre juridique relativement centralisé (3).

1/ Une théorie statique et dynamique de la décentralisation des ordres juridiques

Statique. La distinction entre l'approche statique et l'approche dynamique, qui traverse toute la théorie pure¹³⁸⁰, se retrouve au niveau de la théorie kelsénienne de la centralisation-décentralisation des ordres juridiques¹³⁸¹. Dès l'article paru à la *RDP* en 1926 et jusqu'à la seconde édition de la *Théorie pure*, le problème de la décentralisation est présenté sous ce double aspect. Kelsen écrit que « les problèmes liés à la centralisation et à la décentralisation ont trait aux sphères de validité des normes juridiques et aux organes qui créent et appliquent ces normes »¹³⁸². Kelsen précise que la théorie statique du droit « envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur »¹³⁸³. Dans cette perspective, la décentralisation est présentée en fonction du domaine de validité des normes. Ce domaine de validité est envisagé dans la plupart des travaux de Kelsen sur la décentralisation en termes de validité territoriale¹³⁸⁴. Il précise toutefois dans la *Théorie générale du droit et de l'État* que si le problème de la décentralisation fait traditionnellement référence à une différenciation de sphères de validité territoriale des normes, rien n'interdit de

¹³⁸⁰ Sans que la distinction soit toujours facile à suivre : voir D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996, p. 33.

¹³⁸¹ Voir Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948, pp. 133 et s. : l'auteur écrit que Kelsen a d'abord envisagé le problème de la centralisation et de la décentralisation uniquement comme un problème de statique juridique, avec de considérer dans son *Allgemeine Staatslehre* de 1925 qu'il y avait également, mais en seconde position, une dimension dynamique. Les deux dimensions seraient mises au même niveau dans la *General Theory of Law and State* (dont la traduction française paraîtra en 1997).

¹³⁸² H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 352.

¹³⁸³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁸⁴ C'est le cas dans H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.* ;

prendre en compte le domaine de validité personnelle des normes¹³⁸⁵. Dans cette perspective statique et territoriale, une norme est considérée comme centrale lorsqu'elle est valide sur l'ensemble du territoire de l'ordre juridique. En revanche, sont considérées comme des normes locales ou non centrales « celles qui ne valent que sur certaines portions du territoire »¹³⁸⁶. Symétriquement, une norme est dite centrale d'un point de vue statique et personnel dès lors qu'elle est valide pour toutes les personnes vivant sur le territoire de l'État, et locale lorsqu'elle ne s'applique qu'à une partie de cette même population. Alors que les normes centrales forment ensemble « l'ordre juridique central », les normes locales ayant un même domaine de validité (territorial ou personnel) forment des ordres juridiques partiels. Ces derniers forment avec l'ordre juridique central des communautés partielles de « la communauté juridique totale, l'État »¹³⁸⁷. Il reste alors à déterminer comment apprécier le degré de décentralisation de cette communauté juridique totale. Il est évident en effet qu'« il y aura décentralisation dès lors que, sur une partie au moins du territoire total, s'appliquent d'autres normes que sur le reste »¹³⁸⁸. L'affirmation selon laquelle le degré de décentralisation dépend de la proportion de normes centrales et de normes locales¹³⁸⁹ n'est pas beaucoup plus précise. Outre cette seule approche quantitative, plusieurs éléments sont avancés par Kelsen pour apprécier le degré de décentralisation, tels que la place occupée par les normes locales dans la hiérarchie des normes, ou encore la prise en compte des matières régies par des normes locales¹³⁹⁰.

Dynamique. L'approche statique de la décentralisation est complétée par une approche dynamique. Dans le cadre de la théorie dynamique du droit, qui « a pour objet le droit en

¹³⁸⁵ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.* : « un ensemble de normes dont la sphère de validité personnelle est identique forment une communauté partielle au sein de la communauté totale, tout comme les normes locales ou centrales d'un ordre juridique constituent des communautés partielles », p. 354.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, p. 353.

¹³⁸⁷ *Ibid.*

¹³⁸⁸ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, t. 28, n°2, 1996, p. 179.

¹³⁸⁹ Affirmation que l'on peut trouver semble-t-il dans H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.* ; également H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.* : « Le degré de centralisation ou de décentralisation est indiqué par le nombre et l'importance relatifs des normes centrales et des normes locales », p. 355.

¹³⁹⁰ Voir not. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 355 : « Le degré quantitatif de centralisation et de décentralisation dépend en premier lieu du nombre de degrés hiérarchiques que compte l'ordre juridique ; il dépend en second lieu du nombre et de l'importance des domaines régis par des normes centrales ou locales ».

mouvement, le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué »¹³⁹¹, l'approche dynamique s'intéresse non pas au domaine de validité des normes, mais aux organes qui les créent. La perspective dynamique s'intéresse donc au nombre d'organes habilités à créer le droit. Kelsen écrit que « la tendance veut que l'on parle de décentralisation dès lors qu'il existe une pluralité d'organes de création des normes, sans se soucier des sphères de validité territoriales des normes créées par ces organes »¹³⁹². O. Pfersmann précise que « d'un point de vue dynamique, il y aura décentralisation lorsqu'une étape de la concrétisation de l'ordre juridique est confiée à un organe différent de celui auquel l'ordre juridique attribue la production des normes de degré supérieur et plus abstrait, le degré d'autonomie dont bénéficie l'organe de concrétisation pouvant être plus ou moins élevé »¹³⁹³. Dans ce cadre, il y a centralisation pure lorsque toutes les normes tant générales qu'individuelles sont créées et appliquées par un organisme unique¹³⁹⁴, et décentralisation totale lorsque toutes les normes peuvent être créées par tous les individus¹³⁹⁵. Comme l'écrit O. Pfersmann, cet aspect dynamique *peut* s'inscrire dans une dimension territoriale : « on pourra qualifier de décentralisation un mode de concrétisation territorialement déterminé et attribué à un (ou plusieurs) organe(s) disposant d'une forte autonomie et désigné selon une procédure (pour certains d'entre eux au moins indirectement) démocratique »¹³⁹⁶. Mais on doit constater avec Eisenmann que Kelsen aborde principalement la décentralisation dynamique sans référence à la division territoriale de l'État. Eisenmann écrit même que « l'élément dynamique que retient Kelsen nous semble n'avoir en lui-même rien du tout à voir avec le problème de la centralisation et de la décentralisation », dans la mesure où il ne s'intéresse qu'au « nombre des organes étatiques créateurs de normes, purement et simplement, – leur unité ou leur pluralité, sans autre

¹³⁹¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁹² H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 358.

¹³⁹³ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 179.

¹³⁹⁴ Situation qu'Eisenmann appelle la « pleine autocratie individuelle » : Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 135.

¹³⁹⁵ Voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 305.

¹³⁹⁶ O. Pfersmann, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *op. cit.*, p. 179 ; l'auteur précise qu'« il s'agit en vérité d'un cas particulier de décentralisation statique et dynamique selon une méthode particulière (démocratique) ; pourtant cette forme particulière de décentralisation est parfois considérée comme la décentralisation en tant que telle ».

spécification, donc sous un rapport quelconque »¹³⁹⁷. Par conséquent, la théorie dynamique de la décentralisation¹³⁹⁸ doit être clairement dissociée de la théorie statique. Kelsen lui-même écrit que « les concepts statique et dynamique de centralisation et de décentralisation sont totalement dissemblables »¹³⁹⁹. Pour Eisenmann, il y a une « indépendance totale »¹⁴⁰⁰ entre les problèmes que traitent respectivement la théorie statique et la théorie dynamique de la décentralisation : la division territoriale de l'ordre juridique contre sa division matérielle. Il s'agit de « phénomènes radicalement hétérogènes »¹⁴⁰¹.

Quel critère pour exprimer le degré de décentralisation d'une formation juridique ?

Il ressort de ces éléments que Kelsen ne livre pas « une » théorie de la décentralisation, mais bien comme le souligne Eisenmann une « théorie "dualiste" »¹⁴⁰² de la décentralisation. Pourtant, il est bien connu que Kelsen considère qu'il n'existe aucune différence de nature entre les différents ordres juridiques, seulement des différences de degré. Celles-ci se résument à une simple différence de décentralisation. Kelsen écrit dès 1926 que « l'idée de décentralisation se révèle comme le principe fondamental d'organisation des différentes communautés juridiques » et apparaît comme le principe qui « fonde la diversité des formations juridiques : elle est la loi qui permet de les ordonner toutes en une série rigoureusement continue, qui, commençant à la simple communauté du contrat de droit civil, aboutit insensiblement, à travers l'association, la commune, la province, l'État-membre, l'État fédéral, l'État unitaire, les unions d'États, ou la communauté du traité international, à la communauté internationale universelle »¹⁴⁰³. C'est ainsi une « échelle de la décentralisation »¹⁴⁰⁴ qui permet de ranger les différentes formations juridiques. Il reste alors à déterminer de quel critère de décentralisation il s'agit. La réponse n'est pas évidente dans la mesure où Kelsen livre une double théorie de la décentralisation. Et ce d'autant plus que c'est également

¹³⁹⁷ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 135 ; Eisenmann écrit que « cette donnée de l'unité ou de la pluralité des organes ne concerne la centralisation et la décentralisation des collectivités que dans la mesure où elle se lie au règlement de la compétence personnelle des organes », p. 136.

¹³⁹⁸ Théorie qui permet à Kelsen de définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, mais qui n'est cependant pas celle qui est au fondement de la distinction démocratie/autocratie.

¹³⁹⁹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 359.

¹⁴⁰⁰ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁰³ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 619 ; idée que l'on retrouve dans H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, pp. 247 et s.

¹⁴⁰⁴ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 1406.

une certaine décentralisation qui permet, selon Kelsen, d'opérer la distinction entre les différentes « formes d'État »¹⁴⁰⁵. Il écrit en effet que « par l'expression "forme" de l'État, au sens où l'on parle couramment de république et de monarchie comme de formes différentes de l'État, il faut entendre la méthode particulière selon laquelle est créé le système étatique, le droit »¹⁴⁰⁶. La république, ou démocratie, et l'autocratie se distinguent en fonction de la participation des destinataires des normes à la production de ces dernières. Cette participation constitue donc « le critérium des diverses formes politiques »¹⁴⁰⁷. Ce critère relatif à la participation des destinataires des normes à leur production relève donc d'une approche dynamique¹⁴⁰⁸, et on peut considérer que la démocratie correspond à un mode de production décentralisé du droit alors que l'autocratie s'apparente à une production centralisée¹⁴⁰⁹.

Il semblerait toutefois que Kelsen envisage la diversité des formations juridiques en fonction certes de leur degré de décentralisation, mais plus précisément en fonction d'une décentralisation dynamique et territoriale. Les différentes formations juridiques s'organisent donc sur « l'échelle de la décentralisation »¹⁴¹⁰ en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif.

¹⁴⁰⁵ Notons que les expressions retenues par le traducteur (Eisenmann) des principaux travaux de Kelsen varient : concernant la distinction entre autocratie et démocratie, sont ainsi utilisées « formes de l'État » ou « formes politiques » (H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*), « formes d'État » ou « formes de gouvernement » (H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*), « formes politiques » ou « formes de gouvernement » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*).

¹⁴⁰⁶ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 636.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.* ; on lit même que « si l'on admet que tout groupe social est constitué par un système de règles, le rôle de ceux qui y sont soumis dans leur création peut servir de critérium de toutes les formes sociales en général, et non pas des formes politiques seules. On pourrait même montrer, en approfondissant davantage, qu'on trouve ici le critérium décisif de toutes les formes juridiques, le principe de la classification essentielle de tous les faits de création du droit », p. 637.

¹⁴⁰⁸ Voir O. Jouanjan, « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010 : « On connaît la thèse célèbre de Kelsen selon laquelle l'État ne peut être conçu que comme un ordre juridique (relativement centralisé) [...]. Mais il ne faut pas oublier que l'ordre juridique dont il s'agit ne doit précisément pas être entendu comme un ordre statique, mais comme un ordre dynamique : l'État est donc un ordre de production de normes juridiques. La démocratie est une certaine forme de l'État, une forme spécifique de production d'un ordre juridique fondée sur l'idée de la liberté comme autonomie. On comprend qu'il n'y ait que deux types de formes d'État pour Kelsen », p. 41 : la démocratie (dont le principe est l'autonomie) et l'autocratie (qui a pour principe l'hétéronomie).

¹⁴⁰⁹ Voir H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, sur les liens entre « formes d'organisation » et « formes de gouvernement » : d'un point de vue dynamique, Kelsen note que « la démocratie peut être définie comme une méthode décentralisée de création des normes juridiques », p. 359, et l'autocratie comme un mode de création centralisé ; en revanche, il n'y a pas de lien au niveau statique, seulement une « tendance immanente » à la centralisation statique pour l'autocratie et à la décentralisation statique pour la démocratie ; « La décentralisation statique entraîne la décentralisation dynamique, la décentralisation dynamique implique un transfert de pouvoir de l'autocrate à son représentant et, par conséquent, à un affaiblissement du principe autocratique », p. 360.

¹⁴¹⁰ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 365.

Cette échelle comprend notamment l'État ne connaissant que la « décentralisation administrative » (que la doctrine française appelle traditionnellement déconcentration), l'État composé de provinces autonomes (bénéficiant d'une certaine autonomie législative), l'État fédéral (dont les entités fédérées bénéficient d'une certaine autonomie constitutionnelle), la Confédération d'États (qui est une « union d'États purement internationale »¹⁴¹¹).

Cette théorie de la continuité des formations juridiques qui ne diffèrent qu'en fonction de leur degré de décentralisation est particulièrement intéressante, mais ne correspond pas à la double théorie de la décentralisation des ordres juridiques que présente par ailleurs Kelsen. Cette double théorie tient compte du domaine de validité des normes (statique) ou du nombre d'organes créateurs de normes (dynamique), alors que la décentralisation retenue pour rendre compte de la diversité des formations juridiques prend en compte la distribution du pouvoir normatif au sein de la formation juridique (décentralisation dynamique territoriale). L'appréciation d'Eisenmann de ces théories est significative. Car si l'on se souvient qu'il rejette en bloc la double théorie de la décentralisation de Kelsen, Eisenmann rejoint très largement les vues de Kelsen en ce qui concerne la constitution des types de collectivités en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif. La preuve sans doute qu'il ne s'agit pas dans les deux cas de la même décentralisation : une théorie de la décentralisation « dualiste » contradictoire et insatisfaisante contre une théorie de la décentralisation dynamique et territoriale. Cette distinction est problématique, puisque la théorie de la décentralisation qui servait à définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, ne permet pas de la situer dans l'échelle de la décentralisation des formations juridiques, organisée en fonction d'une théorie de la décentralisation différente.

2/ Une théorie de la décentralisation des formations juridiques sans État

Rattachement par Kelsen. Kelsen ne manque pas de souligner que l'État, en tant qu'objet juridique, ne peut être envisagé que comme un ordre juridique et s'insère dès lors automatiquement dans la continuité des formations juridiques. Il écrit que « l'État n'échappe pas à cette position de

¹⁴¹¹ *Ibid.*, p. 367.

chaînon intermédiaire d'une série de formations juridiques, rigoureusement continue et aux transitions insensibles »¹⁴¹². Sa définition de l'État comme un ordre juridique *relativement centralisé* a justement pour objectif de situer l'État dans la « série rigoureusement continue » des formations juridiques.

Deux théories dynamiques. La définition de l'État comme ordre juridique relativement centralisé s'inscrit dans le cadre de la théorie dualiste de la décentralisation : statique (domaine de validité des normes) et une certaine dynamique (nombre des organes créateurs de droit). En revanche, la théorie de l'échelle de la décentralisation repose sur une théorie dynamique territoriale de la décentralisation, qui diffère donc de la théorie dynamique « générale » de la décentralisation des ordres juridiques. Cette théorie « particulière » de la décentralisation, comme mode de concrétisation territoriale de l'ordre juridique, prend en compte la distribution du pouvoir normatif ainsi que les différents étages de la hiérarchie des normes.

De cette distinction entre deux approches différentes de la décentralisation naît un problème important : la définition kelsénienne de l'État comme ordre juridique relativement centralisé ne permet pas de situer précisément l'État au sein de l'échelle de la décentralisation. On voit certes au sein de cette échelle ce qui permet de distinguer l'État fédéral de la Confédération d'États par exemple. Mais Kelsen définit l'État en fonction d'une théorie critiquable car duale de la décentralisation qui finalement ne dit pas grand-chose sur la distribution territoriale du pouvoir normatif. Par conséquent, Kelsen ne définit pas l'État en fonction d'une théorie de la décentralisation dynamique et territoriale. Des incompatibilités entre ces deux approches de la décentralisation découlent des présentations de l'État comme « ordre juridique relativement centralisé » imprécises et insatisfaisantes.

¹⁴¹² H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *op. cit.*, p. 261, nous soulignons ; Kelsen précise que seule la souveraineté de l'État, entendue comme une « communauté absolument suprême » est susceptible de constituer la « différence radicale » de l'État.

3/ Situer l'État dans le « chaînon » des formations juridiques

Les travaux de J.-Ph. Derosier et Ch. Leben sur l'État comme ordre juridique relativement centralisé mettent en évidence les failles de la théorie kelsénienne et le caractère insatisfaisant des modifications apportées à cette théorie par les deux auteurs.

Ch. Leben et « l'État des normes secondaires ». Ch. Leben a eu l'occasion de se confronter à la théorie kelsénienne de l'État à de multiples occasions, notamment lorsqu'il s'agissait de réfléchir à la notion de « *civitas maxima* » dans la pensée de Kelsen¹⁴¹³, à la nature juridique de la Communauté européenne¹⁴¹⁴ ou encore à la notion de contrat d'État¹⁴¹⁵. Il semble être venu à la conclusion selon laquelle « on constate chez Kelsen l'existence d'une triple définition de l'État »¹⁴¹⁶. Selon Ch. Leben, il conviendrait de distinguer dans l'œuvre kelsénienne l'État *largo sensu*, (l'État mondial ou encore *Civitas maxima*), l'État *stricto sensu* (l'État national) et l'État-Administration. Ch. Leben s'est essayé dans ses nombreux travaux à identifier le critère de l'ordre juridique étatique. C'est d'abord dans la notion de souveraineté que l'auteur a cru voir le critère permettant de discriminer l'ordre juridique étatique de l'ordre juridique non étatique. Cela ressort notamment de ses travaux sur la nature juridique de la Communauté européenne et sur la notion de *civitas maxima* chez Kelsen. Ch. Leben estime que le critère de la centralisation de l'ordre juridique, qu'il n'aborde alors que sous l'angle statique, ne permet pas d'opérer la distinction entre ordre juridique étatique et non étatique. S'appuyant sur le cours de Kelsen donné à l'Académie de droit international de La Haye de 1926¹⁴¹⁷, il considère que le caractère « relativement centralisé » n'est pas le propre d'un ordre juridique étatique. Par exemple, l'ordre juridique européen peut être considéré d'après Ch. Leben comme un ordre juridique relativement centralisé d'un point de vue statique dans la mesure

¹⁴¹³ Ch. Leben, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », in C. M. Herrera (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, LGDJ-Bruylant, 2001, pp. 87-98.

¹⁴¹⁴ Ch. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, p. 61 ; Ch. Leben, « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », dans C. Joerges, Y. Mény et J. H. H. Weiler (dir.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity ?*, IUE, 2000.

¹⁴¹⁵ Ch. Leben, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Mélanges Ph. Kahn*, 2000, pp. 119-175.

¹⁴¹⁶ Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », dans *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, vol. I, 2004, p. 154.

¹⁴¹⁷ H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926.

où, au niveau quantitatif, il existe davantage de normes centrales dans l'ordre juridique que forme la communauté européenne que dans un ordre juridique international quelconque. Dès lors, le degré de centralisation statique, évalué au niveau quantitatif, ne permet pas selon Ch. Leben d'identifier l'ordre juridique étatique. Il y aurait en effet non seulement une différence de degré, mais une véritable différence de nature entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique non étatique¹⁴¹⁸. Ce seuil qualitatif est marqué par la souveraineté. Or, Ch. Leben adopte une conception matérielle de la souveraineté pour rejeter le caractère étatique de la Communauté européenne. Il considère en effet qu'un État perdrait sa souveraineté en déléguant ses compétences en matière militaire et diplomatique, ou encore le pouvoir législatif¹⁴¹⁹.

Dans ses travaux ultérieurs, Ch. Leben abandonne cette construction instable qui, pour identifier l'État, combine une approche formelle (un ordre juridique relativement centralisé) et une approche matérielle (la souveraineté comme ensemble de compétences, en l'occurrence la conduite des affaires militaires et diplomatiques). Le critère retenu pour identifier l'ordre juridique étatique devient le seul degré de centralisation. Lorsqu'il traite de la notion de *civitas maxima* dans la pensée de Kelsen, Ch. Leben évoque la possibilité mentionnée par Kelsen de ne réserver la qualification d'État aux seuls ordres juridiques « qui confient l'application des sanctions à des organes spécialisés »¹⁴²⁰, ce qui semble faire référence à une centralisation dynamique. Toutefois, dans un article de la même année, si le même critère de la centralisation est retenu pour identifier l'ordre juridique étatique, cette fois aussi bien la dimension statique que dynamique sont proposées. L'ordre juridique peut être qualifié d'étatique en cas d'existence « d'organes spécialisés pour produire le droit, l'appliquer et le sanctionner » et lorsque les « normes centrales représentent la partie la plus importante de l'ordre juridique total »¹⁴²¹, ce dernier étant composé de l'ordre juridique central et des ordres juridiques partiels. On note que l'évaluation du degré de centralisation statique n'est plus d'ordre quantitatif comme elle pouvait l'être dans les premiers

¹⁴¹⁸ Ch. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 68 ; Ch. Leben, « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *EJIL*, 1998, p. 295 ; Ch. Leben, « Fédération d'États-nations ou État fédéral ? », *op. cit.*, pp. 85-97.

¹⁴¹⁹ Voir Ch. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *op. cit.* ; Ch. Leben, « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *op. cit.* ; Ch. Leben, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *op. cit.*

¹⁴²⁰ H. Kelsen, cité dans Ch. Leben, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », *op. cit.*, p. 94.

¹⁴²¹ Ch. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n°33, 2001, p. 22.

travaux de Ch. Leben sur la théorie kelsénienne des ordres juridiques. Dans un article de 2004¹⁴²² le critère de la centralisation n'est plus que présenté sous son aspect dynamique. Le critère du degré de centralisation est donc relativement malmené dans les travaux de Ch. Leben. Tantôt le degré de centralisation présenté du point de vue statique est insuffisant pour identifier l'État et l'on doit recourir à une conception matérielle de la souveraineté ; tantôt le degré de centralisation devient le critère de l'État mais il est alors présenté du seul point de vue dynamique ou dynamique *et* statique.

Ch. Leben en vient alors à proposer une description originale de ce qu'il considère être le troisième concept d'État dans la doctrine kelsénienne. Il s'agit du concept matériel, appelé « État-Administration »¹⁴²³. On sait que l'existence de ce concept matériel d'État condamne pour M. Troper le critère kelsénien du degré de centralisation de l'ordre juridique étatique. Ch. Leben, reconnaissant la pertinence de ces critiques, propose toutefois de maintenir la dualité entre État-ordre juridique global et État-Administration, au prix d'une redéfinition de ce dernier concept. Affrontant le reproche du « syncrétisme » théorique, Ch. Leben recourt à la « conception hartienne des ordres juridiques » pour redéfinir le concept matériel d'État en « État des normes secondaires » (ou « État-DNS »¹⁴²⁴). Hart distingue en effet les normes primaires qui posent des normes de comportement des normes secondaires qui sont relatives à la création et à l'application des normes primaires. L'État-DNS est compris comme un ordre juridique partiel de l'État-ordre juridique global, et correspond à l'ensemble des normes « qui forment la constitution de l'État, dans un sens matériel et large, *i.e.* l'ensemble des normes déterminant les organes et les procédures de création et d'application des normes primaires »¹⁴²⁵.

Les imprécisions et les évolutions dans les travaux de Ch. Leben sur la théorie kelsénienne de l'État révèlent l'inexistence, au sein de cette théorie, d'un critère précis de l'État. L'originalité

¹⁴²² Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*

¹⁴²³ L'expression, que Ch. Leben attribue à P. Mayer, est utilisée dans Ch. Leben, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Mél. Ph. Kahn*, Litec, 2000, pp. 119-175 et Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, pp. 131-167.

¹⁴²⁴ Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, pp. 160 et s. ; idée déjà évoquée dans Ch. Leben, « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », *op. cit.*, p. 128.

¹⁴²⁵ Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », *op. cit.*, p. 163.

des travaux de Ch. Leben réside surtout dans ses recherches sur ce qu'il appelle « l'État-DNS », autrement dit sur un concept matériel d'État que Kelsen considérerait comme « secondaire »¹⁴²⁶.

J.-Ph. Derosier et le « pouvoir décisionnel ». Les travaux de J.-Ph. Derosier constituent une autre tentative d'utilisation de la théorie de l'État comme ordre juridique relativement centralisé. Nous avons vu que contrairement à Kelsen, J.-Ph. Derosier voit dans la souveraineté une spécificité *qualitative* de l'État¹⁴²⁷. Toutefois, l'auteur reconnaît avec Kelsen¹⁴²⁸ que l'État se caractérise également par son caractère relativement centralisé. S'appuyant sur les travaux de Kelsen, J.-Ph. Derosier expose les dimensions statique et dynamique de la théorie kelsénienne de la décentralisation des ordres juridiques. Sans renier cette théorie, J.-Ph. Derosier estime que le degré de centralisation d'un ordre juridique « s'apprécie en fonction de ce que l'on appellera métaphoriquement le "pouvoir décisionnel" de chacun des ordres juridiques (central et partiels) ». Pour J.-Ph. Derosier, le « pouvoir décisionnel » correspond à la synthèse de trois éléments : le « nombre et [l']importance des normes édictées » par les ordres juridiques partiels, le « mode de production de ces normes » (degré d'autonomie dans la prise de décision) ainsi que « leurs garanties d'effectivité »¹⁴²⁹. En application de ce critère, est relativement centralisé l'ordre juridique dans lequel l'ordre juridique central est doté d'un fort pouvoir décisionnel ; relativement décentralisé celui dans lequel les ordres juridiques partiels bénéficient d'un fort pouvoir décisionnel. Seulement, en application de ce critère, J.-Ph. Derosier estime que l'intégration européenne « entraîne une centralisation progressive de l'ordre juridique de l'Union européenne due au renforcement de son pouvoir décisionnel, à travers l'augmentation du nombre et de l'importance des normes qui peuvent être produites à ce niveau »¹⁴³⁰, de sorte que l'Union européenne est « relativement

¹⁴²⁶ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁴²⁷ Voir *supra*.

¹⁴²⁸ L'auteur indique à de multiples reprises avoir repris la formule de l'État comme ordre juridique relativement centralisé de Kelsen : J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015, p. 215.

¹⁴²⁹ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015, p. 25 ; l'auteur précise s'être appuyé sur Kelsen et Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, avant d'ajouter de nouveaux critères ; pour ces trois éléments et des précisions sur le troisième, voir J.-Ph. Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, pp. 107-140 : « garanties permettant de faire valoir le domaine de décision et de rendre cette dernière effective (possibilité ou impossibilité pour les entités de faire valoir leurs compétences et de faire respecter leurs décisions à travers le recours à un organe habilité à accéder à leur requête et à trancher les éventuels litiges) », p. 109.

¹⁴³⁰ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*, p. 28.

centralisé et son degré de centralisation, particulièrement élevé »¹⁴³¹. Pour autant, J.-Ph. Derosier ne manque pas de souligner que malgré son « degré de centralisation relativement élevé qui fait sa spécificité, l'Union européenne est une organisation internationale, mise en place par des traités internationaux ». Par ailleurs, l'État est également décrit comme un « ordre juridique relativement décentralisé »¹⁴³². Dès lors, dans la mesure où le degré de centralisation relative peut être utilisé pour une organisation internationale et que l'État peut aussi être décrit comme un ordre juridique relativement décentralisé, le degré de la centralisation relative ne semble plus permettre d'identifier précisément l'État.

Le caractère relativement centralisé d'un ordre juridique ne s'exprime pas seulement par la distribution du « pouvoir décisionnel » dans les travaux de J.-Ph. Derosier. Un ordre juridique semble également devoir être considéré comme relativement centralisé lorsqu'un nombre minimal de compétences sont détenues par cet ordre juridique. J.-Ph. Derosier explique qu'« il est ainsi un seuil dans le nombre de compétences exercées par un État au-delà duquel "l'étaticité" de l'ordre juridique serait anéantie »¹⁴³³. La centralisation relative est alors exprimée en termes d'un nombre minimal de compétences, donc en lien avec la souveraineté. J.-Ph. Derosier écrit à ce propos qu'outre la souveraineté, « la structure étatique d'un ordre juridique suppose une autre caractéristique, liée à la souveraineté entendue comme compétence de la compétence : la préservation de la capacité de pouvoir exercer un nombre minimal de compétences. Il s'agit, dès lors, de préserver son degré relatif de centralisation »¹⁴³⁴. J.-Ph. Derosier doit reconnaître qu'il est logiquement impossible, en vertu du paradoxe du sorite¹⁴³⁵, de fixer le curseur déterminant le seuil minimal de compétences inhérent à la qualité étatique d'un ordre juridique. On doit alors se satisfaire d'une appréciation globale et statique de ce critère. J.-Ph. Derosier écrit que la « forme étatique » et donc le caractère relativement centralisé est « préservée dès lors qu'une part déterminante des normes valides dans l'ordre juridique total [réunissant Union européenne et États

¹⁴³¹ *Ibid.*, p. 27.

¹⁴³² *Ibid.*, voir p. 215 ; « cela signifie qu'il est composé d'un certain nombre d'ordres juridiques partiels, c'est-à-dire d'ensembles de normes qui ne sont valides que sur une partie du territoire de l'ordre juridique total qu'est l'État », p. 216 ; donc seulement aspect statique.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 170.

¹⁴³⁴ *Ibid.*, p. 201.

¹⁴³⁵ Voir également en ce sens Pfersmann in Favoreu Manuel

membres] sont des normes émanant des ordres juridiques partiels et que leur production matérielle et formelle n'est pas trop largement encadrée par des normes de l'ordre juridique central »¹⁴³⁶.

On doit en déduire que le caractère relativement centralisé d'un ordre juridique reçoit chez J.-Ph. Derosier des expressions différentes. Tantôt la centralisation relative est la caractéristique d'une certaine distribution du pouvoir normatif, tantôt elle reflète une certaine répartition des compétences. Ces deux éléments se recoupent au moins partiellement, mais constituent deux variables différentes.

Il ressort de ces développements que le critère de la centralisation relative n'a pas été pensé comme le critère déterminant de l'État. Kelsen développe cette caractéristique de l'État pour distinguer l'ordre juridique interne de l'ordre juridique international, et ne livre pas une définition de l'État permettant de le situer sur « l'échelle de la décentralisation ». Cette indétermination de la centralisation relative dans la pensée de Kelsen a eu plusieurs conséquences. Le critère de la centralisation relative a été rejeté pour son imprécision (O. Beaud), ou ses conséquences (M. Troper). Il a par ailleurs reçu des expressions différentes, chez des auteurs essayant de combler les lacunes de la présentation kelsénienne de la centralisation relative. La centralisation relative de l'État a alors été pensée à l'aune de la théorie kelsénienne de la centralisation-décentralisation, alliant approche statique et approche dynamique (Ch. Leben), ou à l'aune d'une théorie de la décentralisation plus dynamique axée sur la distribution du pouvoir normatif (J.-Ph. Derosier). Il reste cependant à exprimer la spécificité structurelle de l'État en fonction de son degré de centralisation relative entendue comme une certaine distribution du pouvoir normatif au sein de l'ordre juridique étatique, permettant ainsi de situer précisément l'État sur l'échelle de la décentralisation. La faiblesse principale du critère de la centralisation relative est probablement de répondre à des problèmes distincts (statique ou dynamique) ou trop imprécis (*cf.* les trois éléments du pouvoir décisionnel chez J.-Ph. Derosier). Il convient donc désormais de proposer une présentation *affinée* du caractère relativement centralisé de l'État.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, p. 215.

Section 2 : La spécificité structurelle *dynamique* de l'État

La quête de la spécificité structurelle de l'État est pour l'heure restée insatisfaisante. Exprimée en termes purement juridiques, la souveraineté ne parvient pas à identifier précisément l'État, sauf à céder, par exemple, au monisme à primauté du droit interne (J.-Ph. Derosier) ou à l'identification totale du droit et de l'État (M. Troper). Le critère de la centralisation relative tel qu'on peut le retrouver chez Kelsen n'est pas non plus susceptible d'exprimer l'État en fonction de la spécificité structurelle dynamique. Chez Kelsen en effet, l'État est défini en fonction d'une théorie de la décentralisation qui, en plus de son caractère dualiste et hétérogène, ne permet pas de resituer précisément l'État sur l'échelle de la décentralisation des ordres juridiques. Le problème réside en effet dans ce qu'une définition de l'État comme ordre juridique relativement centralisé présuppose une certaine théorie de la centralisation-décentralisation des ordres juridiques. Ce qu'il faut garder de Kelsen, c'est l'idée consistant à définir l'État en fonction de son caractère relativement centralisé, mais la théorie de la décentralisation qui la sous-tend doit être révisée.

Afin de pouvoir proposer un concept d'État comme ordre juridique relativement centralisé utile pour décrire le problème des formes d'État, il convient donc de partir d'une *autre* théorie de la décentralisation des ordres juridiques. L'enjeu de cette section est d'exprimer l'État comme ordre juridique relativement centralisé en fonction de la même théorie de la décentralisation des ordres juridiques qui permettra de décrire les formes d'État. Il s'agit donc d'exprimer l'État en fonction d'une théorie dynamique et territoriale de la décentralisation (§ 1). L'application de ce critère permettra ensuite de situer l'État sur l'échelle de la décentralisation, en déterminant les bornes basse et haute du caractère *relativement* centralisé de l'État (§ 2).

§ 1 : Construction d'un critère dynamique vertical de centralisation relative

La définition renouvelée de l'État comme ordre juridique relativement centralisé (B) implique de présenter d'abord la théorie de la décentralisation qu'elle présuppose (A).

A/ Pour une autre théorie dynamique de la décentralisation territoriale

Il convient de préciser quelle théorie de la décentralisation sera retenue (1) avant d'envisager comment un ordre juridique peut être considéré comme *relativement* centralisé (2).

1/ Quelle théorie de la centralisation-décentralisation ?

Centralisation-décentralisation *des collectivités*. Eisenmann termine sa critique de la double théorie de la décentralisation de Kelsen par une observation qui nous semble très juste et que nous souhaiterions reprendre dans les développements suivants. Il écrit : « nous voudrions avoir montré que le parti s'impose d'abandonner entièrement la conception statique pour une conception dynamique, mais qui porte vraiment sur le problème »¹⁴³⁷. Nous reprendrons donc, pour définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, les grandes lignes de la théorie de la décentralisation proposée en 1948 par Eisenmann¹⁴³⁸. Il clôt sa monographie par l'étude du problème de la centralisation-décentralisation non pas d'une activité juridique ou d'un organe, mais de celle « *des collectivités* »¹⁴³⁹. Or, Eisenmann précise que le problème de la centralisation-décentralisation des collectivités ne fait pas intervenir les mêmes notions que celles utilisées pour envisager la décentralisation d'une activité analysée seule. Eisenmann souligne à ce propos « l'erreur de méthode »¹⁴⁴⁰ commise par la doctrine classique qui, en recourant à une « méthode empirique et globale à la fois »¹⁴⁴¹, a fini par mélanger des éléments relevant d'ordres différents. C'est parce qu'elle a voulu généraliser à partir de la seule observation des collectivités réelles sans s'astreindre à une « réflexion théorique et *a priori* »¹⁴⁴² que la doctrine classique n'est pas parvenue à des résultats satisfaisants en matière de théorie de la décentralisation des ordres juridiques. À propos de la doctrine envisageant cette question, Eisenmann relève fort justement : « loin de

¹⁴³⁷ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 139.

¹⁴³⁸ À noter qu'Eisenmann lui-même n'a jamais utilisé cette théorie de la décentralisation des ordres juridiques pour définir l'État comme un ordre juridique relativement centralisé.

¹⁴³⁹ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 230.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 243.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 242.

¹⁴⁴² *Ibid.*, p. 243.

décomposer le problème, elle l'attaque en bloc et prétend le résoudre d'un seul mouvement, comme s'il était simple »¹⁴⁴³. Il convient donc d'étudier au préalable les « notions et [...] jugements d'un ordre différent, globaux ou synthétiques »¹⁴⁴⁴, propres à la décentralisation des ordres juridiques.

Décentralisation intérieure. Le premier facteur à prendre en compte pour proposer une théorie de la décentralisation des ordres juridiques est, selon Eisenmann, la distinction entre décentralisation intérieure et décentralisation extérieure. Un des plus grands défauts des études classiques sur la décentralisation réside pour Eisenmann dans la confusion de ces deux dimensions de la décentralisation. Celles-ci sont cependant symétriques et ne peuvent donc en aucun cas figurer dans la même classification. La décentralisation intérieure concerne logiquement la division interne de l'ordre juridique envisagé. En revanche, la décentralisation extérieure décrit la situation d'un ordre juridique partiel au sein d'un ordre juridique global. Lorsque l'on affirme que les collectivités territoriales françaises sont des entités décentralisées, on fait référence soit à la décentralisation intérieure de l'ordre juridique français, soit à la décentralisation extérieure de celles-ci. Ces collectivités peuvent en revanche connaître une certaine centralisation intérieure. Dans la mesure où ces dimensions intérieure et extérieure de la décentralisation constituent deux perspectives différentes car symétriques, il convient de choisir. Les problèmes de décentralisation étant traditionnellement envisagés sous l'angle de la décentralisation intérieure, c'est elle qui sera retenue dans ces développements visant à exprimer l'État comme ordre juridique relativement centralisé. Cette centralisation relative s'inscrit dans la dimension intérieure de la décentralisation.

Dynamique. Nous avons vu que Kelsen aborde le problème de la décentralisation tant d'un point de vue statique que dynamique. Eisenmann a suffisamment souligné les incohérences d'une théorie combinant deux approches hétérogènes qui finalement ne traitent pas des mêmes questions. On s'accordera donc avec Eisenmann pour considérer que le problème de la décentralisation des ordres juridiques n'est pas relatif aux différents domaines de validité des

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 242 ; Eisenmann souligne par ailleurs que la doctrine classique n'a étudié le problème de la décentralisation qu'à l'aune de l'État, de sorte que Kelsen aurait introduit une « modification révolutionnaire des perspectives » (p. 245) en élargissant le problème des « formes d'État » à un problème de décentralisation des ordres juridiques.

¹⁴⁴⁴ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 230.

normes, ni à l'institutionnalisation des différentes étapes de la concrétisation de l'ordre juridique, mais concerne essentiellement la question : « qui gouvernera ? »¹⁴⁴⁵. Tout l'enjeu est alors d'identifier quels types d'organes sont compétents pour édicter quels types de normes. Ainsi présenté, le problème renvoie à la notion de « pouvoir décisionnel » forgée par J.-Ph. Derosier¹⁴⁴⁶. On se souvient que pour l'auteur cette notion correspond à la synthèse de trois éléments : le « nombre et l'importance des normes édictées » par les ordres juridiques partiels, le « mode de production de ces normes » ainsi que « leurs garanties d'effectivité »¹⁴⁴⁷. L'inconvénient de ce concept de pouvoir décisionnel réside dans le fait qu'il est composé de trois variables différentes qui rendent très difficile une appréciation quantitative globale du pouvoir décisionnel d'un ordre juridique partiel. Le point le plus important semble être la compétence normative détenue par un ordre juridique partiel, plus précisément la nature juridique des normes qu'elles peuvent édicter. Du point de vue d'une décentralisation dynamique intérieure, le critère central est celui de la décentralisation du pouvoir normatif. Il y a alors centralisation d'une compétence normative lorsqu'elle est détenue par un organe central (qui a compétence pour l'ensemble des individus vivant sur le territoire de l'ordre juridique en question) ou décentralisation de ce pouvoir lorsqu'il est exercé par un organe décentralisé (ayant une compétence personnelle limitée).

Verticale. Dans la mesure où nous nous proposons de prendre en compte la distribution du pouvoir normatif au sein de l'ordre juridique global pour évaluer son degré de décentralisation, il convient de choisir entre une optique verticale ou horizontale. Cette dernière concerne la répartition « matérielle » des compétences, entre les organes centraux et locaux¹⁴⁴⁸. On sait que cette répartition peut se faire par de multiples moyens, notamment par transfert de blocs de compétences ou de clauses générales de compétences. Cette répartition matérielle des compétences ne saurait toutefois constituer une variable pertinente pour évaluer le degré de décentralisation d'un ordre juridique. Sans même évoquer le caractère souvent très flou de la répartition des compétences, il semble très périlleux de déterminer quels champs de compétences doivent être

¹⁴⁴⁵ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 132 ; il précise que c'est « la première question et la question majeure de l'organisation politique », *ibid.*

¹⁴⁴⁶ Voir *supra*.

¹⁴⁴⁷ J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁴⁸ La « dimension horizontale (en largeur) » de la décentralisation a trait à l'« objet » des normes : Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 248-249.

pris en compte pour évaluer le degré de décentralisation d'un ordre juridique. La dimension verticale est en revanche plus prometteuse. Pour reprendre les termes d'Eisenmann¹⁴⁴⁹, « la dimension verticale (en hauteur ou en profondeur) de la centralisation » se rapporte à « la valeur ou rang hiérarchique des normes »¹⁴⁵⁰. La dimension verticale s'appuie donc sur le caractère nécessairement hiérarchisé de l'ordre juridique¹⁴⁵¹. Eisenmann rappelle à la suite de Kelsen que « la norme suprême d'une collectivité est nécessairement créée par un organe central, l'organe suprême nécessairement un organe central, sans quoi on n'aurait juridiquement pas affaire à une collectivité »¹⁴⁵². Par conséquent, écrit Eisenmann, « la dimension verticale de la centralisation augmente et diminue avec le nombre de degrés de son ordre juridique que créent, en plus et au-dessous du degré suprême, des organes centraux », alors que « la dimension verticale de la décentralisation, ou de la semi-décentralisation augmente et diminue avec le nombre de degrés de son ordre juridique que créent, à partir et au dessus du dernier degré, des organes décentralisés ou semi-décentralisés »¹⁴⁵³.

La théorie de la décentralisation des ordres juridiques ici retenue est donc intérieure (dans la mesure où elle s'intéresse à la division territoriale de l'ordre juridique lui-même et non la place de cet ordre juridique au sein d'un ordre juridique plus large) ; dynamique (sa variable principale étant la distribution du pouvoir normatif) ; verticale (la décentralisation variant en fonction de l'importance hiérarchique des normes adoptées par les ordres juridiques partiels). Reste alors à déterminer jusqu'à quel degré de décentralisation un ordre juridique peut être considéré comme *relativement centralisé*.

¹⁴⁴⁹ Qui concède s'être beaucoup inspiré de Kelsen sur ces questions : voir Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁵⁰ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, pp. 248-249.

¹⁴⁵¹ Dès lors que l'on adopte le principe d'autorégulation du droit, selon lequel une norme juridique est considérée comme valide dès lors qu'elle a été adoptée suivant la procédure prévue par une autre norme juridique, alors l'ordre juridique comme ensemble de normes juridiques est nécessairement hiérarchisé : voir O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 63 et s. ; O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 2, Dalloz, 2012, pp. 484-528.

¹⁴⁵² Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, p. 249.

2/ Détermination du caractère *relativement centralisé* d'un ordre juridique

Pouvoir législatif. Eisenmann consacre d'intéressants développements à la « *summa divisio* »¹⁴⁵⁴ entre collectivités centralisées et collectivités décentralisées. Afin de situer la « ligne de partage »¹⁴⁵⁵ entre ces deux types de collectivités, Eisenmann envisage dans un premier temps de la fonder sur « la plus profonde antithèse de nature entre éléments de l'ordre juridique »¹⁴⁵⁶, à savoir la distinction entre normes générales et normes individuelles. En application de cette distinction, un ordre juridique pourrait être considéré comme centralisé lorsque toutes les normes générales sont des normes centrales, c'est-à-dire adoptées par des organes centraux, les simples normes d'espèce pouvant être décentralisées. En revanche, dans ce cadre un ordre juridique devrait être considéré comme décentralisé en cas de décentralisation non seulement des normes d'espèce mais également d'une partie au moins des normes générales. Ce critère de la distinction normes générales-normes d'espèce est toutefois rapidement écarté par Eisenmann, qui lui préfère une construction imputable à la « théorie, due au kelsénisme, de la structure hiérarchique de l'ordre juridique »¹⁴⁵⁷. Il choisit alors « le point de vue de l'importance des normes et de leur création par rapport au tout de l'ordre juridique et de son établissement », et précise que ce point de vue « consiste à prendre en considération et à marquer quelle contribution à la détermination du fond de cet ordre juridique représente chaque degré de normes, donc la création de chaque degré, ou encore quel apport nouveau à cet ordre il constitue »¹⁴⁵⁸. Pour Eisenmann il est hors de doute que ce sont les normes législatives « qui représentent l'apport maximum »¹⁴⁵⁹. La justification de ce choix pour les normes législatives est relativement succincte. L'auteur explique (en 1948) que les règles constitutionnelles « sont toujours en très petit nombre et pour la plupart très générales », de sorte que ce n'est pas à leur niveau qu'est susceptible de passer la « ligne de partage » entre collectivités centralisées et décentralisées. En outre, si Eisenmann doit concéder que les normes

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 280.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 279.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 278.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 280.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 278.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

règlementaires sont très nombreuses, elles n'interviennent que pour appliquer la loi, « qui pose seule tous les principes importants et de base »¹⁴⁶⁰.

Ce choix pour la norme législative comme critère de distinction entre collectivités centralisées et décentralisées appelle plusieurs commentaires. D'une part, il n'est plus du tout évident que les normes législatives constituent l'apport le plus important à l'ordre juridique. Les normes constitutionnelles en particulier se sont largement diversifiées et ont très largement gagné en effectivité, de sorte qu'elles innervent désormais tout l'ordre juridique. Surtout, il est évident que cette ligne de partage ne saurait être retenue pour définir l'État en tant qu'« ordre juridique relativement centralisé ». Lorsqu'Eisenmann retient le critère de la norme législative, c'est pour constituer une classification entre les collectivités juridiques selon leur degré de centralisation. En revanche, Eisenmann n'utilise pas sa théorie dynamique de la décentralisation pour définir l'État en tant qu'ordre juridique relativement centralisé¹⁴⁶¹.

Pouvoir constitutionnel. Si le critère de la centralisation des règles législatives peut aisément être placé au fondement d'une typologie des collectivités en fonction de leur degré de décentralisation, il ne saurait constituer le critère de la relative centralisation de l'État. La définition de l'État comme ordre juridique dans lequel aux moins les règles législatives sont centralisées, c'est-à-dire créées par des organes centraux, serait par trop restrictive. Elle aboutirait en effet à exclure un grand nombre d'ordres juridiques habituellement considérés comme étatiques, de sorte que cette définition ne serait pas opérationnelle. Afin de définir l'État en fonction de son degré de décentralisation dynamique territoriale, il convient donc de monter d'un niveau dans la hiérarchie des normes. On peut alors formuler l'hypothèse que la spécificité de l'État, à savoir son caractère relativement centralisé, réside dans la centralisation non pas des règles législatives, mais des normes constitutionnelles. La question n'est d'ailleurs pas de savoir si les normes constitutionnelles sont (désormais) celles qui représentent « l'apport maximum » à la « détermination du fond » de l'ordre juridique, pour reprendre le critère avancé par Eisenmann mais dont la vérification semble délicate. Nonobstant l'apport au « fond » de l'ordre juridique, l'hypothèse est que la spécificité de l'État est d'ordre structurel, et qu'elle réside dans le caractère centralisé des normes constitutionnelles.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 279.

¹⁴⁶¹ Voir Chapitre 4, où l'on montre qu'Eisenmann a surtout pensé l'État comme une chose concrète.

B/ Définition de l'État

Nous avons vu précédemment que dans le cadre du positivisme formaliste kelsénien retenu dans cette étude, l'État ne pouvait être entendu que comme un ordre juridique. Dans cette perspective l'État, comme tout ordre juridique, n'est qu'un ensemble de normes présentant notamment la spécificité d'être hiérarchisé. Cette hiérarchisation, qui rend compte du processus d'autocréation du droit, est inhérente à tout système juridique. M. Troper a érigé un certain type de hiérarchie des normes, à savoir la hiérarchie statique *et* dynamique, au rang de critère d'identification du droit *et* de l'État. Les travaux de M. Troper conduisent donc à une fusion totale des concepts d'État et de droit. Pour intéressante que soit cette construction, on peut regretter cette fusion conceptuelle qui va trop à l'encontre des notions usuelles de droit et d'État. Il nous semble donc plus juste d'admettre certes que l'État n'est que du droit, mais plus précisément qu'il n'est *qu'une certaine forme* de droit. Cette distinction, qui s'inscrit donc dans une approche moniste du droit et de l'État, soulève la traditionnelle problématique du *critère* de l'État. Il revient au juriste théoricien recherchant le critère de l'État non pas de sonder la *véritable nature* de l'État, mais de *construire* un concept précis d'État utile à la résolution d'un problème juridique. À ce titre, et dans la mesure où le problème des formes d'État est selon nous un problème de *création* du droit, nous avons cherché à forger un critère dynamique de l'État. La souveraineté, même relativisée c'est-à-dire ramenée à un problème purement normatif, n'a pas donné satisfaction. Dans le cadre du monisme international retenu dans cette étude, la souveraineté comme indépendance absolue ne peut appartenir qu'au droit international, ne pouvant donc constituer le critère de l'État. Comme soumission au seul droit international, la souveraineté paraît trop large pour constituer la spécificité de l'État dans la mesure où elle concerne alors également d'autres sujets du droit international, telles les organisations internationales. Par conséquent, les travaux continuant de concevoir la souveraineté comme la spécificité de l'État reposent soit sur un monisme à primauté du droit interne (J.-Ph. Derosier), soit sur une fusion totale du droit et de l'État (M. Troper).

La centralisation relative de l'ordre juridique est alors apparue comme une solution intéressante à la recherche du critère de l'État. Seulement, la théorie de la décentralisation des ordres juridiques qui sous-tend cette conception de l'État chez Kelsen ne peut être retenue. Eisenmann a clairement montré les failles d'une double théorie, essayant d'accoler une dimension

statique et une dimension dynamique n'ayant pas trait à la division verticale de l'ordre juridique. En présupposant une théorie dynamique territoriale de la décentralisation, l'ambition a été d'identifier le caractère relativement centralisé de l'État en termes dynamiques, c'est-à-dire de création du droit. L'État peut alors être défini comme un ordre juridique relativement centralisé, c'est-à-dire dans lequel le pouvoir constitutionnel est centralisé. Dans la mesure où la procédure de création d'une nouvelle constitution ne peut être juridiquement fixée¹⁴⁶², c'est bien la *révision* de la constitution qui est centralisée dans le cadre étatique.

Cette construction se rapproche de propositions pouvant paraître éloignées. On sait par exemple que Carré de Malberg refusait le critère de la souveraineté comme critère de l'État, auquel il préférerait la puissance d'État, qu'il résumait finalement à une certaine autonomie constitutionnelle¹⁴⁶³. Par ailleurs, on peut considérer que la centralisation du pouvoir de révision constitutionnelle rejoint la conception de la souveraineté comme compétence de la compétence¹⁴⁶⁴, au sens où un ordre juridique serait souverain dès lors qu'il est lui-même compétent pour modifier sa constitution. Ainsi définie dans une perspective dynamique, la souveraineté devient la spécificité d'un ordre juridique non pas absolument indépendant ou hiérarchisé de façon dynamique ou statique, mais relativement centralisé.

§ 2 : L'identification de l'État par la production centralisée et relativement autonome de normes constitutionnelles

Nous avons vu que même dans le cadre d'une approche normativiste, l'État pouvait être défini par sa possession d'une Constitution. Pour J.-Ph. Derosier, la spécificité de l'État réside dans son caractère suprême, qui lui-même découle du caractère suprême de son acte fondamental : la Constitution. Dans ce cadre, l'État se définit par la Constitution. Dans la perspective *dynamique* que nous avons adoptée, l'État se définit non pas par la possession d'une Constitution, mais par la

¹⁴⁶² Voir J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*

¹⁴⁶³ Voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, pp. 174 et s.

¹⁴⁶⁴ Voir not. O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, 2018, n°20-21 : l'auteur rappelle que pour nombre d'auteurs (D. Grimm, M. Troper), les États membres de l'Union européenne demeurent souverains puisqu'ils restent seuls compétents pour réviser les traités constitutifs (ils continuent donc de détenir la « compétence de la compétence », notion introduite en France par Carré de Malberg).

procédure de production de normes constitutionnelles. Cette procédure est centralisée (A) et soumise au seul droit international (B).

A/ La production centralisée de normes constitutionnelles

Il convient tout d'abord de préciser ce que l'on entend par normes constitutionnelles (1) avant de montrer qu'elles sont, au moins dans leur dimension matérielle, au fondement de tout ordre juridique dynamique (2). La spécificité de l'ordre juridique étatique réside alors dans le fait que ses normes constitutionnelles soient produites par un ou des organes centraux (3).

1/ Qu'est-ce qu'une norme constitutionnelle ?

a/ Définition classique de la Constitution

Émergence de la conception normative de la Constitution. La « Constitution » fait partie des « mots magiques » du droit constitutionnel. La conception normative de la Constitution est toutefois relativement récente. Plusieurs auteurs ont montré que la Constitution n'est considérée comme un texte normatif qu'à partir des révolutions libérales aux États-Unis et en France à la fin du XVIII^e siècle. Cette conception moderne de Constitution doit donc être distinguée de la conception antique. Certes, Aristote a recueilli et étudié les « constitutions » de 158 cités grecques, dont seule l'étude relative à la cité d'Athènes nous est parvenue¹⁴⁶⁵. Dans l'Antiquité grecque, la constitution n'a toutefois qu'une dimension « descriptive¹⁴⁶⁶ ». E. Zoller montre que dans l'œuvre d'Aristote, la constitution est « le gouvernement d'un État »¹⁴⁶⁷. Le Stagirite écrit en effet dans *La Politique* qu'« une constitution est l'organisation des diverses magistratures d'une cité, et spécialement de celle qui possède le pouvoir souverain ; partout, en effet, le gouvernement

¹⁴⁶⁵ Aristote, *Constitution d'Athènes*.

¹⁴⁶⁶ E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1999, p. 11 ; B. Mathieu reprend la même distinction in B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, coll. « Forum », 2013, p. 56.

¹⁴⁶⁷ E. Zoller, *Droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 11.

détient l'autorité suprême dans la cité, et, de fait, la constitution, c'est le gouvernement »¹⁴⁶⁸. Il précise même que « constitution et gouvernement signifient la même chose »¹⁴⁶⁹. La constitution dans l'Antiquité grecque renvoie donc à la *politeia*, l'organisation de la cité. La constitution revêt ainsi à cette époque une conception « institutionnelle »¹⁴⁷⁰, que l'on peut également qualifier de « politique »¹⁴⁷¹. La constitution dans la Grèce antique, si elle est bien « l'âme de la cité »¹⁴⁷², n'est en aucun cas une norme et ne peut donc être identifiée avec le concept moderne de constitution. Le constat est le même pour la Rome antique, mais pour des raisons différentes. À Rome les constitutions visent les textes adoptés par l'empereur lui-même. Il en existe plusieurs types : les édits (des textes généraux, assimilables aux lois actuelles), les rescrits (réponses écrites à des questions formulées par des juges sur l'application d'une règle de droit), les décrets (décisions de justice) et enfin les mandats (injonctions adressées à des fonctionnaires). À Rome, les constitutions sont donc bien des textes juridiques, mais ne concernent pas forcément l'organisation politique de la cité. À l'instar des constitutions grecques, les constitutions romaines ne peuvent être comparées au concept moderne de constitution. Pointant le risque de l'anachronisme des concepts, M. Troper relève que « l'on sent bien ce que peut avoir d'absurde l'emploi des concepts comme ceux d'"État" ou de "Constitution" à propos des sociétés antiques »¹⁴⁷³. Au Moyen Âge, la constitution correspond à une réalité encore différente. Comme le souligne O. Beaud¹⁴⁷⁴, le mot de constitution sert alors à désigner les textes pontificaux, la constitution des ordres monastiques ou des confréries franc-maçonnaires. Au milieu du XVIII^e siècle, « constitution » désigne encore « dans l'esprit du public, la Bulle Unigenitus »¹⁴⁷⁵, adoptée par le pape Clément XI en 1713. Le sens du mot « constitution » évolue rapidement dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. L'œuvre de Montesquieu se situe à cette époque charnière. Comme le souligne O. Beaud, *De l'Esprit des lois*, publié en 1748, correspond

¹⁴⁶⁸ Aristote, *La Politique*, Livre III, 6, 1, cité in E. Zoller, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁶⁹ Aristote, *La Politique*, Livre III, 7, 2, cité in E. Zoller, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁷⁰ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, p. 259.

¹⁴⁷¹ O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁷² Isocrate, *Discours*, tome III, Aréopagitique, 14, cité in E. Zoller, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*

¹⁴⁷³ M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 2001, p. 66.

¹⁴⁷⁴ O. Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 258.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 258.

au « renversement par Montesquieu du mot de constitution dans un sens politique et libéral »¹⁴⁷⁶. Dans son célèbre ouvrage, Montesquieu n'élabore pas une théorie de la constitution, pas plus qu'il ne propose une définition de la constitution. Par ailleurs, ce mot ne figure pas à l'index du livre, et lorsqu'il utilise le mot « constitution » seul, il désigne encore les constitutions romaines ou ecclésiastiques. Cependant, comme le souligne O. Beaud, « il innove véritablement d'un point de vue sémantique »¹⁴⁷⁷ lorsqu'il choisit d'intituler le livre XI « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution ». Dès lors, « Montesquieu a élevé le mot de constitution à la dignité du concept, et il l'a fait en lui faisant endosser un sens désormais proche de l'ancienne *politeia* », d'après O. Beaud. Avec Montesquieu, le concept de constitution redevient donc un concept politique, descriptif. Il ne deviendra un concept juridique qu'avec l'émergence du constitutionnalisme. Au sein du constitutionnalisme, on peut distinguer le constitutionnalisme *lato sensu* et le constitutionnalisme *stricto sensu*¹⁴⁷⁸. Dans un sens large, le constitutionnalisme correspond à une « technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action publique et étatique »¹⁴⁷⁹. Au sens strict cette fois, le constitutionnalisme correspond toujours à l'idée de limitation du pouvoir politique mais, comme le souligne O. Beaud¹⁴⁸⁰, ce pouvoir politique n'est désormais plus que l'État moderne. Contrairement au constitutionnalisme médiéval, le constitutionnalisme moderne s'inscrit dans cette tendance de la fin du XVIII^e siècle qui voit la distinction de la sphère privée et de la sphère publique, c'est-à-dire entre société et État. Dès lors, on peut dire avec O. Beaud que « le constitutionnalisme moderne tend vers la constitution-norme ». E. de Vattel est certainement le premier à consacrer cette évolution du concept de constitution vers la constitution-norme, tout en gardant une dimension politique. Dans son *Droit des gens* il écrit que « le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée, est ce qui forme la *constitution de l'État*. En elle se voit la forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique, comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels

¹⁴⁷⁶ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, 2010, p. 10.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁷⁸ Distinction opérée par O. Beaud dans l'entrée « Constitution et constitutionnalisme », in S. Rials et Ph. Raynaud (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, p. 133.

¹⁴⁷⁹ C. J. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, coll. « Bibliothèque de la science politique », 1958, cité in O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁸⁰ O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 134.

sont les droits et les devoirs de ceux qui gouvernent »¹⁴⁸¹. Cette évolution amorcée par Vattel sera toutefois consacrée par les révolutions américaine et française. Ce sont elles, en effet, qui opèrent la fusion entre les conceptions politique et juridique de la constitution. Paine définit alors la constitution comme « un acte non pas du gouvernement, mais du peuple constituant un gouvernement, et un gouvernement sans constitution est un pouvoir sans droit ». Sieyès considère quant à lui que « la Constitution embrasse à la fois : *la formation et l'organisation intérieures des différents pouvoirs publics, leur correspondance nécessaire et leur indépendance réciproque, enfin, les précautions politiques dont il est sage de les entourer, afin que toujours utiles, ils ne puissent jamais se rendre dangereux* »¹⁴⁸². On assiste donc, avec les révolutions libérales américaine et française à un « changement de paradigme constitutionnel »¹⁴⁸³, à une « révolution conceptuelle »¹⁴⁸⁴ qui voit la fusion des conceptions politique et normative de la Constitution. N. Luhmann souligne ainsi à juste titre que l'« on pense maintenant à la constitution comme à un texte juridique qui en même temps fixe la constitution politique d'un État »¹⁴⁸⁵. Dans le concept moderne de constitution, tel qu'il est né au sortir des révolutions libérales de la fin du XVIII^e siècle, on retrouve donc un élément politique et un élément juridique¹⁴⁸⁶. La constitution est désormais considérée comme une norme, mais qui a pour objet l'organisation et le fonctionnement du pouvoir politique. Ce concept, qui a émergé de la distinction entre la société et l'État, recevra dès lors progressivement une définition classique.

Définition classique de la Constitution. La notion de constitution se définit traditionnellement en distinguant ses dimensions matérielle et formelle. D'un point de vue matériel la constitution peut être définie avec le doyen Vedel comme « l'ensemble des règles de droit les plus importantes de l'État », c'est-à-dire que « sont règles constitutionnelles celles qui déterminent la forme même de l'État (unitaire ou fédéral), la forme de son gouvernement (républicain ou

¹⁴⁸¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, tome I, Librairie de Guillaumin et Cie, 1863, éd. annotée par M. P. Pradier-Fodéré, p. 153 (disponible sur le site gallica.fr).

¹⁴⁸² J. Sieyès, « Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen », in Sieyès, *Essai sur les privilèges et autres textes*, Dalloz, 2007, pp. 82-83.

¹⁴⁸³ O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴⁸⁵ N. Luhmann, « Verfassung als evolutionäre Errungenschaft » in *Rechtshistorisches Journal*, t. 9, (1990), p. 210. Traduction française : « La constitution comme acquis évolutionnaire », *Droits*, 1995, n° 22, pp. 102-125, et *Droits*, 1996, n° 23, pp. 145-160 ; cité in O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n°3, 2010, p. 29.

¹⁴⁸⁶ Voir P. Avril, « La Constitution, Lazare ou Janus ? », *RDJ*, 1990, n°4, p. 949.

monarchique), les organes qui le désignent et la manière dont ils sont constitués, les compétences dont ils sont investis, les droits des citoyens »¹⁴⁸⁷. Ensuite, la constitution est souvent présentée du point de vue formel comme « l'acte qui ne peut être fait ou modifié que selon certaines procédures ayant une valeur supérieure aux autres procédures d'établissement des règles de droit »¹⁴⁸⁸, d'après Vedel. Cette définition de la constitution traditionnellement proposée par les auteurs français en recourant à la distinction entre dimension matérielle et formelle, coïncide avec ce que J. Gerkrath identifie comme la « notion européenne de Constitution »¹⁴⁸⁹. Après avoir montré que la plupart des États européens ont adhéré à un « modèle constitutionnel commun », il propose la définition suivante de la constitution, qui ferait donc consensus au niveau européen : « l'ensemble des normes qui occupent le rang suprême dans l'ordre juridique, ne peuvent être modifiées qu'au moyen d'une procédure de révision spéciale et dont la suprématie est effectivement assurée par un organe juridictionnel. Elles portent sur l'organisation, la forme et la structure d'un État de droit démocratique, établissent ses organes, leurs rapports mutuels ainsi que leurs compétences et fixent la situation des citoyens dans l'État y compris leurs droits imprescriptibles »¹⁴⁹⁰.

Critique. Dans sa dimension matérielle en particulier, la définition classique est « subjectiv[e], circular[e] et juridiquement insaisissabl[e] »¹⁴⁹¹. Elle est *juridiquement insaisissable* dans la mesure où il est très difficile de s'entendre sur ce que sont les droits et libertés des citoyens. Les débats doctrinaux sur les concepts de droits de l'homme, de libertés publiques et de droits fondamentaux mettent en effet en lumière des divergences très importantes. Construire une définition matérielle de la constitution sur un concept aussi discuté que celui des droits fondamentaux peut donc sembler périlleux. Ensuite, cette définition matérielle est *circulaire* dans la mesure où elle se fonde sur des objets qui eux-mêmes ne se définissent que par rapport à la constitution. Ainsi, les pouvoirs publics qu'évoque la définition matérielle ne sont-ils pas simplement les pouvoirs constitués, c'est-à-dire ceux que met en place la constitution ? Enfin, la définition matérielle est *subjective* dans la mesure où elle ne définit pas ce qu'est une constitution,

¹⁴⁸⁷ G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, rééd. Dalloz 2002, p. 112.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 112.

¹⁴⁸⁹ J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 1997, p. 51.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.* p. 75.

¹⁴⁹¹ O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 83, où l'expression est utilisée au pluriel.

mais indique ce que devrait être une bonne constitution. Définir la constitution comme l'acte organisant les relations entre les pouvoirs publics et garantissant les droits et libertés des citoyens, bref comme un « acte de liberté »¹⁴⁹², peut convenir dans une démocratie constitutionnelle. Cependant, cette organisation politique n'est malheureusement pas hégémonique au niveau mondial, la définition proposée s'avérant donc inopérante dans un grand nombre de systèmes juridiques. Au total, la définition traditionnelle de la constitution privilégie la « normativité idéale (politique) » au détriment de la « normativité concrète, globalement efficace et sanctionnée »¹⁴⁹³. Au fond, le concept classique de Constitution rend davantage compte des théories politiques ayant contribué à son élaboration qu'à sa spécificité strictement juridique. Nous avons vu plus haut que le concept moderne de constitution était apparu dans le contexte des révolutions libérales américaine et française de la fin du XVIII^e siècle. C'est fondamentalement le libéralisme politique de cette période, prenant les traits du constitutionnalisme, qui explique la référence dans la conception classique de la Constitution à l'État (que l'on commence alors à concevoir comme la forme moderne du pouvoir politique), à la limitation de ses pouvoirs (notamment par la séparation des pouvoirs) et à la garantie des droits des citoyens. Cette conception classique de la Constitution révèle donc bien davantage un « état général des idées »¹⁴⁹⁴ d'une époque que la spécificité juridique structurelle des normes constitutionnelles.

b/ Définition normativiste de la constitution

Définitions formelle et matérielle. La définition formelle de la constitution reste inchangée par rapport à la définition traditionnelle. En effet, la définition formelle qui vise à définir la constitution comme l'ensemble des normes dont la modification ne peut résulter que de la procédure la plus compliquée du système juridique renseigne convenablement sur la spécificité structurelle formelle des normes constitutionnelles. En revanche une définition matérielle différente sera retenue. Nous dirons avec O. Pfersmann que la « constitution au sens matériel du

¹⁴⁹² D. Rousseau, « Constitution », in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 212.

¹⁴⁹³ O. Pfersmann, « État et souveraineté », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 45.

¹⁴⁹⁴ D. Alland, « De l'ordre juridique international », *Droits*, n°35, 2002, p. 87.

terme » peut être définie comme « l'ensemble des normes de production de normes générales et abstraites »¹⁴⁹⁵. Au fond, la différence entre la définition matérielle traditionnelle et la définition ici retenue est ténue. Les travaux de P. Comanducci¹⁴⁹⁶ en attestent. Ce dernier distingue en effet quatre « modèles de constitution », chaque modèle étant « un méta-modèle, qui regroupe un ensemble de concepts de constitution ». Pour simplifier, le premier modèle regroupe les concepts axiologiques de constitution, le deuxième les concepts descriptifs de la constitution, le troisième regroupe les concepts qui appréhendent la constitution comme une norme et enfin un quatrième modèle regroupe les concepts axiologiques de la constitution comme norme. P. Comanducci regroupe au sein du troisième modèle aussi bien le concept de constitution tel qu'il est défini traditionnellement que le concept juridique que nous retenons ici. Il remarque qu'« il n'y a qu'une différence de degré entre le concept de constitution (soi-disant "pure") de Kelsen et les concepts explicitement politiques, selon lesquels l'unique constitution "vraie" est celle qui, par exemple, garantit certains droits et certaines libertés individuels »¹⁴⁹⁷. La définition que nous nous proposons de retenir ne s'éloigne donc pas beaucoup de la définition traditionnelle de la constitution. Seulement, elle reflète moins une théorie politique libérale qu'une théorie juridique s'attachant à la spécificité structurelle du droit (constitutionnel en l'occurrence). C'est bien la raison pour laquelle elle est très critiquée.

Une définition critiquée. Définir la Constitution sans référence aux théories politiques libérales au fondement des constitutions modernes constitue évidemment un problème, notamment pour les tenants de l'approche idéaliste du droit public¹⁴⁹⁸. Pour O. Beaud, « ceux qui

¹⁴⁹⁵ O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁹⁶ Voir not. P. Comanducci, « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 ou l'invention de la Constitution*, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », p. 23 ; du même auteur, « Épistémologie », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, p. 7.

¹⁴⁹⁷ P. Comanducci, « Épistémologie », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴⁹⁸ Pour un approfondissement des théories de la Constitution développées dans le cadre de ce que l'auteur appelle « l'approche du droit politique », voir E. Bottini, *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016, spéc. pp. 419 et s. ; voir également les critiques de A. Le Divellec regrettant que les théories développées par Kelsen, M. Troper ou O. Pfersmann sur la constitution « ne sont ni vraiment opératoires, ni vraiment explicatives » : A. Le Divellec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n°4, 2010, p. 1 ; O. Duhamel et Y. Mény, « Avant-propos », *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. VI : « négliger règles et structures aveugle, refouler la politique de la vie constitutionnelle leurre ».

nient soit l'élément juridique, soit l'élément politique de la constitution, ratent la spécificité d'une notion qui ne se saisit qu'à partir de la charnière du droit et du politique »¹⁴⁹⁹. O. Beaud dénonce donc une « dérive de la notion de constitution » : en occultant la théorie politique du constitutionnalisme¹⁵⁰⁰, le « positivisme constitutionnel » développerait une « conception anticonstitutionnaliste »¹⁵⁰¹ de la constitution. En effet, pour O. Beaud, « l'idée constitutionnaliste est sacrifiée sur l'autel du droit, de la "norme juridique" »¹⁵⁰². Il faut concéder à ces attaques que le concept normativiste de constitution ne permet pas de répondre à « la question capitale gisant au principe du constitutionnalisme : "quelle est la fonction politique d'une constitution ?" »¹⁵⁰³, telle qu'elle fut posée par C. J. Friedrich. Mais une approche formelle du droit a justement pour objectif de dissocier les problèmes politiques des problèmes juridiques. Comme l'écrit O. Pfersmann, « une analyse politique ne constitue pas une réponse à un problème juridique et la solution d'une question de droit ne peut aider qu'indirectement le politiste »¹⁵⁰⁴. Nous retenons donc un concept formel de constitution probablement peu opérationnel pour résoudre des problèmes politiques, mais utile pour décrire la structure du système juridique.

2/ La constitution : un ensemble de normes inhérent à tout ordre juridique dynamique

L'indispensable constitution matérielle. Il s'agit ici de montrer que tout ordre juridique *dynamique* possède nécessairement une constitution *matérielle*. Suivant Kelsen, il convient en effet de distinguer selon que l'ordre juridique est statique ou dynamique. Kelsen précise qu'un ordre juridique peut être considéré comme statique dès lors que « c'est en vertu de leur fond ou contenu que ses normes sont valables »¹⁵⁰⁵. Dans un ordre juridique statique, toute norme est déduite de la norme fondamentale supposée par une simple « opération logique, en concluant du général au

¹⁴⁹⁹ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁰⁰ Courant de pensée selon lequel « la constitution est aussi un ensemble de valeurs et de représentations », puisque pour ce courant la constitution « est fille de la liberté et de la raison, elle est également sœur et cousine de la paix » : J. Pini, « Qu'est-ce qu'une constitution ? », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *Constitution et construction européenne*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁰¹ O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁰² *Ibid.*

¹⁵⁰³ C. J. Friedrich, cité in O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁰⁴ O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁰⁵ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 195

particulier »¹⁵⁰⁶. L'inconvénient de ce principe statique est toutefois qu'il suppose que la norme fondamentale ait « un contenu immédiatement évident »¹⁵⁰⁷, ce qui est difficilement concevable. Aussi Kelsen propose-t-il un autre principe d'organisation de l'ordre juridique : le principe dynamique. Un système juridique est alors caractérisé par le fait que « la norme fondamentale présupposée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation créatrice de normes, ou – cela revient au même – une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre qui repose sur cette norme fondamentale »¹⁵⁰⁸. Dans un ordre juridique dynamique, une norme est donc valide dès lors qu'elle respecte la procédure de production prévue par une norme de l'ordre juridique. Un ordre juridique dynamique est donc nécessairement hiérarchisé. Ainsi, une norme individuelle et concrète A trouve son fondement de validité dans une norme générale et abstraite B. Cette norme B trouve quant à elle son fondement de validité dans une norme C régissant la production d'une norme générale et abstraite. Cette norme C fait donc partie de ce que nous avons appelé la constitution matérielle : l'ensemble des normes régissant la production des normes générales et abstraites. Tout ordre juridique dynamique a donc nécessairement une constitution matérielle.

L'éventuelle constitution formelle. Si tout ordre juridique dynamique possède nécessairement une constitution matérielle, il en va différemment de la constitution formelle. Notons à ce propos qu'il n'y a pas nécessairement identité entre les normes matériellement constitutionnelles et les normes formellement constitutionnelles. En effet, le choix de protéger une norme par une procédure de révision plus exigeante n'est qu'un choix politique. Il existe donc des États dans lesquels les normes matériellement constitutionnelles ne bénéficient d'aucune protection juridique particulière (Royaume-Uni, Israël, par exemple).

La Constitution sans État. Il ressort de ces développements que la notion de constitution ici retenue n'est pas en rapport nécessaire avec l'État. Tout ordre juridique dynamique possède nécessairement une constitution matérielle, et un ordre juridique peut parfaitement se passer de constitution formelle. Par conséquent les États, comme tous les ordres juridiques dynamiques, possèdent nécessairement une constitution matérielle mais pas nécessairement de constitution

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 196.

formelle. En outre, des ordres juridiques non étatiques reposent également sur une constitution matérielle et seulement éventuellement sur une constitution formelle. La spécificité de l'État ne réside donc pas dans la possession d'une constitution, mais dans la procédure de production des normes formant ensemble la constitution de l'État¹⁵⁰⁹. La *centralisation* de la production des normes constitutionnelles permet ainsi de distinguer l'État de l'organisation internationale.

3/ La production centralisée des normes matériellement constitutionnelles

a/ L'État

Principe. Nous avons vu que le caractère relativement centralisé de l'État réside dans la centralisation de la production de normes constitutionnelles. Une première dimension de cette centralisation réside dans le fait que les normes constitutionnelles sont produites par un ou des organes centraux. Dans la mesure où la production de la « première constitution historique »¹⁵¹⁰ ne saurait obéir à aucune règle juridique, si ce n'est au droit international¹⁵¹¹, ce critère doit être vérifié au niveau de la production de règles constitutionnelles nouvelles, c'est-à-dire au niveau de la révision de la constitution. La spécificité de l'État réside dans le fait que seul un ou des organes centraux sont compétents pour produire des normes constitutionnelles nouvelles en révisant la Constitution. Rappelons qu'avec Eisenmann le caractère central ou non-central d'un organe peut être défini en fonction de la « compétence personnelle »¹⁵¹² de l'organe. Alors qu'un organe central a compétence pour édicter des normes destinées à tous les membres de la collectivité, un organe non-central ou local ne peut s'adresser qu'à une partie de ces membres. Un aspect du caractère relativement centralisé de l'État réside dans le fait que seuls un ou des organes centraux sont compétents pour réviser la Constitution. Le cas français en atteste. On sait en effet que l'article 89 de la Constitution met en place une procédure de révision du texte fondamental. Il énonce que

¹⁵⁰⁹ A. Peters note à ce propos que « Les règles de révision de l'acte constitutif (« *rules of change* » selon H. L. A. Hart) sont souvent vues comme l'épreuve de vérité quant à la qualité de l'ordre juridique qu'il établit » : A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, 2013, LGDJ, p. 243.

¹⁵¹⁰ Voir O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 113 et s.

¹⁵¹¹ Voir *infra*.

¹⁵¹² Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation, op. cit.*, p. 10.

« l'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement ». Le projet ou la proposition de loi constitutionnelle doit ensuite être adopté dans les mêmes termes par les deux chambres du Parlement, avant d'être adopté par voie du référendum ou le Congrès lorsque le président de la République le décide. Ainsi, la procédure de révision « peut emprunter trois itinéraires »¹⁵¹³ : « initiative présidentielle-assemblées-référendum », « initiative présidentielle-assemblées-congrès » et « initiative parlementaire-assemblées-référendum ». Dans tous les cas, les procédures de révision énoncées par la Constitution elle-même ne font intervenir que des organes centraux. Reste à régler le problème des changements constitutionnels informels¹⁵¹⁴. Malgré l'existence de procédures précises de révision, le texte fondamental a été révisé par des voies irrégulières. Le référendum législatif de l'article 11 de la Constitution a ainsi été mobilisé à deux reprises¹⁵¹⁵, et l'activisme juridictionnel a eu pour effet d'interpréter des dispositions constitutionnelles dans un sens manifestement contraire aux volontés des constituants de 1958¹⁵¹⁶. Ces procédures détournées de révision constitutionnelle sont irrégulières, mais force est de constater qu'elles aussi ne font intervenir que des organes centraux. En effet, tant le peuple irrégulièrement consulté en 1962 et 1969 que le Conseil constitutionnel intégrant les textes de renvoi dans le bloc de constitutionnalité en 1971 peuvent être qualifiés d'organes centraux.

Cas des États fédéraux. La procédure de révision de la Loi fondamentale allemande de 1949 est prévue par l'article 79 : la révision de la constitution se fait uniquement par une loi modifiant expressément le texte de la loi fondamentale adoptée à une majorité renforcée des deux tiers des membres au sein des deux chambres du Parlement allemand. Il n'y a donc pas de procédure de ratification de la révision constitutionnelle. La procédure de révision de la constitution est donc centralisée en Allemagne¹⁵¹⁷. L'appréciation du caractère relativement centralisé de l'ordre juridique des États-Unis est plus délicate. La procédure de révision de la

¹⁵¹³ M. de Villiers, X. Magnon et Th. Renoux (dir.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2016, commentaire sous l'article 89 C.

¹⁵¹⁴ Voir évidemment M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

¹⁵¹⁵ Référendum du 28 octobre 1962 sur l'élection du président de la République au suffrage universel ; référendum du 27 avril 1969 sur la réforme du Sénat et la régionalisation.

¹⁵¹⁶ L'exemple le plus significatif étant la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958 par la fameuse décision n° 44 DC du 16 juillet 1971 : voir O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », *op. cit.*, p. 115.

¹⁵¹⁷ Voir H. Dumont et M. El Berhoumi, « Les formes juridiques fédératives d'association et de dissociation dans et entre les États », *Droit et société*, 2018/1, n° 98, pp. 15-36.

Constitution de 1787 est prévue par l'article V : *l'initiative* de l'amendement de la Constitution appartient concurremment au Congrès et aux législatures des États fédérés. Lorsqu'au moins deux tiers des assemblées fédérées le demandent, le Congrès doit convoquer une convention pour envisager l'amendement. Au Congrès, la proposition d'amendement est *adoptée* lorsqu'elle recueille le suffrage d'au moins deux tiers des membres dans les deux Chambres. L'amendement doit ensuite être *ratifié* par au moins trois quarts des États membres. La forme que prend cette *participation* des États membres dans le processus de révision de la Constitution américaine est de nature à faire douter de la qualité étatique des États-Unis¹⁵¹⁸. Cette procédure est en effet manifestement moins centralisée qu'en Allemagne, par exemple. Cependant, on peut penser que la procédure de révision constitutionnelle demeure, malgré tout, *relativement centralisée*. En effet, si la révision nécessite une ratification par au moins trois quarts des États membres, elle s'impose ensuite mêmes aux États fédérés n'ayant pas consenti à la révision. Les États fédérés ne bénéficient pas d'une clause d'*opting out*, et ne peuvent donc pas individuellement s'opposer à une révision de la Constitution américaine¹⁵¹⁹. Il apparaît toutefois que le cas des États-Unis est à la frontière de l'État et de l'organisation internationale.

b/ L'organisation internationale

Identification. Avec les États, les organisations internationales sont considérées comme l'autre catégorie formant ensemble les *institutions internationales*. Dès lors, les organisations internationales « constituent une catégorie autonome de sujets du droit international public »¹⁵²⁰. Néanmoins, les présentations par la doctrine internationaliste des organisations internationales

¹⁵¹⁸ D'après E. Zoller, c'est principalement cette procédure particulière de révision de la Constitution américaine qui empêche d'envisager les États-Unis comme un État souverain : « À la question de savoir où gît la souveraineté aux États-Unis, il faut répondre, à partir des conditions posées par l'article V de la Constitution fédérale relatif à la procédure de révision, que le siège de la souveraineté des États-Unis change, pour ainsi dire, tous les jours dans la mesure où le pouvoir constituant réside dans un ensemble formé par les trois quarts des gouvernements représentatifs des États appartenant à l'Union à un moment donné de son existence » : E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, Vol. 294, 2002, p. 69.

¹⁵¹⁹ Ce que constatait déjà Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, pp. 125 et s.

¹⁵²⁰ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2016, p. 711.

sont souvent hésitantes. « [À] l'exception très notable de Michel Virally »¹⁵²¹, la doctrine francophone semble avoir très peu étudié les organisations internationales d'un point de vue théorique. La difficulté réside dans le fait que « "l'organisation internationale" n'appartient certainement pas aux catégories *a priori* de la pensée juridique »¹⁵²². La doctrine internationaliste semble effectivement avoir eu quelques difficultés à appréhender « le dépassement progressif du solipsisme étatique »¹⁵²³, autrement dit l'apparition sur la scène internationale de sujets distincts des États. J.-M. Sorel écrit que l'organisation internationale « montre, en fait, une belle résistance à l'analyse théorique globale »¹⁵²⁴. Si des approches théoriques originales semblent parfois avoir été mobilisées¹⁵²⁵, on peut dire que la doctrine internationaliste, dans sa grande majorité, est restée dans « l'ombre de l'État » et a maintenu comme « approche théorique originelle »¹⁵²⁶ le subjectivisme étatique. J.-M. Sorel montre que l'apparition des organisations internationales est concomitante avec le développement des États souverains. Les organisations internationales apparaissent donc dans ce contexte politique et intellectuel particulier qui voit progressivement le jusnaturalisme moderne s'installer comme doctrine dominante et l'État souverain devenir la forme classique de la société politique. L'organisation internationale se développe alors comme un outil permettant d'institutionnaliser la coopération entre États souverains. J.-M. Sorel écrit que « ce n'est qu'avec l'apparition de l'État que va naître logiquement l'idée de s'organiser entre entités semblables »¹⁵²⁷. Une définition souvent retenue consiste alors à présenter l'organisation

¹⁵²¹ J.-M. Sorel, « L'institutionnalisation des organisations internationales », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 24. ; de M. Virally, voir notamment « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais au fil des ans*, PUF, 1990, pp. 271-290.

¹⁵²² E. Lagrange, « La catégorie "organisation internationale" », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 34.

¹⁵²³ *Ibid.*

¹⁵²⁴ J.-M. Sorel, « L'institutionnalisation des organisations internationales », *op. cit.*, p. 26.

¹⁵²⁵ Comme les approches réalistes et utopiques ou encore le fonctionnalisme. À propos du fonctionnalisme, J.-M. Sorel note que « ce courant est sans doute la seule théorie globale et cohérente de l'organisation internationale » : J.-M. Sorel, « L'institutionnalisation des organisations internationales », *op. cit.* ; E. Lagrange semble également vouloir introduire la notion de « fonction » des organisations internationales : en référence aux travaux de Scelle, l'auteur évoque les besoins en services internationaux et parle de « solidarité universelle, du moins de solidarités qui traversent les frontières » (p. 41), et estime que les « organisations internationales publiques » sont dotées d'une « fonction d'intérêt public international » (p. 54) : E. Lagrange, « La catégorie "organisation internationale" », *op. cit.*

¹⁵²⁶ J.-M. Sorel, « L'institutionnalisation des organisations internationales », *op. cit.*, p. 25.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, p. 13 ; même si l'auteur note, au titre des « prémices de l'organisation internationale », que « Platon décrit une forme d'organisation dans la mythique Atlantide qui réunissait environ dix royaumes sous l'égide de Poséidon. Même la mythologie grecque connaît donc la forme de l'organisation internationale », p. 13 ; les organisations internationales se développent surtout à la fin du XIX^e siècle, à travers notamment des commissions fluviales (Commission centrale du Rhin

internationale comme un « *groupement à vocation permanente, essentiellement composé d'États, constitué par eux sur la base d'une convention, généralement multilatérale, doté d'organes propres, et disposant de compétences d'attribution* »¹⁵²⁸. Les organisations internationales « constituent donc des *instruments de la société interétatique* »¹⁵²⁹. Afin d'ériger l'organisation internationale comme une catégorie juridique à part entière, la doctrine s'est attelée à distinguer l'organisation internationale de l'État. La première a souvent été présentée comme « le double négatif de l'État »¹⁵³⁰. Le double de l'État car comme ce dernier, l'organisation internationale est une institution internationale. Mais un double négatif, puisque l'organisation ne réunit pas les conditions d'identification de l'État. Comme souvent, la doctrine est allée puiser dans la vaste réserve de *critères* d'identification de l'État qu'elle a elle-même élaborée : l'organisation internationale n'est pas un État dans la mesure où elle ne possède ni véritable gouvernement, ni territoire, ni population¹⁵³¹ ; elle bénéficie seulement de compétences d'attribution, d'une personnalité internationale dérivée, n'agit qu'au niveau des relations entre entités souveraines et à défaut de prérogatives de puissance publique ne bénéficie que des outils diplomatiques¹⁵³². Toutefois, à l'instar de ce que nous avons constaté pour la présentation par la doctrine subjectiviste des différentes formes d'État, les multiples critères avancés pour distinguer l'organisation internationale de l'État se résument finalement dans le maître-mot de la science du droit public européenne, à savoir la *souveraineté*. E. Lagrange explique que la « différence de nature avec l'État » se traduit par deux différences majeures : l'absence de « pouvoir d'autodétermination » et de « plénitude de compétences ». Or, il s'agit traditionnellement de deux facettes de la souveraineté. Dès lors, E. Lagrange écrit que « combinant les deux différences, on peut considérer qu'est souveraine l'institution publique qui "possède un large ensemble de missions avec un nombre important de prérogatives de puissance publique" et s'autodétermine », et de constater

mise en place par l'Acte final du Congrès de Vienne en 1815 ; Commission européenne du Danube, créée par le Traité de Paris du 30 mars 1856) et les unions administratives (par exemple l'Union télégraphique internationale créée en 1865).

¹⁵²⁸ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2016, p. 714, définition reprise notamment dans E. Lagrange, « La catégorie "organisation internationale" », *op. cit.*, p. 38.

¹⁵²⁹ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 713 : les organisations internationales « constituent donc des *instruments de la société interétatique* davantage qu'une technique de substitution ».

¹⁵³⁰ E. Lagrange, « La catégorie "organisation internationale" », *op. cit.*, p. 37.

¹⁵³¹ Voir J.-M. Sorel, « L'institutionnalisation des organisations internationales », *op. cit.*, p. 26 : « Mais l'organisation n'a pas la consistance d'un État, elle ne bénéficie pas des éléments constitutifs qui caractérisent ce dernier, et si l'on peut lui attribuer un "gouvernement", on ne peut lui adjoindre un territoire [...] ou, *a fortiori*, une population ».

¹⁵³² Voir E. Lagrange, « La catégorie "organisation internationale" », *op. cit.*, pp. 37 et s.

que « les organisations internationales publiques ne satisfont simultanément pas ces conditions »¹⁵³³. La souveraineté en tant qu'ensemble de compétences matérielles est difficile à identifier¹⁵³⁴. En revanche, on retrouve ici le pouvoir d'autodétermination, la souveraineté-compétence, que nous avons choisi d'exprimer en fonction de la centralisation de la production des normes constitutionnelles. Les organisations internationales ne sont pas des États dans la mesure où la production de leurs normes constitutionnelles est décentralisée. Concrètement, l'organisation internationale ne possède pas d'organe central compétent pour modifier seul les traités constitutifs, de sorte qu'aucun organe central n'est compétent pour créer de nouvelles normes constitutionnelles. Il s'agit en effet d'une compétence qui n'échappe pas aux États membres.

Procédures de révision. Les traités constitutifs d'une organisation internationale peuvent être révisés selon plusieurs procédures. En principe, ces traités prévoient eux-mêmes les procédures de révision. Les traités constitutifs distinguent souvent une procédure normale de révision et une procédure extraordinaire pour les révisions de faible ampleur. La procédure normale de révision comporte en principe quatre « phases types »¹⁵³⁵ : l'initiative, l'adoption, la ratification de la révision et éventuellement une procédure d'*opting out*. L'initiative et l'adoption de l'amendement au traité constitutif relèvent de la « phase communautaire » de la révision puisqu'elles appartiennent bien souvent à un (l'organe plénier) ou plusieurs organes de l'organisation internationale. Les États membres peuvent également détenir le pouvoir d'initiative d'une révision de l'acte constitutif. La « phase internationale » s'ouvre ensuite avec la ratification ou l'acceptation¹⁵³⁶ de l'amendement. Selon les organisations internationales, les amendements au texte fondateur doivent être ratifiés par tous ou une partie seulement des États membres. A. Peters distingue alors trois modèles, en fonction de la proportion d'États devant ratifier les modifications et la « portée *ratione personae* des changements »¹⁵³⁷. Selon un premier modèle, l'entrée en vigueur de l'amendement exige la ratification par tous les États membres et vaut ensuite pour tous. Il s'agit

¹⁵³³ *Ibid.*, p. 67.

¹⁵³⁴ On voit mal en effet comment déterminer, d'un point de vue théorique, les compétences matérielles (rendre justice, battre monnaie, etc.) qui composeraient la souveraineté. Cela n'empêche pas que le Conseil constitutionnel, par exemple, fixe les limites dans lesquelles peuvent s'effectuer des transferts de compétence au profit de l'Union européenne sans qu'il ne soit porté une atteinte inconstitutionnelle à la souveraineté nationale.

¹⁵³⁵ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 226.

¹⁵³⁶ Les deux termes sont synonymes en vertu de l'article 14 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

¹⁵³⁷ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 230.

notamment de la règle résiduelle de la Convention de Vienne sur le droit des traités (article 24 (2))¹⁵³⁸. Le troisième modèle correspond à la situation dans laquelle l'entrée en vigueur d'une modification n'exige la ratification que d'une partie seulement des États membres, mais vaut ensuite uniquement pour les États ayant procédé à la ratification¹⁵³⁹. Le deuxième modèle dégagé par A. Peters est plus problématique. Il vise la situation dans laquelle l'entrée en vigueur vaut pour tous les États membres tout en n'exigeant une ratification que d'une partie de ces États¹⁵⁴⁰. A. Peters écrit que « de cette façon, les membres sont liés sans avoir consenti au traité modifié, c'est pourquoi ce schéma est considéré comme "législatif" ou comme une expression du constitutionnalisme »¹⁵⁴¹. Cette situation est toutefois compensée par le « droit de sortie » ou *opting out* dont disposent les États n'ayant pas approuvé l'amendement¹⁵⁴². A. Peters souligne que « selon le principe général de souveraineté, ce droit existe [...] dans le cas d'un amendement des normes constitutives *contre la volonté d'un des membres* »¹⁵⁴³.

Outre la procédure normale de révision, certains traités mettent en place une procédure simplifiée d'amendement des traités fondateurs. Dans le cas de révisions de faible importance, seule une phase communautaire est mise en place. Des organes centraux sont alors compétents tant pour proposer que pour adopter définitivement des « variations » aux traités fondateurs. On peut donc appeler « révision autonome »¹⁵⁴⁴ ce procédé par lequel des organes centraux de l'organisation internationale sont seuls compétents pour modifier à la marge les textes fondateurs.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, p. 231.

¹⁵³⁹ Le traité d'amendement apparaît alors comme un « *accord inter se* » : A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 231 ; l'auteur cité notamment en exemple l'art. XX du statut de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO).

¹⁵⁴⁰ A. Peters renvoie notamment à l'art. 108 de la Charte de l'ONU (ratification par 2/3 des États membres et tous les États membres permanents du Conseil de sécurité).

¹⁵⁴¹ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁴² A. Peters cite l'art. 18 D du statut de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), qui dispose que « À tout moment après l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle le statut est entré en vigueur en vertu du paragraphe E de l'article XXI et en toute occasion où il n'est pas disposé à accepter un amendement au présent statut, un membre de l'Agence peut se retirer moyennant un préavis donné par écrit au gouvernement dépositaire mentionné au paragraphe C de l'article XXI qui en informe sans retard le Conseil des gouverneurs et tous les autres membres ».

¹⁵⁴³ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 232 ; dans certains cas, les traités prévoient que les États refusant les amendements sont expulsés : c'est notamment ce que prévoyait l'article 26 (2) du Pacte de la Société des Nations, stipulant que « Tout Membre de la Société est libre de ne pas accepter les amendements apportés au pacte, auquel cas il cesse de faire partie de la Société ».

¹⁵⁴⁴ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.*, p. 234.

Il ressort de ces développements que la procédure de production des normes constitutionnelles permet de distinguer l'État des organisations internationales. Dans le cas de ces dernières, la production de normes constitutionnelles est décentralisée : en principe, l'approbation de tous les États membres est nécessaire ; dans le cas contraire, les États n'ayant pas consenti à l'amendement bénéficient d'un droit de sortie¹⁵⁴⁵.

c/ L'Union européenne

Identification. Le problème de la nature juridique de la construction européenne, de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) de 1951 à l'Union européenne telle qu'issue du traité de Lisbonne en 2009, continue de diviser la doctrine. Dans sa thèse de sciences politiques consacrée à l'émergence en France du droit communautaire comme « discipline savante »¹⁵⁴⁶, J. Bailleux met en évidence les fondements des hésitations doctrinales autour de la qualification juridique de la construction communautaire¹⁵⁴⁷. Lorsque les premières Communautés sont créées, en 1951 puis en 1957, les juristes sont loin de s'approprier la problématique de la nature juridique de ces nouvelles entités. Les premiers centres d'études européennes, qui voient le jour au début des années 1950 à Tour, Nancy et Strasbourg¹⁵⁴⁸, laissent une large place aux disciplines plus ou moins nouvelles alors à la mode (science politique, économie, histoire notamment), ne laissant au droit qu'une faible place¹⁵⁴⁹. Le maître-mot des nouveaux fonctionnaires européens et des pro-européens est alors la « supranationalité ». Les Communautés

¹⁵⁴⁵ Sur le droit de sécession comme critère classique de la confédération, et existant dans une certaine mesure au Canada et au Royaume-Uni : H. Dumont, M. El Berhoumi, E. Négrier, V. Simoulin, « Les recompositions territoriales : aux carrefours de l'Union européenne, des États-nations et des régions. Présentation du dossier », in *Droit et Société*, 2018, n° 98, pp. 7-13.

¹⁵⁴⁶ J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, 2014.

¹⁵⁴⁷ Voir aussi S. Roland, « Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne », in *L'identité de l'Union européenne*, Mélanges Cl. Blumann, Bruylant, 2015, pp. 245-261, qui met en évidence le fait que la plupart des désaccords doctrinaux en la matière sont la conséquence de l'adoption d'approches théoriques différentes.

¹⁵⁴⁸ Voir J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.*, pp. 41 et s.

¹⁵⁴⁹ J. Bailleux explique : « Disqualifiés pour n'avoir pu empêcher le second conflit mondial, droit et juristes sont, en outre, considérés comme des artisans dévoués et efficaces de l'une des conditions même du déclenchement des hostilités : au sortir de la guerre, ils sont, en effet, largement montrés du doigt pour avoir élaboré des théories de la souveraineté qui se trouvent au principe de tous les chauvinismes nationalistes » : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, *op. cit.*, p. 91.

sont analysées comme des entités totalement atypiques qui ont pour spécificité la supranationalité. La communauté juridique est amenée à se prononcer véritablement pour la première fois lors d'un congrès sur la CECA organisé à Stresa en 1957¹⁵⁵⁰. Ce congrès a eu le mérite de cristalliser la controverse sur la nature juridique de la construction européenne. Les meilleurs spécialistes de droit international alors présents¹⁵⁵¹ refusent de reconnaître la supranationalité comme une nouvelle catégorie juridique¹⁵⁵². Pour eux, les communautés européennes ne sont que des organisations internationales – présentant certes de nombreuses spécificités, mais qui fondamentalement ne sont que des organisations internationales. La doctrine se divise alors face à la réalité suivante : 1° les organisations européennes sont fondées sur des traités internationaux, 2° qui présentent toutefois d'importantes spécificités par rapport aux organisations classiques également fondées sur des traités (les deux principales seront consacrées par la jurisprudence de la CJCE : l'effet direct et la primauté¹⁵⁵³). Alors que les internationalistes voient en priorité l'origine conventionnelle des communautés européennes, les supranationalistes s'attachent principalement aux spécificités du droit communautaire par rapport au droit international classique. À Stresa se produit donc un « schisme supranationaliste »¹⁵⁵⁴, en réaction à la fermeté des internationalistes. Encore aujourd'hui, sur la question de la nature juridique de l'Union européenne, la doctrine se divise entre « internationalistes » et « supranationalistes »¹⁵⁵⁵. Pour les premiers, le principal argument reste « l'appartenance génétique », des Communautés puis de l'Union, « à la famille des

¹⁵⁵⁰ Il s'agit de la « première grand-messe académique autour de la CECA » : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, op. cit., p. 168 ; le Congrès, organisé par la CECA, se tient juste après la signature des traités de Rome sur la CEE et Euratom. C'est donc la construction européenne dans son ensemble qui est en jeu. Les organisateurs souhaitent faire valider par la communauté des juristes l'idée de la spécificité supranationale de la CECA : il ne s'agirait pas d'une simple organisation internationale, mais d'une organisation *supranationale*.

¹⁵⁵¹ Notamment R. Ago et Ch. Rousseau : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, op. cit., pp. 180 et s.

¹⁵⁵² « Parce que la différence n'était pas niable au point de vue politique, certains ont cru qu'elle était également fondamentale au point de vue juridique », écrit Paul de Visscher dans le rapport de la commission qu'il préside à Stresa : J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, op. cit., p. 191 ; l'auteur montre pourquoi les internationalistes sont alors si fermes : comme au droit constitutionnel à la même époque, on reproche au droit international d'être par trop éloigné de la réalité, en l'occurrence des relations internationales. Dans ce contexte, les internationalistes se sentent en danger face à l'émergence des relations internationales comme nouvelle discipline.

¹⁵⁵³ Par les célèbres arrêts CJCE 5 février 1963 Van Gend en Loos ; CJCE 15 juillet 1964 Costa contre ENEL.

¹⁵⁵⁴ J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, op. cit., p. 208.

¹⁵⁵⁵ Voir déjà M. Lagrange, « L'ordre juridique de la CECA vu à travers la jurisprudence de sa Cour de justice », *RDP*, n°5, 1958, pp. 841- 865, cité in J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, op. cit., p. ? ; G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012 ; J. Gerkrath considère que « la doctrine se divise *grosso modo* en trois courants : internationaliste, fédéraliste et supranationaliste » : J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 120.

organisations internationales » : fondées sur des traités, elles sont « "nées" organisations internationales »¹⁵⁵⁶. Pour la doctrine supranationaliste en revanche, les spécificités du droit de l'Union, au premier rang desquelles il faut compter l'effet direct et la primauté du droit communautaire, sont trop nombreuses et importantes pour que l'Union européenne continue à être rangée dans une catégorie juridique préexistante. La spécificité de l'Union a alors généré une véritable « saga sémantique »¹⁵⁵⁷ : outre la célèbre formule de la Fédération d'État-Nations, l'Union est qualifiée de « Fédération d'États et de citoyens »¹⁵⁵⁸, « Communauté »¹⁵⁵⁹, « pouvoir public commun »¹⁵⁶⁰, « *Staatenverbund* »¹⁵⁶¹ ou encore « un être en procès mais sans borne, un être capable mais informe, un être social et politique non souverain »¹⁵⁶², « objet politique non identifié »¹⁵⁶³.

¹⁵⁵⁶ D. Simon et A. Rigaux, « Les communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 117 ; la même position est affirmée avec une certaine virulence par A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, Book 2, 1997, pp. 193-271 ; voir également Ch. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n° 14, pp. 61-72 ; J.-Ph. Derossier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.* ; F. Picod et L. Azoulai, « L'Union européenne », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 77-112 ; les internationalistes acceptent à la rigueur de consacrer une sous-catégorie d'organisation internationale, à côté des organisations internationales classiques (de coopération) : les organisations internationales « d'intégration » : J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, 12^{ème} éd., 2016, p. 713-714 ; sous-distinction que retenait déjà Virally, en accordant une certaine importance au but poursuivi par l'organisation : A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *op. cit.*, p. 237.

¹⁵⁵⁷ L. Dubouis, « La nature de l'Union européenne », in G. Cohen-Jonathan et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp. 81-96.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 88

¹⁵⁵⁹ Fl. Chaltiel, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000 : l'auteur utilise dans sa thèse différentes expressions pour qualifier l'Union (fondée principalement sur une reconceptualisation discutable de la souveraineté) : « Il semble alors que le terme de Communauté doit être retenu pour marquer la spécificité de cette fédération », p. 504 ; on trouve également « union politique européenne », p. 265, « les termes de "fédération communautaire" ou de "Communauté fédérative", apparaissent comme les plus aptes à qualifier l'Union », p. 385.

¹⁵⁶⁰ Reprenant ainsi une expression utilisée en jurisprudence : CJCE 14 novembre 1978, Délibération 1/78 (à propos de la CEEA) ; voir G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012 ; Ch. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004 ; P.-Y. Monjal, « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *LPA*, n° 14, pp. 25 et s. ; P.-Y. Monjal, « La nature juridique de l'Union européenne : en attendant Godot », *LPA*, 1995, n° 57, pp. 16 et s.

¹⁵⁶¹ L'expression est de la Cour de Karlsruhe, dans ses décisions du 12 octobre 1993 relatif au traité de Maastricht et du 30 juin 2009 relatif au traité de Lisbonne ; voir Cl. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2016, p. 99. Comme le souligne O. Beaud, à l'occasion des délibérations autour des grandes décisions concernant l'UE, les membres du Conseil constitutionnel français n'ont que très rarement, et toujours très superficiellement, évoqué la question de la nature juridique de l'Union européenne : O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n°20-21, 2018.

¹⁵⁶² L. Azoulai, Discutant, sous L. Dubouis, « La nature juridique de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁶³ Voir not. Ph. Lauvaux, « Repenser l'État », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, pp. 285-309 : « L'Union demeure donc bien un objet politique non identifié, *proles sine matre creata*, pour reprendre ce vers d'Ovide qui sert d'épigraphe à *L'Esprit des lois*, et elle le demeure d'autant plus que la tentative constituante quasi ou néofédéraliste a été étouffée par l'expression de la volonté populaire », p. 296.

Il ne s'agit pas d'évaluer lesquelles de ces qualifications sont justes ou fausses. La diversité des qualifications retenues témoigne une fois de plus de la difficulté de l'entreprise et des conséquences des postulats de départ. En ce qui nous concerne, le critère principal de distinction entre l'État et l'organisation internationale réside dans la centralisation du pouvoir de production des normes constitutionnelles. En l'occurrence, l'Union européenne est fondée sur des traités dont la procédure de révision est décentralisée. Parmi les possibilités offertes par le droit international, les procédures de révision mises en place par les traités fondateurs de l'UE ne sont pas les plus favorables aux organes intégrés¹⁵⁶⁴.

Procédures de révision. Comme en droit international général, les traités fondateurs de l'UE mettent en place une « procédure de révision ordinaire » et des « procédures de révision simplifiées » (TUE, art. 48). Selon la procédure ordinaire, *l'initiative* de la révision appartient concurremment au gouvernement de tout État membre, au Parlement européen ainsi qu'à la Commission. Saisi du projet de révision, le Conseil le transmet au Conseil européen et en informe les parlements nationaux. Le Conseil européen se prononce alors à la majorité simple sur le projet de révision. S'il est favorable à la révision, le Conseil européen peut, en fonction de l'importance de la révision, décider de recourir ou non à une Convention¹⁵⁶⁵. Si elle est convoquée par le président du Conseil européen, la Convention¹⁵⁶⁶ adopte par consensus une recommandation à destination d'une « Conférence des représentants des gouvernements des États membres ». Les représentants des États membres y décident « d'un commun accord » (al. 4) les amendements à apporter aux traités de l'UE. Ces amendements n'entrent en vigueur qu'après avoir été ratifiés par tous les États membres. La révision des traités fondateurs et par conséquent la procédure de production de normes constitutionnelles nouvelles est donc décentralisée dans l'UE : l'entrée en vigueur de normes constitutionnelles dépend du consentement de tous les États membres.

¹⁵⁶⁴ A. Peters, « L'acte constitutif de l'organisation internationale », *op. cit.* : « L'Union européenne se trouve du côté internationaliste du spectre car, étant donné le haut degré d'intégration, les modifications requièrent une forte légitimation », p. 228.

¹⁵⁶⁵ S'il décide de ne pas convoquer une Convention, le Conseil européen a besoin de l'approbation du PE (art. 108 alinéa 3 du TUE).

¹⁵⁶⁶ Composée de représentants des parlements nationaux, des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, du Parlement européen et de la Commission, ainsi que de la BCE « dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire » (art. 108 alinéa 3).

Les procédures de révision simplifiées sont également relativement classiques. Tout d'abord, des révisions simplifiées peuvent intervenir au niveau des dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatives aux politiques et actions internes de l'Union. L'initiative de la révision appartient, comme dans la procédure ordinaire, au gouvernement d'un État membre, le Parlement européen et la Commission. Le Conseil européen, saisi du projet, peut décider à l'unanimité d'adopter le projet de révision. Celui-ci n'entre en vigueur que s'il est approuvé par les États membres. Là encore, la procédure de révision est décentralisée. En outre, le Conseil européen peut décider à l'unanimité d'autoriser le Conseil à statuer à la majorité (et non à l'unanimité) et d'utiliser la procédure législative ordinaire (et non spéciale), sauf si un des parlements nationaux, informés de l'initiative du Conseil européen, s'y oppose.

En somme, les procédures de révision des traités fondateurs de l'UE relèvent des techniques de révision bien connues du droit international public. Les organes centraux de l'UE ne sont pas compétents pour adopter seuls des modifications majeures du droit constitutionnel de l'Union européenne, de sorte que cette dernière doit être considérée comme une organisation internationale, en vertu du critère que nous avons retenu.

B/ L'autonomie de l'organe central compétent pour produire des normes constitutionnelles (souveraineté relative)

L'indépendance de l'État, qui prend les traits d'une centralisation de la production des normes constitutionnelles, permet de distinguer l'État des autres sujets directs du droit international, principalement les organisations internationales. Elle permet donc de distinguer l'État « horizontalement ». Cependant, l'État n'est pas le seul ordre juridique dont la production des normes constitutionnelles est confiée à un organe central. À la centralisation de cette production normative il convient donc d'adjoindre une seconde dimension : l'autonomie dont bénéficie l'organe constituant. L'État peut alors être défini comme un ordre juridique dont l'organe constituant est un organe central soumis au seul droit international (1). Il faut alors constater un paradoxe : si l'État peut utilement être défini comme un ordre juridiquement centralisé, c'est en raison de la centralisation de la compétence constitutionnelle. En revanche, les compétences infra-constitutionnelles au sein de l'État sont plus ou moins décentralisées. En dehors de la compétence

constitutionnelle, l'État peut apparaître donc bien davantage comme un ordre juridique relativement décentralisé (2).

1/ La souveraineté relative, ou la soumission au seul droit international

La compétence d'un organe central pour la production des normes constitutionnelles ne permet que d'identifier l'État parmi les ordres juridiques de même niveau, à savoir les sujets directs du droit international public. Comme le soulignait déjà J. Kunz, un des élèves de Kelsen, seule la souveraineté relative comme soumission au seul droit international permet de distinguer l'État « verticalement », donc des ordres juridiques infra-étatiques. Kunz appelle « État au sens du droit international » l'ordre juridique qui n'est soumis qu'au seul droit international, contrairement à « l'État au sens du droit constitutionnel » qui vise l'État non souverain, concrètement l'État fédéré. Pour Kunz, c'est la souveraineté comme soumission au seul droit international « qui distingue "l'État dans le sens international" de toutes les autres communautés juridiques, telles que la commune, la province, la province autonome, le "pays" et aussi les États-membres d'un État fédéral »¹⁵⁶⁷. Il précise que « le caractère distinctif entre "l'État dans le sens du droit international" et toutes les autres communautés juridiques est donc *la position différente dans la hiérarchie juridique* »¹⁵⁶⁸. Kunz reproche à Kelsen d'avoir omis la souveraineté relative¹⁵⁶⁹ dans l'identification de l'État. Pour Kunz, le critère de la centralisation relative ne permet ensuite que de distinguer les communautés infra-étatiques. Pour édifier sa théorie juridique de l'État fédéral, Kunz maintient donc la théorie kelsénienne de la centralisation des ordres juridiques mais y réintroduit la théorie de la souveraineté relative, délaissée par Kelsen, afin de pouvoir rendre compte de la nature particulière de l'État¹⁵⁷⁰. Ce qu'il faut garder des travaux de Kunz, c'est l'idée selon laquelle la soumission au seul droit international est nécessaire pour identifier l'État, notamment des ordres juridiques dont la compétence constitutionnelle peut être centralisée. Au sein des États fédérés par

¹⁵⁶⁷ J. Kunz, « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 846.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.*, nous soulignons.

¹⁵⁶⁹ Que Kelsen a d'ailleurs lui-même théorisé.

¹⁵⁷⁰ Kunz refuse l'idée qu'il n'y ait qu'une différence de *degré* entre l'État au sens du droit international et la commune par exemple.

exemple, la compétence constituante peut appartenir à un organe central. Mais dans ce cas, l'organe constituant doit respecter non seulement le droit international, mais également la constitution fédérale¹⁵⁷¹. Cependant, on peut regretter que Kunz n'ait pas vu que la souveraineté relative n'est pas la seule spécificité de l'État, dans la mesure où elle s'applique à tous les sujets directs du droit international public (les organisations internationales notamment). Par ailleurs, Kunz distingue à tort la souveraineté relative de la théorie de la décentralisation des ordres juridiques. On peut penser en effet que la souveraineté relative est une spécificité de la centralisation de la compétence constitutionnelle au sein de l'État. Cette production de normes constitutionnelles a en effet la double particularité 1° d'appartenir à un organe central qui, 2° n'est soumis qu'au seul droit international. En ce sens, la souveraineté relative n'est que le degré de liberté dont dispose l'organe central compétent pour produire des normes constitutionnelles : cet organe est seul compétent (indépendance, souveraineté-compétence), et dispose d'une autonomie seulement limitée par le respect du droit international (autonomie, souveraineté relative).

2/ Le paradoxe de l'État

Le paradoxe de l'État réside donc dans le fait que son caractère relativement centralisé ne concerne que la production des normes constitutionnelles. Seul l'ordre juridique étatique comprend un ou plusieurs organes centraux soumis au seul droit international compétents pour créer des normes constitutionnelles : en ceci il est relativement centralisé. Nous avons donc essayé d'exprimer en termes de centralisation des compétences ce que l'on désigne souvent par la souveraineté. L'État peut alors être qualifié de souverain si l'on entend par souveraineté l'indépendance de l'État (ses normes constitutionnelles ne peuvent être produites que par un organe central) et l'autonomie de l'État (la production de normes constitutionnelles n'est soumise qu'au droit international). Dans ce cas, la souveraineté n'est pas le caractère suprême de la

¹⁵⁷¹ Même si le débat est exposé en des termes quelque peu différents, il constitue chez Carré de Malberg la distinction entre la souveraineté et la puissance étatique. Pour Carré de Malberg (suivant Jellinek), l'État se caractérise par sa puissance, qui se concrétise notamment par son pouvoir d'auto-organisation et la réunion des trois fonctions classiques de l'État (législatif, exécutif, judiciaire). La seule différence entre l'État souverain et l'État non-souverain réside dans le fait que le premier n'est point limité dans son auto-organisation, au contraire par exemple de l'État fédéré devant respecter la Constitution fédérale : voir R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, pp. 125 et s, pp. 174 et s.

puissance d'État (Carré de Malberg suivant Jellinek et Laband), le caractère suprême de l'État et son *essence* particulière (J.-Ph. Derosier), ni la qualité d'une certaine hiérarchie des normes (M. Troper), mais la qualité d'une certaine centralisation des ordres juridiques : celle qui concerne la compétence constitutionnelle.

En revanche, en ce qui concerne les niveaux de compétence infra-constitutionnels, l'État apparaît comme un ordre juridique potentiellement *décentralisé*. Si la forme d'ordre juridique « État » s'identifie par la centralisation de la compétence constitutionnelle, les « formes d'État » varient en fonction de la décentralisation des compétences infra-constitutionnelles.

Conclusion du Chapitre 5

Après avoir montré dans le chapitre 4 que dans le cadre d'une approche formelle l'État ne peut être conçu que comme un ordre juridique, le présent chapitre avait pour but de déterminer un critère adéquat pour l'État. Ce critère ne peut plus être le concept traditionnel de souveraineté qui, dans le cadre de la théorie pure, n'est plus qu'un « concept vide ». Dans la théorie kelsénienne, la souveraineté correspond à la qualité d'un système juridique, et au moins deux concepts de souveraineté peuvent être distingués. Selon un concept large, la souveraineté correspond à une indépendance absolue, et appartient à l'ordre juridique répartiteur (le droit international). Une conception relative de la souveraineté conduit en revanche à la concevoir comme la soumission au seul droit international, auquel cas elle est la qualité de tous les ordres juridiques directement soumis au droit international (les États mais également les organisations internationales). Ces deux concepts de souveraineté, tantôt trop large ou trop étroit, ne permettent donc pas d'identifier précisément la spécificité structurelle de l'ordre juridique étatique. Les constructions proposées par d'autres auteurs adoptant une même approche formelle n'emportent pourtant pas davantage la conviction. M. Troper a développé une séduisante théorie selon laquelle la spécificité de l'ordre juridique étatique serait l'existence d'une hiérarchie des normes à la fois statique et dynamique, la souveraineté étant le principe justificatif d'une telle structure hiérarchisée. Seulement, l'inconvénient de cette construction est qu'elle repose sur une identification totale de l'État et du droit : le critère de l'ordre juridique est en même temps celui de l'ordre juridique étatique, lequel n'a donc au fond plus aucune spécificité.

La souveraineté ne pouvant véritablement faire office de critère de l'État conçu comme un ordre juridique, nous nous sommes tournés vers le critère de la centralisation relative. On sait en effet que selon Kelsen l'État aurait pour particularité d'être relativement centralisé, au sens où il y aurait des organes spécialisés dans la création et l'application du droit. Seulement, nous avons montré que cette présentation de l'État servait principalement à le distinguer de l'ordre juridique international, dépourvu d'une telle institutionnalisation. Surtout, la centralisation relative ainsi comprise ne permet pas d'insérer l'État dans la gradation des formes juridiques, que Kelsen organise selon une théorie différente de la centralisation et décentralisation des ordres juridiques.

Par conséquent, nous avons cherché à élaborer un critère de la centralisation relative à l'aune d'une théorie de la décentralisation permettant également de classer les différentes formes juridiques en général et les formes d'État en particulier. Il s'agissait de définir l'État ni en fonction du domaine de validité des normes (centralisation statique) ni du degré d'institutionnalisation des organes de création et d'application du droit (centralisation dynamique) mais du caractère centralisé ou décentralisé des organes créateurs de normes (centralisation dynamique territoriale). Nous avons alors proposé d'identifier l'État comme un ordre juridique relativement centralisé, au sens où la révision des normes suprêmes (les normes constitutionnelles) relève de la compétence de seuls organes centraux. Ces derniers disposent par ailleurs d'une autonomie importante, puisqu'ils ne sont soumis qu'au seul droit international. Si la création de normes constitutionnelles est centralisée dans l'État, la création des normes infra-constitutionnelles peut appartenir à des organes locaux. C'est cette décentralisation de la compétence normative infra-constitutionnelle qui permet de distinguer les différentes formes d'État.

Chapitre 6 : Les formes de l'État

« Les questions les plus simples ne sont pas les moins nécessaires. Ni les moins difficiles, d'ailleurs »¹⁵⁷²

D. de Béchillon

Ce chapitre a pour objectif de démontrer que les différentes formes d'État peuvent s'envisager en fonction des seules compétences normatives conférées aux entités territoriales, et donc de la décentralisation du pouvoir normatif. Cette solution ne semble pas nouvelle, à la différence peut-être de sa démonstration. Nous essayerons en effet de montrer que les « linéaments de structure »¹⁵⁷³ de la pensée publiciste française ne permettent pas d'envisager les formes d'État ainsi. En effet, présenter les formes d'État en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif, c'est-à-dire de la décentralisation dynamique de l'ordre juridique étatique¹⁵⁷⁴, nécessite d'être en possession d'une typologie précise des normes, composée d'un concept précis pour chaque « catégorie normative »¹⁵⁷⁵. Avant d'affirmer qu'une forme d'État s'identifie par l'octroi d'un certain type de pouvoir normatif à une entité territoriale, encore faut-il précisément identifier l'objet de ce pouvoir normatif. Il conviendra donc de proposer une typologie précise des différentes normes dont l'éventuelle décentralisation du pouvoir d'édiction est concernée par une théorie quantitative des formes d'État (Section 1).

Ce n'est qu'une fois armé de ces concepts de catégories normatives que nous pourrons présenter une théorie de la décentralisation du pouvoir normatif. Les formes d'État varient alors en fonction de l'intensité de cette décentralisation. L'État lui-même a été défini plus haut en

¹⁵⁷² D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, p. 239.

¹⁵⁷³ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, p. 404.

¹⁵⁷⁴ Voir Chapitre 5.

¹⁵⁷⁵ O. Pfersmann, « La Constitution comme norme », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, p. 74.

fonction du degré de centralisation du pouvoir normatif. Nous disions alors que dans cette perspective, l'État pouvait être entendu comme un ordre juridique relativement centralisé, c'est-à-dire dont le pouvoir constituant dérivé relève de la compétence d'organes centraux. L'État peut alors revêtir différentes formes en fonction du niveau dans la hiérarchie des normes auquel commence la décentralisation du pouvoir normatif. L'État peut être qualifié d'unitaire décentralisé lorsque ses entités territoriales ne bénéficient que du plus simple pouvoir normatif qui puisse leur être conféré : le pouvoir réglementaire. En revanche, la qualification d'État régional sied à l'État dans lequel les entités territoriales bénéficient d'un pouvoir normatif accru, à savoir un véritable pouvoir législatif. Enfin, l'État fédéral constitue la forme d'État la plus décentralisée, dans la mesure où les entités territoriales, les États fédérés, y bénéficient non seulement d'un pouvoir législatif, mais encore d'un véritable pouvoir *statutaire*. La boucle est alors bouclée : si nous avons vu plus haut qu'à partir du moment où l'on choisit de concevoir l'État comme un ordre juridique (voir chapitre 4) dont la spécificité réside dans le caractère relativement centralisé, *i.e.* dont la procédure de production de normes constitutionnelles est centralisée (voir chapitre 5), alors les différentes *formes* d'État se laissent identifier par la décentralisation des pouvoirs normatifs infra-constitutionnels (Section 2).

Section 1 : Typologie des « catégories normatives »

Il s'agira ici de montrer que la doctrine publiciste classique *n'a pas pu* démontrer que les formes d'État se différencient en fonction du pouvoir normatif qui leur a été attribué dans la mesure où elle n'a pas proposé de typologie des catégories normatives adéquate. En effet, comme l'a écrit D. de Béchillon, « ce sont surtout les *paradigmes* qui changent et influent la production et la perception des normes »¹⁵⁷⁶. Or, le paradigme classique du droit et de l'État est insusceptible de proposer une typologie des normes satisfaisante pour une présentation des formes d'État en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif (§ 1). Dès lors, il conviendra de bâtir, sur des bases nouvelles, à savoir celles de l'approche formelle du droit retenue dans cette deuxième partie, une typologie satisfaisante (§ 2).

¹⁵⁷⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 109.

§ 1 : Les apories de l'approche classique des catégories normatives

C'est en raison d'une méthode défailante (A) que les définitions proposées par la doctrine classique de la constitution, la loi ou encore l'acte administratif réglementaire, sont inappropriées pour une théorie générale des formes d'État (B).

A/ Une méthode défailante

Pour élaborer une typologie des catégories normatives, la doctrine classique se perd dans les différents niveaux de discours (1) et les divers critères (2).

1/ Les niveaux de discours mobilisés

Types de discours. Le premier reproche qu'il est possible d'adresser à la doctrine majoritaire cherchant à concevoir les différentes catégories normatives que sont la constitution, la loi ou le règlement, est de ne pas préciser suffisamment le type de discours dans lequel cette opération se situe. Pour définir les catégories normatives, la doctrine utilise ainsi les discours de type philosophique, scientifique, juridique ou, plus rarement, religieux. Cette confusion des genres est particulièrement visible concernant l'approche classique de la loi.

« Penser la loi »¹⁵⁷⁷ revient alors à raconter une histoire de la loi, de « la loi des temps anciens » à la loi de « l'État législateur »¹⁵⁷⁸. Il s'agit de rendre compte de la très grande polysémie du mot « loi » en montrant qu'elle n'est « pas purement fortuite : elle a une histoire ; elle correspond à un certain cheminement de la pensée »¹⁵⁷⁹. « Les soubassements théologiques, philosophiques ou scientifiques » de la loi sont parfois mais rarement envisagés, les auteurs préférant mettre l'accent sur la « "culture juridique" dans laquelle la loi s'inscrit [afin] de tracer quelques contours de ce

¹⁵⁷⁷ D. Baranger, *Penser la loi*, Gallimard, 2018.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 36.

¹⁵⁷⁹ P. Amssek, « Norme et loi », *APD*, 1980, La loi, p. 89.

concept en droit »¹⁵⁸⁰. Ces travaux montrent que « le mouvement d'ensemble de l'histoire » de la loi va de l'idée « d'un dieu législateur à celle d'une loi de nature, et de cette idée d'une loi naturelle aux projets de législation positive »¹⁵⁸¹. C'est aussi l'occasion de rappeler (l'ancien) culte de la loi qui, selon Burdeau, « fut longtemps non seulement une religion officielle, mais encore une inclination naturelle de l'esprit français »¹⁵⁸². On apprend également que les critiques contemporaines bien connues contre les maux de la loi sont intemporelles¹⁵⁸³. Cependant, une telle histoire de la loi se fait souvent au prix de quelques approximations ou anachronismes. Les historiens du droit rappellent ainsi que du temps de l'humanisme historiciste de Cujas le terme « loi » reste très incertain¹⁵⁸⁴, et même Bodin, qui érige pourtant la *loy* au rang d'acte de souveraineté, ne propose aucun critère d'identification de la loi¹⁵⁸⁵. Plus généralement, ces éléments historico-politico-philosophico-juridiques sur le développement de l'idée de loi dans la pensée occidentale sont peu à même de distinguer la « loi politique » (celle des philosophes) de la « loi juridique »¹⁵⁸⁶ (celle des juristes). Les types de discours, philosophique et juridique, sont reliés par une méthode subtile relative au choix du niveau de discours. Pour définir juridiquement le droit, la doctrine

¹⁵⁸⁰ F. Saint-Bonnet, V° « Loi », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 959.

¹⁵⁸¹ D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 27 ; voir P. Manent, *La loi naturelle et les droits de l'homme*, PUF, 2018.

¹⁵⁸² G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, 1939, pp. 7-55 ; culte auquel les administrativistes ont, évidemment, échappé : « Toutefois, à la différence d'autres juristes, les administrativistes français n'ont jamais pratiqué le culte de la loi : ils ne nient pas sa valeur dans la tradition juridique nationale, mais ils savent trop le processus de dévalorisation qui l'affecte, et que le droit administratif permet, hélas, de diagnostiquer depuis longtemps » : B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 19.

¹⁵⁸³ Ces critiques étaient déjà légion sous l'Empire romain (d'où la codification par Justinien) et fameuses sont les critiques de Voltaire dans son *Siècle de Louis XIV* sur « les "cinq cent quarante coutumes" du royaume, les "quarante mille lois romaines" qui le régissent encore, sans parler des "mille gros commentaires qui se contredisent" » : cité in D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 5 ; « Tous ces jugements nous disent l'existence d'un *topos*, un lieu commun au sens le plus fort que la rhétorique peut donner à ce terme : une évidence ressentie par un très grand nombre et dont on peut parler sans avoir ou presque à fournir de preuves », p. 7 ; ces critiques anciennes contre la complexité de la législation ne sont d'ailleurs pas propres à la France : elles sont également formulées par Beccaria et Bentham, qui qualifie la législation de son temps de « jungle » : cité p. 6.

¹⁵⁸⁴ Voir X. Prévost, « La notion de norme ayant force de loi dans l'œuvre de Jacques Cujas », in C. Leveleux-Teixeira *et al.*, (dir.), *Normes et normativité. Mélanges Albert Rigaudière*, Economica, 2009, pp. 213-232 : Cujas est le principal représentant de « l'humanisme historiciste, dont le but premier consiste à retrouver les solutions du droit romain authentique », p. 214 ; Pour Cujas, la loi renvoie à la loi romaine (*lex publica*), à savoir « le texte écrit voté par le peuple et formulant des règles obligatoires de caractère général », p. 213 ; par analogie, Cujas incorpore parfois dans cette notion les normes ayant une valeur similaire. Les caractères de la loi pour Cujas sont : la généralité ; son origine (ordre du peuple ou de la plèbe) ; l'existence d'une sanction juridique.

¹⁵⁸⁵ Ce que montre F. Martin, « Jean Bodin et les formes », in *Mélanges Rigaudière*, *op. cit.*, pp. 233-253 ; plus généralement, la loi n'est pas une catégorie normative précise sous l'Ancien régime : le terme « Loi » peut alors faire référence aux « ordonnances, édits, lettres patentes, lettres sur requête ou lettres *motu proprio* » : D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 24 : les historiens du droit de cette époque préfèrent alors parler de « pouvoir édictal » au lieu de « pouvoir législatif » : *ibid.*

¹⁵⁸⁶ D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 16 ; il précise entendre par « loi politique » un objet philosophique, abstrait, et par « loi juridique », « la loi incorporée dans le droit ».

classique déduit un concept de loi du droit positif envisagé comme la consécration d'un concept philosophique. Le droit positif est alors conçu comme un révélateur de concepts philosophiques. Il en résulte des concepts juridiques ancrés *dans* car déduit *du* droit positif, au détriment de toute réflexion *théorique* sur les catégories normatives.

Niveaux de discours : concepts de droit positif et concepts théoriques. La méthode employée par les juristes français, souvent inconsciemment, pour définir les différentes catégories normatives, consiste à les déduire de l'observation du droit positif. Par souci probablement de « positivisme », ces juristes pensent pouvoir trouver dans le droit positif lui-même des concepts de loi ou d'acte réglementaire. La méthode a été utilisée avec la plus grande rigueur par Carré de Malberg. Les bases en sont posées dans la *Contribution à la Théorie générale de l'État*, mais son ouvrage sur la loi, paru en 1933, apparaît comme une application de cette méthode dans le cadre d'une entreprise de définition de la loi. « L'avertissement » par lequel débute cet ouvrage sur « la loi, expression de la volonté générale », est particulièrement significatif. Il convient de le citer, même longuement : « la présente étude, écrit Carré de Malberg, n'a point pour but de discuter et d'apprécier des idées ou des doctrines, mais seulement de *constater* et d'établir, *d'après les données fournies par le droit positif en vigueur*, l'un des points capitaux du système constitutionnel français actuel. Je me propose de montrer que la Constitution de 1875 a appliqué et s'est par conséquent *approprié*, touchant la notion de loi et de pouvoir législatif, le *concept énoncé dans le célèbre article 6* de la Déclaration des Droits de 1789, et je voudrais surtout mettre en clarté l'influence que ce concept a exercé sur les institutions consacrées en 1875 »¹⁵⁸⁷. Tout est dit dans cet extrait, dans lequel Carré de Malberg annonce une méthode d'identification du concept de loi qui découle directement de la méthode plus générale guidant la pensée malbergienne¹⁵⁸⁸. Pour le maître de Strasbourg, le droit public français est tout entier bâti sur les idées de la Révolution française. Par conséquent, le droit positif français s'analyse comme une consécration plus ou moins ordonnée des grands idéaux révolutionnaires. La loi en est un exemple particulièrement marquant : la Constitution de 1875 qu'étudie Carré de Malberg, en indiquant dès son article 1^{er} que « le pouvoir législatif s'exerce par

¹⁵⁸⁷ R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, [1935], rééd. Economica, 1984, (ci-après *La loi*), nous soulignons.

¹⁵⁸⁸ Voir Chapitre 4, sur la méthode en quatre points reprise de Laband (É. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. « Léviathan », 2003).

deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat » consacre, d'après l'auteur, le concept de loi porté par les révolutionnaires : la loi comme expression de la volonté générale, adoptée par des chambres représentant le peuple souverain. C'est ainsi toute « l'organisation étatique propre au droit public français »¹⁵⁸⁹ qui a été érigée sur les fondations de la Révolution française, et Carré de Malberg peut écrire que « les sources de la notion constitutionnelle de loi se trouvent dans les principes qui, dès le début de la Révolution, ont été posés par les fondateurs du nouveau droit public français touchant la loi et le pouvoir législatif »¹⁵⁹⁰. Les difficultés épistémologiques posées par une telle méthode ont déjà été soulignées¹⁵⁹¹. En l'occurrence, il importe seulement de rappeler ce que peut avoir de délicate l'idée selon laquelle le concept de loi en droit public français soit celui contenu par le droit positif envisagé comme consécration d'un concept né de la Révolution. Carré de Malberg évacue ainsi difficilement le fait que les constituants de 1875 n'avaient absolument pas pour ambition de consacrer dès l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février un *concept* de loi. Il écrit que les interprètes actuels d'un texte n'ont pas à prendre en compte les intentions de son auteur, et avance maladroitement que « l'examen des textes révèle que les constituants [de 1875] ont, en parlant du pouvoir législatif, obéi, instinctivement peut-être et obscurément, mais avec docilité, à un concept précis et fondamental, dont la Constitution atteste, en plus d'un point, l'influence prépondérante »¹⁵⁹². Dès lors, « que ses auteurs s'en soient ou non rendu compte », la Constitution de 1875 « a fait revivre cette conception de la loi expression de la volonté générale » portée par les révolutionnaires. Dans un discours du 7 septembre 1789, Sieyès proclamait ainsi que « la seule définition raisonnable qu'on puisse donner de la loi, est de l'appeler l'expression de la volonté des gouvernés »¹⁵⁹³. Il n'est pas besoin de revenir sur le rôle de Rousseau dans cette théorisation de la loi. La même démarche « positiviste » est reprise par D. de Béchillon pour définir la loi. Il écrit – curieusement –, que la Constitution de la V^e République a « pour la première fois », proposé « une véritable définition »¹⁵⁹⁴ de la loi. Cette dernière doit alors être entendue comme « la règle édictée par le Parlement selon les formes et les procédures définies dans la Constitution

¹⁵⁸⁹ R. Carré de Malberg, *La loi, op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁹¹ M. Troper, « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994 ; voir Chapitre 1.

¹⁵⁹² R. Carré de Malberg, *La loi, op. cit.*, p. 27.

¹⁵⁹³ Cité in B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 36.

¹⁵⁹⁴ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit, op. cit.*, p. 21.

comme exprimant la volonté de la nation »¹⁵⁹⁵. Une telle conception de la loi, livrée par la Constitution elle-même, pourrait donc être envisagée comme une « notion officielle »¹⁵⁹⁶, c'est-à-dire une conception de la loi consacrée par l'État lui-même.

Cette méthode d'identification des catégories normatives est devenue un réflexe. B. Plessix indique que si « pour l'administré *lambda*, la loi est synonyme de droit », « pour l'administrateur ou le juriste, versé dans le seul droit positif (celui de la Constitution de la Cinquième République), c'est plus techniquement la norme votée par le Parlement (Const. 4 oct. 1958, art. 24), selon la procédure et dans les domaines prévus par la Constitution ». Pour M. Verpeaux, c'est le concept de pouvoir réglementaire qui apparaît en 1789, et le droit positif est là pour le rappeler.

La notion de Constitution, à l'évidence, se laisse moins facilement définir par le droit positif. La majorité des constitutionnalistes se résout alors à définir la Constitution en fonction d'approches théoriques plus facilement identifiables¹⁵⁹⁷. Cependant, et dans la mesure où le droit positif lui-même contient le terme « constitution », les juristes ne se bornent pas à proposer un concept théorique de constitution, mais en livrent également un concept de droit positif. La Constitution de la V^e République est alors définie, par exemple, comme « l'ensemble du dispositif articulé »¹⁵⁹⁸, le préambule de 1958, les textes de renvoi et éventuellement les objectifs à valeur constitutionnelle.

La méthode classiquement employée par la doctrine pour identifier les différentes catégories normatives pêche donc par une confusion des types de discours, mais également par une confusion des niveaux de discours. Les catégories normatives sont définies comme des concepts de droit positif consacrant des conceptions philosophico-juridiques. La méthode employée est encore défailante en raison de l'utilisation de critères peu pertinents.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵⁹⁶ Voir D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, *op. cit.*

¹⁵⁹⁷ Voir Chapitre 5.

¹⁵⁹⁸ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *Economica*, 1996, p. 55.

2/ Les critères utilisés

Traditionnellement, deux critères sont retenus pour définir les différentes catégories normatives, que ce soit la constitution, la loi ou le règlement. Il s'agit invariablement d'un critère formel ou organique, relatif à l'auteur de la norme et la procédure de production de celle-ci, ainsi que d'un critère matériel, relatif au contenu de la norme. L'utilisation de ces deux critères est particulièrement ancienne. D. Baranger a clairement mis en évidence les racines médiévales des acceptions matérielle et formelle de la loi. En tant qu'acte juridique produit par le Souverain, la loi est une *volonté* ; en tant que règle générale, la loi est un *contenu*. D. Baranger montre que la dimension subjective de la loi trouve son origine dans le volontarisme médiéval qui naît avec le nominalisme d'Ockham et de Duns Scott. En revanche, la dimension matérielle de la loi est un héritage du réalisme scolastique amené par saint Thomas, et de l'idée selon laquelle la raison humaine est censée identifier la nature des choses¹⁵⁹⁹. Dès lors, « la loi moderne est à la fois *voluntas* et *ratio* »¹⁶⁰⁰.

Si la coexistence de ces deux critères, matériel et formel, au fondement de l'identification classique des catégories normatives, s'explique donc par les fondements médiévaux de la pensée juridique occidentale, il n'en demeure pas moins que leur coexistence est problématique. Duguit notamment a clairement mis en évidence le fait que d'un point de vue matériel, il n'y avait ainsi aucune différence entre la loi et le règlement¹⁶⁰¹. L'idée de loi matérielle et de généralité de la loi n'ont pas résisté à la critique¹⁶⁰².

¹⁵⁹⁹ Voir D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 49 ; G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *op. cit.*, a une explication moins pertinente de l'existence de ces deux critères au niveau de la conception de la loi : s'il explique que « Dans la conception révolutionnaire de la loi il y a deux éléments qui ont gardé leur individualité en dépit de tous les efforts tentés pour les fondre en une notion unique : d'une part un concept de loi de caractère proprement juridique qui, s'attachant au fondement et au contenu de la loi, l'assimile à la règle de droit ; d'autre part une notion politique – non affirmée doctrinalement mais résultant de l'organisation constitutionnelle – qui détermine la loi par l'organe dont elle émane », p. 9, « la conception juridique trouve son origine dans le mouvement philosophique d'où procéda la révolution sans pour cela en respecter toujours fidèlement le sens. Mais c'est dans l'histoire révolutionnaire seule qu'il faut rechercher la signification politique de la loi car c'est l'organisation des pouvoirs publics telle qu'elle fut réalisée par les constituants de 1791-1793 qui la rendit, non seulement possible, mais inévitable », p. 9.

¹⁶⁰¹ Voir *infra* ; B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 37, parle à ce propos de « barbarisme juridique de Duguit ».

¹⁶⁰² R. Carré de Malberg, *La loi*, *op. cit.* critique durement les théories « allemandes » de la loi matérielle et formelle ; il écrit notamment à propos de la notion de loi matérielle qu'elle a été dépassée par l'évolution des constitutions modernes ; elle « n'était qu'une survivance d'idées périmées et qui avaient cessé d'avoir cours dans le droit constitutionnel nouvellement

Par conséquent, c'est finalement le critère formel – ou organique –, qui a pris le dessus. Carré de Malberg écrivait dès 1933 que la Constitution de 1875 n'admettait qu'un seul critère pour définir la loi : « un critérium d'ordre formel »¹⁶⁰³. D. de Béchillon rappelle que la définition de la loi contenue dans la Constitution de 1958 « se présente essentiellement comme "organique et formelle", c'est-à-dire construite en référence à l'auteur de la règle (le Parlement) et aux conditions de *forme* et de *procédure* dans lesquelles il agit »¹⁶⁰⁴. M. Verpeaux doit également constater que « la différence entre la loi et le règlement ne réside que dans l'auteur »¹⁶⁰⁵.

En somme, pour définir la constitution, la loi ou le règlement, la doctrine classique essaye de trouver dans le droit positif la consécration de concepts fondamentaux du droit public français nés en 1789. Il en résulte une approche associant analyse du droit positif et mise en perspective historique. Les critères que ces définitions utilisent sont historiquement d'ordre formel (ou organique) et matériel. Seulement, le droit positif tend à ne concevoir de spécificité qu'organique des différents types de normes. La doctrine classique retient donc des catégories normatives des définitions essentiellement organiques, déduites du droit positif, et ancrées dans l'histoire du droit public français. Autrement dit des concepts indéfectiblement liés à l'État moderne français, et par conséquent inutilisables pour une théorie générale des formes d'État.

B/ Des concepts insatisfaisants

La typologie des normes de la doctrine classique est composée de concepts insusceptibles de constituer la base d'une théorie générale des formes d'État en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif. Tant la conception classique de la Constitution (1), la loi (2) ou l'acte administratif réglementaire (3) présentent le défaut d'être structurellement liées à la théorie

adopté : elle n'était plus d'accord avec la Constitution en vigueur ; il n'y avait plus là, en définitive, qu'un anachronisme sans valeur », p. 56 ; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, *op. cit.* a par ailleurs définitivement dissous le dogme de la généralité de la loi.

¹⁶⁰³ R. Carré de Malberg, *La loi*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁰⁴ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁰⁵ M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, PUF, 1991, p. 417.

classique de l'État moderne. Or celle-ci ne conçoit l'État que sous sa forme unitaire, de sorte que les concepts qu'elle produit sont inopérants pour décrire les différentes formes d'État.

1/ La Constitution

De longs développements ont déjà été consacrés à la notion de constitution¹⁶⁰⁶. Nous avons vu que contrairement à la loi, la constitution ne devient un concept normatif qu'à la fin du XVIII^e siècle, à la suite des révolutions libérales américaine et française. La définition classique de la constitution comporte deux dimensions. D'un point de vue formel, sont considérées comme des règles constitutionnelles les normes dont la procédure de révision est la plus élaborée du système juridique. Matériellement en revanche, la constitution est entendue comme l'ensemble des normes relatives à l'organisation des pouvoirs publics et garantissant les droits et libertés des individus. Certains ont pu voir dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 une consécration de cette conception, alors nouvelle, de la Constitution¹⁶⁰⁷. Outre les critiques déjà formulées contre cette conception de la constitution, il convient ici de souligner dans quelle mesure elle s'avère inappropriée pour envisager l'État dans ses différentes formes.

Le problème ne réside pas dans le niveau de discours. Ce concept de constitution, contrairement au concept de droit positif de constitution¹⁶⁰⁸, est bien un concept théorique. Cependant, il est le produit d'une théorie de l'État qui ne permet d'étudier que l'État unitaire. En effet, la conception classique de la constitution découle directement de la théorie classique de l'État moderne, de sorte que la constitution est alors structurellement liée à ce type particulier d'État qui émerge en Europe vers le XVI^e siècle. La question du lien entre la constitution et l'État a fait l'objet

¹⁶⁰⁶ Voir Chapitre 5.

¹⁶⁰⁷ Voir D. Rousseau et A. Viala, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004 ; D. Rousseau, « Constitution » in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992 ; D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11^{ème} éd., 2016, pp. 797 et s. ; M. Troper, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

¹⁶⁰⁸ Tel celui donné par D. de Béchillon : la Constitution de la V^e République serait « l'ensemble du dispositif articulé », le préambule de 1958, les textes de renvoi et éventuellement les objectifs à valeur constitutionnelle : D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 55.

d'importantes querelles doctrinales, parfois anciennes¹⁶⁰⁹. La démonstration du lien entre ces deux concepts majeurs du droit public a parfois été menée de façon relativement succincte¹⁶¹⁰. Une argumentation plus construite en faveur du lien entre les concepts d'État et de constitution a été donnée par O. Beaud¹⁶¹¹. Il a en effet clairement mis en évidence que le lien est non seulement historique, mais essentiellement *structurel*. Le point de départ de la démonstration réside dans le postulat selon lequel la souveraineté serait la spécificité essentielle de l'État. Par ailleurs, l'existence d'un lien entre État et constitution se démontre par l'utilisation du concept « d'acte de souveraineté »¹⁶¹². O. Beaud montre que si la souveraineté spécifique à l'État a dans un premier temps pris les traits d'une monopolisation par le souverain (alors le roi) de la production du droit positif, la souveraineté réside, depuis la « révolution démocratique »¹⁶¹³, dans le pouvoir constituant ne pouvant appartenir qu'au peuple. Le pouvoir constituant est donc la forme moderne de la souveraineté, qui ne remplace pas mais *repose sur* la souveraineté entendue comme puissance publique. Il en résulte que selon cette théorie, l'État préexiste à la Constitution, qui ne peut donc exister que dans le cadre étatique.

Il importe de ne pas sous-estimer les soubassements théoriques de cette conception classique de la constitution, qui continue d'être majoritairement partagée par la doctrine publiciste française. Ces fondements théoriques correspondent à la théorie de l'État moderne, et reflètent ses évolutions de Bodin à la Révolution française. La Constitution est envisagée comme un *acte de souveraineté*, donc un acte fondateur *de l'État* adopté par le *peuple souverain*. Cette constitution s'intègre donc dans une théorie unitaire, et le pouvoir constituant ainsi envisagé ne saurait se concevoir à l'état décentralisé. Ce concept de constitution ne peut donc être utilisé pour définir l'État fédéral comme l'État dans lequel le pouvoir constituant est décentralisé. Le pouvoir constituant envisagé

¹⁶⁰⁹ Au début du siècle dernier, de nombreux auteurs contestant l'hégémonie du concept d'État au sein de la science juridique française, ont essayé de rattacher le concept de constitution non plus à l'État, mais au *groupe* (M. Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 1969), à *l'institution* (G. Renard, « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mél. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. CNRS, 1977), ou encore à la *société politique* (G. Scelle, « Le droit constitutionnel international », in *Mél. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. CNRS, 1977).

¹⁶¹⁰ Voir par ex. M. Verpeaux, *Droit constitutionnel français*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2013, p. 17 ; B. Mathieu, *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, coll. « Forum », 2013.

¹⁶¹¹ Pour une démonstration du lien entre État et Constitution mais à partir d'une approche formelle du droit et de l'État, voir J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*

¹⁶¹² O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, 1994, p. 22.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 24.

par la théorie de l'État moderne est un pouvoir absolu, qui ne saurait rendre compte du pouvoir confié aux États membres d'une Fédération d'adopter une « constitution ».

2/ La loi

Définition classique. La définition par la doctrine majoritaire de la loi est un exemple particulièrement révélateur de l'utilisation de la méthode décrite ci-dessus et de ses défauts. Cette doctrine explique que pour définir la loi, rien ne vaut la stricte lecture de la Constitution : c'est la définition de la loi donnée par le texte suprême qui s'impose à toutes les propositions différentes. Certains auteurs continuent, certes, à définir la loi selon les deux critères pluriséculaires relatifs à la forme et au contenu de la loi. On peut ainsi lire qu'aujourd'hui la loi « se définit selon le double critère de son mode d'élaboration et de son contenu »¹⁶¹⁴. Selon D. Baranger, « notre conception de la loi »¹⁶¹⁵ – formule relativement énigmatique que l'auteur n'éclaire pas davantage –, correspond au « concept moderne de loi » et « se caractérise par un ensemble d'attributs saillants »¹⁶¹⁶. Il note que le « contenu »¹⁶¹⁷ de la loi continue à être un élément de définition de la loi. Toutefois, comme précisé plus haut, il est désormais clair que la dimension matérielle ne permet en rien d'identifier la loi. Néanmoins, et malgré les incertitudes liées à l'effectivité de la répartition matérielle des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire (article 34 de la Constitution), certains auteurs continuent à prendre en compte une certaine dimension matérielle de la notion de loi. Il ne s'agit plus de l'ancien critère de la généralité de la règle contenue dans la loi, mais de prendre en compte une composante « domaniale »¹⁶¹⁸ de la loi. La définition de la loi qui semble toutefois l'avoir emportée est une définition formelle : « une règle juridique est une loi à partir du moment

¹⁶¹⁴ F. Saint-Bonnet, V° « Loi », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 964.

¹⁶¹⁵ D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 44 ; on lit également : « L'apparition de la loi telle que nous la connaissons, c'est-à-dire d'une règle générale, valable pour tous, ordonnée logiquement et autant que possible insérée dans un ensemble cohérent de règles, est le résultat de cette insatisfaction généralisée exprimée par les contemporains », p. 7.

¹⁶¹⁸ D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 80 ; l'auteur estime qu'il reste un domaine de la loi mais que celui-ci est difficile à identifier. Il semble dessiner un domaine figé (sorte de noyau dur), et un domaine plus large qui résulte des escapades du législateur dans le domaine du pouvoir réglementaire, le Gouvernement pouvant faire revenir le législateur dans ses gonds (art. 37-2 C et 41 C).

où elle a été votée par le Parlement »¹⁶¹⁹. Cette définition formelle est avant tout organique : c'est par l'organe compétent pour édicter des lois que l'on identifie la catégorie normative de loi. Dans la pensée juridique occidentale, cet organe est invariablement envisagé comme l'« organe compétent pour représenter le souverain dans l'État »¹⁶²⁰. Comme la conception classique de la constitution, la conception classique de la loi est donc structurellement liée à la théorie de l'État moderne.

Loi, souveraineté et État. La loi a incontestablement sa place parmi les mots magiques du droit public français. Il n'est pas besoin de s'arrêter longuement sur la dépréciation de la loi dans le discours juridique français¹⁶²¹. La loi a depuis longtemps¹⁶²² perdu de sa superbe, et l'on est bien passé de « la loi souveraine à la loi hiérarchisée »¹⁶²³. Depuis 1985, la loi n'exprime plus la volonté générale « que dans le respect de la Constitution »¹⁶²⁴. A. Haquet écrit que la loi est désormais « *une règle ordinaire qui ne mérite plus d'être célébrée* », dans la mesure où elle a « *vu ses caractères changer, sa valeur juridique diminuer et sa fonction symbolique disparaître* ». Pour l'auteur, « *la loi d'aujourd'hui n'a donc pas de rapport avec celle qui a été idéalisée au lendemain de la Révolution* »¹⁶²⁵. Il estime dès lors qu'il n'est « pas abusif de parler d'une *désouverainisation* du législateur [qui] n'édicte plus des *actes de souveraineté* »¹⁶²⁶. Malgré ces évolutions, nous voudrions montrer que la loi continue majoritairement d'être pensée à l'aune de la théorie de « la loi moderne »¹⁶²⁷, qui lie loi, souveraineté et État.

L'articulation entre ces trois concepts est rapidement énoncée par B. Mathieu : « la loi est par excellence une règle étatique. Votée par le peuple, ou ses représentants, elle entretient un lien incontestable avec la notion de souveraineté. Or, il est de l'essence de l'État d'être souverain »¹⁶²⁸. La démonstration, difficile, doit être approfondie.

¹⁶¹⁹ B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, 2010, p. 11.

¹⁶²⁰ Il s'agit de l'un des « attributs saillants » du « concept moderne de loi » : D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶²¹ La thèse de D. Fonseca est consacrée à la question : D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Mare et Martin, 2016.

¹⁶²² Voir G. Burdeau, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *op. cit.*

¹⁶²³ J.-P. Camby, *La loi*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2015, p. 21.

¹⁶²⁴ « la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » : CC, n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

¹⁶²⁵ A. Haquet, *La loi et le règlement*, *op. cit.*, p. 174.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶²⁷ D. Baranger, *Penser la loi*, *op. cit.*

¹⁶²⁸ B. Mathieu, *La loi*, Dalloz, 2010, p. 96.

Nous avons vu que suivant la méthode de Carré de Malberg, la loi continue à être définie principalement en fonction de son auteur : le Parlement, ou plus rarement le peuple lui-même. Malgré tous les changements constitutionnels que la France a connus depuis 1789, la loi demeure donc aux yeux de la plupart des juristes français *l'expression de la volonté générale*. Nonobstant les multiples limitations imposées au législateur, son activité continue de reposer sur ce fondement mythique de la volonté générale. Or, en tant qu'expression de la volonté générale, la loi est l'expression du souverain. Depuis la Révolution de 1789, le souverain en France est le peuple, ce que confirme encore l'article 3 de la Constitution¹⁶²⁹. La loi demeure donc un produit de la volonté du souverain, que cette volonté soit exprimée directement par le peuple ou par le biais de ses représentants. Dès lors, la loi continue à être un « acte de souveraineté »¹⁶³⁰. Si le législateur n'est plus souverain, la loi en tant qu'acte émanant du souverain n'a pas cessé d'être un acte *de* souveraineté. Or de nombreux travaux ont clairement mis en évidence que c'est justement l'émergence d'un tel pouvoir législatif, succédant au « pouvoir édictal » de l'Ancien Régime¹⁶³¹, qui est spécifique de l'État moderne. M. Troper écrit que « c'est donc au moment où apparaît un pouvoir législatif qu'apparaissent en même temps les théories de la souveraineté au sens moderne. Bien que la souveraineté se définisse seulement comme le pouvoir de faire des lois, on la conçoit en même temps comme une qualité distincte de ce pouvoir, mais qui l'implique ou le justifie, de sorte que la loi est définie de façon circulaire par la souveraineté. C'est, dit Bodin, "le commandement de celui qui a la souveraineté" »¹⁶³². L'État moderne est donc un « État législatif »¹⁶³³. La formule est lourde de sens. D. Baranger écrit justement qu'« en France, il est extrêmement ardu de penser l'État autrement que comme un État législatif où la loi est expression de la volonté générale ». Par conséquent, on voit bien que le concept moderne d'État, l'État souverain, s'est construit à partir de celui d'État législatif : le pouvoir législatif est un pouvoir qui émane du souverain *dans l'État* mais que l'on attribue désormais au cadre dans lequel ce pouvoir

¹⁶²⁹ Article dont le premier alinéa dispose que « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

¹⁶³⁰ D. Baranger, *Penser la loi, op. cit.* : « Dans le monde moderne, la loi représente le modèle même de l'acte de souveraineté. Elle n'est tempérée par rien », p. 36 ; seul ce dernier aspect a changé.

¹⁶³¹ D. Baranger, *Penser la loi, op. cit.* : « Aucun moment charnière ne permet, semble-t-il, de repérer distinctement le passage du pouvoir édictal au pouvoir législatif moderne », p. 39.

¹⁶³² M. Troper, « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'État, op. cit.* p. 289.

¹⁶³³ Et non un « État légal » au sens de Carré de Malberg, dans lequel le pouvoir législatif est souverain.

est exprimé : l'État¹⁶³⁴. L'État est donc cette construction intellectuelle auquel on attribue depuis l'âge moderne¹⁶³⁵ les actes du titulaire ultime de la souveraineté : le peuple. Toute la subtilité de la théorie de l'État moderne réside donc dans ce phénomène d'attribution, en l'occurrence du pouvoir législatif, à une entité abstraite. Comme l'écrit D. de Béchillon, « la spécificité de la forme *étatique* du Droit tient surtout, voire seulement à la mise en scène de ce personnage imaginaire et abstrait qu'est l'État, investi par nos soins de l'autorité nécessaire pour énoncer la loi à titre exclusif »¹⁶³⁶. Malgré tous les changements constitutionnels intervenus, la loi continue donc à être pensée majoritairement par la doctrine française comme une expression de la volonté générale, un acte produit par le peuple ou ses représentants mais imputé à l'État. Cela suffit à condamner la conception classique de la loi dans le cadre d'une théorie générale des formes d'État.

Un concept non « décentralisable ». Ce concept classique de la loi est donc fondamentalement un concept *unitaire*. Comme l'a fort bien écrit G. Timsit, tout dans la théorie classique de la loi ramène à l'unité. Il note que « c'est toujours le même débat qui se déroule dans les termes exacts qui en avaient été définis dès l'époque classique. La loi portait un nom. Elle s'en voit donner un autre. Mais elle n'en a jamais qu'un seul. Celui de Dieu, celui de l'État, celui de Tous lorsque ce sera l'avènement de l'école sociologique – mais toujours celui de l'Un »¹⁶³⁷. Toutes les composantes de la théorie classique de la loi ramènent ainsi à l'unité : la volonté générale, dont la vertu unifiante est bien connue ; la souveraineté, que la doctrine française s'est toujours refusée à considérer comme divisible ; l'État enfin, pensé comme un « État ptoléméen »¹⁶³⁸, un être certes abstrait mais unique, indivisible, un *point* d'imputation *par définition* insécable. Comme le note A. Haquet, « le lien établi entre le pouvoir législatif et la souveraineté nationale interdit la coexistence de plusieurs législateurs »¹⁶³⁹. C'est qu'en effet « la *tradition constitutionnelle française*

¹⁶³⁴ D. Baranger écrit ainsi que « le changement décisif tient ici à la conception du cadre même de l'activité politique : l'État. De construction intellectuelle forgée dans l'âge de la crise de la conscience européenne, l'État est passé au stade de la réalité historique » : D. Baranger, *Penser la loi, op. cit.*, p. 37.

¹⁶³⁵ G. Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, 1991, fait remonter au XIX^e siècle « l'âge classique » marqué par un État « ptoléméen » (p. 11) et un « droit euclidien » (en raison notamment de l'influence de l'école positiviste).

¹⁶³⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁶³⁷ G. Timsit, *Les noms de la loi, op. cit.*, p. 39.

¹⁶³⁸ G. Timsit, *Les noms de la loi, op. cit.*, p. 11.

¹⁶³⁹ A. Haquet, *La loi et le règlement, op. cit.*, p. 20, au sein du paragraphe intitulé : « Un pouvoir législatif indivisible » ; L. Favoreu soulignait que contrairement aux systèmes fédéraux ou quasi-fédéraux étrangers, « En France, en revanche, de 1789 à nos jours, la loi est nécessairement nationale » (p. 346), et « qu'en définitive la loi s'est définie de manière constante

s'oppose à ce qu'une collectivité territoriale dispose d'un pouvoir législatif »¹⁶⁴⁰. G. Chavrier note que c'est une « conception matérielle de la souveraineté de l'État » qui conduit le Conseil constitutionnel à refuser toute décentralisation du pouvoir législatif : ce pouvoir normatif particulier relève des compétences qui ne sauraient appartenir qu'à l'État. L'œuvre de Carré de Malberg témoigne également de cette conception unifiante de la loi marquante d'une certaine tradition constitutionnelle française. Il écrit dans son grand ouvrage sur la loi, dans lequel cette dernière est définie selon le seul critère organique retenu par la loi constitutionnelle du 25 février 1875, que ce concept de loi est même réticent à toute idée de *délégation* législative. Dans la mesure où seul le Parlement peut adopter des lois, il ne peut qu'habiliter d'autres autorités normatives (exécutives) à préciser ou compléter un texte de loi. En aucun cas une autorité différente du Parlement national ne saurait donc bénéficier d'une « délégation » permettant une autorité non parlementaire d'adopter un acte législatif. La conception organique de la loi, majoritaire dans la doctrine publiciste française, si elle interdit toute idée de *délégation* législative, empêche donc *a fortiori* de penser toute *décentralisation* du pouvoir législatif.

3/ L'acte réglementaire

Définition classique. Comme pour la constitution et la loi, la doctrine mobilise traditionnellement un critère matériel ainsi qu'un critère formel ou organique pour définir l'acte réglementaire. Le critère matériel soulève peu de débats : l'acte réglementaire est l'acte administratif unilatéral contenant des normes générales et impersonnelles. Si ce critère permet de distinguer au sein des actes administratifs unilatéraux entre les actes réglementaires et ceux individuels, il ne permet pas en revanche de dissocier la loi du règlement. Nous avons vu qu'aucune différence

comme l'acte adopté par le Parlement national dans les formes constitutionnelles et exprimant la volonté de la majorité dans le respect de la Constitution », (p. 349) : L. Favoreu, « La loi », [1989], rééd. in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 25, nous soulignons. L'auteur poursuit en indiquant que « La structure unitaire de l'État l'interdit. Pour la remettre en cause, il faudrait qu'une révision de la Constitution transformât l'État français en État régional, ou en État fédéral », p. 25. L'auteur semble donc confondre des arguments inhérents à « la tradition constitutionnelle française » et ce que prescrit la Constitution. En l'occurrence, la théorie de la loi majoritaire au sein de la doctrine publiciste française est d'abord le produit d'une certaine « tradition constitutionnelle », et le texte constitutionnel en vigueur n'en est qu'une consécration. Voir l'emblématique décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, dans laquelle le Conseil constitutionnel s'était opposé à ce que le législateur puisse habiliter l'Assemblée de Corse à prendre, à titre expérimental et pour prendre en compte les « spécificités de l'île », des mesures relevant du domaine de la loi.

matérielle ne permettait de différencier ces deux types d'actes. Toute la difficulté de la définition de l'acte réglementaire réside donc dans le critère formel ou organique. En l'occurrence il s'agit d'un critère organique, puisque la doctrine tend à considérer que l'acte réglementaire a pour particularité d'avoir pour auteurs de seules autorités *administratives*. On sait cependant combien est ambiguë cette catégorie des « autorités administratives », dont les contours ne cessent d'apparaître flous. Pour M. Verpeaux, sont administratives les autorités qui ne sont ni une assemblée législative, ni une juridiction¹⁶⁴¹. Convenons que cette définition négative de la catégorie « autorités administratives » n'est pas des plus satisfaisantes. Pour construire son concept de « décision administrative »¹⁶⁴², B. Defoort renonce à rechercher le critère de l'administrativité, et estime qu'il suffit de considérer comme administratives l'ensemble des autorités soumises à l'ordre juridictionnel administratif. Cette définition rend probablement davantage compte du droit administratif positif, mais n'est pas satisfaisante d'un point de vue théorique. Le danger de la circularité de la définition n'est pas loin : seraient administratives les décisions adoptées par des autorités soumises à l'ordre juridictionnel administratif, et seraient soumises à cet ordre les autorités adoptant des décisions administratives... Dans sa thèse sur le pouvoir hiérarchique, C. Chauvet distingue entre la dimension organique de « l'Administration » (avec une majuscule) et la dimension fonctionnelle de « l'administration » (avec une minuscule). Alors que l'administration serait un ensemble d'activités de service public, l'Administration se définirait comme une « organisation hiérarchisée, subordonnée, cohérente dans ses structures et son action »¹⁶⁴³, ou plus précisément comme « un ensemble d'organismes, de personnes publiques »¹⁶⁴⁴.

Combinant un critère matériel et un critère formel, la doctrine majoritaire se retrouve donc dans une situation délicate. Le critère matériel ne permet en aucun cas de distinguer l'acte réglementaire de la loi, et le critère organique, considérant que les actes réglementaires sont adoptés

¹⁶⁴¹ Regrettant l'absence de définition précise du pouvoir réglementaire, il écrit en effet que « la présentation la plus classique et la plus simple reste sans doute la plus proche de la réalité. Le pouvoir réglementaire demeure le pouvoir d'une autorité qui n'est ni une assemblée législative ni une juridiction, de prendre des actes à caractère général et impersonnel, c'est-à-dire contenant des normes modifiant l'état du droit existant » : M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶⁴² B. Defoort donne la définition suivante : « *La décision administrative est la signification impérative d'un acte de volonté unilatérale et arrêtée d'une autorité administrative* » : B. Defoort, *La décision administrative*, LGDJ, 2015, p. 174.

¹⁶⁴³ Citant G. Timsit : C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013, p. 3.

¹⁶⁴⁴ Reprenant cette fois une définition de Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, LGDJ, 2001, tome I, p. 13, cité in C. Chauvet, *Le pouvoir hiérarchique*, *op. cit.*, p. 65 ; plus loin, l'auteur s'appuie à nouveau sur les travaux de son directeur de thèse pour définir l'Administration comme une « *collection de personnes morales* », p. 67.

par des « autorités administratives », se heurte au problème que cette même doctrine ne parvient pas à donner de définition satisfaisante de l'Administration. La définition classique de l'acte réglementaire est donc nécessairement insatisfaisante. Reprenant une idée largement partagée en doctrine, M. Verpeaux exprime combien « il continue d'être choquant, pour la clarté de la présentation, d'utiliser le même terme "règlement" pour désigner des actes aussi différents qu'un décret du Président de la République et l'arrêté d'un maire, sans parler de toutes les autorités disposant d'un pouvoir réglementaire »¹⁶⁴⁵.

Au fond, la difficulté réside dans le fait que le critère organique choisi par la doctrine n'en est pas vraiment un. L'administrativité ne renvoie pas seulement à une dimension organique (des autorités publiques *exécutives*), mais aussi à une dimension matérielle (des autorités non strictement *exécutives* – par exemple privées, mais exerçant une activité de service public).

Mal construite, la définition classique de l'acte réglementaire est instable. C'est peut-être pour cela que la doctrine tente de l'arrimer à la théorie classique de l'État.

Règlement et État. Autant la doctrine pouvait rattacher sans grandes difficultés la « loi » aux grands idéaux du droit public français afin d'en retenir une conception essentiellement unitaire, autant la notion d'acte réglementaire est plus réticente à une telle pensée unifiante. On retrouve cependant dans certains travaux des éléments témoignant d'un tel rattachement du règlement à l'État. Lorsqu'il décrit « la naissance du pouvoir réglementaire », M. Verpeaux analyse l'histoire constitutionnelle française à la lumière de cette théorie de l'État moderne. Alors que la loi est classiquement envisagée en référence au souverain dans l'État, le pouvoir réglementaire est analysé en référence à la théorie des fonctions de l'État. M. Verpeaux explique que le pouvoir réglementaire en France n'apparaît qu'avec l'épisode révolutionnaire¹⁶⁴⁶. Le pouvoir réglementaire est envisagé

¹⁶⁴⁵ M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁴⁶ On retrouve donc comme pour la loi l'importance de 1789 ; M. Verpeaux écrit à plusieurs reprises que la Révolution française est certes une révolution politique, mais surtout une révolution juridique. En l'occurrence, le pouvoir réglementaire apparaît lorsque les révolutionnaires commencent à octroyer progressivement un pouvoir normatif d'exécution des lois à certaines autorités exécutives. Les « précurseurs des règlements » (p. 216) sont les arrêtés du Comité de salut public sous la Convention. Cette autorité n'appartient certes pas au pouvoir exécutif, mais exerce une fonction exécutive. M. Verpeaux démontre ensuite que « le Directoire va réaliser l'étape suivante, c'est-à-dire confier, dans la pratique, le pouvoir d'édicter des actes réglementaires au pouvoir exécutif » (p. 279) : M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire*, *op. cit.*

dans le cadre strict de la *fonction exécutive de l'État*. Par conséquent, le pouvoir réglementaire est d'abord une fonction d'exécution de la loi. Cette fonction exécutive est donc principalement *administrative*, c'est-à-dire qu'elle s'analyse précisément comme une fonction d'application et éventuellement de précision apportée aux orientations politiques fixées par la loi. Il s'agit enfin d'une fonction *de l'État* : le pouvoir réglementaire dont M. Verpeaux décrit la naissance est un pouvoir appartenant à des autorités administratives (c'est-à-dire ni parlementaire ni juridictionnelle) de l'État, donc nationales¹⁶⁴⁷. La thèse de M. Verpeaux est claire : le pouvoir réglementaire ne peut s'analyser que comme un pouvoir d'exécution des lois ; il exige donc une séparation des fonctions de l'État, distinguant sa fonction législative et sa fonction exécutive ; une telle séparation des pouvoirs (ou des fonctions) n'apparaît en France qu'avec la Révolution française ; donc le pouvoir réglementaire, dans la « tradition »¹⁶⁴⁸ française, apparaît avec la Révolution¹⁶⁴⁹ et n'appartient qu'aux autorités exécutives de l'État. C'est une « conception "constitutionnaliste" du pouvoir réglementaire »¹⁶⁵⁰ que M. Verpeaux revendique. La thèse de M. Verpeaux sur « la naissance du pouvoir réglementaire », en faisant le choix de réserver ce pouvoir aux autorités exécutives de l'État, renonce *délibérément* à décrire l'éventuel pouvoir réglementaire d'autres autorités administratives, dont en premier lieu les collectivités territoriales.

Pouvoir réglementaire et collectivités territoriales. La thèse de B. Faure sur le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales est particulièrement significative de la difficulté qu'éprouve la doctrine publiciste française à penser un pouvoir réglementaire appartenant à des

¹⁶⁴⁷ M. Verpeaux précise dès l'introduction de sa thèse que « celle-ci ne concerne en effet que le pouvoir réglementaire "national", c'est-à-dire les actes pris par les autorités de l'État ayant compétence sur l'ensemble du territoire, à l'exclusion d'un éventuel pouvoir réglementaire "local" », p. 16, en raison notamment des incertitudes (à l'époque) autour du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales.

¹⁶⁴⁸ M. Verpeaux termine sa thèse en espérant avoir « illustré l'enracinement ancien du droit constitutionnel et du droit administratif français dans une tradition » : *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.*, p. 418.

¹⁶⁴⁹ Cette théorie semble d'ailleurs, d'un point de vue d'histoire du droit, relativement discutable. Pour dénier l'existence de tout pouvoir réglementaire avant 1789, M. Verpeaux argue du monopole normatif du roi : « Tant que le roi est la source de tous les pouvoirs, il est difficile de distinguer pouvoir réglementaire et pouvoir législatif », p. 9. Or l'on sait que le monopole du pouvoir normatif du roi sous l'Ancien régime est un mythe (la France est marquée par le pluralisme juridique jusqu'à la Révolution : F. Martin, « Jean Bodin et les formes », in *Mélanges Rigaudière*, pp. 233-253). Par ailleurs, si les révolutionnaires prennent progressivement conscience que les lois ont besoin d'actes d'exécution, on voit mal pourquoi les « lois » d'Ancien régime pouvaient s'en passer. En réalité, ce qui empêche M. Verpeaux de voir dans le droit d'Ancien régime un pouvoir réglementaire, c'est l'absence de séparation des pouvoirs (ou des fonctions) à cette époque : « Prétendre que le pouvoir réglementaire est né avant 1789 revient à dire que le roi pouvait édicter des règles de valeur différente », p. 10.

¹⁶⁵⁰ M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.*, p. 16.

autorités non étatiques. Car c'est bien à un « *pouvoir réglementaire décentralisé* »¹⁶⁵¹ qu'incite à réfléchir le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. La tâche est ardue, puisque précisément la théorie exposée plus haut fait le choix de réserver le pouvoir réglementaire aux autorités exécutives de l'État. L'explication doctrinale du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales¹⁶⁵² se présente comme une extension du critère organique retenue dans la conception « constitutionnaliste » étudiée ci-dessus. Le pouvoir réglementaire continue d'appartenir aux seules autorités *administratives*, seulement celles-ci ne sont plus uniquement nationales. Pour le reste, l'explication est la même. La détention par les collectivités territoriales d'un pouvoir réglementaire est démontrée par la théorie classique de l'État moderne. On peut lire qu'avant l'apparition de celui-ci, les communes notamment bénéficiaient d'un pouvoir normatif autrement plus important qu'un simple pouvoir réglementaire. Selon B. Faure, sur la base de chartes communales¹⁶⁵³, les communes possédaient un « pouvoir législatif et constituant originaires »¹⁶⁵⁴, voire même de la « compétence de la compétence »¹⁶⁵⁵. La « naissance du pouvoir réglementaire local » découle de « l'affirmation de l'État unitaire »¹⁶⁵⁶. L'explication reprend la même structure que la conception « constitutionnelle » du pouvoir réglementaire, même si l'habillage diffère parfois. Alors que M. Verpeaux niait l'existence d'un pouvoir réglementaire (national) avant 1789 en raison du monopole normatif détenu par le roi, la doctrine territorialiste explique qu'il n'y avait pas de pouvoir réglementaire (local) avant la centralisation moderne car les entités territoriales disposaient d'un pouvoir non pas réglementaire mais « constituant ». Les explications historiques sont contradictoires, mais l'idée est la même : le pouvoir réglementaire, tantôt national tantôt local, apparaît avec l'État moderne unitaire. Un long mais intéressant extrait de la thèse de B. Faure synthétise cette idée devenue classique :

« Finalement, la présence d'un pouvoir réglementaire local n'est pas distincte de l'apparition des notions de collectivité locale et de décentralisation, elles-mêmes concomitantes à l'essor du

¹⁶⁵¹ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁵² Consacré par l'article 72 C depuis la révision constitutionnelle de 2003.

¹⁶⁵³ Le contenu de ces chartes, octroyées par les seigneurs, étaient toutefois largement défini « par les conjurations de bourgeois eux-mêmes », signe donc d'une certaine auto-organisation de ces entités : B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁶⁵⁴ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 14.

centralisme. La problématique de la naissance du pouvoir réglementaire local correspond donc à celle de l'intégration de groupements autonomes aux structures administratives d'État. Cette intégration, lente et progressive, conduit, par uniformisation, à l'émergence d'un droit commun des institutions locales qui masque leur diversité congénitale. Elles acquièrent la personnalité morale, un territoire, sont soumises à une tutelle et surtout, bénéficient de compétences "transférées" pour l'exercice desquelles elles exercent un pouvoir réglementaire. Au total, tous les éléments juridiques considérés comme constitutifs de la notion de collectivité locale se dégagent lors de la formation de l'État moderne »¹⁶⁵⁷.

Cet extrait est particulièrement révélateur. Le processus de formation de l'État moderne est un processus de centralisation de la production normative. L'État est désormais détenteur du monopole de la création du droit. Les entités territoriales rentrent dans le giron de l'État : elles bénéficient de la personnalité morale, de compétences transférées, etc. Surtout, l'État octroie un pouvoir réglementaire à ces collectivités. Seulement, ce pouvoir réglementaire continue d'être un simple pouvoir administratif¹⁶⁵⁸, et s'analyse comme « une fonction administrative d'application des lois »¹⁶⁵⁹. Entre la conception « constitutionnelle » et la conception « territoriale » du pouvoir réglementaire il n'y a donc que le critère organique du pouvoir réglementaire qui varie. Ce qui rend la théorie classique du pouvoir réglementaire inadaptée pour une théorie générale des formes d'État.

Conclusion du § 1

Selon ce que l'on peut appeler une « tradition constitutionnelle française », les différentes catégories normatives que sont la constitution, la loi et le règlement sont donc définies 1° au regard du droit positif ; 2° en retenant essentiellement un critère organique ; 3° à l'aune de la théorie classique de l'État moderne ; 4° en refusant de distinguer des concepts du droit positif de concepts

¹⁶⁵⁷ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁶⁵⁸ « L'exercice d'un pouvoir réglementaire ne peut qu'être affecté à des tâches administratives secondes et subordonnées », écrit B. Faure : *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 31 ; « Certainement ne s'agit-il que de sous-ordres internes fondus dans l'ordonnement national et, en cela, doublement partiels. Géographiquement d'abord [...]. Puis verticalement, ils ne peuvent constituer que des ordres juridiques administratifs, seule la fonction exécutive d'application des lois pouvant être démembrée dans l'État unitaire décentralisé », p. 114.

théoriques. Cette confusion des types et niveaux de discours n'est pas nécessairement problématique. Le droit positif peut être parfaitement décrit et même systématisé à l'aide de concepts du droit positif. En revanche, cette confusion est plus problématique lorsqu'il s'agit d'envisager des difficultés proprement *théoriques*. Dès lors, la doctrine obscurcit considérablement ses études sur la notion de décision administrative (B. Defoort), de pouvoir hiérarchique (C. Chauvet), de naissance du pouvoir réglementaire (M. Verpeaux), ou encore de pouvoir réglementaire des collectivités locales (B. Faure). Il convient donc d'établir une typologie des catégories normatives sur d'autres bases.

§ 2 : Pour une approche théorique des catégories normatives

Proposer une typologie composée de concepts théoriques pertinents (B) exige préalablement de préciser la méthode dont elle découle (A).

A/ Une méthode précisée

Afin d'éviter de tomber dans les mêmes travers que la doctrine dominante, il convient tout d'abord de situer le débat et d'en mesurer les enjeux. Il s'agit, en l'occurrence, du problème des fonctions de l'État (1). Ces éclaircissements effectués, nous pourrions exposer la méthode qui sera utilisée pour retenir des concepts théoriques pour chaque catégorie normative : une analyse « rationnelle »¹⁶⁶⁰ des fonctions étatiques (2).

1/ Le problème des fonctions de l'État

Un problème ancien. Les difficultés liées à l'identification des différentes catégories normatives ne sont en réalité que les manifestations contemporaines d'un sujet de réflexion fort

¹⁶⁶⁰ Au sens où Eisenmann qualifiait d'« analyses rationnelles » les études des fonctions étatiques à visée théorique et universelle : voir Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'État », [1964], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 183-220.

ancien : celui des fonctions de l'État. Au moins depuis Montesquieu¹⁶⁶¹ et sa célèbre affirmation selon laquelle « il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs »¹⁶⁶², les juristes se heurtent à ce « thème de haute abstraction »¹⁶⁶³ que constitue la théorie des fonctions de l'État. Le problème de la séparation des pouvoirs conduit en effet à celui des fonctions de l'État, qu'il s'agit précisément de répartir entre divers organes. Au titre de ces fonctions, qui occupent une place majeure au sein des principales théories de l'État construites lorsque les publicistes se consacraient encore à ces questions¹⁶⁶⁴, on distingue classiquement entre fonctions sociales et fonctions juridiques de l'État¹⁶⁶⁵. L'étude des premières, que Carré de Malberg appelle les « attributions ou tâches de l'État »¹⁶⁶⁶ et qui visent notamment à assurer la sécurité publique et la prospérité commune, est souvent délaissée au profit de celle de la « théorie juridique des fonctions ». Celle-ci « répond à la question de savoir au moyen de quels actes l'État remplit les diverses attributions qu'il a pu s'assigner. Analysant juridiquement ces actes, elle les distingue et les classe en groupes séparés, dont chacun forme une branche d'activité, partie de puissance, ou fonction, de l'État »¹⁶⁶⁷. La plupart des auteurs retiennent une « classification en trois branches »¹⁶⁶⁸ des fonctions juridiques de l'État, et distinguent les fonctions législative, administrative et juridictionnelle. Cependant, deux approches fondamentalement différentes de ces fonctions étatiques doivent être distinguées.

Analyses positives et analyses rationnelles. Comme le souligne fort justement Eisenmann, il y a lieu de distinguer les études sur les fonctions étatiques selon qu'elles proposent

¹⁶⁶¹ Même si certains font remonter, comme souvent, le débat à la Grèce antique, en l'occurrence aux travaux d'Aristote : G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, pp. 202-228.

¹⁶⁶² « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil » : Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, premier paragraphe du livre XI, chapitre VI sur la constitution d'Angleterre.

¹⁶⁶³ Ch. Eisenmann, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 221.

¹⁶⁶⁴ Qu'il s'agisse d'ailleurs des théoriciens allemands (Laband et Jellinek notamment) ou français : la question des fonctions de l'État occupe plusieurs centaines de pages dans les traités de Duguit et Carré de Malberg par exemple : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 3^{ème} éd., 1927, spéc. pp. 152-538 ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Sirey, 1920-1922, rééd. Dalloz, 2004, spéc. pp. 259-816.

¹⁶⁶⁵ Au sujet de ces « deux grandes familles de théories des fonctions de l'État », Eisenmann proposait la distinction suivante : « Au bout du compte, on peut donc accorder que la théorie des "fonctions-fins" est plus spécifiquement politico-sociale et que la théorie des "fonctions-moyens" est plus spécifiquement juridique » : Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, p. 187 ; sur les fonctions sociales de l'État, voir C. M. Herrera, « Les fonctions sociales de l'État », in P. Mbongo *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2014, pp. 452-456.

¹⁶⁶⁶ R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 262.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 263.

des « analyses positives » ou des « analyses rationnelles »¹⁶⁶⁹ sur les fonctions juridiques de l'État. Les premières s'attachent à déduire ces fonctions de la seule analyse du droit positif, et plus précisément du « régime juridique »¹⁶⁷⁰ des différents types d'actes. Ce régime juridique est principalement composé de l'auteur de la norme, des procédures de production ainsi que de la « force juridique » de la norme considérée. Le principal représentant de cette façon de concevoir les fonctions étatiques est Carré de Malberg. C'est effectivement en pensant analyser seulement le droit positif français issu des lois constitutionnelles de 1875 que le maître de Strasbourg identifie « la vraie notion » de loi, de règlement administratif et d'acte juridictionnel « selon le droit positif français ». Une telle approche des fonctions étatiques est probablement la plus pertinente pour l'identification des concepts de loi, de règlement ou d'acte juridictionnel véhiculés par le droit positif en question. Si elle est efficace pour la détermination de concepts du droit positif, cette approche est cependant incapable de déterminer des concepts théoriques relatifs aux différentes fonctions de l'État. Comme l'écrit Eisenmann, toute théorie positive des fonctions étatiques « correspond, par définition même, à un type d'États déterminé », et note que « celle de Carré de Malberg reflète l'image de ce que l'on peut appeler, commodément, l'État occidental libéral-démocratique de la seconde moitié du XIX^e siècle à la première moitié du XX^e siècle »¹⁶⁷¹.

La tendance décrite plus haut selon laquelle la doctrine publiciste française tente de définir les catégories normatives en fonction des procédures de production prévues par le droit positif résulte donc du choix, même inconscient, d'une certaine façon de penser les fonctions juridiques de l'État. C'est donc à ce niveau que le changement de méthode doit s'opérer.

¹⁶⁶⁹ Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 203.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 208 ; Eisenmann considère en effet que la théorie de Carré de Malberg a cessé d'être valide depuis l'adoption de la Constitution de 1958 et l'instauration, notamment, des règlements dits « autonomes » : voir Ch. Eisenmann, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 221-236 ; l'auteur y montre également que la théorie de Carré de Malberg n'est en réalité ni une théorie des fonctions ni une théorie de l'État, mais davantage « une théorie des organes étatiques, plus précisément une théorie des régimes de ces actes dans et selon un certain droit positif », p. 232.

2/ Une analyse théorique des fonctions de l'État

Alors que les « analyses positives » des fonctions juridiques de l'État ne conduisent qu'à des concepts de droit positif, seules des « analyses rationnelles » permettent d'établir des concepts théoriques relatifs aux différentes fonctions étatiques. Comme le précise Eisenmann, seules les théories du second ordre, « qui analysent directement la nature intime des actes étatiques en usant simplement de notions d'ordre logico-rationnel, de vérités d'ordre général, peuvent prétendre à une valeur universelle, c'est-à-dire prétendre à valoir pour tous les États sans distinction »¹⁶⁷². Les concepts théoriques ainsi dégagés le sont d'un « point de vue matériel », et peuvent dès lors être considérés comme des concepts matériels¹⁶⁷³. Chaque concept théorique correspond alors à une « classe de normes » déterminées non plus par leur « mode d'édition », mais « par leur objet »¹⁶⁷⁴. La détermination de l'objet d'une catégorie normative, sa « nature intime », dépend étroitement de la conception du droit et de l'État mobilisée.

Duguit et les fonctions juridiques de l'État. Duguit a ainsi présenté une séduisante théorie des fonctions étatiques solidaire de sa théorie du droit et de l'État. Sa construction, guidée par la recherche de la solidarité sociale, se fait notamment en opposition à celle de Carré de Malberg, tout axée autour de l'idée de puissance publique¹⁶⁷⁵. Duguit rejette également l'approche « formelle »¹⁶⁷⁶ de Carré de Malberg, en considérant que seule une approche matérielle peut-être retenue dans la mesure où il s'agit de rendre compte de la conséquence de l'adoption de l'acte considéré sur l'ordonnement juridique. En découle la fameuse démonstration par Duguit de l'identité, au sens matériel, entre loi et règlement. Pour rendre compte des différentes fonctions étatiques, le doyen bordelais utilise sa théorie de la règle de droit élaborée dans le premier tome de

¹⁶⁷² Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

¹⁶⁷⁴ O. Pfersmann souligne en effet que Carré de Malberg confond « le nom propre d'une classe de normes déterminées par leur mode d'édition avec le concept d'une classe de normes déterminées par leur objet » : O. Pfersmann, « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », *op. cit.*, p. 502.

¹⁶⁷⁵ « Carré de Malberg et moi ne parlons pas la même langue », écrit-il : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 3^{ème} éd., 1927, p. 159 ; voir également O. Jouanjan, « La notion d'exécution dans la doctrine classique », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/2, n° 34, pp. 343-360.

¹⁶⁷⁶ Eisenmann ayant montré que cette approche est moins formelle que Duguit a voulu le faire croire, notamment en ce qu'elle accorde une certaine importance à la « force juridique » des différentes catégories normatives : voir Ch. Eisenmann, « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », *op. cit.*

son *Traité*. La loi est alors définie comme un « acte-règle », c'est-à-dire comme un acte appliquant ou mettant en œuvre ce que Duguit appelle le « droit objectif ». La fonction administrative en revanche est considérée comme rassemblant « tous les actes-conditions et tous les actes subjectifs faits par un organe ou un agent publics »¹⁶⁷⁷. Enfin, et même si Duguit reconnaît la difficulté de l'identification de la fonction juridictionnelle, celle-ci est définie comme l'ensemble des actes-conditions ou actes subjectifs par lesquels un juge répond à une question de droit¹⁶⁷⁸. La théorie des fonctions juridiques de l'État de Duguit est intéressante¹⁶⁷⁹, mais trop éloignée des postulats théoriques adoptés dans cette deuxième partie de la thèse. Nous nous tournerons donc vers l'approche kelsénienne des fonctions étatiques.

Kelsen et les fonctions de l'État. On se souvient que Kelsen a tenté de réduire tous les problèmes posés par la science juridique classique à des problèmes relatifs aux normes ou ordres juridiques¹⁶⁸⁰. Il écrit ainsi que « si l'on envisage l'État comme un ordre juridique, on doit pouvoir poser et résoudre tous les problèmes de la théorie générale de l'État de ce point de vue unique. [...] Et, de fait, tous les problèmes de la théorie générale de l'État sont des problèmes relatifs à la *validité* et à la *création* de l'ordre juridique, des problèmes de droit. »¹⁶⁸¹ La théorie des fonctions de l'État fait partie de ces théories classiques réduites à un problème de création du droit, et par conséquent de dynamique juridique. Dans cette perspective, « les fonctions de l'État sont donc des fonctions de création du droit, et l'ensemble en constitue le procès aux multiples étapes de la réglementation juridique »¹⁶⁸². Kelsen souligne par ailleurs que « les trois pouvoirs que distingue la doctrine traditionnelle répondent uniquement à trois pauses que le droit positif accentue particulièrement, ou qui ont quelque autre importance d'ordre politique »¹⁶⁸³.

Le renversement de perspective par rapport à celle de la doctrine publiciste française classique est manifeste. Alors que cette dernière cherchait à identifier des concepts dans le droit

¹⁶⁷⁷ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, *op. cit.*, p. 287.

¹⁶⁷⁸ Voir *ibid.*, p. 431.

¹⁶⁷⁹ Même si elle n'est pas dénuée de défauts de construction : Eisenmann lui reproche notamment la présentation hétérogène de la fonction administrative, composée tant d'actes normatifs que d'actes matériels : voir Ch. Eisenmann, « Les fonctions de l'État », *op. cit.*, spéc. p. 198.

¹⁶⁸⁰ Voir Chapitre 4.

¹⁶⁸¹ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *RDP*, 1926, p. 577.

¹⁶⁸² *Ibid.*, p. 620.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, p. 621.

positif, sur le fondement de telle ou telle procédure de production, la conception kelsénienne des fonctions étatiques tend à identifier des concepts théoriques correspondant à autant d'étapes dans le processus de création du droit. Or ce processus est une concrétisation progressive des normes, de la norme la plus générale à la norme individuelle. Chaque catégorie normative correspond alors à un moment du processus de concrétisation du droit.

B/ Détermination de concepts théoriques pertinents

La méthode d'identification des catégories normatives étant fixée, il convient de préciser les concepts de statut (1), loi (2) et règlement (3) qui en découlent.

1/ Constitution ou statut ?

La spécificité principale de l'État fédéral est l'autonomie constitutionnelle dont bénéficient les États membres. Cependant, la nature juridique des « constitutions » qu'adoptent chacun des États fédérés est difficile à déterminer. Leur nature constitutionnelle est en effet discutable. Au regard de la construction théorique ici proposée, ces constitutions fédérées ne peuvent pas être envisagées comme d'authentiques constitutions. Nous avons en effet défini l'État en fonction du caractère centralisé de la production des normes constitutionnelles. Par conséquent, le pouvoir de production de normes constitutionnelles ne peut pas être décentralisé dans un État. Un ordre juridique marqué par une telle décentralisation ne serait plus un État mais par exemple une organisation internationale. Par conséquent, l'État fédéral ne saurait se définir comme la forme d'État dans laquelle le pouvoir de révision constitutionnelle serait décentralisé, le propre de l'État étant justement la centralisation de cette « fonction constitutionnelle »¹⁶⁸⁴.

Cependant, les « constitutions » fédérées contiennent des normes matériellement constitutionnelles et font véritablement office de constitution pour les ordres juridiques partiels que sont les États fédérés. Pour éviter une confusion avec la Constitution fédérale, on peut appeler

¹⁶⁸⁴ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 50.

« statuts » ce que l'on entend traditionnellement par « constitutions » fédérées. Il semblerait qu'à ces statuts corresponde une *fonction* juridique spécifique au sein de l'État. En effet, les statuts marquent une étape dans le processus de concrétisation du droit, et donc un « degré »¹⁶⁸⁵ de l'ordre juridique étatique. Ces normes sont adoptées en application des normes constitutionnelles nationales, mais font office de constitution pour l'ordre juridique partiel qu'elles mettent en place. La *fonction statutaire* serait donc cette catégorie de normes matériellement constitutionnelles mais soumises à la constitution étatique. Au sein de la hiérarchie des fonctions normatives de l'État¹⁶⁸⁶, la fonction statutaire apparaît donc comme une fonction intermédiaire entre la fonction constituante et la fonction législative. La particularité de l'État fédéral serait l'existence d'une telle fonction tout comme sa décentralisation.

2/ La loi

Il s'agit ici de rompre avec le réflexe de la doctrine publiciste dominante consistant à définir la loi en adoptant, à l'instar de Carré de Malberg, une analyse positive des fonctions de l'État. Une analyse théorique de ces fonctions permet d'obtenir des concepts théoriques et matériels. En l'occurrence, et en suivant la lecture kelsénienne des fonctions de l'État, on peut considérer la *fonction législative* comme une des étapes dans le processus de concrétisation du droit. C'est une étape intervenant sur le fondement d'une norme constitutionnelle ou le cas échéant d'une norme statutaire, de sorte que la fonction législative doit être considérée d'un degré hiérarchique inférieur à celui des fonctions constitutionnelle et statutaire. Avec Kelsen, on peut envisager la fonction législative comme la « création des normes générales »¹⁶⁸⁷. D'un point de vue théorique et matériel,

¹⁶⁸⁵ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 621.

¹⁶⁸⁶ Sur ce sujet, voir évidemment D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.* ; l'auteur y développe une sévère critique de l'approche kelsénienne du problème de la hiérarchie des fonctions normatives de l'État ; Kelsen et ses disciples auraient en effet substitué à cette problématique celle de la hiérarchie des normes, ce qui revient pour D. de Béchillon à inverser le problème (pp. 199 et s.) ; la critique manque cependant sa cible, puisque la hiérarchie des normes n'est pas nécessaire à l'explication de la hiérarchie des fonctions normatives de l'État, qui découle du postulat de départ, selon lequel la création du droit est un processus de concrétisation en plusieurs étapes, chacune correspondant à une fonction juridique particulière d'un degré hiérarchique décroissant.

¹⁶⁸⁷ H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 305.

la loi peut être définie comme « toute norme juridique générale »¹⁶⁸⁸, directement soumise à la Constitution ou le cas échéant au statut.

La « loi au sens matériel » ne désigne donc pas seulement les actes adoptés en forme législative par le Parlement. Il est par exemple tout à fait possible qu'une autorité pourtant réputée « administrative » soit habilitée à produire des normes générales directement soumises à la Constitution. Les décisions prises par le président de la République en application de l'article 16 de la Constitution de 1958 peuvent ainsi être envisagées comme des lois au sens matériel. En dehors de ces circonstances exceptionnelles, il peut arriver qu'une Constitution habilite une autorité « administrative » à prendre des actes soumis directement à la Constitution, donc des lois au sens matériel. Cela aurait pu être le cas des règlements dits « autonomes » adoptés par le Premier ministre ou le président de la République sur le fondement de l'article 37 de la Constitution. Seulement, on sait que le régime contentieux de ces décrets les soumet malgré tout au respect de la loi¹⁶⁸⁹, de sorte qu'ils ne peuvent être envisagés comme des lois au sens matériel.

Le pouvoir législatif au sens matériel peut donc être confié à des organes centraux autres que le Parlement. Il peut même être confié à des organes locaux, auquel cas la fonction législative est décentralisée. Nous verrons qu'il s'agit de la spécificité de l'État régional.

3/ L'acte réglementaire

Du point de vue théorique et matériel ici retenu, la fonction administrative peut être définie comme la fonction d'exécution des lois. La fonction administrative correspond donc à une nouvelle étape de la concrétisation du droit, un pas supplémentaire vers l'adoption d'une norme individuelle. On retiendra donc que le concept théorique de règlement renvoie à toute norme prise pour l'exécution d'une loi. Comme l'écrit Kelsen, les « règlements représentent un degré inférieur

¹⁶⁸⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999, trad. Ch. Eisenmann, p. 231.

¹⁶⁸⁹ Voir L. Favoreu, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, pp. 871 et s. ; « il est loin d'être certain qu'il reste grand-chose de pleinement tangible du plus gros morceau de la notion de réglementation autonome dans le droit positif », note D. de Béchillon : *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 242.

relativement à la loi, qu'ils concrétisent jusqu'à un certain point : en eux, le procès de création du droit se poursuit par delà l'étape légale »¹⁶⁹⁰.

Ainsi défini, il devient difficile de distinguer le règlement d'autres types d'actes d'exécution de la loi. Un jugement par exemple est aussi un acte d'application de la loi, tout comme un contrat. Tous ces actes relèvent au fond de la *legis executio*¹⁶⁹¹. Par conséquent, on peut définir les règlements avec un peu plus de précision comme l'ensemble des actes d'exécution de la loi, à l'exclusion des normes multilatérales (contrats) et des actes adoptés en la forme juridictionnelle.

Conclusion du § 2

Les concepts théoriques relatifs aux différentes catégories normatives que nous avons retenus peuvent ne pas susciter une adhésion immédiate. Les fonctions juridiques ont été définies de façon théorique et donc nécessairement large, de sorte que parfois les contours de telle ou telle fonction n'apparaissent pas clairement. Il faut reconnaître que les concepts proposés possèdent une certaine dose de vague¹⁶⁹². La fonction administrative notamment, si elle est relativement facile à situer par rapport à la fonction législative, est cependant difficile à distinguer de la fonction juridictionnelle¹⁶⁹³. Sur ces questions, les plus grands théoriciens de l'État s'opposent, et les propositions semblent osciller entre d'un côté les minutieuses théories élaborées à partir du droit positif et donc limitées à lui seul, et d'un autre côté les théories matérielles nécessairement moins précises. Disons seulement qu'il ne serait pas raisonnable ici de songer à proposer des concepts théoriques originaux, utilisant par exemple d'autres critères que seulement l'identification de différents stades dans le processus de concrétisation du droit. Une telle entreprise exigerait d'autres compétences. Surtout, les concepts théoriques proposés, même vagues, possèdent une dimension explicative suffisante. Ils permettent en effet de présenter les différentes formes d'État en fonction de la décentralisation des différentes fonctions normatives.

¹⁶⁹⁰ H. Kelsen, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *op. cit.*, p. 623.

¹⁶⁹¹ « Ainsi la trichotomie courante n'est en fin de compte qu'une dichotomie, la distinction fondamentale entre *legis latio* et *legis executio* » : H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 305.

¹⁶⁹² P. Engel, « Les concepts vagues sont-ils des concepts sans frontières ? », *Revue internationale de philosophie*, n° 83, vol. 46, pp. 527-538.

¹⁶⁹³ Ce que reconnaissait déjà ouvertement Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, tome III, 3^{ème} éd., 1927, pp. 418 et s.

Section 2 : Typologie des formes d'État

Il s'agit désormais de *boucler la boucle*. Après avoir exposé les prémisses épistémologiques et théoriques de notre approche, la théorie de l'État qui en découle ainsi qu'une typologie des catégories normatives, nous pouvons désormais proposer une typologie des formes d'État. De nombreux éléments incitent cependant à abandonner une telle entreprise.

L'utilité même des typologies est fréquemment remise en question. Dans sa thèse sur les changements constitutionnels informels, M. Altwegg-Boussac souligne « l'intérêt limité des typologies »¹⁶⁹⁴. En effet, c'est « le procédé de la typologie » lui-même qui présenterait des limites. L'auteur souligne : « Mêlant les considérations factuelles, qu'elles soient politiques ou historiques, à des considérations normatives, ces discours demeurent ambivalents et difficilement exploitables »¹⁶⁹⁵. On sait en effet, notamment depuis les travaux d'Eisenmann sur l'opération de classification, que celle-ci ne doit distinguer différentes catégories qu'en fonction d'un seul trait de caractère¹⁶⁹⁶. Or il est évident que nombre de classifications, et en premier lieu la classification des formes d'État¹⁶⁹⁷, font intervenir plusieurs critères d'ailleurs souvent de natures diverses¹⁶⁹⁸. Il nous semble toutefois que si la plupart des classifications sont mal construites et dès lors d'un intérêt heuristique limité, l'opération de classification n'est pas en soi à bannir de la science juridique. Une « doctrine des types »¹⁶⁹⁹ peut avoir un intérêt scientifique dès lors qu'elle permet « de réaliser une économie intellectuelle ou de suggérer une explication »¹⁷⁰⁰, d'après M. Troper. Pour cela, il convient de choisir soigneusement le « principe de classification »¹⁷⁰¹, « celui des traits de l'objet

¹⁶⁹⁴ M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹⁶⁹⁶ Voir Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique » [1966], in *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002.

¹⁶⁹⁷ Qui forme précisément l'objet de l'étude précitée d'Eisenmann.

¹⁶⁹⁸ Ce que démontre Y. Laurans, « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'État dans la doctrine francophone », *Politeia*, n°12, 2007, pp. 51-92.

¹⁶⁹⁹ J. Kunz, « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11, p. 849.

¹⁷⁰⁰ M. Troper, « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 256 ; pour Eisenmann, « une classification est réponse à un problème, à une interrogation, à une recherche » : Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, p. 301.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 299 : « Car là, dans ce choix du principe de classification, est la première démarche, celle qui décidera tout le reste ».

qui offre le plus haut intérêt intellectuel, la plus haute valeur de connaissance »¹⁷⁰². Le choix s'impose ici de lui-même, puisque c'est celui qui a déterminé notre critère d'identification de l'État : il s'agit du degré de décentralisation du pouvoir normatif. C'est donc uniquement en fonction de ce critère que seront distinguées différentes formes d'État¹⁷⁰³.

La classification qui en résultera sera nécessairement imparfaite. Il est illusoire de vouloir proposer un « système sans faille »¹⁷⁰⁴, de sorte qu'il demeurera sans doute « des hypothèses rebelles à l'axiomatique »¹⁷⁰⁵. L'objectif n'est d'ailleurs pas de soutenir que la typologie ici présentée soit la seule *véritable* : aucune classification n'est plus vraie qu'une autre ; sauf à être contraire aux règles de la logique, une diversité quasi illimitée de classifications est valable. Il semble en outre difficile de démontrer, entre deux classifications correctement construites, laquelle est la plus *pertinente*, la plus *précise*, voire la plus *scientifique*. Le postulat de cette étude est justement que toutes ces considérations dépendent de choix épistémologiques et théoriques effectués en amont. La classification présentée ci-après n'a aucune qualité intrinsèque supérieure à celles qui peuvent être proposées à partir d'approches théoriques différentes. Il s'agit seulement de livrer une typologie qui découle d'une approche théorique que la doctrine publiciste française n'a pas mobilisée pour envisager les formes d'État, car elle a refusé de l'utiliser pour concevoir l'État. Elle s'y est refusée puisque les publicistes français, dans leur immense majorité, ne sont jamais allés jusqu'à réduire l'État à un simple ordre juridique. Pour les mêmes raisons, les juristes français n'ont pu se résoudre à présenter les formes d'État *seulement* en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif. L'idée selon laquelle les formes d'État pourraient ne varier qu'en fonction du degré de

¹⁷⁰² *Ibid.*, p. 303.

¹⁷⁰³ Cf. Scelle : « Notre conclusion générale sera donc qu'il ne peut *pas y avoir de critérium juridique spécifique* de l'État fédéral, pour cette raison, par ailleurs, exposée, qu'il n'y a pas de critérium juridique spécifique de l'État », G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008, p. 200.

¹⁷⁰⁴ Ce que reconnaît D. de Béchillon dans sa thèse : « Il est même conceptuellement impensable, ou plus exactement impossible, que la clé d'explication que l'on va tenter de faire préférer au critère organique ne soit pas, çà et là, tenue en échec. Tel arrêt ou tel texte, en tel aspect particulier de la hiérarchie, nous donnerons toujours tort. Notre ambition revient donc seulement à présenter une image un peu plus conforme à la réalité, voire, plus simplement encore, un peu moins inexacte », D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁰⁵ D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, *op. cit.* : « Sous ce rapport, l'humilité scientifique suppose certainement que le chercheur se forme une assez claire conscience de ce qu'en proposant une théorie, il peut seulement viser à réduire le nombre des hypothèses rebelles à l'axiomatique. Un modèle, aussi fidèle soit-il, ne sait épouser exactement la réalité. Il en offre nécessairement une *représentation*. Et pas plus qu'un tableau n'est le modèle, les théories ne sont l'objet observé. C'est en ce sens que toute science est un art d'approximation », pp. 18-19.

décentralisation du pouvoir normatif est une idée banale, mais elle présuppose une conception du droit et de l'État que les publicistes français n'ont pas pu accepter. À ce titre, le renoncement d'Eisenmann est particulièrement frappant. On sait sa proximité avec Kelsen, et l'importance de sa monographie dans laquelle il présente « une contribution à la théorie générale de la centralisation et de la décentralisation »¹⁷⁰⁶, et plus précisément une « classification des types de collectivité d'après le fond de leur statut de centralisation ». Malgré cela, Eisenmann refuse de considérer que le fédéralisme ne serait qu'une décentralisation poussée. Il écrit : « degré de centralisation ou de décentralisation, d'une part, fédéralisme ou non-fédéralisme d'autre part, ces deux antithèses se situent sur deux axes ou dans deux plans tout autres, parce qu'elles répondent à deux problèmes très distincts, bien qu'intéressant assurément tous le statut de centralisation largement entendu »¹⁷⁰⁷. Pour Eisenmann, la centralisation renvoie à la division de l'État, alors que le fédéralisme est avant tout « une organisation de son unité »¹⁷⁰⁸. Concernant les concepts relatifs aux formes d'État, celui que l'on présente comme le seul véritable disciple français de Kelsen considère « qu'il vaut peut-être mieux renoncer, jusqu'à nouvel ordre, à toute prétention de réformer l'usage terminologique, se contenter de constater, tout en le déplorant, le fait que, la doctrine n'ayant pas séparé nettement les divers ordres d'éléments relatifs au statut de centralisation des collectivités, les ayant au contraire unis étroitement dans des notions complexes, on se trouve ne pas disposer d'un jeu de notions et dénominations correspondant, les unes à l'un ou l'autre de ces ordres d'éléments, les autres à leurs diverses combinaisons possibles »¹⁷⁰⁹.

Eisenmann a donc préféré ne pas faire « table rase »¹⁷¹⁰ des classifications traditionnelles relatives aux formes d'État, qui combinent déduction et induction ainsi que des critères nombreux

¹⁷⁰⁶ Ouvrage par ailleurs dédié à H. Kelsen.

¹⁷⁰⁷ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁷⁰⁸ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.* : « Mais le fédéralisme ajoute à la décentralisation commençant à partir de la législation constitutionnelle, par exemple, quelque chose de radicalement nouveau. Il ne s'agit plus d'un accroissement de la mesure de la division de l'État, mais d'une organisation de son unité. C'est pourquoi à un certain degré de décentralisation, en général de décentralisation constitutionnelle déjà, on trouvera ou on pourrait trouver deux variantes possibles, l'une fédérale, l'autre non-fédérale ; car cette dernière alternative correspond, elle, non au départ opéré entre centralisation et décentralisation, mais à l'aménagement, à certains égards, de la centralisation elle-même », p. 276.

¹⁷⁰⁹ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 277.

¹⁷¹⁰ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *op. cit.*, où l'auteur écrit à propos du juriste : « Répétons-le : faisant "table rase", reprenant les questions à zéro, c'est à lui, à chacun de ceux qui, à un moment donné, s'attaquent à l'entreprise, de poser la classification et les concepts, et les qualifications qui s'ensuivent, en toute liberté par rapport à tous "préjugés", ne connaissant comme guide et comme critère que les lois élémentaires de la logique et les principes de la valeur scientifique des idées », p. 298 ; article dans lequel, répétons-le, Eisenmann utilise notamment, en guise d'exemple, les concepts d'État et de Fédération.

et variés. Par conséquent, nous devons assumer qu'en proposant une typologie des formes d'État variant en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif, de nombreuses problématiques liées aux formes d'État au sens large ne seront pas éclairées. Cette typologie a pour unique objectif de renseigner sur les seules différences relatives à la structure juridique qui peuvent distinguer les différentes « formes d'État ». Ne seront donc pas pris en compte la liberté réelle dont disposent les différents niveaux de gouvernance dans l'exercice de leurs prérogatives, leur autonomie financière, l'étendue matérielle de leurs compétences, l'évolution des rapports interorganiques. Enfin, ne seront pas non plus envisagées certaines questions théoriques qui paraissent dépassées¹⁷¹¹, ou d'autres questions non directement liées au problème de la structure de l'ordre juridique¹⁷¹².

La typologie suivante sera donc présentée et confrontée au droit positif de différents États : l'État unitaire est celui dans lequel la décentralisation du pouvoir normatif se limite au pouvoir réglementaire (§ 1) ; l'État régional est celui dans lequel cette limite se situe au niveau du pouvoir législatif (§ 2) ; enfin, l'État fédéral est l'État dans lequel la décentralisation du pouvoir normatif va jusqu'à conférer au pouvoir statutaire à des organes locaux (§ 3).

§ 1 : L'État unitaire, ou la décentralisation réglementaire

Après avoir rappelé les principaux traits de la théorie de la décentralisation du pouvoir normatif ici utilisée (A), nous montrerons que l'État unitaire se caractérise par une décentralisation du pouvoir réglementaire (B) mais aménage également bien souvent des mécanismes associant les organes locaux à l'exercice du pouvoir normatif supérieur, c'est-à-dire législatif (C).

¹⁷¹¹ Comme celle relative à la construction bipartite ou tripartite de l'État fédéral, la deuxième option s'étant largement imposée (pour une exception, voir Cl. Barthélémy, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009 : l'auteur fait appel à la théorie tripartite et note : « Nous ne proposerons pas ici d'établir une fiction d'État global, d'État central et d'États membres. Il ne nous semble pas en effet nécessaire ni justifié de recourir à une fiction d'État (l'État global) dont le fondement en droit positif est douteux », p. 317).

¹⁷¹² Les travaux classiques sur l'État fédéral contenaient ainsi invariablement des développements sur la naissance de l'État fédéral, la répartition matérielle des compétences, ou la fin de l'État fédéral. Pour un exemple, voir M. Mouskhély, *La théorie juridique de l'État fédéral*, Pedone, 1931.

A/ Précisions sur la théorie de la décentralisation utilisée

La théorie de la décentralisation ici utilisée est celle qui nous a également permis de définir l'État en fonction de son caractère relativement centralisé¹⁷¹³. Il s'agit de celle exposée par Eisenmann, notamment dans sa monographie de 1948. Elle est fondée sur le postulat selon lequel le problème de la décentralisation est principalement celui de savoir *qui*, d'un organe central ou d'un organe local, prend un acte déterminé. Pour distinguer entre ces deux types d'organes, Eisenmann fait appel à l'idée (alors relativement nouvelle, estime-t-il¹⁷¹⁴) de la compétence personnelle. Délaissant les approches territorialistes et matérialistes, Eisenmann adopte une position personnaliste. C'est en effet en fonction de la compétence personnelle que l'auteur distingue ces deux types d'organes. Dans cette perspective, les organes sont centraux lorsqu'ils sont compétents pour édicter des normes applicables à l'ensemble des membres de la collectivité ; locaux lorsque ces destinataires ne représentent qu'une partie des membres de la collectivité.

Il convient ensuite de préciser *l'objet* de la centralisation-décentralisation, donc ce qui est soumis à centralisation ou décentralisation. Eisenmann envisage les « activités étatiques », et parle parfois plus précisément d'« activité normatrice »¹⁷¹⁵. Ici, la centralisation-décentralisation portera sur le *pouvoir normatif*¹⁷¹⁶, c'est-à-dire la compétence d'adopter un acte relevant d'un certain degré de pouvoir normatif, dont les différents degrés sont ceux de la typologie des catégories normatives proposées dans la première section (chaque degré correspondant à une *fonction* normative). Un certain degré de pouvoir normatif, par exemple le pouvoir législatif, sera alors considéré comme centralisé lorsque seuls des organes centraux sont compétents pour adopter des normes législatives. Une fonction normative sera en revanche considérée comme décentralisée dès lors qu'au moins un organe local est compétent pour adopter un acte relevant de cette fonction.

¹⁷¹³ Voir Chapitre 5.

¹⁷¹⁴ Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 86.

¹⁷¹⁶ O. Pfersmann envisage plutôt les « compétences normatives » : voir par ex. O. Pfersmann, « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, p. 517 ; l'auteur y développe par ailleurs une conception territorialiste de l'État composé : « La décentralisation, comme la centralisation, ne sont alors autre chose que des distributions territoriales de la dynamique juridique », p. 517.

Reste alors à répondre à la question centrale : comment déterminer qui est l'auteur d'un acte ? Afin de répondre à cette délicate problématique, nous nous en tiendrons à la position d'Eisenmann confirmée par M. Troper¹⁷¹⁷ : font partie des auteurs d'un acte tous les organes dont la volonté est nécessaire pour que l'acte soit formé¹⁷¹⁸. Dès lors, de nombreuses normes n'ont pas pour auteur un organe unique, mais un organe complexe, composé de plusieurs organes. Lorsque cet organe complexe est composé uniquement d'organes centraux, on peut considérer que la compétence demeure centralisée. En revanche, elle doit être considérée comme décentralisée dès lors que l'organe complexe est composé d'organes uniquement locaux. Lorsque l'organe complexe est constitué d'organes centraux et locaux, c'est-à-dire lorsque la naissance de l'acte requiert le consentement à la fois d'organes centraux et d'organes locaux, alors on peut considérer, avec Eisenmann, que la compétence est semi-décentralisée¹⁷¹⁹. En outre, suivant Kelsen et Eisenmann, on peut considérer qu'il y a centralisation relative ou décentralisation relative d'une activité lorsque l'apparition de l'acte ne requiert que le consentement d'organes respectivement centraux ou locaux, mais que des organes respectivement locaux ou centraux sont seulement associés à l'adoption de l'acte.

Ce jeu de notions permet d'envisager les différents cas de décentralisation du pouvoir normatif.

¹⁷¹⁷ M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, [1973], rééd. LGDJ, 2015, coll. « Anthologie du droit ».

¹⁷¹⁸ Afin de distinguer « acte normateur » et « acte de volonté », M. Troper précise : « un acte juridique est créateur de normes juridiques. Or la participation à l'édition d'un acte juridique n'est pas un acte normateur. Elle est seulement un acte de volonté, consentement à l'édition de l'acte. Par conséquent, on dira qu'un acte juridique a deux co-auteurs, dès lors que, pour qu'il soit édicté, deux organes doivent exprimer la volonté qu'il le soit. Ceci exclut toute participation autre que « décisionnelle » à l'édition de l'acte. La participation intellectuelle d'un expert ou d'un conseil à la rédaction de l'acte, ou la détermination de son contenu, n'en fait pas des co-auteurs de cet acte, parce que leur consentement n'est pas nécessaire à sa création » : M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 21 ; voir également F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuel », 39^{ème} éd., 2018, pp. 128 et s. : lorsque l'adoption d'un acte juridique a requis le consentement de plusieurs organes, on considère qu'il a été adopté par un organe complexe, dont les différents organes font figure d'organes partiels.

¹⁷¹⁹ Voir Ch. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation*, op. cit.

B/ La décentralisation du pouvoir réglementaire

À travers principalement l'étude du système juridique français, il s'agit de mettre en évidence l'écart existant entre l'octroi aux collectivités territoriales d'un pouvoir normatif finalement relativement faible et le discours politico-juridique qui l'entoure. L'étendue du pouvoir réglementaire local (1) est le principal témoin de sa banalité (2). L'État unitaire apparaît alors comme cette forme d'État dans laquelle l'octroi d'un faible pouvoir normatif aux entités territoriales suffit à susciter de forts débats polémiques et politiques souvent hostiles à toute idée de division territoriale du pouvoir.

1/ L'étendue du pouvoir réglementaire local

Fondement constitutionnel. Dans une étude récente, B. Faure écrit que « la controverse sur le pouvoir réglementaire qu'exercent les collectivités territoriales reste encore plus merveilleusement excitante pour l'esprit que pour la sécurité des rapports juridiques. Née il y a trente ans, elle reste encore dominée par la complexité et l'incertitude, la rendant certainement peu accessible au commun des juristes et des responsables locaux »¹⁷²⁰. La doctrine reste en effet relativement indécise sur la nature et l'étendue du pouvoir normatif dont disposent les collectivités territoriales¹⁷²¹. Le premier problème qui demeure délicat est celui du fondement du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. La Constitution elle-même est pourtant claire sur la question. Depuis la révision constitutionnelle de 2003, l'alinéa 3 de l'article 72 dispose que « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». On pourrait logiquement déduire de cette disposition que le fondement du pouvoir réglementaire local est de nature constitutionnelle. Pour la doctrine analysant les jurisprudences constitutionnelle et administrative y afférentes, la question est plus ouverte. Cette disposition est plus fréquemment

¹⁷²⁰ B. Faure, « Le Conseil d'État et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », *AJDA*, 2013, p. 2240, sur CE, section de l'intérieur, avis, 15 nov. 2012, n° 387.095

¹⁷²¹ Malgré l'existence d'importants travaux sur la question, voir not. B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.* ; G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, *op. cit.*

analysée comme consacrant le pouvoir réglementaire local comme une composante du principe de libre administration des collectivités territoriales, consacré par le même alinéa. C'est par un « effet induit »¹⁷²², écrit J.-Cl. Douence, que le principe de libre administration apparaît comme la source du pouvoir réglementaire local. Cependant, le principe de libre administration ne saurait constituer qu'un fondement mouvant du pouvoir réglementaire local, compte tenu des ambiguïtés de ce principe lui-même. Réputé être à la fois règle de compétence (du législateur au détriment de l'exécutif) et règle de fond (censée protéger les collectivités territoriales des empiètements du législateur), le principe de libre administration ressort de l'interprétation jurisprudentielle essentiellement comme une règle de compétence¹⁷²³. C'est bien ce lien entre législateur et collectivités territoriales qui constitue, pour le juge et la doctrine, le cœur du problème. Le fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire local possède alors seulement un « caractère indirect »¹⁷²⁴. Dans ce cadre, c'est en rapport à la loi qu'il faut penser le pouvoir réglementaire local. B. Faure écrit que « *l'exercice du pouvoir réglementaire local dépend donc toujours du pouvoir législatif* »¹⁷²⁵.

Fondement législatif. Le virulent débat apparu dans les années 1980¹⁷²⁶ sur le fondement du pouvoir normatif local et son caractère primaire ou dérivé est donc désormais tranché. Nonobstant les dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, ce pouvoir ne peut s'exercer qu'en application et donc par la « *médiation de la loi* »¹⁷²⁷.

¹⁷²² J.-Cl. Douence, *Répertoire Dalloz*, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n°60) – Statut constitutionnel des collectivités territoriales, 2018.

¹⁷²³ Puisque le juge se refuse, sauf rares exceptions, à censurer l'action du législateur pour méconnaissance du principe de libre administration.

¹⁷²⁴ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 159 ; il semble que seul le Tribunal administratif de Versailles, dans un jugement du 7 décembre 1984 *Préfet du Val d'Oise c. SCAAN de Cergy Pontoise* ait accepté comme fondement l'art 72 C. Comme le note B. Faure, « La consécration de la thèse du fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire local en demande plus », p. 162.

¹⁷²⁵ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 162 ; il parle également du « monopole de la théorie de l'habilitation législative », p. 156. J.-Cl. Douence présente ainsi la « théorie du pouvoir réglementaire local » qui s'élabore progressivement : « Pouvoir d'exécution des lois, d'organisation des services publics locaux, d'exercice des compétences locales, ce sont les différentes facettes d'une même réalité désormais consacrée par la Constitution elle-même » : J.-Cl. Douence, *Répertoire Dalloz*, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n°60) – Statut constitutionnel des collectivités territoriales, 2018, § 234.

¹⁷²⁶ Suite au colloque tenu à Angers en 1983 réunissant les principaux spécialistes de l'époque. Alors qu'était en cours d'élaboration un statut (législatif) de la fonction publique territoriale, les participants au colloque se sont opposés sur la question de savoir si l'adoption des mesures d'exécution de ce nouveau statut relevait de la compétence exclusive du pouvoir réglementaire national (art. 21 C), ou de celle des collectivités territoriales (art. 72 C).

¹⁷²⁷ J.-Cl. Douence, *Répertoire Dalloz*, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n°60) – Statut constitutionnel des collectivités territoriales, 2018.

Le Conseil d'État¹⁷²⁸ déduit ce rapport nécessaire à la loi de l'article 34 de la Constitution, selon lequel la loi détermine les principes fondamentaux notamment « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». Plusieurs caractéristiques du pouvoir réglementaire local¹⁷²⁹ découlent de cette situation. Le pouvoir normatif local est tout d'abord, et logiquement, subordonné à la loi. Les mécanismes classiques du contrôle de légalité des actes administratifs ont pour objet de faire respecter ce rapport de conformité. J.-Cl. Douence note que le pouvoir réglementaire local a ensuite un « caractère résiduel », dans la mesure où il ne peut intervenir que dans les domaines au niveau desquels le législateur accepte de le voir intervenir. Il n'existe donc aucun domaine de compétence réservé aux collectivités territoriales. Le pouvoir local a ensuite un « caractère général », puisqu'il est susceptible d'être mobilisé dans tous les domaines de compétence transférés aux collectivités locales. Enfin, le pouvoir normatif local présente un « caractère spontané », puisqu'il existe non seulement en cas d'habilitation expresse par le législateur, mais également de façon implicite lorsque l'exercice d'une compétence transférée par le législateur l'exige.

Il résulte de ces éléments que le pouvoir réglementaire local, dans un État en apparence unitaire comme la France, est particulièrement contraint par le législateur. C'est la loi qui détermine dans quels domaines et dans quelles conditions les collectivités locales peuvent exercer un pouvoir réglementaire. Le véritable problème, qui ne nous préoccupe pas directement ici, se déplace alors vers la coexistence entre pouvoir réglementaire national et local et entre autorités détentrices d'un pouvoir réglementaire local.

Dans l'État unitaire, le pouvoir réglementaire décentralisé est donc directement en rapport avec le pouvoir législatif centralisé. Ce qui témoigne de la banalité de ce même pouvoir réglementaire.

¹⁷²⁸ Voir CE, section de l'intérieur, avis, 15 nov. 2012, n° 387.095

¹⁷²⁹ Ces caractéristiques sont clairement, mais brièvement, restituées dans J.-Cl. Douence, *op. cit.*

2/ La banalité du pouvoir réglementaire local

Une banalité refusée. La doctrine étudiant la problématique du pouvoir réglementaire local, principalement administrativiste, se trouve dans une situation inconfortable. Elle a dû abandonner l'idée du fondement constitutionnel direct du pouvoir réglementaire local et se ranger derrière la médiation nécessaire de la loi. Elle semble toutefois continuer à militer pour une certaine spécificité de ce pouvoir normatif local et refuser toute banalisation. B. Faure a bien perçu cette « ambiguïté congénitale » du pouvoir de décision des autorités locales. Il écrit que ce pouvoir a « une histoire », et qu'il « donne d'un côté l'image d'un pouvoir banalisé, distillé par la source unitaire de la puissance publique et érodé par la doctrine de l'intérêt général ; d'un autre, il renvoie à l'expression d'une volonté propre, produit du pluralisme social, lui-même survivance de "micro-univers" autonomes »¹⁷³⁰. La doctrine administrativiste refuse donc majoritairement de considérer le pouvoir normatif local comme une habilitation normative parmi d'autres. Bien au contraire, cette doctrine tend à *dramatiser* la problématique du pouvoir normatif local : il y a une *histoire* à raconter, celle des rapports entre un État souverain et des entités territoriales, anciennement toutes puissantes¹⁷³¹, progressivement incorporées par et dans l'État. Plus qu'une habilitation normative, le pouvoir réglementaire local est aussi et peut-être avant tout la reconnaissance d'une certaine réalité historico-politico-juridique, bref d'une *spécificité* des collectivités locales. B. Faure écrit ainsi que « toute problématique sur le pouvoir local se construit sur une tension entre la primauté normative de l'État et les prérogatives naturelles de ses composantes territoriales »¹⁷³². Il en résulte d'abord une nouvelle occasion pour la doctrine de rappeler que le normativisme est définitivement une approche théorique que l'on aurait mieux fait de ne pas inventer¹⁷³³. Il en résulte surtout

¹⁷³⁰ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 117.

¹⁷³¹ Voir *supra* ; B. Faure écrit qu'elles possédaient au Moyen-Age la « compétence de la compétence ».

¹⁷³² B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit.*, p. 24.

¹⁷³³ B. Faure rappelle ainsi plusieurs clichés sur le normativisme : « En fait, il n'y a pas de vice de logique dans les conceptions du normativisme, mais "l'impensé" de cette doctrine réside dans l'absence de contact avec l'environnement social, dans la vanité d'un système fermé sur lui-même, opérant en vase clos selon une systématisme déductive imperméable aux besoins d'expression des flux sociaux. En intégrant tous les pouvoirs dans "l'unité de l'État-norme", elle est porteuse d'une idéologie centralitaire hostile aux manifestations des pouvoirs sociaux et sourde aux implications de la nature vivante et agissante des institutions de base. Elle assure l'unité politique et administrative du pays en se faisant l'adversaire des autonomies. [...] Pour Kelsen lui-même, le système fédéral devenait la contrepartie nécessaire du normativisme », p. 128 ; « La perspective normativiste contredit l'évolution du droit administratif, ne permet pas de comprendre que le pouvoir réglementaire soit devenu une source parasitaire de droit à l'image de la coutume ou du contrat », p. 128-129 ; « La théorie normativiste des

l'impossibilité de concevoir une théorie générale du pouvoir réglementaire en France. B. Faure nous apprend qu'il faut se résoudre à « l'idée majeure qu'il n'existe pas d'unité dans le pouvoir réglementaire local »¹⁷³⁴ lui-même. Plus largement, l'« éparpillement des centres d'autorité »¹⁷³⁵ disposant d'un pouvoir réglementaire ne peut faire l'objet d'une théorie générale. En effet, « le pouvoir local possède une légitimité historique et démocratique unique que ne peuvent revendiquer des *autorités administratives indépendantes* ou des *organismes privés associés à l'action publique* »¹⁷³⁶. En raison de considérations historiques et politiques, la doctrine refuse donc de voir que le pouvoir normatif dont disposent les collectivités territoriales est d'une nature juridique relativement faible et en tous les cas très largement décentralisé.

Un pouvoir normatif minimal. D'après D. de Béchillon, avec les lois de décentralisation de 1982 un « pouvoir normatif énorme »¹⁷³⁷ aurait été confié aux collectivités territoriales. Cette analyse peut toutefois sembler excessive. Depuis 1982 notamment, le pouvoir normatif des collectivités territoriales en France n'a pas changé de nature : il s'agit toujours d'un simple pouvoir réglementaire¹⁷³⁸. Ce qui en revanche a évolué avec les lois Deferre, ce sont les domaines matériels de compétence, considérablement élargis. Les collectivités locales interviennent donc désormais dans des domaines sans cesse plus importants, mais en disposant d'instruments juridiques inchangés et depuis très longtemps à la disposition des collectivités locales. L'exercice des pouvoirs de police et la gestion des services publics a toujours exigé et donc fondé les collectivités locales à exercer un certain pouvoir réglementaire.

Un pouvoir normatif largement décentralisé. Le pouvoir normatif dont disposent les collectivités territoriales en France est donc d'une intensité juridique faible, et partagé par un grand nombre d'autorités différentes. La Constitution confie au Premier ministre la compétence de

sources altère le pluralisme juridique au prix d'une simplification abstraite et réductionniste », p. 130 ; et enfin : « Au nom du normativisme, une police doctrinale s'instaure », p. 132.

¹⁷³⁴ B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p. 121.

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 27, même si les collectivités territoriales françaises n'ont pas été habilitées, contrairement à certaines de leurs homologues espagnoles et italiennes, à légiférer.

¹⁷³⁸ Que les communes, par exemple, possèdent au moins depuis la grande loi de décentralisation de 1884, pour la mise en œuvre de l'alinéa 1^{er} de l'article 61, qui dispose que « le conseil municipal règle, par ses délibérations, les affaires de la commune ».

principe pour adopter des actes réglementaires, sous réserve de la compétence d'attribution confiée au président de la République pour les décrets adoptés en Conseil des ministres¹⁷³⁹. Les ministres disposent d'un pouvoir réglementaire sur habilitation législative ou en tant que chef de service¹⁷⁴⁰. Par ailleurs, les établissements publics ainsi que les autorités publiques indépendantes peuvent adopter des actes réglementaires pour l'exercice de leurs missions. Plus remarquable encore, certains actes pris par des personnes privées gérant un service public sont qualifiés par le juge administratif d'actes réglementaires¹⁷⁴¹. Une grande diversité d'autorités possède donc en France un pouvoir réglementaire, qu'elles soient nationales ou locales. Le pouvoir réglementaire est donc très largement décentralisé, les collectivités territoriales n'étant qu'une des catégories d'autorités disposant du pouvoir réglementaire. Cela dépasse à l'évidence le cadre de cette thèse, mais il resterait sans doute à élaborer une théorie générale du pouvoir réglementaire en droit français¹⁷⁴². Nous pouvons ici nous en tenir à ceci : le pouvoir réglementaire est un pouvoir normatif d'une intensité faible et donc d'autant plus facilement décentralisable. Comme forme d'État dans laquelle la décentralisation du pouvoir normatif ne concerne que le pouvoir réglementaire, l'État unitaire apparaît comme la forme étatique de base. La centralisation du pouvoir réglementaire semble effectivement difficilement concevable.

Si l'État unitaire se caractérise par la décentralisation du pouvoir réglementaire, il s'illustre souvent par une centralisation imparfaite du pouvoir législatif.

¹⁷³⁹ Articles 21 et 13 de la Constitution de 1958.

¹⁷⁴⁰ Conseil d'État, 7 février 1936 *Jamart* : « même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ».

¹⁷⁴¹ Depuis les jurisprudences CE 31 juillet 1942 *Monpeurt*, CE 2 avril 1943 *Bouguen* et CE 13 janvier 1961 *Magnier*, les décisions adoptées par les personnes privées gérant un service public administratif « édictées pour l'accomplissement de la mission de service public délégué et pour autant qu'elles traduisent l'exercice d'une prérogative de puissance publique » (B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1041-1042) sont des actes administratifs ; il en va de même pour les actes de nature réglementaire « touchant à l'organisation du service public » adoptés par des personnes privées gérant un service public industriel et commercial (TC 15 janvier 1968 *Époux Barbier*).

¹⁷⁴² Disons que ces autorités exerçant un pouvoir réglementaire ont ceci en commun de toutes exercer une *fonction administrative*.

C/ La centralisation imparfaite du pouvoir législatif

Au sein d'un État unitaire, divers mécanismes peuvent être mis en place pour *associer* des organes locaux à l'exercice du pouvoir législatif. Sauf à faire basculer le système juridique dans la catégorie de l'État régional, ces mécanismes ne font pas des organes locaux les co-auteurs de la loi. Ces organes locaux n'ont donc pas de pouvoir législatif (qui reste centralisé), mais peuvent agir, avec les moyens que permet l'État unitaire, dans le domaine du pouvoir législatif (qui n'est alors centralisé que de manière imparfaite). Le droit positif français met en place plusieurs de ces mécanismes, qu'il convient de distinguer selon qu'ils se bornent à autoriser les collectivités territoriales à intervenir en matière législative (1) ou s'ils vont jusqu'à les associer à la procédure législative (2).

1/ L'intervention du pouvoir normatif local en matière législative

Adaptation. La possibilité pour une entité territoriale d'adopter des actes intervenant dans un domaine normalement régi par le législateur avait dans un premier temps été confiée aux anciens territoires d'outre-mer (TOM), qui bénéficiaient du principe de spécialité législative. Ces TOM sont devenues depuis les collectivités d'outre-mer (COM), et continuent de pouvoir prendre des actes administratifs dans un domaine en principe régi par la loi. Pour chaque COM une loi organique¹⁷⁴³ prévoit la procédure d'adoption et les mécanismes de contrôle de ces actes, qui demeurent des actes administratifs¹⁷⁴⁴.

Cette compétence a été étendue par la révision de 2003 à l'ensemble des départements et régions d'outre-mer¹⁷⁴⁵ (DROM) qui, contrairement aux COM, sont régis par le principe de l'assimilation législative. L'article 73 de la Constitution met en place deux techniques d'adaptation. La première tend à autoriser les DROM à adapter des dispositions législatives ou réglementaires

¹⁷⁴³ Voir par ex LO 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie.

¹⁷⁴⁴ À l'instar des « lois du Pays » de Polynésie-Française ; le Conseil d'État avait déjà reconnu la qualité administrative des actes adoptés par la Chambre des députés des Comores (CE Ass., 27 février 1970, *Saïd Ali Tourqui*) et par celle du Territoire français des Afars et des Issas (CE 7 mars 1973, *Bouche et autres*).

¹⁷⁴⁵ À l'exception de la Réunion : art 73 C. al. 5.

« aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités » (alinéa 1). En outre, l'alinéa 3 du même article prévoit la possibilité pour le législateur ou le pouvoir réglementaire national d'habiliter les collectivités concernées « à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement ». Toujours afin de faire droit aux spécificités de ces territoires ultra-marins, il s'agit donc tantôt d'adapter des dispositions législatives ou réglementaires, tantôt de créer des règles nouvelles et spécifiques sur habilitation du législateur ou du pouvoir réglementaire national. L'article 73 pose lui-même les grandes lignes de ce régime habilitant les DROM à intervenir en matière législative ou réglementaire. L'habilitation est prononcée respectivement par la loi ou le règlement, mais toujours à la demande des collectivités concernées. L'alinéa 4 prévoit une liste pouvant être complétée par loi organique de matières ne pouvant faire l'objet d'une délégation¹⁷⁴⁶. L'alinéa 6 précise que les habilitations « ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». La procédure des habilitations est cependant prévue par une loi organique¹⁷⁴⁷. En ce qui concerne le pouvoir normatif des DROM, si son champ d'intervention ressort considérablement élargi de ces mécanismes d'habilitations législatives, il reste en lui-même inchangé¹⁷⁴⁸. Il demeure un simple pouvoir réglementaire, soumis au contrôle de légalité¹⁷⁴⁹.

La récente « collectivité territoriale de Corse », collectivité *sui generis* bénéficiant d'un statut particulier, bénéficie également de ces deux mécanismes d'adaptation du droit national aux spécificités locales. En vertu de l'article L4422-16 II., l'Assemblée de Corse peut demander à être habilitée par le législateur « à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île, sauf lorsqu'est en

¹⁷⁴⁶ « Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral » ; pour G. Chavrier, « c'est donc le cœur de la souveraineté qui échappe aux collectivités » : G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, op. cit., p. 69.

¹⁷⁴⁷ Voir LO n°2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.

¹⁷⁴⁸ Le projet de loi constitutionnelle n° 911, actuellement en discussion devant le Parlement, prévoit dans son article 17 une modification de ces dispositions relatives aux DROM. Il est prévu d'autoriser les DROM « à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement », par décret en Conseil d'État. Les actes ainsi adoptés par les DROM feraient ensuite l'objet d'une loi de ratification, ces actes devenant caducs en l'absence de ratification dans les 24 mois suivant l'habilitation.

¹⁷⁴⁹ Exercé toutefois par le Conseil d'État : aussi bien pour les demandes d'habilitation que pour les délibérations prises sur habilitation : le préfet dispose d'un mois pour déférer ces actes devant le Conseil d'État, et peut assortir le recours d'une demande de suspension, auquel cas l'acte est suspendu jusqu'à ce que le Conseil d'État ait statué.

cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental ». Le paragraphe III du même article autorise quant à lui l'Assemblée de Corse à formuler des propositions concernant l'adaptation de certaines dispositions législatives aux spécificités de la Corse¹⁷⁵⁰.

Expérimentation. La révision constitutionnelle de 2003 a mis en place deux mécanismes autorisant le législateur à recourir à l'expérimentation. Cette révision a d'abord introduit dans le texte constitutionnel l'article 37-1, aux termes duquel « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental ». Cette disposition autorise donc le législateur et le pouvoir réglementaire national à procéder, chacun dans leur champ de compétence, à des expérimentations sur tout ou partie du territoire national. Il s'agit, dit-on, d'une technique moderne de législation¹⁷⁵¹. La révision de 2003 a cependant introduit un autre mécanisme d'expérimentation territoriale à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, qui dispose que « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». La loi organique venant préciser les modalités de cette technique d'expérimentation territoriale est intervenue dès le 1^{er} août 2003, avant d'être codifiée dans le Code général des collectivités territoriales aux articles LO1113-1 à LO1113-7. Les modalités mises en place sont précises et à la main des autorités centrales. C'est la loi qui autorise les dérogations, en précisant les dispositions concernées, la durée de l'expérimentation (cinq ans maximum), son objet ainsi que les collectivités susceptibles d'exercer ce droit à l'expérimentation. Par ailleurs, les dispositions dérogeant aux règles législatives font l'objet d'un contrôle de légalité renforcé, le préfet pouvant assortir son recours contre une de ces mesures expérimentales d'une demande de suspension. Dans ce cas, l'acte cesse d'être exécutoire, et le redevient en cas de silence du tribunal administratif au bout d'un mois après la

¹⁷⁵⁰ « En pratique, pourtant, le résultat reste décevant. Chaque demande d'adaptation de la législation se voit repoussée » : G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, op. cit., p. 91.

¹⁷⁵¹ On lit par exemple que l'« on attend d'une politique d'expérimentation qu'elle parvienne à juguler le phénomène d'instabilité législative qui constitue un mal chronique de notre État. À une succession de lois plus ou moins bien préparées ou adaptées qui tentent de se corriger les unes après les autres, l'expérimentation offre la possibilité d'évaluer préalablement ce qui est utile, possible ou efficace. Elle prétend ainsi opposer aux acteurs publics un principe de réalité et au droit la contrainte des faits et des données matérielles : B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2018, p. 643.

saisine. Enfin, c'est encore le législateur qui décide des suites à donner à l'expérimentation. Il peut choisir de prolonger ou de modifier l'expérimentation pour une durée maximale de trois ans, le maintien et la généralisation de l'expérimentation, ou encore son abandon. Il faut noter, surtout, que les actes pris par les collectivités territoriales autorisées à déroger à titre expérimental à une disposition législative, demeurent de simples actes administratifs. Le droit de l'expérimentation territoriale édifié sur le fondement de l'alinéa 4 de l'article 72 C présente donc un bilan mitigé. Le mécanisme a été utilisé avec parcimonie¹⁷⁵², et n'a probablement pas eu l'effet escompté d'accroître le pouvoir normatif des collectivités territoriales. Il permet aux collectivités territoriales de déployer leur pouvoir normatif dans des domaines en principe réservés à la loi ; seulement ce pouvoir normatif demeure un simple pouvoir réglementaire qui n'entame en aucune façon la centralisation du pouvoir législatif¹⁷⁵³.

2/ L'association des pouvoirs locaux à la procédure législative

Outre-mer. Au-delà des habilitations à adapter le droit national aux spécificités ultramarines par l'adoption d'actes réglementaires dérogatoires, les collectivités ultramarines sont associées à l'élaboration des actes, législatifs ou réglementaires, qui les concernent. Depuis la Loi d'orientation de l'outre-mer (LOOM) du 13 décembre 2000, les départements d'outre-mer sont ainsi « consultés sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions d'adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative de ces départements » (art. L3444-1 CGCT). Par cette consultation obligatoire, les départements d'outre-mer sont réellement associés à la procédure d'élaboration des actes législatifs et réglementaires qui les concernent. Cependant, cette participation n'a qu'une valeur juridique limitée. La consultation est

¹⁷⁵² G. Chavrier note seulement un recours à l'expérimentation, pour la mise en place du Revenu de solidarité active (RSA) : voir *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, op. cit.*, pp. 82 et s.

¹⁷⁵³ Le projet de loi constitutionnelle n° 911 prévoit une modification de l'art. 72 C alinéa 4 en ces termes : « Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, pour un objet limité, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences, éventuellement après une expérimentation autorisée dans les mêmes conditions ». Contrairement à l'ancienne formule de l'expérimentation, ce nouveau mécanisme peut donc conduire à une dérogation pérenne.

obligatoire, mais les avis émis par les collectivités concernées sont simples¹⁷⁵⁴. Par conséquent, elles ne peuvent être considérées comme des co-auteurs des textes législatifs et réglementaires en question, de sorte que leur pouvoir normatif n'est pas modifié par l'existence d'une telle procédure de consultation.

Corse¹⁷⁵⁵. Il en va de même pour la Corse. À l'instar de ses semblables ultra-marines, l'Île de Beauté est obligatoirement consultée « sur les projets et les propositions de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse » (art. L4422-16 V.). Seulement, ici encore l'avis de l'organe local n'a pas à être suivi par les organes centraux¹⁷⁵⁶.

Ces différentes modalités par lesquelles des organes locaux peuvent être autorisés à intervenir par le biais d'actes réglementaires dans des domaines normalement régis par la loi, et surtout celles par lesquelles elles sont nécessairement consultées lors de l'élaboration de règles nationales les concernant, continuent de s'inscrire dans l'ère d'une « *décentralisation concertée* »¹⁷⁵⁷. C'est une ère encore marquée par « la crispation française autour de la loi »¹⁷⁵⁸, dont la production demeure en principe centralisée, certes de façon imparfaite. Seulement, il est une autre forme d'État dans laquelle cette crispation n'est plus, dès lors que le pouvoir législatif se trouve à l'état décentralisé. Il n'est d'ailleurs pas exclu que « la crispation française autour de la loi » ne soit plus qu'une crispation de façade.

¹⁷⁵⁴ G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, op. cit. : « L'avis reste néanmoins purement consultatif même s'il serait politiquement délicat pour le gouvernement de ne pas tenir compte des avis convergents des quatre conseils régionaux et départementaux », p. 90.

¹⁷⁵⁵ Le projet de loi constitutionnelle n° 911 prévoit d'insérer dans la Constitution un nouvel article 72-5 reconnaissant la Corse comme une « collectivité à statut particulier ». Il prévoit également que l'adaptation de certaines mesures législatives ou réglementaires aux spécificités de l'île, éventuellement par la collectivité de Corse elle-même lorsqu'elle y aura été habilitée le cas échéant par la loi ou le règlement. En l'état, le projet de loi constitutionnelle ne va donc pas jusqu'à confier à la Corse un pouvoir législatif, aujourd'hui réclamée par certaines autorités publiques corses.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 91 : « le contraire reviendrait à accorder un pouvoir normatif à la Corse non prévu par la Constitution ».

¹⁷⁵⁷ G. Chavrier rappelle que l'expression était utilisée par les promoteurs de l'acte II de la décentralisation : voir G. Chavrier, *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, op. cit., p. 92.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 93.

§ 2 : L'État régional, ou la décentralisation du pouvoir législatif

L'État régional constitue une catégorie propre dans la typologie des formes d'État. Elle se caractérise par la décentralisation du pouvoir législatif (A), et tend bien souvent à associer les unités territoriales au pouvoir normatif supérieur, à savoir le pouvoir statutaire (B).

A/ La décentralisation de la compétence législative

Malgré l'ancienneté des débats sur le régionalisme et la quantité de travaux consacrés notamment aux systèmes constitutionnels italien et espagnol, la pertinence d'une catégorie autonome d'« État régional » reste discutée en doctrine (1). La pertinence d'une telle catégorie nous semble toutefois hors de doute, surtout qu'elle pourrait être utile pour décrire l'organisation territoriale française (2).

1/ Une catégorie autonome

Un critère précis. Nous avons vu que depuis l'apparition de l'expression « État régional » dans les années 1930 dans la doctrine italienne¹⁷⁵⁹, les juristes français continuent à être partagés sur la pertinence d'une catégorie autonome d'État régional correspondant à une forme spécifique d'État. La tendance majoritaire au sein de la doctrine semble être de reconnaître une spécificité à l'organisation « régionale » de certains États, tout en estimant que leur présentation doit être faite dans le cadre de l'État unitaire. Dans une étude récente prônant l'octroi d'un pouvoir législatif à la collectivité territoriale de Corse, on peut encore lire qu'« en droit comparé, l'autonomie interne de certaines régions a donné naissance à ce que l'on qualifie parfois d'"État régional". Il ne s'agit, en réalité, non de la création d'une troisième catégorie d'État (aux côtés de l'État unitaire et de l'État fédéral) mais d'un aménagement possible de l'État unitaire »¹⁷⁶⁰. Dans le cadre de notre tentative

¹⁷⁵⁹ Voir Chapitre 1.

¹⁷⁶⁰ W. Mastor, « Pour un statut constitutionnel de la Corse », rapport rédigé pour la Collectivité de Corse, 2018, p. 11 (disponible en ligne) ; il convient peut-être de ne pas perdre de vue qu'il s'agit d'un rapport prescriptif potentiellement

d'établir une typologie des formes d'État, l'État régional apparaît toutefois comme une catégorie autonome précise. Cette catégorie repose sur le même principe de classification retenu plus haut, à savoir le degré de décentralisation du pouvoir normatif. Dans ce cadre, l'État régional peut être considéré comme cette forme d'État dans laquelle la décentralisation du pouvoir normatif ne concerne plus seulement le pouvoir réglementaire (État unitaire), mais s'étend jusqu'au pouvoir législatif. L'État régional va donc plus loin que la simple association au pouvoir législatif des collectivités territoriales, condition d'une centralisation imparfaite du pouvoir législatif. Désormais, c'est bien d'une véritable décentralisation du pouvoir législatif dont il s'agit : des organes locaux sont habilités à prendre seuls des actes à valeur législative. La volonté d'aucun organe central n'est alors nécessaire pour qu'entre en vigueur la norme de valeur législative adoptée par un ou plusieurs (cas de l'organe complexe) organes locaux.

Des exemples nombreux. La catégorie de l'État régional est pourtant relativement fournie, et ce depuis longtemps déjà. La Constitution italienne de 1947 forme l'archétype de l'État régional : elle combine l'affirmation de l'unité de l'État avec la consécration d'une autonomie renforcée des unités territoriales. L'article 5 dispose que « la République¹⁷⁶¹, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative ; adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation ». L'article 117 est déterminant dans la classification de l'État italien. Il prévoit que « le pouvoir législatif est exercé par l'État et les Régions dans le respect de la Constitution, aussi bien que des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales ». Le même article prévoit que la compétence de principe en matière législative appartient aux Régions. Il dresse en outre la liste des matières relevant de la législation étatique et celles faisant l'objet de législation concurrente, domaines régis par des lois régionales mais dont les « principes fondamentaux » sont adoptés par la législation étatique.

orienté sur la question, dans la mesure où la présentation de l'État régional caractérisé par la décentralisation du pouvoir normatif comme une simple variante de l'État unitaire pourrait contribuer à banaliser l'octroi d'un pouvoir législatif à la Corse.

¹⁷⁶¹ L'article 114 comporte d'ailleurs cette disposition intéressante : « la République se compose des Communes, des Provinces, des Villes Métropolitaines, des Régions et de l'État ».

L'Espagne, bien que qualifiée traditionnellement d'« État autonome », correspond également aux traits de l'État régional. Comme la Constitution italienne, la loi fondamentale espagnole de 1978 combine la proclamation de l'unité de l'État et l'autonomie des unités territoriales. L'article 2 dispose que « la Constitution a pour fondement l'unité indissoluble de la Nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ». Ce « droit à l'autonomie » est confirmé par l'article 143, qui dispose qu'« en application du droit à l'autonomie reconnu à l'article 2 de la Constitution, les provinces limitrophes ayant des caractéristiques historiques, culturelles et économiques communes, les territoires insulaires et les provinces ayant une entité régionale historique pourront se gouverner eux-mêmes et se constituer en Communautés autonomes, conformément aux dispositions du présent titre et des statuts respectifs ». À la différence des Régions italiennes, les provinces espagnoles ont donc la *possibilité* de se constituer en Communautés autonomes. Surtout, d'après l'article 153, les Communautés autonomes peuvent adopter des « dispositions normatives ayant force de loi » dont le contrôle est confié au Tribunal constitutionnel.

Le cas du Royaume-Uni est plus complexe, pour des raisons multiples. Tout d'abord, le système constitutionnel anglais ne se laisse pas facilement appréhender par les concepts forgés à partir de théories juridiques continentales. L'absence de constitution écrite complique la description du système constitutionnel anglais. La doctrine britannique n'octroie qu'une attention marginale au concept d'État¹⁷⁶², et ne se préoccupe pas de qualifier la nature juridique du « corps politique »¹⁷⁶³ que forme le Royaume-Uni. Ce corps s'est progressivement constitué avec l'incorporation du Pays de Galles en 1536-1543, de l'Écosse en 1707 puis de l'Irlande en 1800¹⁷⁶⁴. La présentation du système constitutionnel par la doctrine britannique elle-même est dominée, au

¹⁷⁶² J. McLean, *Searching for the State in British Legal Thought. Competing conceptions of the public sphere*, Cambridge, 2012 ; C. Laborde, « Penser l'État en Grande-Bretagne », in M. O. Baruch et V. Duclert (dir.), *Serviteurs de l'État*, La Découverte, 2000, pp. 69-82 ; M. Lobban, « Les théories du droit et de l'État en Angleterre, vers 1860-1914 », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 65-90 ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002 ; H. S. Jones, *The French State in Question : Public Law and Political Argument in the Third Republic*, CUP, 1997 ; D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008.

¹⁷⁶³ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008, par ex. p. 246.

¹⁷⁶⁴ Pour une présentation historique précise, voir Th. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Éd. Panthéon-Assas, 2018, notamment l'introduction.

moins depuis Dicey, par le principe fondamental de la souveraineté du Parlement. Or ce principe est au fondement de l'idée que le Royaume-Uni formerait un pur État unitaire¹⁷⁶⁵. Dès lors que l'on compare Westminster au soleil autour duquel tournent les planètes, on ne peut que croire au caractère unitaire de l'État britannique¹⁷⁶⁶. Seulement, la politique de « dévolution »¹⁷⁶⁷ mise en place à la fin des années 1990¹⁷⁶⁸ bouleverse toute une série d'idées reçues sur la qualification de l'État britannique. M. Burgess a montré l'existence dans la pensée britannique d'un courant de pensée fédéraliste largement refoulé¹⁷⁶⁹. V. Bogdanor refuse la qualification fédérale¹⁷⁷⁰, mais conclut à la nature quasi-fédérale du Royaume-Uni depuis la mise en œuvre de la dévolution¹⁷⁷¹. F. Roux reprend cette idée de la nature « quasi-fédérale » du Royaume-Uni, mais utilise également des expressions telles que « État d'Union fédéralisé »¹⁷⁷² ou « État régionalisé »¹⁷⁷³. D. Baranger va

¹⁷⁶⁵ Ce que montre M. Burgess, *The British Tradition of Federalism*, Fairleigh Dickinson University Press, 1995 : le mythe de l'État unitaire a été transmis par le maître-ouvrage de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* : « *In this enormously influential book Dicey bequeathed a legacy which served to eulogise parliamentary sovereignty and raised the notion of the unitary state, in direct contradistinction to federation, almost to deity* », p. 17 ; l'auteur invoque des auteurs ayant mis l'accent sur le caractère mythique de l'État unitaire, not. Preston King, *Federalism and Federation* : « the whole idea of a "unitary" state would appear something of a myth » cité p. 16 ; « *be correctly located the source of the myth in the classical theory of sovereignty* », p. 16.

¹⁷⁶⁶ V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, OUP, 2001 : « *The principle implies that power is centralized in one supreme and omniscient parliament. Westminster, under the British Constitution, is the sun around which every planet revolves* », p. 1 ; « *European Union and devolution offer complementary challenges to the profoundly unitary nature of the British state. This unitariness, as expressed in the supremacy of Parliament, has been one of the strongest of the tacit understandings which underpin our Constitution* », p. 2.

¹⁷⁶⁷ Que V. Bogdanor définit ainsi : « *Devolution involves the transfer of powers from a superior to an inferior political authority. More precisely, devolution may be defined as consisting of three elements : the transfer to a subordinate elected body, on a geographical basis, of functions at present exercised by ministers and Parliament. These functions may be either legislative, the powers to make laws, or executive, the power to make secondary laws – statutory instruments, orders, and the like – within a primary legal framework still determined at Westminster* » : V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, OUP, 2001, pp. 2-3 ; cette définition est souvent reprise, par exemple dans D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008, p. 287 ; voir également F. Roux, *La Dévolution en Grande-Bretagne : contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Dalloz, 2009.

¹⁷⁶⁸ Même si de nombreux projets de « dévolution » ont été envisagés à destination de l'Irlande depuis la fin du XIX^e siècle. Voir F. Roux, *La Dévolution en Grande-Bretagne : contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Dalloz, 2009 (nous avons utilisé la version numérique, disponible sur HAL).

¹⁷⁶⁹ M. Burgess, *The British Tradition of Federalism*, Fairleigh Dickinson University Press, 1995.

¹⁷⁷⁰ En considérant que le fédéralisme divise le pouvoir alors que la dévolution ne fait que le transférer : « *Devolution is to be distinguished from federalism, which would divide, not devolve, supreme power between Westminster and various regional or provincial parliaments* » : V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁷¹ Voir not. la conclusion dans V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, *op. cit.*, où l'auteur justifie la nature quasi-fédérale du Royaume-Uni au regard de l'importance des compétences transférées à l'Écosse.

¹⁷⁷² F. Roux, *La Dévolution en Grande-Bretagne : contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, *op. cit.* : « La dévolution transforme globalement l'État unitaire centralisé britannique en un État d'Union fédéralisé », p. 513 ; en référence à l'opposition dans la doctrine anglaise entre *unitary state* et *union state* (voir V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, *op. cit.*).

¹⁷⁷³ F. Roux, *La Dévolution en Grande-Bretagne*, *op. cit.*, p. 511.

même jusqu'à envisager le Royaume-Uni comme un empire¹⁷⁷⁴. Dans sa thèse sur l'évolution de la Constitution britannique, Th. Guilluy doute de la pertinence des qualificatifs accolés au Royaume-Uni et fait le choix de « refuser de définir la nature constitutionnelle du Royaume-Uni »¹⁷⁷⁵.

Dans la mesure où le Royaume-Uni est un État et que la production de normes législatives y est décentralisée¹⁷⁷⁶, le mieux est encore de qualifier ce « tableau d'ensemble »¹⁷⁷⁷ d'État régional.

2/ La République française, un État régional qui s'ignore ?

Une question embarrassante. La question de savoir si la France pourrait être autre chose qu'un État unitaire est ressentie comme délicate par la doctrine française. L'article de T. Michalon publié en 1982, intitulé « La République française, une fédération qui s'ignore ? », a fait sensation¹⁷⁷⁸. La difficulté réside dans le fait que les auteurs ont bien conscience que certaines particularités de l'organisation territoriale de la France, notamment en outre-mer, mettent à mal la présentation classique de la France comme archétype de l'État unitaire caractérisé par une seule décentralisation administrative. Les prérogatives des collectivités ultra-marines notamment d'intervention dans le domaine de la loi, ainsi que le pouvoir normatif exceptionnel de la Nouvelle-Calédonie sont autant d'éléments difficiles à restituer dans la conception traditionnelle de l'« État unitaire ». Le premier réflexe¹⁷⁷⁹ est alors de minimiser l'importance de ces spécificités ultra-marines. X. Barella explique qu'« il faut nécessairement minimiser les conséquences » que pourraient avoir ces spécificités « sur une susceptible requalification de la forme de l'État en France »¹⁷⁸⁰. Ces éléments n'ont pas à être pris en considération pour qualifier la forme juridique de l'État français, estime l'auteur, dans la mesure où la situation de la Nouvelle-Calédonie n'est que

¹⁷⁷⁴ Voir Chapitre 2 ; D. Baranger rejette la qualification d'État unitaire, tout comme celle de *union-state* (État-union), déjà plus opérante mais qui « dissimule cependant l'élément impérial qui est une des lois de construction du Royaume-Uni » : D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 284.

¹⁷⁷⁵ Th. Guilluy, *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Éd. Panthéon-Assas, 2018, p. 48.

¹⁷⁷⁶ Les Parlements écossais et irlandais disposant de larges pouvoirs législatifs.

¹⁷⁷⁷ D. Baranger, *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, *op. cit.*, p. 284.

¹⁷⁷⁸ Th. Michalon, « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623 et s.

¹⁷⁷⁹ Qui est en même temps un vieux réflexe : nous avons déjà vu que la doctrine publiciste française a très peu pris en compte les territoires non métropolitains dans ses schémas d'analyse : voir Chapitre 1.

¹⁷⁸⁰ X. Barella, *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, thèse, Toulouse I, 2011, p. 606.

transitoire (l'indépendance étant proche¹⁷⁸¹) et parce que la Nouvelle-Calédonie n'est pas une collectivité territoriale¹⁷⁸². Par ailleurs, les modalités d'intervention des collectivités notamment ultra-marines dans le domaine de la loi (adaptation, expérimentation) n'ont pas davantage d'effets sur la forme juridique de l'État français : « la reconnaissance de particularisme au sein de la République qui justifie le statut de l'outre-mer ou la création des collectivités territoriales à statut particulier ne peut être appréhendée comme une remise en cause de la qualification unitaire de l'État »¹⁷⁸³. Cette mise à l'écart du droit de l'outre-mer est cependant assez largement discutable¹⁷⁸⁴. Pour sauver la nature unitaire de l'État français, d'autres auteurs ont non pas minimisé les spécificités de l'outre-mer, mais les ont masquées par l'invention d'un critère *ad hoc*. B. Plessix n'envisage pas même le cas de l'État régional, mais tient à distinguer l'État unitaire français de l'État fédéral. Il écrit que « s'il est impossible de voir des ferments de fédéralisme en Polynésie ou en Nouvelle-Calédonie, c'est que la justice y est la même qu'en métropole et que la répartition des pouvoirs n'est garantie par aucune cour suprême fédérale chargée de résoudre des problèmes de concurrence normative. La leçon du droit français, c'est que s'il existe un authentique élément de préservation de l'unité et de la souveraineté d'un ordre juridique étatique, c'est surtout en la personne d'un juge un et indivisible qu'il réside ». Le raisonnement est intéressant mais ne saurait totalement convaincre. Tout d'abord, le droit français ne donne aucune « leçon » sur la nature juridique d'un État. C'est l'observateur de ce droit qui peut librement estimer que la centralisation de l'activité judiciaire est un critère de l'État unitaire. Seulement, il s'agit alors d'un critère très rarement utilisé, et relativement problématique¹⁷⁸⁵. Face à ces difficultés, un autre réflexe est de mobiliser des concepts relativement originaux. Dans sa thèse sur la loi de pays calédonienne, C. Gindre David estime que « la dualité de la source législative dans l'État unitaire français »

¹⁷⁸¹ Elle vient toutefois d'être rejetée par référendum, le 4 novembre 2018.

¹⁷⁸² Ce qui ressort de Conseil d'État, 13 décembre 2006 *Genelle*, n° 279323.

¹⁷⁸³ X. Barella, *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, *op. cit.*, p. 609.

¹⁷⁸⁴ Voir W. Mastor, « Pour un statut constitutionnel de la Corse », *op. cit.* : « La France en tant que République ne saurait s'appréhender de deux manières : avec ou sans l'outre-mer. Une France qui demeurerait unitaire par le prisme d'une lecture limitée à la métropole ; une France régionale quand la lecture s'élargit à l'outre-mer, voire quasi-fédérale quand elle prend en compte la Nouvelle-Calédonie », p. 3-4.

¹⁷⁸⁵ L'utilisation de ce critère interdirait de voir en la France d'Ancien Régime un État unitaire, conséquence que l'auteur ne reprendrait probablement pas à son compte. Pour une démonstration toutefois intéressante de l'existence d'un lien entre unité de la justice et caractère unitaire de l'État, à partir de la jurisprudence *Popin* du Conseil d'État, voir O. Beaud, « L'État », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, t. I, 2011, pp. 207-267 : l'unité de la justice est en réalité celle de la fonction juridictionnelle, composante de la puissance étatique, dont l'unité est la marque de l'État unitaire.

entraîne nécessairement un « renouvellement de l'approche conceptuelle des formes d'État ». Pour l'auteur, c'est le concept d'« État pluriculturel » qui décrit le mieux les recompositions des anciens États unitaires. Plus précisément, le concept d'« État composé » constitue la « forme juridique de l'État pluriculturel »¹⁷⁸⁶. Enfin, l'auteur indique que « l'État régional constitue la forme unitaire de l'État composé. Sous une forme symétrique ou asymétrique, il devient le modèle de l'État unitaire moderne »¹⁷⁸⁷. Pour O. Gohin, la France est un « État unitaire décentralisé politiquement régionalisé à la marge (en Nouvelle-Calédonie et Polynésie française) »¹⁷⁸⁸. Enfin, comme dans toute opération de qualification, certains auteurs ne sont pas loin de se laisser tenter par le recours à la catégorie *sui generis*¹⁷⁸⁹. Le mieux est encore de ne pas minimiser les conséquences de l'outremer sur la forme de l'État français, de ne recourir ni à des critères orientés ni à des concepts *ad hoc*, mais d'appliquer le même principe de classification retenu jusqu'ici. La France apparaît alors comme un État régional, en raison de la compétence législative octroyée à une unité territoriale, à savoir la Nouvelle-Calédonie.

Une proposition de réponse. Depuis la révision constitutionnelle de 1998 et l'insertion dans la Constitution d'un titre spécifique à la Nouvelle-Calédonie et l'adoption d'une loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie le 19 mars 1999¹⁷⁹⁰, un véritable pouvoir législatif a été conféré à l'assemblée délibérante de l'île, le congrès. Cette loi organique contient un chapitre II relatif aux « lois du pays », par lesquelles le congrès peut intervenir dans les treize matières listées à l'article 99. L'article 107 précise que « les lois du pays ont force de loi dans le domaine défini à l'article 99 ».

¹⁷⁸⁶ C. Gindre David, *Essai sur la loi de pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008, p. 337.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 339.

¹⁷⁸⁸ Cl. Barthélémy, *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009, p. 121, en faisant référence à O. Gohin, *La nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France*, 2003 ; pour B. Mathieu, « la France, qui est l'État unitaire par excellence, est aussi un État fédéral en ce qui concerne ses rapports avec la Nouvelle-Calédonie » : B. Mathieu, « Repenser le droit constitutionnel ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 830.

¹⁷⁸⁹ X. Barella n'est pas loin de se laisser tenter : vu la doctrine classique des formes d'État et l'évolution de la structure de l'État français, il évoque la possibilité de concevoir une nouvelle forme : « les nouveaux pouvoirs accordés aux collectivités militaient pour une avancée de la décentralisation et la forme de l'État pouvait être qualifiée d'hybride, voire de *sui generis* », p. 652. L'auteur ne choisit pas cette option. C'est également une piste envisagée dans la conclusion du chapitre 2 : « Ainsi, la forme de l'État français aurait pu être qualifiée d'hybride, voire de forme *sui generis*, c'est-à-dire à mi-chemin entre la décentralisation "ordinaire" et la régionalisation », p. 644.

¹⁷⁹⁰ LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie

Par conséquent, ces « lois du pays » peuvent faire l'objet d'un contrôle non pas du Conseil d'État¹⁷⁹¹ mais du Conseil constitutionnel. À condition qu'une telle loi du pays ait fait l'objet d'une nouvelle délibération (art. 103), le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès peuvent saisir le Conseil constitutionnel d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Par ailleurs, les lois du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (art. 107)¹⁷⁹². Les « lois du pays » sont donc des actes juridiques locaux ayant force de loi, témoignant de la décentralisation en France de la fonction législative¹⁷⁹³. Le fait que « l'atteinte à l'unité du pouvoir normatif la plus significative [soit] aussi la plus circonscrite territorialement » et le caractère « provisoire »¹⁷⁹⁴ du régime spécifique de la Nouvelle-Calédonie ne peuvent occulter la réalité de la décentralisation du pouvoir législatif en France. Il s'agit certes d'une décentralisation très asymétrique¹⁷⁹⁵ et peut-être provisoire, mais une décentralisation quand même. De ce fait, la France forme actuellement un État régional, asymétrique et probablement de façon provisoire.

B/ L'association au pouvoir statutaire

La décentralisation du pouvoir législatif est le seul critère d'identification de l'État régional. Cependant, cette forme d'État met souvent en place des modalités visant à associer, dans une mesure plus ou moins importante, les unités territoriales bénéficiant d'un pouvoir législatif à la procédure d'élaboration de leur statut.

¹⁷⁹¹ Qui est toutefois obligatoirement saisi pour avis avant l'adoption d'un projet ou d'une proposition de loi du pays : art. 100 Loi organique précitée.

¹⁷⁹² M. Verpeaux et L. Janicot, *Droit des collectivités territoriales*, 3^{ème} éd., 2015, indiquent qu'à cette date cinq décisions DC avaient été rendues, et trois QPC.

¹⁷⁹³ A noter cependant l'article 106 LO : « Le haut-commissaire promulgue la loi du pays, avec le contreseing du président du gouvernement ». On pourrait y voir un dernier élément de centralisation du pouvoir législatif. Cependant, C. Gindre David a montré que le Haut-commissaire est en l'occurrence dans une situation de compétence liée : « si le Haut-commissaire est le gardien des valeurs républicaines et constitutionnelles de l'État en Nouvelle-Calédonie, il ne semble pas pour autant qu'il puisse refuser de promulguer une loi du pays. Accepter une telle hypothèse reviendrait à placer le représentant de l'État au dessus de l'assemblée législative locale. Cela signifierait que le pouvoir normatif local exorbitant qui a été attribué à cette dernière pourrait être totalement remis en cause. Le Haut-commissaire dispose du pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, mais il ne peut s'ériger en juge de la constitutionnalité ou de l'opportunité des lois du pays et décider de ne pas promulguer » : C. Gindre David, *Essai sur la loi de pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008, p. 104.

¹⁷⁹⁴ M. Verpeaux et L. Janicot, *Droit des collectivités territoriales*, *op. cit.*, respectivement p. 171 et 173.

¹⁷⁹⁵ Aspect qui a été profondément étudié par J. Fougerouse : voir chapitre 1.

1/ En France

L'association des organes locaux au processus conduisant à l'adoption de leur statut dépend en France de leur degré d'autonomie. Les collectivités territoriales de droit commun (celles visées par l'art. 72 C) ont un « statut » fixé par loi ordinaire. Il revient en effet au législateur de déterminer les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » (art. 34 C., confirmé par art. 72 C.). La Constitution confie par ailleurs au législateur organique le soin de déterminer les règles concernant des dispositifs particuliers, telle que l'expérimentation législative (art. 72 alinéa 4 C.) ou l'adaptation législative pour les DOM (art. 73 C.).

Quant aux COM, l'article 74 C. précise lui-même que leur statut « est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante », aussi bien pour les COM bénéficiant de l'autonomie que pour celles qui n'en bénéficient pas. Les COM interviennent donc dans le processus d'adoption de la loi organique portant statut de leur collectivité. Seulement, il ne s'agit que d'un avis simple, de sorte que ces COM ne peuvent pas être considérés comme un co-auteur de la loi organique. Le pouvoir statutaire, c'est-à-dire le pouvoir normatif consistant à édicter les règles statutaires des composantes territoriales de l'État, reste donc en France centralisé, au moins de façon imparfaite.

2/ En Espagne

En Espagne les Communautés autonomes jouent un rôle autrement plus important dans la procédure menant à l'adoption de leur statut. L'initiative du projet de statut revient aux Communautés elles-mêmes. En son article 146, la Constitution espagnole met en place une procédure simplifiée d'élaboration des statuts, en indiquant que « le projet de statut sera élaboré par une assemblée composée des membres du Conseil général ou de l'organe interinsulaire des provinces concernées et par les députés et les sénateurs élus dans chacune d'elles ». Le projet de statut élaboré par cette assemblée *ad hoc* est alors transmis au Parlement espagnol (les Cortès générales) « pour qu'il lui soit donné cours en tant que loi » (même article 146 C.). Une procédure d'adoption du statut plus complexe est prévue par l'article 151 de la Constitution. Le projet est

alors élaboré par les seuls députés et sénateurs élus dans les différentes circonscriptions de la Communauté en question. Ce projet est ensuite transmis à la Commission constitutionnelle du Congrès, qui élabore avec une délégation de l'assemblée *ad hoc* la formulation définitive du projet de statut. Celui-ci est alors soumis à un référendum organisé au sein de la Communauté. Une fois adopté, le projet de statut est transmis au Parlement national pour « un vote de ratification » (art. 151 4°), intervenant avant la promulgation du texte par le Roi. Le même article constitutionnel précise qu'en l'absence d'accord trouvé entre l'assemblée *ad hoc* et la Commission constitutionnelle du Congrès, le Gouvernement peut soumettre le projet de statut à référendum.

Concernant la révision des statuts, l'article 147 C 3° prévoit que cette révision doit s'opérer en fonction de la procédure prévue par ces statuts eux-mêmes, et qu'elle « exigera, en tout cas, l'approbation des Cortès générales, au moyen d'une loi organique ».

Il ressort de ces éléments de procédure que les communautés autonomes espagnoles sont très étroitement associées à l'élaboration de leur statut. Il ne s'agit plus d'une simple « concertation »¹⁷⁹⁶, mais d'une véritable co-décision. Les organes locaux sont à l'initiative de leur projet, qu'ils adoptent avant de le soumettre pour ratification au Parlement national. La doctrine a d'ailleurs pu souligner le rôle essentiellement « formel »¹⁷⁹⁷ du Parlement espagnol qui, le plus souvent, ratifie les projets de statut ou de révision de statut¹⁷⁹⁸. Le pouvoir statutaire en Espagne, en ce qu'il fait intervenir sur un même pied d'égalité des organes locaux et des organes centraux, n'est donc plus centralisé (même de façon imparfaite), mais n'est pas encore décentralisé. Pour reprendre le vocabulaire d'Eisenmann, on peut considérer qu'en Espagne le pouvoir statutaire est à l'état semi-décentralisé, puisqu'il exige autant l'expression d'une volonté locale que d'une volonté centrale. Cela n'est toutefois pas de nature à entraîner une requalification de la forme de l'État espagnol, qui reste un État régional.

¹⁷⁹⁶ Dans le manuel de L. Favoreu *et al.*, la procédure d'adoption des statuts des communautés autonomes espagnoles est exposée dans une sous-division intitulée « Un statut concerté » : voir L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, p. 516.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ Les auteurs du même manuel indiquent que la doctrine espagnole parle donc souvent de « loi convention » pour ces lois organiques portant statut ou révision de statut des Communautés autonomes. Le rôle du Tribunal constitutionnel ne doit pas être négligé : son appréciation va parfois à l'encontre de celle du Parlement, et peut avoir des conséquences importantes. Ex : réforme du statut de la Catalogne approuvée par le Parlement (LO 19 juillet 2006), mais partiellement invalidée par le Tribunal constitutionnel en 2010.

3/ En Italie

Le cas de l'Italie est plus problématique. La Constitution italienne de 1947 semble en effet mettre en place une procédure décentralisée d'élaboration du statut des Régions autonomes. L'article 123 dispose que « chaque Région a un statut qui, en harmonie avec la Constitution, en fixe la forme de gouvernement et les principes fondamentaux d'organisation et de fonctionnement ». L'initiative de ce statut ou de la révision du statut appartient au Conseil régional. Le projet est adopté suivant une procédure de vote renforcée. L'adoption du projet prend la forme d'une loi approuvée à la majorité des membres du Conseil régional, au moyen de deux délibérations successives à un intervalle de deux mois au moins. De façon remarquable, l'approbation du statut par le Parlement national, que prévoyait l'article 123, a été supprimée par la révision constitutionnelle de 1999. Depuis, cet article précise bien que la loi régionale portant statut « ne requiert pas d'être visée par le Commissaire du Gouvernement ». Le Gouvernement n'a plus que la faculté de contester la constitutionnalité du statut devant la Cour constitutionnelle, dans un délai de trente jours suivant sa publication¹⁷⁹⁹. La suppression de l'approbation du statut par un organe national n'est pas anecdotique. Elle est le signe d'une autonomie accrue des Régions. En réalité, il n'y a plus que des organes locaux qui interviennent dans la procédure d'édiction des statuts régionaux. L'édiction de ces statuts exige l'expression de volontés seulement locales. Dès lors, le degré de décentralisation du pouvoir statutaire en Italie est plus important qu'en Espagne, où l'entrée en vigueur d'un statut continue de nécessiter une approbation par le Parlement national. Le pouvoir statutaire en Italie semble avoir dépassé le stade de la semi-décentralisation. Il est désormais décentralisé, faisant ainsi basculer l'Italie dans la catégorie de l'État fédéral¹⁸⁰⁰. Celui-ci se caractérise en effet par la décentralisation du pouvoir statutaire.

¹⁷⁹⁹ Le même article 123 prévoit par ailleurs le recours au référendum dès lors qu'« un cinquième des électeurs de la Région ou un cinquième des membres du Conseil régional en font la demande, trois mois au plus après sa publication » ; le statut ne peut alors être promulgué que s'il obtient la majorité des voix valables.

¹⁸⁰⁰ Voir M.-P. Élie, « L'Italie, un État fédéral ? À propos des lois constitutionnelles n° 1 du 22 novembre 1999 et n° 3 du 18 octobre 2001 », *RFDC*, 2002/4, n° 52, pp. 749-757.

§ 3 : L'État fédéral, ou la décentralisation statutaire

Dans le cadre de la typologie ici proposée, l'État fédéral correspond à une troisième catégorie, que l'on peut identifier en fonction d'un certain degré de décentralisation du pouvoir normatif. En l'occurrence, l'État fédéral se caractérise par la décentralisation du pouvoir statutaire, c'est-à-dire par une procédure d'adoption des statuts ne faisant intervenir que des organes locaux (A). Cependant, et à l'instar des deux catégories précédentes, l'État fédéral aménage souvent des modalités visant à associer les unités territoriales au pouvoir normatif suprême : la révision de la constitution étatique¹⁸⁰¹ (B).

A/ La décentralisation du pouvoir statutaire

La décentralisation du pouvoir statutaire prend les traits d'une autonomie statutaire dont bénéficient les unités fédérées (1). Cette autonomie demeure cependant relative, en raison des limites constitutionnelles au pouvoir statutaire des entités fédérées (2).

1/ L'autonomie statutaire

Statut. Le pouvoir normatif dont il s'agit ici peut être envisagé comme un « pouvoir constituant ». Classiquement on considère que les « États fédérés » possèdent une véritable constitution, et que par conséquent ces États fédérés ont la particularité de bénéficier au sein de l'État fédéral d'un authentique « pouvoir constituant ». L'utilisation de ce vocabulaire statocentré est toutefois problématique. Les « États fédérés » ne sont pas des États puisqu'ils ne peuvent être envisagés comme des ordres juridiques relativement centralisés soumis au seul droit international¹⁸⁰². Pour éviter d'utiliser un vocabulaire non approprié, le mieux est encore d'appeler

¹⁸⁰¹ Ces deux éléments font penser aux fameuses « lois de Scelle » (alors même que les lois d'autonomie, de participation et de superposition ne sont pas au fondement de la théorie scellienne du fédéralisme : voir Chapitre 1). Toutefois, seule l'autonomie, ici appréhendée comme la décentralisation du pouvoir statutaire, constitue le critère d'identification de la catégorie État fédéral. Enfin du principe de participation il ne reste que la participation au pouvoir constituant, ici envisagée comme la simple association *possible* mais non nécessaire au pouvoir constituant dérivé fédéral.

¹⁸⁰² Voir Chapitre 5.

sobrement « statut » l'ensemble des normes constitutionnelles des entités fédérées, dont la production a pour particularité dans l'État fédéral, d'être décentralisée.

Autonomie. La production de ces normes statutaires est donc, dans l'État fédéral, à l'état décentralisé. Cela signifie que des organes locaux sont seuls compétents pour adopter ces normes. Le consentement de seuls organes locaux suffit à ce que ces normes entrent en vigueur. Contrairement aux États unitaires (compétence centralisée) et aux États régionaux (compétence centralisée, parfois de façon imparfaite, voire semi-décentralisée), aucun organe central n'intervient dans la procédure d'édiction des normes statutaires des entités fédérées. Cette absence d'habilitation d'organes centraux explique sans doute le silence relativement généralisé des constitutions fédérales au sujet du pouvoir statutaire des entités fédérées. La Constitution des États-Unis est ainsi particulièrement peu prolixe sur l'élaboration des statuts des entités fédérées. Cette Constitution ne comporte aucune mention du caractère fédéral des États-Unis, et ne contient pas davantage de dispositions sur l'élaboration des statuts des États membres. La Loi fondamentale allemande de 1949 est à peine plus explicite. L'article 20 dispose que « la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social ». Cette disposition est importante, puisque l'article 79 relatif aux révisions constitutionnelles indique que « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Ces limites à la révision constitutionnelle ne sont pas de simples « barrières de papier » : elles sont de véritables limites auxquelles le pouvoir constituant dérivé ne saurait porter atteinte, sauf à réaliser une révolution juridique¹⁸⁰³. En ce qui concerne cependant l'autonomie statutaire des États fédérés, celle-ci demeure largement implicite dans la Loi fondamentale allemande. Si les constitutions fédérales n'habilitent pas directement les unités fédérées à adopter seules leur propre statut, elles se bornent à leur poser des limites *constitutionnelles*.

¹⁸⁰³ Ce que montre précisément J.-Ph. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, *op. cit.*

2/ Limites constitutionnelles à l'autonomie statutaire

Autonomie n'est pas souveraineté. Les constitutions fédérales comportent fréquemment des limites au pouvoir statutaire des organes locaux. La Constitution des États-Unis indique par exemple en son article IV section 4 que « les États-Unis garantiront à chaque État de l'Union une forme républicaine de gouvernement », disposition que l'on peut analyser comme une limite à l'autonomie statutaire des États membres¹⁸⁰⁴. La loi fondamentale allemande est plus précise. Suivant la limite instaurée aux États-Unis, l'article 28 de la Loi fondamentale allemande prévoit que « l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social, au sens de la présente Loi fondamentale ». L'ordre constitutionnel des Länder doit également respecter les « droits fondamentaux » (alinéa 3), prévoir certaines modalités relatives notamment aux modes de scrutin pour les élections organisées dans les Länder et garantir une libre administration ainsi qu'une autonomie financière aux unités territoriales composant les Länder (alinéa 1 et 2). La loi constitutionnelle de 1867, qui fait partie des textes formant la Constitution du Canada, comporte en revanche un chapitre conséquent sur les « constitutions provinciales », qui doivent respecter plusieurs éléments concernant le pouvoir exécutif (notamment l'institution d'un lieutenant-gouverneur par province) et le pouvoir législatif dans les provinces.

B/ La participation au pouvoir constituant fédéral

Un critère classique. Le critère de la participation est un classique de la pensée juridique sur le fédéralisme. Pour l'approche théorique dominante (consacrée en France par Le Fur), la participation des États fédérés « à la substance même de la souveraineté fédérale » en prenant part « à la

¹⁸⁰⁴ Ce que constatait déjà Carré de Malberg : l'existence de telles limitations constitutionnelles met en évidence la non-souveraineté des « États membres », mais ne les prive pas de leur « capacité d'auto-organisation » ; « malgré ces limitations qui proviennent de ce qu'il n'est pas souverain, l'État membre n'en garde pas moins le pouvoir de se donner à lui-même sa Constitution : celle-ci n'est pas l'œuvre de l'État fédéral, mais elle est contenue dans des lois qui sont propres à l'État confédéré » : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, p. 160.

formation de la volonté de l'État»¹⁸⁰⁵ constitue le principal critère d'identification de l'État fédéral. Selon le « principe de participation », que l'on range parmi les mal nommées « lois de Scelle », l'État fédéral aurait pour particularité d'associer les États fédérés aux différents pouvoirs fédéraux : constituant, législatif et exécutif¹⁸⁰⁶. Il y aurait ainsi participation au pouvoir exécutif fédéral dans plusieurs cas. Les États fédérés sont parfois amenés à participer à la désignation des titulaires du pouvoir exécutif fédéral. L'article 54 de la loi fondamentale allemande prévoit ainsi que le Président fédéral est élu par l'Assemblée fédérale, composée des membres du Bundestag ainsi que de membres élus par les représentations des peuples fédérés. En outre, la participation au pouvoir exécutif fédéral peut prendre la forme d'une représentation au sein même de l'exécutif fédéral. Selon une convention constitutionnelle, le gouvernement fédéral du Canada est ainsi obligatoirement composé d'au moins un ministre issu de chacune des provinces du Canada. La participation aux pouvoirs législatif et constituant fédéraux se fait en principe par le biais de la chambre haute du Parlement fédéral. Celui-ci est composé (de façon égalitaire ou non) de représentants des États fédérés. Ces chambres ont des prérogatives plus ou moins importantes selon les États fédéraux, mais il est incontestable qu'elles participent à l'adoption des lois fédérales ou au processus de révision constitutionnelle. En Allemagne par exemple, l'adoption d'une loi de révision constitutionnelle requiert la majorité des deux tiers des voix du Bundestag et du Bundesrat.

Critique. Cependant, et malgré le fait que les chambres hautes des parlements fédéraux soient composées de représentants des États fédérés, ces chambres n'en demeurent pas moins des organes fédéraux¹⁸⁰⁷, donc *centraux*. Outre leurs prérogatives différentes, les deux chambres d'un Parlement bicaméral se distinguent seulement par leur composition. Elles sont toutes deux des organes fédéraux et centraux. Par conséquent, s'il n'est pas incorrect de soutenir que les unités territoriales participent, par exemple, à l'adoption des lois fédérales, il est excessif de considérer

¹⁸⁰⁵ L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000, p. 679 ; voir Chapitre 1.

¹⁸⁰⁶ Pour une présentation synthétique, voir L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 485 et s.

¹⁸⁰⁷ Ce que montre très précisément R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004, pp. 114 et s. ; contredisant Jellinek, Carré de Malberg écrit que l'on « ne peut voir dans la composition spéciale donnée à cette assemblée qu'un procédé particulier de recrutement, qui assurément est caractéristique de l'État fédéral [...], mais enfin qui ne fait pas que les États puissent par le moyen de cette Chambre exprimer leurs volontés particulières, ni qu'ils y soient individuellement représentés au sens juridique du mot représentation, ni par conséquent qu'ils forment sous ce rapport de véritables organes de décision de l'État fédéral » ; l'auteur précise par ailleurs qu'« il en serait autrement si aux États-Unis et en Suisse les lois adoptées par le Corps législatif fédéral devaient, pour leur perfection, recevoir la ratification des États-particuliers : ceux-ci deviendraient en ce cas organes législatifs de l'Union et de la Confédération », pp. 114-115.

que cette procédure est de ce fait au moins partiellement décentralisée. Disons que la participation d'une chambre parlementaire composée de représentants des unités fédérées dans la procédure de révision de la constitution fédérale, l'adoption des lois fédérales ou la désignation de l'exécutif fédéral, n'entame pas le caractère centralisé de ces procédures, qui continuent de relever d'organes centraux.

Participation et décentralisation. Il en va différemment lorsque ce sont non pas des représentants d'États fédérés siégeant au sein d'un organe central, mais des organes locaux qui interviennent directement dans le pouvoir constituant fédéral. Une telle intervention ne constitue pas le critère d'identification (contrairement à la décentralisation du pouvoir statutaire), mais un aménagement prévu par plusieurs systèmes fédéraux. La constitution allemande ne fait pas intervenir d'organes locaux dans la procédure de révision constitutionnelle¹⁸⁰⁸. Nous avons vu que la Loi fondamentale allemande ne peut être révisée que par l'adoption d'une loi constitutionnelle adoptée à la majorité des deux tiers des voix par les deux chambres du Parlement fédéral. La procédure de révision constitutionnelle en Allemagne demeure donc centralisée. La Constitution américaine¹⁸⁰⁹ prévoit en revanche un rôle important des États fédérés dans la procédure de révision de la constitution. Il ne s'agit pas d'une simple association ou consultation des entités fédérées, mais d'une véritable atteinte au caractère centralisé de cette procédure. Les deux procédures de révision de la constitution américaine, prévues à l'article 5, font directement intervenir les États fédérés. Que la proposition de révision émane de deux tiers des membres des deux chambres du Congrès ou du corps législatif de deux tiers des États fédérés, elle n'est adoptée que si elle est ratifiée par le corps législatif ou la convention d'au moins trois quarts des États membres. Avec cette participation des États fédérés à la procédure même de révision de la constitution fédérale, on atteint les limites du concept d'État. Celui-ci a été défini plus haut par le critère de la centralisation relative de la production de normes constitutionnelles. Cette production

¹⁸⁰⁸ Voir Chapitre 5.

¹⁸⁰⁹ A noter du reste que la question de la qualification (juridique) de la « république américaine » est problématique dès le début : voir J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004 ; D. Mongoin, *Le Pari de la Liberté. Étude sur Le Fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012. Lors de la création des États-Unis, le vocabulaire juridique n'est pas encore très stabilisé et les enjeux politiques particulièrement forts. D. Mongoin montre que pour les hommes politiques de l'époque, il s'agit surtout de forger une « république étendue », et non de théoriser le fédéralisme : « C'est moins la question de la structure de la république (unitaire ou fédérale) que la taille de la république qui est en jeu. La différence entre les gouvernements des États et le gouvernement fédéral ne vient pas de leur structure respective, mais de l'étendue à l'intérieur de laquelle le pouvoir va s'exercer et les individus vont se déployer », p. 517.

aux États-Unis n'est pas parfaitement centralisée, comme elle peut l'être dans la République fédérale d'Allemagne. Le consentement de trois quarts des États membres est nécessaire pour que soit ratifiée une révision constitutionnelle. Pour autant, elle n'est pas non plus décentralisée, puisqu'elle associe des organes centraux et locaux, mais surtout parce que la révision ratifiée par trois quarts des États membres entrera en vigueur pour tous les États membres. Ceux-ci ne peuvent donc pas demander à être exonérés de cette application, et ne peuvent mettre en œuvre une clause d'*opting out*¹⁸¹⁰. C'est peu de dire que la question de l'existence d'un droit de sécession au profit des États fédérés américains a été discutée. Il semblerait toutefois que d'un point de vue strictement juridique, ces États ne bénéficient pas d'un droit de sécession, qui n'est pas prévu par la Constitution fédérale. Les États-Unis d'Amérique forment donc un État fédéral à la limite entre les catégories plus larges d'État et d'organisation internationale. Les États-Unis forment un État, c'est-à-dire un ordre juridique relativement centralisé, dans la mesure où les révisions constitutionnelles, si elles nécessitent la ratification de trois quarts des États membres, s'appliquent même à ceux qui n'y ont pas consenti, et sans qu'ils puissent juridiquement faire sécession. Si la révision constitutionnelle aux États-Unis nécessitait la ratification par tous les États membres, ou si ceux-ci pouvaient ne pas être concernés par l'application d'une révision ou encore s'ils pouvaient mobiliser une clause d'*opting out*, alors les États-Unis formeraient une organisation internationale, cessant ainsi d'être un État.

Conclusion du Chapitre 6

Le dernier chapitre de cette thèse avait pour objectif de proposer une typologie des formes d'État en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif, afin de montrer, en creux, la distance qui la sépare de « l'esprit général de la pensée publiciste française ». Ainsi, il a été montré que la tradition publiciste française conduit à définir les différentes catégories normatives (Constitution,

¹⁸¹⁰ Voir Chapitre 5.

loi, règlement, notamment), selon des modalités qui rendent la typologie ainsi établie inapte à une classification des formes d'État en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif.

La méthode traditionnellement employée par les publicistes français est en effet défailante. Lorsque ce ne sont pas les discours philosophiques ou politiques qui sont mobilisés, le réflexe de la doctrine dominante est de rechercher les concepts relatifs aux différentes catégories normatives dans le droit positif. Cela est particulièrement manifeste concernant la définition de la loi : elle est directement contenue dans la Constitution. Ce faisant, la doctrine ne distingue pas les concepts du droit et les concepts sur le droit : on se satisfait du concept de « loi » selon le droit positif. Toutefois, si un tel concept peut être utile à la description du droit positif correspondant, il ne permet pas de dresser une typologie des catégories normatives utile à une théorie générale des formes d'État. Par ailleurs, le réflexe consiste souvent à définir les catégories normatives en fonction des critères matériel et formel. Or ceux-ci varient en fonction des droits positifs et condamnent pour la même raison toute entreprise théorique. Surtout, les catégories normatives telles qu'elles sont conçues par la doctrine dominante demeurent liées à la théorie classique de l'État. On sait que dans ce cadre la Constitution est pensée uniquement à l'aune de l'État. Par ailleurs, la conception classique de la loi en France en fait un acte de l'État. Si la loi aujourd'hui n'est plus la loi souveraine d'hier, elle reste intrinsèquement une manifestation de la volonté (souveraine) de l'État. De même le règlement est envisagé comme une manifestation de la fonction administrative ou d'exécution de la loi qui, là encore, est en principe une fonction étatique. Cette doctrine est alors embarrassée lorsqu'il s'agit de penser, par exemple, le pouvoir règlementaire des collectivités territoriales. La solution retenue est alors d'expliquer que ces entités ne disposent d'un pouvoir règlementaire que parce que le législateur (donc l'État) a bien voulu le leur confier.

Face à ces difficultés, le choix a été fait de proposer une typologie normative fondée sur d'autres bases. Cette typologie est composée de concepts théoriques, qui n'ont donc pas à être identifiés dans le droit positif. De plus, ces concepts ne peuvent être déterminés en fonction des traditionnels critères matériel et organique. Une analyse théorique des *fonctions normatives de l'État* a alors permis d'établir des concepts de catégories normatives pertinents, c'est-à-dire des concepts *théoriques* et *matériels* : la Constitution comme l'ensemble des normes suprêmes d'un ordre juridique, déterminant les modalités de production des normes générales et abstraites ; le statut comme l'ensemble des normes locales matériellement constitutionnelles, directement soumises à la

constitution étatique ; la loi comme la norme générale et abstraite d'application de la constitution et/ou des statuts lorsqu'ils existent ; les règlements comme les normes d'application de la législation.

Dès lors, la typologie suivante des formes d'État a pu être proposée. L'État unitaire est celui dans lequel seule la compétence réglementaire est décentralisée, c'est-à-dire qu'elle appartient aussi à des organes locaux. Ces derniers peuvent être simplement associés au pouvoir législatif, auquel cas ce dernier n'est plus que centralisé de manière imparfaite. L'État régional est en revanche davantage décentralisé dans la mesure où la compétence législative est désormais décentralisée. En application de ce critère, la France doit être analysée comme un État régional, en raison de la valeur législative des lois de pays de Nouvelle-Calédonie. L'État régional peut en outre aller jusqu'à associer des organes locaux au pouvoir statutaire, sans toutefois décentraliser cette compétence. Une telle décentralisation est en effet le propre de l'État fédéral, qui se caractérise par une décentralisation forte du pouvoir normatif : des organes locaux se voient confier la compétence d'adopter des normes matériellement constitutionnelles, dans la limite toutefois du respect de la Constitution nationale. La catégorie de l'État fédéral autorise par ailleurs une association des organes locaux au pouvoir constituant national. Une simple association toutefois, puisqu'une décentralisation de cette compétence ferait basculer l'ordre juridique en question dans la catégorie des organisations internationales.

Conclusion de la Partie 2

Après une première partie ascendante et métathéorique, la deuxième partie de cette thèse avait une dimension descendante et théorique. Toutefois, comme la première partie, la deuxième avait une perspective métadisciplinaire. En l'occurrence, il s'agissait de montrer qu'une théorie formelle des formes d'État était non seulement possible, mais encore que l'édification d'une telle théorie avait très peu mobilisé les publicistes français.

Nous avons ainsi montré que les juristes français ont dans leur grande majorité refusé de considérer l'État seulement comme un ordre juridique. Cela s'explique notamment par le fait que cette identification est la conséquence de choix philosophiques et épistémologiques que la plupart des juristes français ont refusé de faire. Il semble en effet difficile d'identifier, au sein de la pensée juridique française, l'existence d'un paradigme permettant de penser l'État comme un ordre juridique. Contrairement à la scène intellectuelle allemande, la doctrine juridique française n'a pas été animée par le constructivisme néo-kantien et elle n'a pas développé de critique structurée de l'idéologie au fondement des « concepts-substance ». Les principaux juristes français ne sont jamais allés jusqu'à exprimer tous les objets juridiques en termes de normes ou d'ordres juridiques. Le concept d'État, au premier chef, a résisté à une telle opération de réductionnisme juridique : aux yeux des juristes français, l'État a toujours été davantage qu'un ensemble de normes. Réduire l'État à un simple ordre juridique est un pas que les juristes français, sauf quelques rares exceptions, n'ont jamais franchi.

Cela s'explique notamment par le fait que les conditions philosophiques et épistémologiques nécessaires à une telle conception de l'État n'ont jamais été réunies au sein de la doctrine publiciste française. Lorsque des travaux prônant une approche formelle des problèmes juridiques se diffusent largement dans les pays germanophones, les juristes français sont nombreux à céder à la « tentation sociologique »¹⁸¹¹, conduisant ainsi à une « rematérialisation »¹⁸¹² des

¹⁸¹¹ C. M. Herrera, « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2011, n° 29, p. 154.

¹⁸¹² O. Jouanjan, « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, p. 17.

doctrines juridiques. Par ailleurs, les chefs de file du droit public des années 1920-1930, au premier rang desquels figurent Hauriou, Duguit et Carré de Malberg, rejeteront en bloc ces travaux venus d'Allemagne (notamment ceux de Kelsen) proposant une approche formelle du droit et de l'État. Cette même période est marquée par un abandon, en France, de la théorie générale de l'État. De nombreux travaux¹⁸¹³ attestent en effet que les successeurs des grands juristes de « l'âge d'or » du droit public ont réorienté la pensée juridique vers l'étude du fonctionnement des institutions politiques (en droit constitutionnel, sous l'égide notamment de Barthélémy) ou vers celle du contentieux (en droit administratif, dans le sillage notamment de Jèze, Waline et Vedel). Enfin, une diffusion plus importante de la théorie kelsénienne du droit et de l'État aurait nécessité un investissement plus important de la part des rares auteurs français proches de la pensée du juriste autrichien. Alors qu'Eisenmann s'est très peu engagé sur la voie de la théorie kelsénienne de l'État, M. Troper a amendé cette théorie pour aboutir à une identification totale entre le droit et l'État.

Pourtant, la conception de l'État comme un simple ordre juridique constitue un point de départ intéressant pour penser les formes d'État. En effet, contrairement aux approches théoriques dominantes, l'approche formelle permet de développer une théorie générale des formes d'État, en pensant aussi bien le *genre* État que ses différentes *espèces* (ou formes). Pour cela il convient tout d'abord d'identifier précisément l'État parmi la grande diversité des formations juridiques, ce qui revient à construire le critère d'identification de l'État. La souveraineté, même exprimée en termes purement juridiques, n'est guère satisfaisant. Conçue comme indépendance absolue, la souveraineté ne peut être qu'une qualité de l'ordre juridique international, dès lors que l'on se situe dans le cadre du monisme à primauté du droit international. Conçue cette fois comme la soumission au seul droit international, la souveraineté n'est plus seulement la qualité des États mais encore des organisations internationales.

Nous avons alors essayé d'approfondir le critère de la centralisation relative. Kelsen l'a avancé pour distinguer l'État de l'ordre juridique international, principalement au regard du faible degré d'institutionnalisation de celui-ci. Seulement, le critère ainsi formulé ne permet pas de situer

¹⁸¹³ Ceux d'O. Beaud notamment ; voir O. Beaud, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n°32, 2000, pp. 89-109 ; O. Beaud, « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, t. I, 2011 ; O. Beaud, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013.

l'État dans la classification des formes juridiques que Kelsen lui-même dresse en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif. Le critère de la centralisation relative que Kelsen utilise pour distinguer l'État de l'ordre juridique international n'est pas du même ordre que la théorie de la décentralisation des ordres juridiques que Kelsen utilise pour classer les différentes formations juridiques. Nous avons alors tenté d'exprimer le critère d'identification de l'État en fonction de la même théorie de la centralisation-décentralisation du pouvoir normatif permettant de distinguer les différentes formes d'État. Dans cette perspective, le caractère relativement décentralisé de l'État peut être entendu comme la centralisation de la compétence constitutionnelle : la spécificité de l'ordre juridique étatique réside dans ceci que la révision des normes constitutionnelles appartient à un organe central soumis au seul droit international.

Le *genre* État ainsi défini peut revêtir diverses formes, en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif. Dès lors, pour établir une typologie des formes d'État en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif, il est indispensable de disposer d'une typologie des catégories normatives. Nous avons cependant montré qu'une typologie adéquate n'existait pas vraiment au sein de la doctrine publiciste française. Les catégories normatives sont en effet traditionnellement définies 1° à l'aune du droit positif, 2° à l'appui de critères organique et matériel, 3° à l'aune de la théorie classique de l'État. Par conséquent, les conceptions dominantes en droit français de la Constitution, la loi ou le règlement ne permettent pas d'expliquer la diversité des formes d'État en fonction de la décentralisation du pouvoir normatif. Une autre typologie des catégories normatives a alors été établie, à partir d'une analyse théorique des fonctions juridiques de l'État, et a permis d'identifier des concepts théoriques de Constitution, loi et règlement. Le concept de statut a également été proposé pour désigner les normes matériellement constitutionnelles mais soumises à la constitution nationale adoptées par les États fédérés dans un État fédéral.

Dès lors, les différentes formes d'État pouvaient être définies en fonction du degré de décentralisation du pouvoir normatif. L'État unitaire est celui dans lequel la compétence règlementaire est décentralisée, les entités territoriales pouvant par ailleurs être simplement associées à la compétence législative. Dans l'État régional en revanche cette compétence législative est décentralisée, les entités territoriales pouvant être associées à la compétence statutaire. Celle-ci est décentralisée dans l'État fédéral, les États fédérés n'étant au mieux qu'associés à la révision des

normes constitutionnelles de l'État. L'ordre juridique cessant d'être étatique dès lors que la révision des normes constitutionnelles est décentralisée, c'est-à-dire confiée à des organes locaux.

Cette deuxième partie était donc un (long) détour pour montrer qu'une approche formelle des formes d'État est possible ; qu'elle peut avoir un certain intérêt ; mais surtout, qu'elle exige d'emprunter une voie globalement délaissée par la doctrine publiciste française.

Conclusion générale

« La question que l'on pose vaut plus que la réponse que l'on peut y apporter. »¹⁸¹⁴

M. Miaille

Cette thèse, au fond, était un voyage au sein de la pensée publiciste française. Un voyage qui a permis de reconstruire les principales approches théoriques proposées par les publicistes français sur le problème des formes d'État. Nous avons tenté de montrer que le principal paradigme utilisé par ces juristes pour penser les formes d'État et donc le droit et l'État est ce que nous avons appelé le « positivisme étatique ». Il s'agit d'une conception subjectiviste et volontariste du droit qui conduit à penser l'État comme une *personne morale* ayant la particularité d'être *souveraine*. Ce faisant le positivisme étatique s'inscrit dans l'héritage de l'École du droit naturel moderne, dont les fondateurs furent les premiers à penser l'État comme une personne morale souveraine. Du jusnaturalisme moderne le positivisme étatique a également repris les rudiments d'une théorie des formes d'État. Si les ouvrages ont progressivement abandonné ces formes politiques anciennes que sont les unions monarchiques ou les États vassaux, les « formes d'État » continuent d'être présentées dans le cadre d'analyse de la théorie moderne de l'État. L'État unitaire est considéré comme la forme normale de l'État, seul souverain et n'octroyant au mieux que des compétences administratives à ses entités territoriales. La souveraineté, unique et indivisible, demeure l'apanage de l'État. Tout est unité dans l'État unitaire : la souveraineté, la Constitution, l'ordre juridique, la loi. Les entités territoriales ne bénéficient que d'une personnalité morale et de compétences administratives octroyées par la loi. L'État fédéral est plus complexe : il s'agit de trouver un nouvel équilibre entre l'unité et la pluralité. Le positivisme étatique resté dominant en France s'oppose toutefois à l'idée d'une souveraineté multiple ou divisible. Dans ce cadre, seul l'État fédéral possède

¹⁸¹⁴ M. Miaille, « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, 1984, n°2, p. 276.

la souveraineté et constitue un véritable État. Les États fédérés ne sont que des entités infra-étatiques bénéficiant toutefois de véritables compétences politiques (pouvoir législatif, pouvoir constituant). Comme l'écrivait Le Fur, la spécificité de l'État fédéral est que les États fédérés participent à la substance même de la souveraineté fédérale. Entre ces deux formes classiques d'État est désormais souvent située une troisième catégorie, celle de l'État régional. Les régions bénéficient alors de compétences importantes (pouvoir législatif) mais non commensurables avec celles d'un État fédéré (pouvoir constituant). Par ailleurs la catégorie des organisations internationales, qui a succédé à celle de la Confédération d'États, est présentée en fonction du critère classique de la souveraineté. L'organisation internationale est alors entendue comme une personne morale de droit international dont les membres (les États) demeurent seuls souverains. Cette présentation des formes d'État, héritée de l'École du droit de la nature et fondée sur une conception subjective et volontariste du droit et de l'État, apparaît comme une des « masses de granit » de la pensée juridique française.

Nous avons ensuite montré que cette approche classique est cependant concurrencée par une approche théorique *fondamentalement* différente. L'approche de « l'idéalisme juridique », ou « du droit politique », envisage en effet non plus les formes d'État mais les formes politiques à partir d'une conception matérielle du droit et de l'État. Dans cette perspective chaque forme politique possède une spécificité propre, dont ne peuvent rendre compte que des critères multiples et de natures différentes. Le concept classique de souveraineté, propre à l'État, est considéré comme un obstacle à l'étude de la spécificité de chaque forme politique. La Fédération ou encore l'Empire sont alors envisagés comme des formes politiques distinctes de l'État, qui ne peuvent être identifiées que par des critères téléologiques notamment. C'est en grande partie parce que ces formes politiques ne poursuivent pas la même finalité politique qu'elles doivent être distinguées et bénéficier de théories spécifiques adaptées à leur identité particulière. Un résultat de cette thèse est l'identification et la reconstruction du discours *idéaliste* sur les formes politiques. Il s'agit d'une approche théorique souvent restée inconnue, minoritaire et occultée par le positivisme étatique ou les approches théoriques à la mode du moment. Justement, depuis plusieurs années c'est bien l'idéalisme juridique qui est à la mode, depuis que ce courant s'est reconstruit autour de plusieurs membres de l'Institut Michel Villey. Cette évolution est particulièrement utile à la pensée publiciste française. Comme le positivisme sociologique de Duguit il y a un siècle, les tenants de l'idéalisme

juridique font entendre *une autre voix* au sein de la doctrine constitutionnelle, en empruntant une voie différente pour penser les grands objets du droit public.

Nous avons ensuite montré que parmi les « linéaments de structure »¹⁸¹⁵ de la pensée publiciste française, il n'existe pas un courant de pensée proposant une approche théorique formelle des formes d'État. Les conditions intellectuelles n'ont en France jamais été réunies pour que se développe un tel courant de pensée. Contrairement au paysage intellectuel allemand de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, une conception constructiviste, anti-substantialiste et formaliste du droit et de l'État n'est jamais parvenue à se diffuser parmi les juristes français. En restant hermétiques à une telle réorientation de la pensée juridique les publicistes français n'ont pas pu proposer une théorie formelle des formes d'État. Proposer un tel discours sur le problème des formes d'État implique en effet d'abord de dissoudre la distinction État-droit et donc de réduire l'État à un simple ordre juridique. Or les publicistes français ont longtemps eu pour objectif premier la limitation de l'État par le droit, de sorte que le dualisme État-droit n'a pu être abandonné. En refusant de penser l'État comme un ordre juridique, la doctrine publiciste française n'a pas davantage pu élaborer un critère formel d'identification de l'ordre juridique étatique. Nous avons ainsi plaidé pour une définition de l'État comme ordre juridique relativement centralisé, c'est-à-dire dans lequel le pouvoir de révision constitutionnelle appartient à un ou plusieurs organes centraux de cet ordre juridique. Enfin, nous avons montré que proposer une typologie des formes d'État en fonction du seul degré de décentralisation du pouvoir normatif implique l'adoption d'une typologie des catégories normatives que les publicistes français n'ont pas véritablement voulu proposer. Les principales catégories normatives que sont la Constitution, la loi ou encore les actes réglementaires continuent d'être présentées dans le cadre de la théorie classique de l'État personne morale souveraine traditionnellement unitaire. Bref, cette étude démontre que s'agissant de l'étude du problème de l'État et de ses différentes formes, les publicistes français n'ont que très marginalement utilisé une approche formelle du droit.

Il ressort également de cette thèse le constat d'une forte inertie de la pensée juridique française. Les courants de pensée que nous avons identifiés n'ont pour l'heure été que très faiblement atteints par des approches théoriques originales, plus ou moins complètes mais toujours

¹⁸¹⁵ D. de Béchillon, *Hierarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996, p. 404.

aussi impuissantes à renverser les paradigmes dominants. Comme hier le positivisme sociologique ou le positivisme normativiste, il est probable que le paradigme contemporain du « droit global » ne parvienne pas à renverser les « colonnes du temple »¹⁸¹⁶.

Au moment de clore cette étude, nous sommes évidemment pris de doute et espérons que nos intuitions ne sont pas restées de simples intuitions mais sont devenues des résultats de recherche. Disons toutefois que le but premier de cette thèse était de mettre en évidence l'intérêt d'un autre regard sur le droit. Un « regard épistémologique », métadisciplinaire, qui implique de mener un *travail intellectuel sur le droit*¹⁸¹⁷. D. Fonseca écrit à ce propos, en référence à Heidegger, que « le travail de l'intellectuel [...] est de mettre la discussion sur la voie, de l'amener "sur un chemin". L'article indéfini est destiné à souligner le postulat qu'il s'agit seulement d'un chemin parmi plusieurs, sans garantie a priori qu'il conduira au but. La stratégie constante de Heidegger consiste à montrer que non seulement l'acte d'entreprendre, à savoir la mise en route, précède la réalisation de tout but que l'on s'est fixé, mais l'égale d'une certaine façon en dignité et en signification »¹⁸¹⁸. Ce travail intellectuel sur le droit est le seul à pouvoir tirer les conséquences de ce que toutes les constructions juridiques ne sont au fond que des constructions intellectuelles. Un tel travail que nous avons qualifié de généalogique, mais qui peut également s'appeler « archéologique », et qui est en tous les cas *réflexif*, est indispensable à une meilleure connaissance des manières de penser et d'agir des juristes. Dans la mesure où tout discours doctrinal peut être envisagé comme une « bibliothèque intériorisée »¹⁸¹⁹, le travail intellectuel sur le droit consiste à réorganiser la bibliothèque de la pensée juridique française, et donc à ranger des livres dans un certain ordre. Il s'apparente alors au travail du philosophe, dont les enjeux ont été mis en évidence par Wittgenstein : « supposons que nous ayons à ranger les livres d'une bibliothèque qui se trouvent entassés sur le sol dans le plus grand désordre. Il y a mille façons de les classer afin de les remettre

¹⁸¹⁶ Ch. Jamin et F. Melleray, *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018, pp. 38-39.

¹⁸¹⁷ À l'heure où plusieurs auteurs plaident pour un « moment épistémologique » du droit constitutionnel (voir X. Magnon, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AJJC*, 2016, pp. 13-25 ; R. Ponsard, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AJJC*, 2016, pp. 37-63 ; X. Magnon, Commentaire sous L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », in W. Mastor et al. (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 866-887), on pourrait donc utilement plaider pour un *moment réflexif* du droit constitutionnel ; voir *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2018/1, n° 36, consacré à « Travail intellectuel et activité créatrice ».

¹⁸¹⁸ D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Mare et Martin, 2016, p. 54.

¹⁸¹⁹ Pour reprendre la formule de U. Eco, *Lector in Fabula*, cité in D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, *op. cit.*, p. 1012.

en place. On peut prendre les livres un par un pour les mettre sur les rayons à la place qu'ils doivent occuper ; on peut également prendre plusieurs livres et les placer sur un rayon dans le seul but d'indiquer qu'ils doivent se présenter dans cet ordre. Nous aurons à les changer de place au cours de la remise en ordre de l'ensemble de la bibliothèque ; mais il serait inexact de dire qu'en les plaçant les uns près des autres sur le rayon, nous n'avons pas réalisé quelque progrès en vue de leur arrangement final. En fait, dans ce cas, il est assez évident qu'avoir mis ensemble des livres qui vont ensemble a été une réussite incontestable, même si toute cette rangée devait encore être déplacée. Mais, certaines des plus grandes réussites de la philosophie seraient simplement comparables au fait de ramener quelques livres qui semblaient aller ensemble pour les mettre sur différentes étagères ; leur position n'ayant rien de définitif, sinon qu'ils ne traînent plus les uns à côté des autres. Libre au spectateur qui ne connaît pas la difficulté de ce travail de penser que dans ce cas on n'a strictement rien fait. – En philosophie, la difficulté est de ne pas dire plus que ce que nous savons. Par exemple, voir que lorsque nous avons mis deux livres ensemble dans le bon ordre, nous ne les avons pas mis pour autant à leur emplacement définitif. »¹⁸²⁰

Ce travail intellectuel sur le droit s'inscrit donc dans la définition du travail intellectuel donnée par A. de Libera et P. Veyne, à savoir ce qui est « *idéalement* susceptible d'introduire une différence significative dans le champ du savoir, au prix d'une certaine *peine* pour l'auteur et le lecteur, et avec l'éventuelle récompense d'un certain *plaisir*, c'est-à-dire d'un accès à une autre figure de la vérité »¹⁸²¹. La question de savoir si cette thèse permet « un accès à une autre figure de la vérité » ne nous appartient plus. Que le lecteur sache cependant que « nous ne nous dissimulons point les imperfections de ce livre. Nous l'avons écrit de bonne foi, convaincu plus que personne de l'extrême difficulté des choses. Nous sommes-nous trompé, et la vérité est-elle ailleurs ? Après tout, c'est possible. »¹⁸²²

¹⁸²⁰ L. Wittgenstein, *Le cahier bleu*, in *Le cahier bleu et le cahier brun*, Gallimard, 1965, pp. 90-91, cité in D. Fonseca, *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, op. cit., p. 75.

¹⁸²¹ Voir A. de Libera, *La querelle des universaux. De Platon à la fin du Moyen Âge*, Seuil, 1996, p. 3 ; comme l'écrit Paul W. Kahn, l'approche culturelle du droit ne permet pas d'accéder à une quelconque vérité, mais de mieux connaître son objet : « *The inquiry is not a step in a progression toward truth. [...] The ambition is to achieve a re-presentation of the meanings at play in the social practice. The study takes the social construction of reality as given, in order to explore the conceptual and historical conditions of these constructions. To pursue this inquiry is like moving from three dimensional to four dimensional space: we get no close to a world outside our imaginings. We do, however, reframe our experience* » : P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, op. cit., p. 39.

¹⁸²² L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, (1901), rééd., Dalloz, 2003, p. 618.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, traités et manuels

Antoine A., *Droit constitutionnel britannique*, LGDJ, coll. « Systèmes Cours », 2016.

Ardant Ph. et Mathieu B., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, coll. « Manuel », 30^{ème} éd., 2018.

Aubert J.-F., *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éd. Ides et calendes, 1967.

Auby J.-B, Auby J.-F. et Noguellou R., *Droit des collectivités locales*, PUF, coll. « Thémis droit », 6^{ème} éd., 2015.

Audren F. et Halpérin J.-L., *La culture juridique française. Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, CNRS Éditions, 2013.

Baranger D., *Écrire la Constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, PUF, coll. « Léviathan », 2008.

Baranger D., *Le droit constitutionnel*, PUF, coll. « Que sais-je », 6^{ème} éd., 2013.

Baranger D., *Penser la loi*, Gallimard, coll. « L'esprit de la cité », 2018.

Barrau A., *De la vérité dans les sciences*, Dunod, 2016

Barthélémy J. et Duez P., *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 2^{ème} éd., [1933], rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2004.

Baume S., *Kelsen : plaider la démocratie*, Michalon, coll. « Le bien commun », 2007.

Beaud O., *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2^{ème} éd., 2009.

Billier J.-C. et Maryioli A., *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.

Blanquer J.-M. et Milet M., *L'invention de l'État. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Odile Jacob, 2015.

- Blumann Cl. et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. « Manuel », 6^{ème} éd., 2016.
- Bogdanor V., *Devolution in the United Kingdom*, OUP, 2001.
- Bourdieu P., *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, Cours du Collège de France 2000-2001, 2001.
- Brimo A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pedone, 1978.
- Burdeau G., *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 2^{ème} éd., 1967.
- Burdeau G., *Traité de science politique*, tome II, L'État, LGDJ, 3^{ème} éd., 1980.
- Burgess M., *The British Tradition of Federalism*, Fairleigh Dickinson University Press, 1995.
- Caillosse J., *L'État du droit administratif*, LGDJ, 2015.
- Camby J.-P., *La loi*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2015.
- Carré de Malberg R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, [1933], rééd. Dalloz, 2007.
- Carré de Malberg R., *Contribution à la Théorie générale de l'État*, [1920-1922], rééd. Dalloz, 2004.
- Carré de Malberg R., *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, [1935], rééd. Economica, 1984.
- Champeil-Desplats V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^{ème} éd., 2016.
- Chantebout B., *Droit constitutionnel*, Sirey, 32^{ème} éd., 2015.
- Chavier G., *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2011.
- Cohendet M.-A., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Cours », 2013.
- Combacau J. et Sur S., *Droit international public*, LGDJ, coll. « Domat droit public », 12^{ème} éd., 2016.
- Combothécra X.-S., *La conception juridique de l'État*, Larose, 1899.
- Constantinesco V. et Pierré-Caps S., *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Thémis Droit », 7^{ème} éd., 2016.

- Coyle S., *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, Hart, 2014.
- de Béchillon D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.
- de Martens G. F., *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, tome I, Guillaumin et Cie, 1864.
- de Vattel E., *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, tome I, Guillaumin et Cie, éd. annotée par M. P. Pradier-Fodéré, 1863.
- de Villiers M., Magnon X. et Renoux Th. (dir.), *Code constitutionnel*, LexisNexis, 2018.
- Den Otter S., *British idealism, and social explanation : a study in late Victorian thought*, Clarendon Press, 1996.
- Duguit L., *L'État, le droit objectif et la loi positive*, [1901], rééd., Dalloz, 2003.
- Duguit L., *L'État, les gouvernants et les agents*, [1902], rééd. Dalloz, 2005.
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, tome I, E. de Boccard, 3^{ème} éd, 1927
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, tome I, E. de Boccard, 2^{ème} éd., 1921
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, tome II, E. de Boccard, 3^{ème} éd., 1927
- Eisenmann Ch., *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, 1948.
- Eisenmann Ch., *Cours de droit administratif*, [1982], tome I, rééd. LGDJ, 2014.
- Eisenmann L., *Le compromis austro-hongrois de 1867 : étude sur le dualisme*, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1904.
- Elliott M. et Thomas R., *Public law*, OUP, 2017.
- Esmein A., *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, 6^{ème} éd., 1914, rééd. Panthéon-Assas, 2001.
- Faure B., *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd., 2014.
- Favoreu L. et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 21^{ème} éd., 2018.
- Feeley M. et Rubin E., *Federalism. Political identity and tragic compromise*, The University of Michigan Press, 2008.

Feyerabend P., *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. « Points », 1979.

Fontaine L., *Qu'est-ce qu'un grand juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, coll. « Forum », 2012.

Forray V. et Pimont S., *Décrire le droit... et le transformer. Essai sur la déécriture du droit*, Dalloz, 2017.

Foucault M., *L'archéologie du savoir*, [1969] rééd. Gallimard, coll. « Tel », 2008.

Gohin O., *Droit constitutionnel*, Lexis-Nexis, coll. « Manuel », 3^{ème} éd., 2016.

Grewe C. et Ruiz Fabri H., *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995.

Grimm D., *Sovereignty : the origin and future of a political and legal concept*, Columbia University Press, 2015.

Grotius H., *Le droit de la guerre et de la paix*, tome I, trad. J. Barbeyrac, Amsterdam, P. de Coup, 1724.

Hamon F. et Troper M., *Droit constitutionnel*, LGDJ, coll. « Manuel », 39^{ème} éd., 2018.

Hanson N., *Modèles de la découverte*, [1958], trad. fra., Dianoïa, 2001.

Haquet A., *La loi et le règlement*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2007.

Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^{ème} éd., 1929.

Hauriou M., *Principes de droit public*, [1910], rééd. Dalloz, 2010.

Heller H. et Jouanjan O., *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2012.

Héraud G., *Les Principes du fédéralisme et la fédération européenne. Contribution à la théorie juridique du fédéralisme*, Presses d'Europe, 1968.

Herrera C. M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2004.

Isaac G. et Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10^{ème} éd., 2012.

Jamin Ch. et Melleray F., *Droit civil et droit administratif. Dialogue(s) sur un modèle doctrinal*, Dalloz, 2018.

Jellinek G., *L'État moderne et son droit*, [1900], tome I, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005.

Jones H. S., *The French State in Question : Public Law and Political Argument in the Third Republic*, CUP, 1997.

Jouanjan O. et Zoller E. (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015.

Jouanjan O., *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, coll. « Léviathan », 2017.

Jouanjan O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918 : idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIX^e siècle*, PUF, coll. « Léviathan », 2005.

Kahn P. W., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, 1999.

Kelsen H., *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997.

Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., trad. Ch. Eisenmann, [1962], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1999,

Klüber J.-L., *Droit des gens modernes de l'Europe*, tome I, Stuttgart, 1819.

Kortmann C. A. J. M., *Constitutioneel recht*, Kluwer, 7^{ème} éd., 2012.

Koubi G. et Romi R., *État, Constitution, Loi*, Litec, 1993.

Kuhn Th., *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983.

Laband P., *Le droit public de l'Empire allemand*, tome I, V. Giard & E. Brière, 1900.

Laferrière F., *Cours de droit public et administratif*, Joubert, 1841.

Lanjuinais J.-D., *Constitutions de la nation française*, Dondey-Dupré, 1832.

Latour B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La Découverte, 2004.

Le Fur L., *Précis de droit international public*, Dalloz, 4^{ème} éd., 1939.

Le Sueur A., Sunkink M. et Murkens J. E. K., *Public Law*, OUP, 2016.

Loughlin M., *Foundations of Public Law*, OUP, 2010.

- Magnon X., *Théorie(s) du droit*, Ellipses, coll. « Universités », 2008.
- Mathieu B., *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, coll. « Forum », 2013.
- Mathieu B., *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2010.
- McLean J., *Searching for the State in British Legal Thought. Competing conceptions of the public sphere*, Cambridge, 2012.
- Melleray F. et Hakim N., *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009.
- Michoud L., *La théorie de la personnalité morale. Son application au droit français*, LGDJ, 2^{ème} éd., annotée par L. Trotabas, 1924.
- Millard E., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2006.
- Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748.
- Moreau F., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1^{ère} éd., 1982 et 9^{ème} éd., 1921.
- Morin E., *La méthode*, deux tomes, Seuil, 2008.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, tome II, Padova-Cedam, 6^{ème} éd., 1962.
- Mouskhély M., *Confédération et fédération : l'antithèse*, Fédérop, 2012.
- Ost F. et van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- Pactet P. et Mélin-Soucramanien F., *Droit constitutionnel*, Sirey, 32^{ème} éd., 2013.
- Plessix B., *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2^{ème} éd., 2018.
- Prélot M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Précis », 4^{ème} éd., 1969.
- Pufendorf S., *Le droit de la nature et des gens*, tome III, trad. J. Barbeyrac, Londres, J. Nours, 1740.
- Romano S., *L'ordre juridique*, trad. fra. de la 2^{ème} éd., [1975], rééd. Dalloz, 2002.
- Rossi P., *Cours de droit constitutionnel*, [1866-1867], (cours de 1835-1837), rééd. Dalloz, 2012.

- Roubier P., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, [1951], rééd. Dalloz, 2005.
- Rousseau D. et Viala A., *Droit constitutionnel*, Montchrestien, coll. « Pages d'Amphi », 2004.
- Rousseau D., Gahdoun P.-Y. et Bonnet J., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Domat droit public », 11^{ème} éd., 2016.
- Runciman D., *Pluralism and the Personality of the State*, CUP, 1997.
- Saint-Girons A., *Manuel de droit constitutionnel*, Larose, 2^{ème} éd., 1885.
- Scelle G., *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008.
- Schmitt C., *Théorie de la Constitution*, [1928], PUF, coll. « Léviathan », 1993.
- Serrigny D., *Traité du droit public des Français*, 2 vol., Joubert, 1846.
- Stolleis M., *A History of Public Law in Germany*, OUP, 2008.
- Stolleis M., *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Dalloz, 2014.
- Stolleis M., *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne XVI^e-XXI^e siècle*, trad. A. Gaillet, Garnier, 2018.
- Timsit G., *Les noms de la loi*, PUF, 1991.
- Touzeil-Divina M., *La doctrine publiciste, 1800-1880 : éléments de patristique administrative*, Éd. La Mémoire du droit, 2009.
- Vedel G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002.
- Verpeaux M. et Janicot L., *Droit des collectivités territoriales*, 4^{ème} éd., 2017.
- Viala A., *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2010.
- Villey M., *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. « Quadrige manuels », 2^{ème} éd., 2015.
- Wheaton H., *Eléments du droit international*, tome I, Leipzig, Brockhaus, 1874.
- Zoller E., *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2^{ème} éd., 1999.

Thèses et mémoires

Altwegg-Boussac M., *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

Arlettaz J., *L'État-Nation à l'épreuve de la constitutionnalisation des langues régionales. Etude comparée : Belgique, Espagne, Italie, Suisse*, Mare et Martin, 2014.

Arnaud Ch., *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2016.

Bailleux J., *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, 2014.

Barella X., *Les collectivités territoriales et la loi en droit public français*, thèse dactyl., Toulouse I, 2011.

Barthélémy Cl., *Le régionalisme institutionnel en Europe. Droit comparé en Belgique, Espagne, Italie, Royaume-Uni, France*, L'Harmattan, 2009.

Barué-Belou R., *Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil - Contribution à l'étude du fédéralisme*, thèse dactyl., Toulouse I, 2013.

Beaud O., *La puissance de l'État*, PUF, 1994.

Bonnard L., « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », mémoire, *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Bottini E., *La sanction constitutionnelle. Étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, 2016.

Burdeau G., *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, J. Buguet-Comptour, 1930.

Capitant R., *L'impératif juridique : introduction à l'étude de l'illicite*, Dalloz, 1928.

Chaltiel F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, LGDJ, 2000.

Chauvet C., *Le pouvoir hiérarchique*, LGDJ, 2013.

Chiffot N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Dalloz, 2009.

Constantinesco V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, 1974.

de Béchillon D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, 1996.

Defoort B., *La décision administrative*, LGDJ, 2015.

Delcros B., *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, LGDJ, 1976.

Denizeau Ch., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004.

Derosier J.-Ph., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, 2015.

Dupéré O., *Le « fédéralisme normatif » en droit constitutionnel français : l'alinéa 15 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'influence de la pensée juridique de Georges Scelle sur les constitutions françaises de 1946 et 1958*, thèse dactyl., Bordeaux IV, 2010.

Duranthon A., *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités territoriales en droit public français*, Dalloz, 2017.

Eisenmann Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, [1928], rééd. Economica, 1986.

Faure B., *Le pouvoir règlementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998.

Feldman J.-P., *La bataille américaine du fédéralisme : John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, 2004.

Flogaïtis S., *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, LGDJ, 1979.

Fonseca D., *La rhétorique constitutionnaliste. Généalogie du discours doctrinal sur la loi*, Mare et Martin, 2016.

Gaillet A., *L'individu contre l'Etat. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Dalloz, 2012.

Gerkrath J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne*, éd. de l'Université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 1997.

Gindre David C., *Essai sur la loi de pays calédonienne. La dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2008.

- Girard A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, Dalloz, 2013.
- Girard Ch., *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010.
- Guilluy Th., *Du « self-government » des Dominions à la dévolution*, Éd. Panthéon-Assas, 2018.
- Halbecq M., *L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, LGDJ, 1965.
- Havard L., *L'État associé. Recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud*, PUAM, coll. « Droit d'outre-mer », 2018.
- Herrera C. M., *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Kimé, 1997.
- Heuschling L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002.
- Hochmann Th., *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé*, Pedone, 2012.
- Jeanneney J., *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, 2016.
- Jouannet E., *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Pedone, 1998.
- Kerléo J.-Fr., *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, 2015.
- Le Fur L., *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000.
- Leduc P., *La notion d'incommensurabilité chez Thomas Kuhn*, thèse, Université du Québec à Montréal, 1997, disponible en ligne.
- Linditch F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995.
- Marketou A., *Local Meanings of Proportionality. Judicial Review in France, England and Greece*, thèse dactyl., Institut Universitaire européen de Florence, 2018.
- Maslarski D., « La conception de l'État de Gaston Jèze », mémoire, *Jus Politicum*, n°3, 2009.
- Maulin E., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, coll. « Léviathan », 2003.

- Mongoin D., *Le Pari de la Liberté. Étude sur Le Fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012.
- Mouskhély M., *La théorie juridique de l'État fédéral*, Pedone, 1931.
- Murgue-Varoquier P.-M., *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, 2018.
- Plessix B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éd. Panthéon-Assas, 2003.
- Ponsard R., *Les catégories juridiques et le Conseil constitutionnel. Contribution à l'analyse du droit et du contentieux constitutionnels*, thèse dactyl., Paris I, 2011.
- Redor M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, PUAM-Economica, 1992.
- Roux F., *La Dévolution en Grande-Bretagne : contribution à la réflexion sur l'autonomie institutionnelle*, Dalloz, 2009.
- Sacriste G., *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, 2011.
- Schmaltz B., *Les personnes publiques propriétaires*, Dalloz, 2016.
- Schmitz J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013.
- Simonovitch M., *Les théories contemporaines de l'État*, Rodstein, 1939.
- Tesoka L., *Les rapports entre catégories de collectivités territoriales*, PUAM, 2004.
- Troper M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, [1973], rééd. LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2015.
- Tusseau G., *Les normes d'habilitation*, Dalloz, 2006.
- Verpeaux M., *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*, PUF, 1991.

Articles, contributions et entrées

- Alland D., « De l'ordre juridique international », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 79-101.
- Alland D., « Ouverture : l'État sans qualités », *Droits*, n° 16, 1992, pp. 3-9.

Altwegg-Boussac M., « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.

Amsselek P., « Norme et loi », *APD*, n° 89, 1980, pp. 89-107.

Apostolidis Ch., « Georges Scelle, auteur actuel ? », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013, pp. 15-23.

Atias Ch., « Fonder le droit ? (Simple propos *extra petita* et *obiter dictum* sur les contradictions du positivisme juridique) », in *Mélanges P. Amsselek*, Bruylant, 2005, pp. 25-39.

Auby J.-B., « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 261-277.

Audren F., « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 55-74.

Avril P., « La Constitution, Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1990, n° 4, pp. 949-960.

Baghmarian M. et Adam Carter J., V° « Relativism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en ligne, consulté le 14 juin 2018.

Baranger D., « Comprendre le "bloc de constitutionnalité" », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

Baranger D., « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, 2009.

Baranger D., « Uncovering the foundations of administrative law ? », *Jus Politicum*, n° 16, 2016.

Baranger D., « Avant-propos », in M. Altwegg-Boussac, *Les changements constitutionnels informels*, Varenne, 2013.

Barberis M., « La fin de l'État et autres narrations », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 331-340.

Barthélémy J., « Préface », in A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, Sirey, 1914, 6^{ème} éd., rééd. Panthéon-Assas, 2001.

Bartole S., « Internal ordering in the Unitary State », in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, pp. 609-627.

Battistella D., « Le bel avenir de la théorie de l'État en Relations internationales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Beaud O. et Wachsmann P., « Préface », in O. Beaud et Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

Beaud O., « À propos des *Écrits de théorie du droit* de Charles Eisenmann », *Droits*, n° 36, 2002, pp. 189-200.

Beaud O., « Aperçu sur le fédéralisme dans la doctrine publiciste française au vingtième siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n° 24, pp. 165-205.

Beaud O., « Carl Schmitt ou le juriste engagé », Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993.

Beaud O., « Comment réinterroger l'État à partir des notions de citoyen et de citoyenneté ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 215-234.

Beaud O., « Conceptions of the state », in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, pp. 269-282.

Beaud O., « Découvrir un grand juriste : le "premier" René Capitant », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 163-193.

Beaud O., « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques. Le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, n° 16, 2004, pp. 16-26.

Beaud O., « Duguit et la reconstruction du droit constitutionnel français », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 29-55.

Beaud O., « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in C. M. Herrera (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Bruylant-LGDJ, 2001, pp. 47-87.

Beaud O., « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 89-109.

Beaud O., « L'Empire et l'empire colonial dans la doctrine publiciste française de la Troisième République », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

Beaud O., « L'État », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome I, 2011, pp. 207-267.

Beaud O., « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, n° 11, 2013.

Beaud O., « La France libre, Vichy, l'empire colonial. Une autre façon de réfléchir sur l'Empire et son territoire », *Jus Politicum*, n°14, 2015.

Beaud O., « La notion d'État », in, *APD*, n° 35, 1990, p. 119-143.

Beaud O., « La théorie générale de l'État (*Allgemeine Staatslehre*) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999, pp. 83-111.

Beaud O., « Le Conseil constitutionnel sur la souveraineté et ses approximations », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

Beaud O., « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 149-171.

Beaud O., « Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 73-95.

Beaud O., « Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n° 14.

Beaud O., « Ouverture : l'honneur perdu de l'État ? », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 3-10.

Beaud O., « Propos introductifs », *Jus Politicum*, n° 14, 2015.

Beaud O., « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, 2010.

Beaud O., « Préface », in M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., [1910], rééd. Dalloz, 2010.

Beaud O., « Quand un juriste explique et déconstruit l'État », *Critique*, 2012/5, n° 780, pp. 401-410.

Beaud O., « Recension », *RDP*, 1996, pp. 1523-1529.

Beaud O., Conte Ph., Wachsmann P., « Préface », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

Beaud O., V° « Constitution et constitutionnalisme », in S. Rials et Ph. Raynaud (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003.

Beaud O., V° « Constitution et droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 257-266.

Beauté J., « La théorie anglaise de la Couronne », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 113-123.

Belleflamme Fr., « La forme et la matière dans la définition du règlement aujourd'hui », in I. Hachez et al. (dir.), *Les sources du droit revisités*, vol. 2, Normes internes infraconstitutionnelles, Anthemis, 2012, pp. 303-346.

Bioy X., « Les libertés, le pouvoir, l'État dans la pensée de Maurice Hauriou : une dialectique en mouvement ? », in Ch. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, pp. 523-530.

Bird A., V° « Thomas Kuhn », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultée le 14 juin 2018.

Bix Brian H., « Kelsen in the United States : Still Misunderstood », in D. A. Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, pp. 17-29.

Blairon K., « Un "impressionnisme juridique" ? Réflexions sur l'analyse comparée des formes d'État », *Politeia*, n°5, 2004, pp. 293-316.

Blanquer J.-M. et Milet M., « Les idées politiques de Léon Duguit. Un prisme contextuel et biographique », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 3-28.

Bobbio N., « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in *Essais de théorie du droit*, LGDJ-Bruylant, 1998.

Böckenförde E.-W., « L'École historique du droit et le problème de l'historicité du droit », in *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, [1964], LGDJ, 2000, pp. 53-76.

Bodeau-Livinec P., « Le sujet de droit », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013.

Bogdanor V., « Asymmetric Devolution : Toward a Quasi-Federal Constitution ? », in *Developments in British Politics* 7, 2003, Palgrave, pp. 222-242.

Bon P., « Espagne : l'État des autonomies », in Ch. Bidégaray (dir.), *L'État autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994.

Bonin P., « La coutume entre pluralisme juridique, souveraineté étatique et projections historiographiques : les dictionnaires de l'époque moderne », in *Mélanges Rigaudière*, Economica, 2009, pp. 255-280.

Bonin P., Brunet P. et Kerneis S., « Introduction », in *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 3-13.

Bonnard R., « La conception juridique de l'État », *RDP*, 1922, pp. 5-57.

Bonnard R., « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'A. Merkel », *RDP*, 1928, pp. 668-696.

Boudon J., « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », in S. Pinon et P.-H. Prélot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

Boudon J., « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in F. Melleray et N. Hakim (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, pp. 263-280.

Boudon J., « Introduction », in P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, [1866-1867], (cours de 1835-1837), rééd. Dalloz, 2012.

Bourdieu P., « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, pp. 3-19.

Brunet P., « Michel Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 87-110.

Brunet P., « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 5-19.

Brunkhorst H., « Concrete-order-formation or rational will-formation ? Constituent power as the ratio of voluntas », *Jus Politicum*, n° 16, 2016.

Burdeau G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD*, 1939, pp. 7-55.

Burdeau G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP*, 1945, pp. 202-228.

Burdeau G., Préface à R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, [1935], rééd. Economica, 1984.

Caillosse J., « De quel État le droit administratif nous entretient-il ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 193-213.

Caillosse J., « Les "principes généraux" de l'organisation administrative », in P. Gonod, F. Melleray et Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, pp. 149-207.

Caillosse J., « Remarques sur le traitement constitutionnel du "local". Sens et portée d'une théorie constitutionnelle du « local » », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français*, Éd. Cujas, 2013, pp. 31-43.

Caillosse J., « Un "manuel" hors les codes. À propos du *Droit administratif général* de Benoît Plessix », *Jus Politicum*, n° 20-21, 2018.

Capitant R., « L'œuvre juridique de R. Carré de Malberg », *APD*, 1937, pp. 81-93.

Carcassonne G., « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 39-52.

Carrino A., « État et souveraineté dans l'âge de la mondialisation », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 273-283.

Cassese S., « Existe-t-il une "Constitution globale" ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.

Cazals G. et Hakim N., « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux », *Clio Thémis*, n° 14, 2018, disponible en ligne.

Champeil-Desplats V., « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Chantebout B., « L'État selon Georges Burdeau », in B. Chantebout (dir.), *Le Pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Economica-PUAM, 1993, pp. 51-58.

Chapaux V. et Pieret J., V° « Statocentrisme », in P. Mbongo, Fr. Hervouët et C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, 2014.

Chemillier-Gendreau M., « L'État : la souveraineté », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013.

Cherfouh F., « Les thèses soutenues sous la présidence de Léon Duguit », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 57-75.

Chevallier J., V° « État », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 2^{ème} éd.

Chevallier J.-J., « Le fédéralisme de Proudhon et de ses disciples », in G. Berger (dir.), *Le fédéralisme*, PUF, 1956.

Chiffot N., « Préface », in Ch. Eisenmann, *Écrits de droit administratif*, Dalloz, 2013.

Cohendet M.-A., « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, pp. 299-315.

Comanducci P., « Épistémologie », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, pp. 7-39.

Comanducci P., « Ordre ou norme ? Quelques idées de constitution au XVIII^e siècle », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 ou l'invention de la Constitution*, LGDJ-Bruylant, coll. « La pensée juridique moderne », 1994.

Condé P.-Y., « *Droit et Société*, ou le pluralisme d'une revue de théorie et sciences sociales du droit », *Droit et Société*, 2015.

Constantinesco V., « Le fédéralisme : d'un anti-étatisme à un a-étatisme ? », *L'Europe en formation*, 2010, n° 355, pp. 41-52.

Conte E., « L'État au Moyen Age : le charme résistant d'un questionnement dépassé », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 123-136.

Coq V., « Le positivisme juridique de Marcel Waline (1900-1982) », *RRJ*, n° 3, 2014, pp. 1155-1179.

Custos D., « Droit d'outre-mer, le défi de la permanence », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français*, Éd. Cujas, 2013, pp. 45-58.

de Frouville O., « Une théorie non constitutionnaliste de la Constitution internationale », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.

de Laubadère A., « Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit », *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, 1968, pp. 209-228, rééd. *Pages de doctrine*, I, LGDJ, 1980, pp. 11-28.

de Marans R. et Polier L., « Esquisse d'une théorie des États composés. Contribution à la théorie générale de l'État », *Bulletin de l'Université de Toulouse*, série B, n° 1, 1902, pp. 4-72.

Del Vecchio G., « À propos de la conception étatique du droit », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1930.

Delvolvé P., « Les spécificités disciplinaires dans l'analyse des rapports entre ordres juridiques – Dialogue entre les « représentants » des grandes disciplines » (Droit administratif), in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016.

Derosier J.-Ph., « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, pp. 107-140.

Deroussin D., « Préface », in P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, [1951], Dalloz, 2005.

Di Donato F., « La civilisation étatique : ordre juridique et représentations sociales », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 163-183.

Dockès E., « Le droit, une alternative à l'État », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 103-119.

Douence J.-Cl., *Répertoire Dalloz*, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n° 60) – Statut constitutionnel des collectivités territoriales, 2018.

Douven I., « Abduction », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition), disponible en ligne : <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/abduction/>>.

Drago R., « Les fonctions de l'État dans la pensée de Charles Eisenmann », in P. Amselek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, pp. 75-83.

Dubouis L., « La nature de l'Union européenne », in G. Cohen-Jonathan et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant, 2003, pp. 81-96.

Dufour A., « La notion de loi dans l'École du Droit naturel moderne », *APD*, 1980, pp. 211-224.

Duguit L., « Les doctrines juridiques objectivistes », *Giard*, 1927, tiré à part, extrait de la *RDP* 1927.

Duhamel O. et Mény Y., « Avant-propos », *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

Dumont H. et van Drooghenbroeck S., « La loi », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 530-572.

Dumont H. et El Berhoumi M., « Les formes juridiques fédératives d'association et de dissociation dans et entre les États », *Droit et société*, 2018/1, n° 98, pp. 15-36.

Dumont H., El Berhoumi M., Négrier E., Simoulin V., « Les recompositions territoriales : aux carrefours de l'Union européenne, des États-nations et des régions. Présentation du dossier », in *Droit et Société*, n° 98, 2018, pp. 7-13.

Dupré de Boulois X., « La personnalité morale selon Michoud : regard publiciste », in Ph. Yolka et X. Dupré de Boulois (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 171-189.

Durand Ch., « De l'État fédéral à l'État unitaire décentralisé », in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre*, Sirey, 1956, pp. 193-210.

Durand Ch., « L'État fédéral en droit positif », in G. Berger (dir.), *Le fédéralisme*, PUF, 1956.

Eisenmann Ch., « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger*, 1930, pp. 231-279.

Eisenmann Ch., « Essai d'une classification théorique des formes politiques » [1968], in *Ecrits de théorie politique, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 327-395.

Eisenmann Ch., « La théorie des fonctions de l'État chez Carré de Malberg », [1966], in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 221-237.

Eisenmann Ch., « Les fonctions de l'État », [1964], in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, pp. 183-220.

Eisenmann Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », [1966], in *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, 2002, pp. 289-307.

Eisenmann Ch., « Sur un Traité de l'État moderne », *APD*, 1939, pp. 117-139.

Élie M.-P., « L'Italie, un État fédéral ? À propos des lois constitutionnelles n° 1 du 22 novembre 1999 et n° 3 du 18 octobre 2001 », *RFDC*, 2002/4, n° 52, pp. 749-757.

Etien R., « Analyse juridique d'ensemble. Rapport introductif », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français*, Éd. Cujas, 2013, pp. 7-16.

Faure B., « Le Conseil d'État et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », *AJDA*, 2013, p. 2240 et s.

Favoreu L., « La loi », [1989], rééd. in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, pp. 341-362.

Favoreu L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », [1977], rééd. in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, pp. 403-415.

Favoreu L., « Les règlements autonomes n'existent pas », [1987], rééd. in *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, pp. 417-434.

Foessel M., V° « Idéalisme », in *Encyclopédie Universalis*, Dictionnaire des idées, 2005, pp. 407-408.

Fougerouse J., « L'État régional, un modèle original d'organisation territoriale ? », *Politéia*, n° 26, 2014, pp. 211-229.

Foulquier N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste, 1856-1929 », *Jus Politicum*, n° 2, 2009.

Frydman B., « Repenser la science du droit. Penser le droit global sans l'ordre juridique », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 279-282.

Gaillet A., « Léon Michoud et la doctrine allemande », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 109-130.

Gaillet A., « Sept générations – Trois périodes pour la structuration de la culture juridique allemande », in *Autour de l'ouvrage de Jean-Louis Halpérin*, 23 mai 2016, Nantes, p. 2, disponible en ligne : <http://publications.ut-capitole.fr/23138/>

Gaillet A., « Contre le formalisme de la "jurisprudence des concepts" : Philipp Heck et la "jurisprudence des intérêts" en Allemagne », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 195-221.

Geertz Cl., « La description dense », *Enquête*, n°6, 1998, disponible en ligne.

Gilbert S., « Léon Michoud et la doctrine publiciste française de son temps », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 85-108.

Goldoni M., « The materiality of political jurisprudence », *Jus Politicum*, n° 16, 2016.

Gonod P., « L'actualité de la pensée de Léon Duguit en droit administratif ? », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 333-348.

Goyard Cl., « Les conceptions de Charles Eisenmann relatives à l'organisation de l'Administration », in P. Amserek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986.

Goyard-Fabre S., « L'État du droit et la démocratie selon Kelsen », in *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n° 17.

Goyard-Fabre S., « L'illusion positiviste », in *Mélanges P. Amserek*, Bruylant, 2005, pp. 357-374.

Goyard-Fabre S., « Les craquements de l'édifice étatique », *APD*, n° 58, 2015, pp. 339-354.

Grewe C., « Le droit constitutionnel allemand dans la science juridique française », in O. Beaud et E. V. Heyen (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Nomos, 1999.

Grimm D., « La souveraineté » in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, pp. 547-607.

Grzegorzcyk C., « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, n° 35, 2002, pp. 103-118.

Guérin-Bargues C., « Le droit politique entre normativisme et *soft law* : à propos de l'ouvrage d'Eleonora Bottini, *La sanction constitutionnelle, étude d'un argument doctrinal* », *Jus Politicum*, n° 18, 2017.

Guignard D. et Viguiier J., « Vers une nouvelle forme d'État ? », in N. Kada (dir.), *De la réforme territoriale à la réforme de l'État*, PUG, 2011, pp. 229-249.

Günther F., « The Neglect of Hans Kelsen in West German Public Law Scholarship, 1945-1980 », in D.A. Jeremy Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016, pp. 217-228.

Guyer P. et Horstmann R.-P., « Idealism », *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), disponible en ligne : <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/idealism/>.

Hakim N., « Michoud et la doctrine de droit privé », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014, pp. 63-84.

Halpérin J.-L., « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Rev. Hist. droit français étranger*, 1997, pp. 415-433.

Halpérin J.-L., « De l'histoire au droit constitutionnel », in S. Pinon et P.-H. Prétot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Lextenso, 2009.

Halpérin J.-L., « Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit », *RIEJ*, vol. 70, n° 1, 2013, pp. 117-121.

Halpérin J.-L., « L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 41-52.

Halpérin J.-L., « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, n° 75, 2010, pp. 295-313.

Halpérin J.-L., « Le droit romain, un ordre juridique statique et dynamique, un État ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 29-38.

Halpérin J.-L., « Le recul de l'École historique du droit ou le déclin de la méthode savignicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, pp. 101-116.

Halpérin J.-L., « Une histoire transnationale des idées juridiques ? », in *Clio Thémis*, n° 34, 2018, disponible en ligne.

Halpin A., « Questioning a Uniform Concept of Public Law », *Jus Politicum*, n° 16, 2016.

Harlow C., « The Influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 227-254.

Hauriou M. et Mestre A., « Compte rendu de Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* », *RDP*, 1902, pp. 346 et s.

Hauriou M., « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 35, n° 2, 1928, pp. 193-206.

Hauriou M., « La théorie de l'institution et de la fondation », in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, 1925, pp. 2-45.

Hauriou M., V° « Décentralisation », in L. Béquet (dir.), *Répertoire de droit administratif*, 1891.

Héraud G., « L'influence de Kelsen dans la doctrine française contemporaine », *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, vol. VI, 1958, pp. 183 et s.

Héraud G., « L'inter-étatique, le supra-national et le fédéral », *APD*, n° 6, 1961, pp. 179-191.

Héraud G., « Un anti-étatisme : le fédéralisme intégral », *APD*, n° 21, 1976, pp. 167-180.

Herrera C. M., « Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011, pp. 145-165.

Herrera C. M., « Du rejet au succès ? Sur la fortune de Hans Kelsen en France », *Austriaca*, n° 63, 2006, pp. 151-166.

Herrera C. M., « Georges Scelle et Hans Kelsen : la construction d'une doctrine internationaliste, entre science et politique », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013, pp. 35-45

Herrera C. M., « Heinrich Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar », in J.-Fr. Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et les juristes*, ENS Editions, 2002, pp. 87-113.

Herrera C. M., « La notion d'exécution dans l'histoire constitutionnelle française », *Rev. Française d'Histoire des Idées Polit.*, vol. 2, n° 34, 2011, pp. 227-230.

Herrera C. M., « La radicalisation sociologique de la pensée juridique. Lévy, Lambert, Gurvitch », *Droits*, n° 62, 2015, pp. 189-204.

Herrera C. M., « Propos introductifs. Du modèle à la modélisation ? », *Politéia*, n° 26, 2014.

Herrera C. M., « Science et politique chez Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010.

Herrera C. M., « Duguit et Kelsen : la théorie juridique, de l'épistémologie au politique », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997.

Herrera C. M., « Les fonctions sociales de l'État », in P. Mbongo, Fr. Hervouët, C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2014, pp. 452-456.

Herrera C. M., V° « Décisionnisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 347-350.

Hochmann Th., « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n°19, 2018.

Hummel J., « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIXe siècle », *Droits*, 2002, n° 35, pp. 25-39.

Israël L., « À qui de droit », présentation de P. Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », Éd. de la Sorbonne, 2017.

Jackson Vicki C., « Fédéralisme – Normes et territoires », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, tome I, 2012, pp. 6-52.

Jamin Ch., « L'histoire doctrinale est-elle un sport de combat ? », *Clio Thémis*, n° 14, 2018, disponible en ligne.

Jamin Ch., « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in *Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, pp. 501-517.

Jouanjan O. et Maulin E., « La théorie de l'État entre passé et avenir. Journées en l'honneur de Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Jouanjan O., « Duguit et les Allemands », in F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, pp. 195-224.

Jouanjan O., « Faillible droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. Diké, 2007, pp. 61-76.

Jouanjan O., « Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. Débats philosophiques, 2010.

Jouanjan O., « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », Préface in G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, tome I, Éd. Panthéon-Assas, 2005.

Jouanjan O., « La notion d'exécution dans la doctrine classique », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/2, n° 34, pp. 343-360.

Jouanjan O., « Le souci du social : le "moment 1900" de la doctrine et de la pratique juridiques », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 13-19.

Jouanjan O., « Nommer/Normer. De quelques aspects du rapport Langage/Droit du point de vue de la Théorie Structurante du Droit », in O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit*, Les Presses de l'Université Laval, coll. « Diké », 2007, pp. 43-59.

Jouanjan O., « Pourquoi des juristes en temps de détresse ? Le droit public de Weimar et la "querelle des méthodes et des approches" », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 223-251.

Jouanjan O., « Présentation », in E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000.

Jouanjan O., « Présentation du traducteur », in F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, PUF, 1996, pp. 5-23.

Jouanjan O., « Présentation. Jhering ou l'amour du droit », in R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, [1890], rééd. Dalloz, 2006.

Jouanjan O., « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 31-48.

Jouanjan O., « Ce que "donner une Constitution à l'Europe" veut dire », *Cités*, n° 13, 2003, pp. 21-35.

Jouanjan O., « Histoire de la science du droit constitutionnel », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, pp. 69-113.

Jouanjan O., « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits*, n° 28, 1999, pp. 47-69.

Jouanjan O., « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, n° 16, 2004, pp. 6-16.

Jouannet E., « De la personnalité et la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958 (Théorie française de l'État et intégration européenne) », 2007, disponible en ligne.

Jouannet E., « La disparition du concept d'Empire », *Jus Politicum*, n° 14, 2015.

Jouannet E., « Regards sur un siècle de doctrine française du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 1-57.

Joyau M., « Pays d'outre-mer et statut d'autonomie », in P.-Y. Chicot, R. Etien et P. Teisserenc (dir.), *L'influence des régimes juridiques des collectivités territoriales d'outre-mer sur l'évolution de l'État français*, Éd. Cujas, 2013, pp. 211-219.

Karsenti B., « La naissance de la sociologie et ses effets dans la pensée du droit », in O. Jouanjan et E. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Éd. Panthéon-Assas, 2015, pp. 23-33.

Kelsen H., « God and the State », [1922-1923], in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, pp. 61-82.

Kelsen H., « L'essence de l'État », [1926], trad. P.-H. Tavaillot, in *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, n° 17, 1990.

Kelsen H., « La notion d'État et la psychologie sociale. À propos de la théorie freudienne des foules », [1923], *Hermès*, n° 2, 1988, pp. 134-165.

Kelsen H., « Law, State and Justice in the Pure Theory of Law », *Yale Law Journal*, 1948, 57, pp. 377-390.

Kelsen H., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926.

Kelsen H., « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » [1953], *Droit et Société*, n° 22, 1992, pp. 551-568.

Kelsen H., « State-form and world-outlook », in *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, 1973, pp. 95-113.

Kernalegenn T., Pasquier R., « Les régions contre l'État ? Capacité politique et fragmentation territoriale en Europe », *Droit et société* 2018/1, n° 98, pp. 71-89.

Krynen J., « Le concept d'État dans les textes constitutionnels français : sommaire mise en perspective pour une brève analyse », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 91-102.

Kunz J., « Une nouvelle théorie de l'État fédéral », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1930, vol. 11.

Laborde C., « Penser l'État en Grande-Bretagne », in M. O. Baruch et V. Duclert (dir.), *Serviteurs de l'État*, La Découverte, 2000, pp. 69-82.

Lagrange E., « La catégorie "organisation internationale" », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, pp. 35-70.

Lahire B., « Il n'y a de science que critique », *AIJC*, n° 31, 2015, pp. 27-35.

Lalonde L., « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », *RIEJ*, 2012/1, vol. 68, pp. 49-83.

Laurans Y., « Réflexions sur une construction inachevée : la théorie générale des formes d'État dans la doctrine francophone », *Politeia*, n° 12, 2007, pp. 51-92.

Lauvaux Ph. et Pimentel C.-M., V° « Fonctions juridiques de l'État », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 733-737.

Lauvaux Ph., « Repenser l'État », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 285-309.

Le Divillec A., « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », in S. Pinon et P.-H. Prélôt (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

Le Divillec A., « *Jus Politicum* : le droit ressaisi par la politique ? », www.nonfiction.fr, 6 janvier 2011, consulté le 15 décembre 2018.

Le Divillec A., « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n° 4, 2010.

Leben Ch., « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, pp. 61-72.

Leben Ch., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 19-39.

Leben Ch., « Hans Kelsen and the Advancement of International Law », *EJIL*, 1998, disponible en ligne.

Leben Ch., « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'État) », dans *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale scientifica, vol. I, 2004, pp. 131-167.

Leben Ch., « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », in C. M. Herrera (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, LGDJ-Bruylant, 2001, pp. 87-98.

Leben Ch., « Troper et Kelsen », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 13-29.

Leben Ch., « Avant-propos », in Le Fur L., *État fédéral et confédération d'États*, [1896], rééd. Éd. Panthéon-Assas, coll. « Les Introuvables », 2000.

Leben Ch., « Fédération d'États-nations ou État federal ? », in C. Joerges, Y. Mény et J. H. H. Weiler (dir.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity ?*, IUE, 2000.

Leben Ch., « Préface », in H. Kelsen, *Écrits français de droit international*, PUF, coll. « Doctrine juridique », 2001.

Leben Ch., « Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État », in *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000, pp. 119-175.

Lobban M., « Les théories du droit et de l'État en Angleterre, vers 1860-1914 », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 65-90.

Loughlin M., « In Defence of Staatslehre », *Der Staat*, 2009, vol. 48, 2009, pp. 1-27.

Loughlin M., « Political Jurisprudence », *Jus Politicum*, n° 16, 2016.

Loughlin M., « The Functionalist Style in Public Law », *The University of Toronto Law Journal*, 2005, vol. 55, n° 3, pp. 361-403.

Loughlin M., « The State, the Crown and the Law », in Maurice Sunkin et Sebastian Payne (dir.), *The Nature of the Crown : A Legal and Political Analysis*, OUP, 1999.

Magnon X., « Commentaire sous G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, in Droit administratif (avec P. Delvolvé), PUF, Thémis, 7ème éd., 1980 », in W. Mastor *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 841-864.

Magnon X., « L'autonomie politique au sein d'un État unitaire décentralisé : l'exemple de la Polynésie française », in Le statut d'autonomie régionale en droit comparé, *Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Collection Thèmes actuels, n° 63, 2009, pp. 119-133.

Magnon X., « La France au mépris des langues régionales ou minoritaires ? », 2016, Version consultée : UT1 Publications.

Magnon X., « La Nouvelle-Calédonie : un pays à souveraineté partagée ? », in Le statut d'autonomie régionale en droit comparé, *Publication de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Collection Thèmes actuels, n° 63, 2009, pp. 135-149.

Magnon X., « Le droit constitutionnel des collectivités « territoriales » d'exception : la Nouvelle-Calédonie et Mayotte devant le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2010, Version consultée : UT1 Publications.

Magnon X., « Le statut constitutionnel des collectivités infra-étatiques dans l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes*, 2006/3, pp. 395-404.

Magnon X., « Maurice Hauriou lecteur de Hans Kelsen », in Ch. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz (dir.), *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, PUAM, 2015, pp. 149-165.

Magnon X., « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, p. 233-254, version consultée : UT1 Publications.

Magnon X., « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel », *AIJC*, 2016, pp. 13-25.

Magnon X., « Repenser la frontière droit externe-droit interne au profit d'une approche unitaire du droit », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 653-666.

Magnon X., « La méthode de la libre recherche scientifique », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 736-754.

Magnon X., Commentaire sous L. Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », in W. Mastor *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 866-887.

Martin F., « Jean Bodin et les formes », in *Mélanges Rigaudière*, Economica, 2009, pp. 233-253.

Martin Frédéric F., « Indéfinir l'État, redéfinir le droit : sur quelles conceptions de l'État et du droit l'idée d'un État médiéval repose-t-elle ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 49-63.

Mastor W., « Les rapports de systèmes au sein d'un État fédéral : l'exemple des États-Unis », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 1769-1778.

Mastor W., « Pour un statut constitutionnel de la Corse », rapport rédigé pour la Collectivité de Corse, 2018, p. 11, disponible en ligne.

Mathieu B., « Repenser le droit constitutionnel ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 827-849.

Maulin É., « L'État dans la mondialisation, perspectives géo-juridiques sur les évolutions de la territorialité », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 251-272.

Maulin É., « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », *Droits*, 2002, n° 35, pp. 41-62.

Maulin É., « Préface », in R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, [1933], rééd. Dalloz, 2007.

Maury J., « Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, n° 11-12, pp. 537-563.

Maus D., « Où en est le droit constitutionnel ? », in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, 2004, pp. 691-741.

Mazères J.-A., « Préface », in F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995.

Mazères J.-A., « Réflexions sur une réédition : les "Principes de droit public" de Maurice Hauriou », *Jus Politicum*, n° 6, 2011.

Melleray F., « Charles Eisenmann et la manière contemporaine de faire du droit administratif », *RDP*, n° 2, 2016.

Melleray F., « Georges Scelle était-il positiviste ? », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013, pp. 25-33.

Melleray F., « Léon Duguit. L'État détrôné », in F. Melleray et N. Hakim, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009, pp. 239 et s.

Melleray F., « Les historiens du droit administratif sont-ils encore plus positivistes que les administrativistes ? », *Clio Thémis*, n° 14, 2018, disponible en ligne.

Miaille M., « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, n° 2, 1984, pp. 276-297.

Michalon Th., « La République française, une fédération qui s'ignore ? », *RDP*, 1982, pp. 623 et s.

Michoud L. et de Lapradelle A., « La question finlandaise », *RDP*, 1901, pp. 5-81.

Monjal P.-Y., « L'Union européenne à la recherche d'une qualification juridique », *LPA*, n° 14, pp. 25 et s.

Monjal P.-Y., « La nature juridique de l'Union européenne : en attendant Godot », *LPA*, 1995, n° 57, pp. 16 et s.

Moor P., « Après une lecture de Benoît Plessix, *Droit administratif général* », *Jus Politicum*, 2018, n° 20-21.

Moret-Bailly J., « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, 2002, n° 35, pp. 195-206.

Mouskhély M., « La théorie du fédéralisme », in *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, tome I, 1950, pp. 397-414.

Mouton J.-D., « La notion d'État et le droit international public », *Droits*, n° 16, 1992, pp. 45-58.

Nyano E., « Norwood Russell Hanson : l'épistémologie de la forme », Présentation in N. Hanson, *Modèles de la découverte*, Dianoïa, 2001.

Passelecq O., « L'idée de droit chez Georges Burdeau », in B. Chantebout (dir.), *Le Pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, Economica-PUAM, 1993, pp. 23-49.

Paulson S. L., « Introduction », in H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, [1945], Bruylant-LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1997.

Paulson S. L., « Kelsen as political theorist », in *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centre de publication de l'Université de Caen, 1990, n° 17.

Pellet A., « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. V, Book 2, 1997, pp. 193-271.

Peters A., « L'acte constitutif de l'organisation internationale », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, 2013, LGDJ, pp. 201-245.

Peters A., « Le constitutionnalisme global : crise ou consolidation ? », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.

Pfersmann O., « Après Michel Villey, la philosophie du droit aujourd'hui », *Cités*, 2014, n° 58, pp. 61-73.

Pfersmann O., « Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes" », in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 295-325.

Pfersmann O., « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, t. 28, n° 2, 1996, pp. 171-185.

Pfersmann O., « La pensée "juridique" allemande est-elle une pensée juridique ? », *Droits*, 2005/2, n° 42, pp. 177-182.

Pfersmann O., « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 484-528.

Pfersmann O., « État et souveraineté », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 45-61.

Pfersmann O., « La Constitution comme norme », in L. Favoreu *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 21^{ème} éd., 2018, pp. 67 et s.

Pfersmann O., « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n° 28, 1999, pp. 83-98.

Pfersmann O., Picard E. *et al.*, « Controverse autour de l'ouvrage de Norberto Bobbio, *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit* », *RDP*, n° 2, 2013, pp. 239 et s.

Pfersmann O., Recension de F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, *RIDC*, 2003, pp. 730-742.

Picavet E., « Eisenmann et Kelsen : éléments d'une filiation épistémologique », in M. Bitbol et J. Gaybon (dir.), *L'épistémologie française 1830-1970*, Éd. Matériologiques, pp. 425-447.

Picod F. et Azoulai L., « L'Union européenne », in M. Troper et D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 77-112.

Pilotti M., « Les Unions d'États », *RCADI*, Vol. 24, 1928.

Pina S., « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *APD*, 2015, pp. 373-392.

Pina S., « La recherche d'une science pure du droit. L'œuvre méconnue d'Ernest Roguin face à la théorie de Hans Kelsen », *Droits*, 2014/2, n° 60, pp. 191-204.

Pini J., « Qu'est-ce qu'une constitution ? », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *Constitution et construction européenne*, Dalloz, 2006.

Pinkard T., « Idealism », in M. N. Forster et K. Gjesdal (dir.), *The Oxford Handbook of German Philosophy in the Nineteenth Century*, OUP, 2015.

Pinon S., « Adhémar Esmein et la doctrine constitutionnelle de son temps », in S. Pinon et P.-H. Prélot (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

Plessix B., « En guise de réponse », *Jus Politicum*, n° 21, 2018.

Plessix B., « Léon Michoud », in F. Melleray et N. Hakim (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, pp. 307-330.

Poirat F., « État », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. « Quadrige Dicos poche », 2003, pp. 642-648.

Ponsard R., « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *AIJC*, 2016, pp. 37-63.

Ponsard R., « Pour une épistémologie de la science du droit administratif ? », in *Les méthodes en droit administratif*, actes de colloque de l'AFDA, Dalloz, 2018, pp. 99-132.

Ponthoreau M.-Cl., « "Global Constitutionalism", un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.

Popelier P., « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in I. Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Normes internes infraconstitutionnelles, Anthemis, 2012, pp. 17-54.

Prévost X., « La notion de norme ayant force de loi dans l'œuvre de Jacques Cujas », in C. Leveux-Teixeira *et al.* (dir.), *Normes et normativité. Mélanges Albert Rigaudière*, Economica, 2009, pp. 213-232.

Quaritsch H., « La situation actuelle de la théorie générale de l'État en Allemagne », *Droits*, n° 15, 1992, p. 65-76.

Rabault H., « Théorie juridique de l'État », in P. Mbongo, Fr. Hervouët, C. Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Berger-Levrault, 2014, pp. 921-925.

Redor M.-J., « L'État dans la doctrine publiciste française du débat du siècle », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 91-100.

Renard G., « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. CNRS, 1977.

Rials S., « A l'anglaise. Comment filer l'histoire constitutionnelle ? », Préface in D. Baranger, *Parlementarisme des origines*, PUF, coll. « Léviathan », 1999.

Rials S., « Charles Eisenmann, historien des idées politiques ou théoricien de l'État ? », in P. Amssek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, pp. 103-129.

Rials S., « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 49-85.

Rials S., « Présentation. Michel Villey, histoire et philosophie, histoire d'une philosophie », in M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, 2^{ème} éd., coll. « Quadrige Manuels », 2013, pp. 1-42.

Rivero J., « Maurice Hauriou et le droit administratif », [1968], rééd. *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, pp. 29-41.

Roland S., « Quelques réflexions méthodologiques sur la qualification de la nature juridico-politique de l'Union européenne », in *L'identité de l'Union européenne, Mélanges Cl. Blumann*, Bruylant, 2015, pp. 245-261.

Roland S., « La souveraineté », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010.

Rolland P., « Georges Scelle et le fédéralisme européen », in Ch. Apostolidis et H. Tourard (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Éd. Universitaires de Dijon, 2013, pp. 47-58.

Ross A., « Sur les concepts d'"État" et d'"organes d'État" en droit constitutionnel », *Droits*, n° 23, 1996, pp. 131-144.

Rousseau D., « Les spécificités disciplinaires dans l'analyse des rapports entre ordres juridiques – Dialogue entre les « représentants » des grandes disciplines » (Droit constitutionnel), in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 1289-1370.

Rousseau D., V° « Constitution » in O. Duhamel et Y. Mény (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

Rouyère A., « Les personnes publiques spécialisées », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, tome I, Dalloz, 2011, pp. 334-379.

Ruiz-Fabri H. et Gradoni L., « Commentaire sur L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États* », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 720-735.

Saint-Bonnet F., « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans* », in C. M. Herrera (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Editions Kimé, 2012, pp. 95-115.

Saint-Bonnet F., V° « Loi », in S. Rials et D. Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

Santulli C., « Présentation », in G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, [1932], rééd. Dalloz, 2008.

Sassier Y., « La conception médiévale de la *res publica*, aux origines de l'État », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 137-150.

Saurugger S., « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

Scelle G., « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, rééd. CNRS, 1977.

Schiavone A., « Les juristes et l'histoire. Pour une nouvelle archéologie du droit », *Clio Thémis*, n° 14, 2018, disponible en ligne.

Schiavone A., « Un droit sans État ? », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 39-48.

Schmitz J., « Maurice Hauriou et la théorie de l'institution », in W. Mastor *et al.*, *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 789-800.

Schönberger C., « De l'État comme substance à l'État comme fonction : les débuts de la théorie pure du droit dans les *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010.

Simon D. et Rigaux A., « Les communautés et l'Union européenne comme organisations internationales », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013.

Sorel J.-M., « L'institutionnalisation des organisations internationales », in J.-M. Sorel et E. Lagrange (dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, pp. 11-34.

Soula M., « Les six livres de la République de Jean Bodin », in W. Mastor *et al.* (dir.), *Les grands discours de la culture juridique*, Dalloz, 2017, pp. 205-212.

Stolleis M., « Sur la place de l'histoire contemporaine du droit en Allemagne », *Clio Thémis*, n° 14, 2018, disponible en ligne.

Sydoryk S., « Les écoles de pensée en droit public français : de l'usage politique d'une idée mythique », 2018, inédit.

Tarragoni F., « La sociologie a-t-elle définitivement tué la philosophie ? », *Droit et Société*, 2018/1, n° 98, pp. 227-237.

Telman D. A. Jeremy, « Introduction : Hans Kelsen for Americans », in D. A. Telman (dir.), *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Springer, 2016.

Terré F., « La "crise de la loi" », *APD*, 1980, pp. 17-28.

Timsit G., « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, n° 33, 2001, pp. 3-19.

Timsit G., « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann », in P. Amssek (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, pp. 15-29.

Treves R., « Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantienne », *Droit et société*, n° 7, 1987, pp. 327-335.

Troper M., « Droit constitutionnel et théorie générale de l'État », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome I, Dalloz, 2012, pp. 198-225.

Troper M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 95-105.

Troper M., « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 267-279.

Troper M., « Introduction », *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. V-XI.

Troper M., « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 183-198.

Troper M., « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2011/2, n° 34, pp. 299-310.

Troper M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.

Troper M., « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 239-250.

Troper M., « Le concept d'État de droit », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 267-281.

Troper M., « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 251-265.

Troper M., « Le titulaire de la souveraineté », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 283-298.

Troper M., « Les classifications en droit constitutionnel », in *Pour une théorie juridique de l'État*, pp. 251-262.

Troper M., « Préface. Sur la théorie juridique de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994.

Troper M., « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 141-160.

Troper M., « Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 315-325.

Troper M., « Structure du système juridique et émergence de l'État, le problème de la définition de l'État », in P. Bonin, P. Brunet et S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État*, Pedone, 2018, pp. 17-28.

Troper M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 51-69.

Troper M., « Système juridique et État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 161-176.

Troper M., « The Structure of the Legal system and the Emergence of the State », *Straus Institute Working Paper*, 06/12, disponible en ligne.

Troper M., « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 61-75.

Troper M., « Tout n'est pas perdu pour le positivisme », *Déviance et société*, vol. 11, n° 2, 1987, pp. 195-204.

Troper M., « Y a-t-il eu un État nazi ? », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 177-182.

Troper M., « Introduction » in J.-B. Auby (dir.) *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010.

Troper M., « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, pp. 199-221.

Troper M., « Le juge constitutionnel et la volonté générale », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, pp. 215-230.

Troper M., « Les concepts juridiques et l'histoire », in *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, pp. 255-268.

Truchet D., « Avant-propos » in dossier consacré à Charles Eisenmann, *RDP*, 2016.

Truchet D., « Repenser le droit administratif ? », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, pp. 815-825.

Tusseau G., « La législation déléguée », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 606-656.

Tusseau G., « Le dualisme juridique », in J.-J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Dalloz, 2012.

van de Kerchove M., « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », in H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. H. Thévenaz, Neuchâtel, 1989.

Vandelli L., « Formes d'État : État régional, État décentralisé », in D. Chagnollaud et M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome II, Dalloz, 2012, pp. 54-76.

Vedel G., « Le doyen Maurice Hauriou et la science politique », [1968], rééd. *Pages de doctrine*, I, LGDJ, 1980, pp. 43-58.

Vedel G., « Les grands courants de la pensée politique et le fédéralisme », in G. Berger (dir.), *Le fédéralisme*, PUF, 1956.

- Verdier M.-F., « Editorial », *Politeia*, n° 12, 2007, p. 43.
- Verpeaux M. et Jégouzo Y., « Les collectivités territoriales », in P. Gonod, F. Melleray, Ph. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome I, 2011, pp. 269-331.
- Viala A., « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrêteste. Questions de méthode », *RDP*, n° 4, 2016.
- Virally M., « La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale », in M. Virally, *Le droit international en devenir. Essais au fil des ans*, PUF, 1990, pp. 271-290.
- Waline M., « Défense du positivisme juridique », *APD*, 1939, n° 1-2, pp. 83-96.
- Waline M., « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou I/ », *L'année politique française et étrangère*, 1930, pp. 39-63.
- Waline M., « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, 1933, pp. 517-534.
- Xifaras M., « Conclusions », *Jus Politicum*, n° 19, 2018.
- Yeatman A., « A Conventional Narrative. The Rhetorical Shape of Martin Loughlin's Foundations of Public Law », *Jus Politicum*, n°16, 2016.
- Yolka Ph., « "M. Le Maudit" : relire Michoud », in X. Dupré de Boulois et Ph. Yolka (dir.), *Léon Michoud*, Varenne, 2014.
- Zoller E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel : contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, Vol. 294, 2002.
- Zoller E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État », *APD*, n° 49, 2005, pp. 109-122.

INDEX

A

Abduction, 43
Antipositivisme, 145, 153
Approche théorique, 47

C

Classifications, 183
Colonialisme, 67
Concepts, 10, 343
Confédération d'États, 117, 297, 410
Constitution, 314
Critère
 de la centralisation relative, 287
 finaliste, 123
 formel, 346
 matériel, 143, 346
Cultural Study of Law, 20, 24, 31, 32, 33, 413
Culture juridique, 32, 61, 341

D

Décentralisation
 Classique, 64
 des collectivités, 306
 législative, 386
 réglementaire, 372
 statutaire, 397

théorie statique et dynamique, 292

Décisionnisme, 110
Déconcentration, 63
Dilemme de Calhoun, 50
Droit global, 39, 170, 412
Dualisme
 de l'Empire, 132
 du droit et de l'État, 95, 222, 226
 philosophique, 253

E

École du droit de la nature et des gens, 77,
 96, 126
Empire, 8, 126
État
 « réel », 265
 au sens large, 236, 269
 au sens strict, 238, 269
 composé, 7
 des normes secondaires, 299
 fédéral, 4, 48, 397
 genre et espèces, 187
 global, 188
 impérial, 68, 129
 régional, 4, 66, 386
 simple, 7

unitaire, 4, 62, 372
État général de la pensée publiciste
française, 1, 15, 33, 36

F

Fédéralisme
a-étatique, 118
intégral, 118
politique, 116
sociologique, 89
Fonctions de l'État, 360
Forme
des collectivités publiques, 119

Formes
d'État (définition), 2
de gouvernement, 2
de l'État, 4
politiques, 98, 119, 139, 195

H

Histoire
comme "réservoir de concepts", 143
comme objet juridique, 137

I

Idéalisme, 152, 160
Idoles, 38, 39, 87, 99, 100
Institution
la Fédération comme institution, 121
l'Etat comme institution, 113
Intuition, 179

L

Loi, 350, 366

M

Métadiscipline, 29, 30
Métathéorie, 13, 30, 218, 285
Méthode
finaliste, 143
généalogique, 18
historique, 19, 141
Monisme, 211, 221, 255

N

Néokantisme, 213

O

Objectivisme, 99
Ordre juridique
apparition de l'expression, 223
dans la Théorie pure du droit, 224
et État, 233
Organisation internationale, 325

P

Personnalité juridique
de l'État, 77, 78, 80, 112, 229
l'État comme personnification de la
Nation, 81
Pluralisme philosophique, 194, 199
Politique, 135
Positivismisme

catholique, 253
juridique, 101, 146
normativiste, 35, 45, 101, 148, 175, 241,
270
sociologique, 83, 250
technique, 26, 262

Q

Querelle des méthodes et des approches,
157

R

Récit conceptuel, 33, 34, 36, 103, 193
Réflexivité, 15, 16, 412
Régionalisme, 68
Règlement, 354, 367
Relationnisme, 214
Relativisme, 167
exigeant, 174
intégral, 232
Rematérialisation du droit public, 156, 243

S

Souveraineté

comme indépendance absolue, 277
comme soumission au seul droit
international, 279, 335
de l'État, 73, 75, 276
et État fédéral, 51, 55

Statut, 365

Subjectivisme

juridique, 92, 110, 113
philosophique, 92

T

Théorie de l'État-puissance, 52, 58
Théorie des « fragments d'État », 67
Théorie générale de l'État, 28, 49, 259

U

Union européenne, 8, 127, 302, 330
Utilité, 177

V

Vérité, 168
Volonté, 93, 217, 227

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
§ 1 : L'objet de l'étude.....	2
A/ Un objet classique.....	2
1/ Éléments de définition	2
2/ Un « vieux sujet assez poussiéreux ».....	5
3/ Un sujet d'actualité.....	7
B/ Un objet à redécouvrir	10
1/ Les « formes d'État » comme concepts juridiques	10
2/ Les formes d'État comme « conversation savante ».....	12
§ 2 : Problématique.....	14
A/ La problématique retenue.....	14
B/ L'intérêt de l'étude	15
§ 3 : Une méthode généalogique	18
A/ La structure de la méthode.....	18
1/ Présentation de la méthode.....	19
2/ Les deux dimensions de la méthode.....	22
B/ Les contours de la méthode	25
1/ L'identification de discours « modèles ».....	25
2/ Le rapport au droit positif.....	26
C/ Le nom de la méthode : pour une réorientation de la théorie générale de l'État.....	28
§ 4 : Résultats de l'étude.....	33
A/ Résultats sur l'appréhension doctrinale française des formes d'État	34
B/ Hypothèses sur l'état général de la pensée publiciste française.....	36
§ 5 : Plan de l'étude.....	40
Partie 1 : Les formes d'État et la doctrine publiciste française.....	43
Chapitre 1 : L'approche théorique classique : le positivisme étatique.....	47

Section 1 : Recomposition d'une théorie plurielle des formes d'État.....	48
§ 1 : Un « moment » doctrinal : la recherche de « l'État fédéral authentique ».....	48
A/ L'engouement fédéral de la doctrine juridique allemande	48
1/ L'Allemagne, l'État fédéral et la souveraineté	49
2/ « L'école allemande » ou la théorie de l'État-puissance	52
B/ La réaction de la doctrine publiciste française	54
1/ « L'école française » et la théorie juridique de l'État fédéral	54
2/ L'échec de la réception en France de la théorie de l'État-puissance.....	58
§ 2 : Reconstitution d'une théorie complète des formes d'État.....	62
A/ La théorie classique de l'État unitaire	62
1/ La théorie de l'État et l'État unitaire	62
2/ La théorie de l'État unitaire : une « conception classique de la décentralisation »	63
B/ L'État régional ou le problème de la « tierce formule ».....	66
1/ Un problème ancien.....	66
2/ Identification d'une théorie juridique de l'État régional	69
Section 2 : Les fondements de l'approche théorique classique des formes d'État	72
§ 1 : Une théorie de l'État : la « conception juridique classique de l'État »	73
A/ Reconstruction conceptuelle de la théorie classique de l'État.....	73
1/ La souveraineté de l'État	73
2/ La personnalité juridique de l'État	77
B/ L'échec du positivisme sociologique	83
1/ Duguit	83
2/ Scelle.....	88
§ 2 : Une théorie du droit : le positivisme étatique	91
A/ Identification du positivisme étatique.....	91
1/ Subjectivisme	92
2/ Dualisme du droit et de l'État	95
B/ Le positivisme étatique : un entre-deux	96
1/ L'héritage du jusnaturalisme moderne ou la « tradition subjectiviste ».....	96
2/ Le rejet de l'objectivisme.....	99

Chapitre 2 : L'approche théorique concurrente : l'idéalisme juridique 103

Section 1 : Une théorie plurielle : la « théorie constitutionnelle des formes politiques » d'O. Beaud	105
§ 1 : Une théorie de l'État ambivalente	105
A/ La souveraineté ou l'élément subjectif de l'État.....	105
1/ Le maintien de la souveraineté comme spécificité de l'État.....	106
2/ Une démonstration originale, via l'acte de souveraineté.....	107
B/ « L'institution personne » ou l'élément objectif de l'État.....	112
1/ Le maintien de la personnalité juridique de l'État	112
2/ L'objectivisation de la personnalité juridique <i>via</i> la théorie de l'institution.....	113
§ 2 : La <i>Théorie de la Fédération</i> , ou le fédéralisme sans État	116
A/ La Fédération comme forme politique spéciale	116
1/ « Sortir la Fédération de l'orbite de l'État »	116
2/ Un concept autonome de Fédération.....	119
B/ La Fédération comme institution politique.....	121
1/ Institution ou personne morale ?	121
2/ La finalité politique de la Fédération	123
§ 3 : Vers une théorie de l'Empire.....	126
A/ Une autre forme politique originale	126
1/ Pourquoi l'Empire ?	126
2/ L'Empire comme nouvelle figure de la « théorie constitutionnelle des formes politiques »	128
B/ Éléments de définition d'un Empire.....	130
1/ Une « union coercitive d'États ».....	130
2/ Le « dualisme de l'Empire »	132
Section 2 : Les fondements de l'approche idéaliste des formes politiques	134
§ 1 : Une conception « matérielle » du droit public	134
A/ L'objet du droit public	134
1/ La politique	135
2/ L'histoire.....	137
B/ La méthode du droit public.....	140

1/ Une méthode dogmatico-historique.....	141
2/ Une méthode finaliste.....	143
§ 2 : Un antipositivisme « rigoureux ».....	145
A/ Un courant antipositiviste fort dans la doctrine contemporaine	146
1/ Le rapport à l'objet.....	146
2/ Le rapport au discours sur l'objet	148
3/ Un courant idéaliste ?.....	152
B/ L'héritage de l'antipositivisme allemand.....	153
1/ Hegel et Jellinek.....	154
2/ La « Querelle des méthodes et des approches ».....	157
C/ Une approche théorique fondée sur un idéalisme rationnel.....	160
Chapitre 3 : Discussion des deux approches théoriques dominantes	165
Section 1 : Éprouver les approches théoriques dominantes des formes d'État.....	166
§ 1 : Précautions épistémologiques	167
A/ Relativisme.....	167
1/ L'incommensurabilité des paradigmes	167
2/ Une critique impossible : l'invalidation d'une théorie en raison d'une contradiction avec le droit positif.....	171
B/ Relativisme exigeant	174
1/ Présentation.....	174
2/ Les « standards d'appréciation d'une ontologie »	175
§ 2 : Des critiques éculées.....	180
A/ Critiques générales.....	180
B/ Sur la « démarche conceptuelle »	181
C/ Sur les classifications proposées	183
Section 2 : La critique principale : l'absence d'une théorie générale du « Tout ».....	187
§ 1 : Le positivisme étatique, ou les limites de l'approche subjectiviste.....	188
A/ L'oubli par le positivisme étatique de l'État global.....	188
1/ Distinction État global – État acteur.....	188
2/ L'objet du problème des formes d'État : l'État global.....	191

B/ Les conséquences de la conception dualiste des formes d'État : la description de relations intraétatiques.....	192
§ 2 : L'idéalisme juridique, ou les limites d'une théorie pluraliste.....	194
A/ L'absence d'une théorie générale des formes politiques.....	194
1/ Le maintien de la structure du discours sur les formes d'État.....	195
2/ Une théorisation insatisfaisante des « formes politiques ».....	196
B/ L'impossible théorie générale de la « forme des collectivités politiques ».....	198
1/ Chaque forme politique correspond à une <i>Idée</i> particulière.....	198
2/ Pluralisme et théorie générale : une voie sans issue ?.....	199
Conclusion de la Partie 1.....	203
Partie 2 : Éléments pour une approche théorique formelle des formes d'État.....	207
Chapitre 4 : La nature de l'État.....	209
Section 1 : L'identification du droit et de l'État comme conséquence du monisme kelsénien.....	211
§ 1 : Reconstruction du monisme kelsénien.....	211
A/ Une théorie critique de la connaissance.....	212
1/ Une épistémologie constructiviste.....	212
2/ Une critique des idéologies.....	218
B/ Une théorie critique et moniste du droit.....	219
1/ Une « théorie structurale du droit ».....	220
2/ L'ordre juridique et la théorie pure.....	223
§ 2 : Une théorie de l'État sans État ?.....	225
A/ Une « dissolution méthodologico-critique du dualisme État-droit ».....	226
1/ Dissolution des concepts-substance.....	226
2/ Critique de l'idéologie sous-jacente.....	230
B/ Une théorie relativiste de l'État.....	233
1/ L'État comme ordre juridique.....	233
2/ Deux concepts d'État.....	236
Section 2 : Une identification globalement rejetée par la doctrine française.....	240
§ 1 : L'implantation difficile de la théorie kelsénienne de l'État dans un environnement intellectuel hostile.....	242

A/ Le « moment 1900 » et la « rematérialisation » des doctrines juridiques.....	243
1/ La « tentation sociologique ».....	244
2/ Un très faible attrait pour le formalisme	247
B/ La « fin de non-recevoir » adressée par les maîtres du droit public à l'identification du droit et de l'État.....	250
1/ Duguit et le positivisme sociologique.....	250
2/ Hauriou et le positivisme catholique	253
3/ Carré de Malberg et le positivisme étatique.....	256
§ 2 : La théorie de l'État abandonnée	259
A/ La théorie de l'État abandonnée par la doctrine publiciste française.....	259
1/ En droit constitutionnel	260
2/ En droit administratif	262
B/ Une théorie de l'État abandonnée par les « disciples » français de Kelsen.....	265
1/ Eisenmann et l'État « réel ».....	265
2/ M. Troper et le critère de la centralisation relative	269
Chapitre 5 : Le critère de l'État.....	273
Section 1 : Recherche de la spécificité <i>structurelle</i> de l'État.....	275
§ 1 : La souveraineté.....	276
A/ Kelsen, ou la souveraineté relativisée.....	277
1/ Les deux sens de la souveraineté.....	277
2/ Un critère inapproprié	280
B/ La souveraineté sauvée ?.....	282
1/ Le maintien de la souveraineté comme critère de l'État	282
2/ Critique de ces propositions	286
§ 2 : La centralisation relative.....	287
A/ L'État comme ordre juridique relativement centralisé	287
1/ Le critère de la centralisation relative de l'État chez Kelsen	287
2/ Critique du critère de la centralisation relative selon Kelsen	290
B/ L'État et la théorie de la centralisation-décentralisation des ordres juridiques .	292
1/ Une théorie statique et dynamique de la décentralisation des ordres juridiques	292

2/ Une théorie de la décentralisation des formations juridiques sans État	297
3/ Situer l'État dans le « chaînon » des formations juridiques	299
Section 2 : La spécificité structurelle <i>dynamique</i> de l'État	305
§ 1 : Construction d'un critère dynamique vertical de centralisation relative.....	305
A/ Pour une autre théorie dynamique de la décentralisation territoriale	306
1/ Quelle théorie de la centralisation-décentralisation ?	306
2/ Détermination du caractère <i>relativement centralisé</i> d'un ordre juridique.....	310
B/ Définition de l'État	312
§ 2 : L'identification de l'État par la production centralisée et relativement autonome de normes constitutionnelles.....	313
A/ La production centralisée de normes constitutionnelles	314
1/ Qu'est-ce qu'une norme constitutionnelle ?	314
2/ La constitution : un ensemble de normes inhérent à tout ordre juridique dynamique.....	321
3/ La production centralisée des normes matériellement constitutionnelles.....	323
B/ L'autonomie de l'organe central compétent pour produire des normes constitutionnelles (souveraineté relative).....	334
1/ La souveraineté relative, ou la soumission au seul droit international.....	335
2/ Le paradoxe de l'État.....	336
Chapitre 6 : Les formes de l'État	339
Section 1 : Typologie des « catégories normatives ».....	340
§ 1 : Les apories de l'approche classique des catégories normatives	341
A/ Une méthode défaillante.....	341
1/ Les niveaux de discours mobilisés	341
2/ Les critères utilisés.....	346
B/ Des concepts insatisfaisants	347
1/ La Constitution.....	348
2/ La loi	350
3/ L'acte réglementaire	354
§ 2 : Pour une approche théorique des catégories normatives.....	360
A/ Une méthode précisée.....	360

1/ Le problème des fonctions de l'État.....	360
2/ Une analyse théorique des fonctions de l'État.....	363
B/ Détermination de concepts théoriques pertinents.....	365
1/ Constitution ou statut ?.....	365
2/ La loi.....	366
3/ L'acte réglementaire.....	367
Section 2 : Typologie des formes d'État.....	369
§ 1 : L'État unitaire, ou la décentralisation réglementaire.....	372
A/ Précisions sur la théorie de la décentralisation utilisée.....	373
B/ La décentralisation du pouvoir réglementaire.....	375
1/ L'étendue du pouvoir réglementaire local.....	375
2/ La banalité du pouvoir réglementaire local.....	378
C/ La centralisation imparfaite du pouvoir législatif.....	381
1/ L'intervention du pouvoir normatif local en matière législative.....	381
2/ L'association des pouvoirs locaux à la procédure législative.....	384
§ 2 : L'État régional, ou la décentralisation du pouvoir législatif.....	386
A/ La décentralisation de la compétence législative.....	386
1/ Une catégorie autonome.....	386
2/ La République française, un État régional qui s'ignore ?.....	390
B/ L'association au pouvoir statutaire.....	393
1/ En France.....	394
2/ En Espagne.....	394
3/ En Italie.....	396
§ 3 : L'État fédéral, ou la décentralisation statutaire.....	397
A/ La décentralisation du pouvoir statutaire.....	397
1/ L'autonomie statutaire.....	397
2/ Limites constitutionnelles à l'autonomie statutaire.....	399
B/ La participation au pouvoir constituant fédéral.....	399
Conclusion de la Partie 2.....	405
Conclusion générale.....	409
BIBLIOGRAPHIE.....	415

INDEX	457
TABLE DES MATIERES	461

