

LA THÉORIE DE L'ÉTAT
EN FRANCE
FACE À SON HISTOIRE

À proprement parler, la théorie de l'État, en France, n'est qu'une discipline réputée autonome au sein des études, plus larges, du droit public. Elle n'est en outre apparue que tardivement, dans les années 1890, et peine à se renouveler depuis les années 1930, de l'aveu même de ceux qui, aujourd'hui, en sont les spécialistes. La théorie de l'État relevant essentiellement de la science juridique, il ne peut y avoir de définition de l'État qui fasse l'économie du droit. Deux tendances se distinguent au sein de la science juridique contemporaine. Dans le camp de la théorie en quelque sorte classique de l'État – dont Olivier Beaud est un des éminents représentants¹ –, ce qui le caractérise tient en premier lieu à la souveraineté, qui relèverait du droit, dans la mesure où ce concept fut forgé par les juristes pour justifier autant que pour habilitier concrètement le pouvoir politique. Dans le camp de la théorie dite « pure » du droit – défendue notamment par Michel Troper –, l'État et le droit seraient consubstantiels ; l'État se confondrait avec le droit ; il serait, comme l'écrivait Hans Kelsen, « la personnification de l'ordre juridique »². En un mot : il ne saurait y avoir de dualisme de l'État et du droit.

Ce qui ne laisse pas d'être fascinant, c'est cette propension des universitaires à détenir la vérité du pouvoir par le jeu du droit et de ses écritures. Comme si la tradition du juriste théologien des XII^e-XIII^e siècles ne s'était jamais perdue tout à fait. La théorie de l'État, dans sa volonté de réduire

1. Cf. notamment *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

2. Cité par Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 145.

l'État au droit, est une opération du langage semblable à celle que pratiquaient les moines savants ; ou, pour le dire autrement : une dogmatique juridique qui vise à la révélation. En l'occurrence, le vrai du pouvoir. Tout cela résiste-t-il à l'épreuve du doute ? À supposer que l'État caractérise juridiquement le pouvoir, comment se fait-il qu'il soit *sérieusement* un inconnu du vocabulaire juridique avant la III^e République ?

SANS L'ÉTAT :

LA SOUVERAINETÉ INCARNÉE DU MONARQUE

6 Bien qu'elle entende définir abstraitement l'État – ce qui est le propre de toute définition juridique –, la théorie de l'État est à la fois datée et située. L'histoire est ainsi pour elle une redoutable épreuve. La théorie de l'État fondée sur le critère juridique de la souveraineté présente bizarrement cette particularité de nous renseigner bien plus sur la souveraineté que sur l'État. Les juristes ont en effet conceptualisé la souveraineté avant l'État *stricto sensu*. C'est au XII^e siècle que les canonistes recyclent l'arsenal conceptuel du droit romain aux fins d'asseoir la souveraineté du pape. Cette souveraineté pré-étatique n'est légitime que sur le fondement de la religion. Elle renvoie à la théologie et au « tout pouvoir vient de Dieu ». Les rois médiévaux, dans leur effort d'asseoir leur propre souveraineté, empruntent à ce modèle³. Ils imposent ce qu'Ernst Kantorowicz appellera les « mystères de l'État », à savoir « cette croyance légalement fondée que le gouvernement est un *mysterium* exercé par le roi-grand prêtre seul et par ses fonctionnaires irrécusables⁴ ». Mais l'histoire de la construction de la souveraineté pose le problème de la question de la titulature de la souveraineté. En présence du souverain incarné, l'État peut-il être le lieu d'une imputation de la souveraineté désincarnée ? Autrement dit, la juridicité de l'État est-elle opérante en lieu et place du roi, de son corps mystique et/ou de sa Couronne ?

Dans l'univers des fictions juridiques d'Ancien Régime, l'État occupe une position à peu près nulle. L'intrusion somme toute brutale du vocable État (ou *Estat*) au XVI^e siècle puis la réification de l'État comme corps politique au XVII^e siècle sous la plume des juristes ne remettent pas en cause le fait que l'État soit une catégorie inopérante ou superfétatoire

3. Jacques Krynen, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France, XIII^e-XV^e siècle*, Paris, Gallimard, 1993, p. 69-84 ; Pierre Dardot et Christian Laval, *Dominer. Enquête sur la souveraineté de l'État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020, p. 199-301.

4. « Mystères de l'État. Un concept absolutiste et ses origines médiévales (bas Moyen Âge) » (1955), in *Mourir pour la patrie, et autres textes*, Paris, Fayard, 2004, p. 103.

pour rendre compte de la souveraineté et/ou d'une définition juridique du pouvoir. L'État comme vocable fait son intrusion à la faveur d'un double phénomène : celui de la raison d'État et d'une monopolisation du pouvoir au profit du roi sur l'ensemble disparate du royaume (l'État comme corps politique unifié).

Si la raison d'État est pour ses très nombreux détracteurs la « raison d'enfer », c'est qu'elle s'affranchit du droit substantiel et révéle. Elle dérègle par l'exercice d'une raison profane ce qui était réglé par la foi en un ordre juste. La raison d'État s'exerce contre le droit naturel ou à son détriment. Le coup d'État est ainsi ce par quoi le décisionnisme politique, profane et contingent, s'affranchit de la théologie politique et de son ordre immuable⁵. L'État de la « raison d'État » relève en premier lieu du vocabulaire péjoratif. Parce qu'il est contraire au juste, il gravite hors du droit. L'État va devenir ensuite un mot d'acceptation courante pour qualifier la monarchie unifiée et centralisée. Mais cet « État » qualifie un état politique de fait qui ne remet pas en cause la définition juridique du pouvoir. En effet, la cohorte des juristes du XVII^e siècle, dont le droit qu'ils produisent est comme de commande royale, ne se préoccupe pas de l'État pour caractériser juridiquement le pouvoir. L'abstraction de la souveraineté royale – absolue et perpétuelle, avec la loi comme première marque – trouve d'abord sa résolution dans le mot « Couronne ». La constitution coutumière n'est pas celle d'un État mais a à voir avec les lois fondamentales relatives à la dévolution de la Couronne. Sans doute s'agit-il d'une théorie statutaire dans la mesure où, par métonymie, la Couronne fonde l'État. Mais il s'agit de l'État en son simple sens étymologique de ce qui est stable. La juridicité de la souveraineté ne gagne rien à l'emploi du mot. Lorsque Cardin Le Bret, par exemple, parle de « conserver l'État en sa splendeur », il évoque le corps politique. Mais son ouvrage *De la souveraineté du Roy* est classiquement consacré à exalter les prérogatives juridiques sans partage du monarque, à commencer par son pouvoir de défaire autant que d'imposer des lois⁶. Si Charles Loyseau assimile, dans une formule célèbre, État et souveraineté, c'est dans la mesure où son traité vise à démarquer « l'Etat » des états : façon de dire, d'une part, qu'en présence des seigneurs le roi est seul dépositaire de la souveraineté et, d'autre part, que le corps politique – ce qui est à proprement parler l'État – doit être unifié par le pouvoir royal.

7

5. Cf. Étienne Thuau, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu* (1966), nouv. éd., Paris, Albin Michel, 2000.

6. Paris, Quesnel, 1632, livre I, chap. 9.

Mais, quand il s'agit de caractériser précisément la souveraineté du roi, Loyseau recourt au symbole de la Couronne : elle est aussi parfaite que cette dernière est ronde⁷. Car ce qui distingue fondamentalement le roi souverain de l'État souverain, tel que l'entendront les juristes républicains, tient au fait essentiel que la souveraineté monarchique est incarnée. En atteste la façon dont, classiquement, Jean Domat parle de l'État comme corps politique avec, à sa tête, le roi, unique souverain⁸.

Si l'État seul avait été le lieu juridique d'imputation de la souveraineté, on peut supposer que la Révolution se serait faite à son détriment. Il est évident qu'il n'en est rien. Tout l'objet de 1789 est de transférer la titulature de la souveraineté depuis le roi jusqu'à une abstraction, qui n'a pas pour nom l'État mais la *Nation*. La proclamation de la *Nation* souveraine le 17 juin 1789, puis de la *Nation* constituante le 20 juin, se fait au détriment exclusif du roi. De l'État, nulle nouvelle. Si l'État était tout ce qui caractérise juridiquement la souveraineté, on peut supposer que les constituants, qui n'étaient pas exactement des incultes, en auraient fait au moins mention. Or aucune des trois constitutions de la Révolution ne porte sur cet objet qu'on appelle l'État. Le droit public contemporain s'envisage sans État. Comme le montre d'ailleurs la Constitution de la V^e République, qui ne fonde en rien la souveraineté sur l'État : elle est nationale *et* populaire.

CONTRE L'ÉTAT : 1789, LE MOMENT LIBÉRAL

Il ne se publie rien de sérieux en France qui porte sur l'État avant les années 1860. Parce que la vérité du droit public est dans le constitutionnalisme écrit, qui est un constitutionnalisme libéral et, partant, sans État. L'intrusion de l'État dans le débat politique *et* juridique tient au triomphe de l'État administratif consacré, pour l'essentiel, par les réformes de l'an VIII, dans le sillage d'un pouvoir politique on ne peut plus autoritaire (le césarisme napoléonien). L'idée démocratique léguée par la Révolution est en effet condamnée par le régime consulaire puis

7. *Traité des seigneuries* (1608), in *Les Œuvres de Maître Charles Loyseau, avocat en Parlement...*, Paris, Couterot, 1678, chap. 2, p. 8.

8. *Le Droit public contenant les matières qui se rapportent à l'ordre général d'un État, et les règles des fonctions et des devoirs de toutes sortes de professions par rapport à cet ordre* (1698), in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Nicolas Gosselin, 1735, livre I, p. 8 : « [...] tout le détail du gouvernement des Princes doit avoir le caractère essentiel de la justice qu'ils sont obligés de faire régner ; et qu'ayant pour cet usage la force en leurs mains dans toute l'étendue de leur domination, le corps de l'État doit sentir son chef animé de l'amour de la justice, dont il doit établir l'empire ».

impérial. De ce point de vue, 1799 finit bien 1789. Mais c'est en reniant les principes au nom, précisément, de l'État : la démocratie politique et la démocratie des droits sont neutralisées au profit d'une pure gouvernabilité administrative. Le régime représentatif, fondé sur l'élection, est balayé par un souverain réincarné : Premier consul directement nommé par la Constitution de l'an VIII, il devient roi – sous le titre d'empereur – dans la Constitution de l'an XII. Il n'est plus pouvoir exécutif inféodé à la représentation élue. Il est à la tête d'un « gouvernement » (le mot est pour la première fois constitutionnalisé) parce qu'il propose les lois et, surtout, s'impose par un pouvoir réglementaire dont ses agents nommés (ministres, préfets, maires) seront également les dépositaires exclusifs, au détriment des élus. Une « machine administrative » (expression du tribun Dieudonné au 24 pluviôse an VIII) est jugée le moyen le plus efficace d'une gouvernabilité des hommes et de la société. Comme l'exprime Chaptal lors des débats portant création de l'administration napoléonienne, « la chaîne d'exécution descend sans interruption du ministre à l'administré, et transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique »⁹.

9

Quant à la démocratie des droits – celle de 1789, qui supposait les droits au fondement du politique (art. 2 de la Déclaration du 26 août) –, elle est crânement combattue au prétexte que non seulement les droits ne sauraient être une politique mais que, de surcroît, ils seraient le ferment de l'anarchie et, partant, d'une société décomposée. Contre l'anhistorique du contractualisme social, il faut convaincre de la nécessité d'un pouvoir immuable, historiquement incontestable, en surplomb des droits. Parce qu'il faut sauver la société.

Les professeurs de droit public partagent tous ce point de vue et attribuent ainsi à l'État administratif le soin d'être ce que doit être tout État en son sens étymologique. Pour Portiez de l'Oise, professeur sous le Premier Empire, « l'État forme une société¹⁰ ». Pour Denis Serrigny, professeur sous la monarchie de Juillet, le seul état naturel est la sociabilité des hommes. Or « l'organisation sociale implique nécessairement l'existence de la souveraineté ». Serrigny l'amalgame ainsi à l'État : « 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

9. Cf. Grégoire Bigot, *L'Administration française. Politique, droit et société*, 2^e éd., Paris, LexisNexis, 2013-2014, t. 1, p. 167-170.

10. *Cours de législation administrative*, Paris, Garnery, 1808, t. 1, p. 29.

chacun des membres. Des individus agglomérés sans communauté de lois ou de gouvernement, sans organisation politique en un mot, ne constituent qu'une *multitude* confuse, et non un état social proprement dit¹¹ ».

Le retour au libéralisme constitutionnel, passé 1814, est tenu en échec par l'illibéralisme de cet État administratif concret, centralisateur et suspicieux à l'égard des droits entendus comme des libertés. Bien qu'officiellement la démocratie politique soit consacrée sans retour possible en 1848 (suffrage universel, souveraineté populaire), on prend conscience que l'État napoléonien (que le Conseil d'État incarnerait à lui seul) croît sans cesse et qu'il est susceptible d'être aux antipodes de la démocratie. Tout particulièrement de la démocratie sociale. Tocqueville la vulgarise sous la monarchie de Juillet avec son *De la démocratie en Amérique*. C'est bien l'avènement de la liberté et de l'égalité des conditions qui est aux origines de la société démocratique. Or l'absolu de la liberté ne peut se résoudre à des libertés administrées au prétexte que l'État serait le garant de l'égalité des droits et l'instituteur du social. L'État redevient, comme aux temps anciens de la raison d'État, un vocabulaire péjoratif à ceci près que l'État des années 1860 est dévoilé dans sa vérité crue, précise, juridique et administrative : le régime des interdictions, des autorisations, de la police administrative, etc., révèle un État potentiellement antinomique de 1789 en ce qu'il entend placer les libertés sous tutelle. L'État est ainsi et avant tout une invention de ses détracteurs libéraux. Le juriste Édouard Laboulaye – fondateur d'un « parti libéral » aux commencements des années 1860 – en offre une parfaite illustration à travers son essai *L'État et ses limites*. Admirateur de Tocqueville, il systématise son point de vue : la passion française pour l'égalité et l'uniformité conduit à une centralisation sur l'État qu'on charge, dès lors, d'administrer les libertés. Faire retour à 1789, c'est remettre l'individu en possession de ses droits, au détriment de « cette abstraction que nous adorons sous le nom d'État ». Laboulaye considère le dernier chapitre du *De la démocratie en Amérique* (« De l'influence qu'exercent les idées et les sentiments démocratiques sur la société politique ») comme « le chef-d'œuvre de M. de Tocqueville » : « Nulle part il n'a signalé plus vivement

11. *Traité de droit public des Français*, Paris, Joubert, 1846, t. 1, p. 20. L'adéquation entre état social et État administratif souverain autorise à tenir les droits sous sa tutelle : « De ce que la révolution française a produit une émancipation des hommes et des choses sous beaucoup de rapports, il ne faut pas conclure que le pouvoir social doive être amoindri ; il faut au contraire en tirer une conséquence tout opposée [...]. Plus les individus ont reçu d'expansion, et plus la force qui doit les contenir doit prendre d'intensité : il faut que la soupape de sûreté augmente avec la force politique » (*ibid.*, p. 119-120)

le danger d'une égalité que rien ne tempère ; nulle part il n'a attaqué la centralisation avec plus d'éloquence et de raison. [...] c'est que l'objet essentiel de la politique, ce n'est pas l'État, mais l'individu. L'individu, c'est la seule force réelle et vivante ; l'amoindrir pour grandir l'État, c'est tout sacrifier à une stérile uniformité. Développer l'individu [...], c'est là le problème de l'avenir »¹².

Cette thématique de l'individu en proie à ce que l'on nomme désormais l'État – du fait de la force politique et sociale de son administration – occupe une place essentielle dans le débat public. Les écrits des économistes en apportent la preuve. Charles Dupont-White considère qu'il ne peut y avoir de progrès qu'à la condition d'un État uniforme et centralisateur, dans la mesure où il serait « le guide et l'instituteur de la société »¹³. *A contrario*, dans sa notice « État » au *Dictionnaire général de la politique*, le rédacteur en chef du *Journal des économistes*, Henri Baudrillard, fustige « la fausse idée que l'État pouvait jouer, à l'égard de l'individu exonéré du soin de sa destinée, le rôle d'une providence¹⁴ ». Point de vue qui sera systématisé, sous la III^e République, par Paul Leroy-Beaulieu, dans son essai de 1890, *L'État moderne et ses fonctions* : l'individu est une force antérieure et supérieure à l'État.

11

PAR L'ÉTAT : RÉSOUDRE 1789

1870 bouleverse radicalement l'appréhension de l'État. Outre que la défaite de la France marque l'avènement inéluctable de l'État-nation sur le plan politique – comme le montre l'unification de l'Allemagne à Versailles –, elle provoque une fascination des intellectuels français pour ce qu'ils supposent être le modèle allemand. C'est dans le contexte bien connu de « la crise allemande de la pensée française » que les juristes vont entreprendre, ainsi que l'écrit Léon Duguit, de « se créer un État à eux¹⁵ ». La théorisation de l'État par les juristes est ainsi d'abord un produit d'importation allemand. Elle va venir se greffer sur l'ancienne théorie politique de l'État dans la mesure où les juristes prennent leur revanche sur le politique¹⁶, à l'instar de leurs homologues d'outre-Rhin. Si la théorie de l'État est née en Allemagne, c'est que cette dernière n'est pas un État unifié. Comment définir le politique après l'échec

12. *L'État et ses limites*, 3^e éd., Paris, Charpentier, 1865, p. 174.

13. *L'Individu et l'État*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1865, p. 61.

14. Maurice Block (dir.), *Dictionnaire général de la politique*, Paris, Lorenz, 1867, t. 1, p. 937.

15. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 242.

16. Cf. Marcel Gauchet, *La Condition politique*, Paris, Gallimard, 2005, p. 521-530.

du constitutionnalisme en 1848 ? Les juristes, retirés par dépit de la politique, ruminent une unité idéale qui passe par le droit, et dont l'État juridique serait la clé. Afin que la souveraineté ne soit ni celle des princes, ni celle des assemblées, ils l'attribuent à une fiction : l'État. Ils le dotent de la personnalité juridique afin que les rapports politiques puissent se résoudre par des rapports de droit¹⁷.

C'est cette même opération que vont dupliquer les juristes de la III^e République. Les professeurs de droit vont renouveler leur champ disciplinaire en faisant fond sur l'État, qu'ils souhaitent distraire du domaine de la politique. L'État devient leur point de ralliement dans la mesure où il permet la jonction entre le droit constitutionnel naissant et le droit administratif, d'extraction plus ancienne, mais auquel il manquait une cohérence d'ensemble. Le crédit du droit vient pallier le discrédit dont le politique leur semble affecté aux alentours de 1900. Au moment où la représentation nationale et l'instabilité ministérielle déçoivent, les universitaires entendent bien définir juridiquement le pouvoir, sur de meilleures bases que ne le font les élus. Voilà l'objectif que s'assigne la prestigieuse *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, fondée par Ferdinand Larnaude, professeur à la faculté de droit de Paris, et titulaire depuis 1890 d'une chaire « Droit public – Théorie générale de l'État ». Dans l'article programmatique qu'il rédige en 1894 au lancement de la *Revue*, il exprime le souhait que la science juridique de l'État, pure fiction du droit, s'impose aux insuffisances de l'analyse politique, trop réaliste, du pouvoir. La juridicisation de l'État, pour schématiser, comporte trois phases : l'assimiler à la nation souveraine, le doter de la personnalité morale, lui assigner des limites juridiques.

La III^e République, proclamée en 1870, est supposée renouer avec 1789. À ce titre, elle devrait consacrer la souveraineté nationale, sans se soucier de l'État. Seulement, l'abstraction de la souveraineté nationale connaît les mêmes difficultés que sous la Révolution à trouver son assise. La « Constitution » Grévy de 1879, qui consacre l'effacement de l'exécutif au profit de la représentation nationale, en témoignerait. Dans ce contexte bien particulier, l'assimilation de l'État à la nation par les juristes sert de correctif. Remplacer la nation par l'État, c'est offrir à une abstraction politique jugée insatisfaisante une assise juridique solide, c'est fondre les incertitudes du politique dans les certitudes du droit.

17. Cf. Michael Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne, 1800-1914* (1988), Paris, Dalloz, 2014 ; Olivier Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918*, Paris, PUF, 2005.

C'est, par ailleurs, clore l'éternel débat sur la légitimité représentative au profit d'un État qui présente l'avantage d'être concret. C'est, enfin, donner à l'exécutif les moyens d'être un pouvoir : dans le constitutionnalisme français, le mot « État » a toujours été employé exclusivement en faveur des prérogatives du « chef de l'État » (expression consacrée par la Charte de 1814 puis par la Constitution de 1852). L'assimilation de l'État à la nation va ainsi faire l'unanimité chez les universitaires. Elle est postulée dès 1895 par le germaniste Adhémar Esmein, dans ses fameux *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* : « L'État est la personnification juridique d'une nation : c'est le sujet et le support de l'autorité publique¹⁸. » Raymond Carré de Malberg, qui est tout aussi germaniste, impose définitivement cette idée dans sa célèbre *Contribution à la théorie générale de l'État* publiée à compter de 1920. L'État et la nation seraient consubstantiels. Pour ce faire, notre auteur déforme l'héritage d'une Révolution qu'il s'agit de clore : « En proclamant que la souveraineté, c'est-à-dire la puissance caractéristique de l'État [*sic*], réside essentiellement dans la nation, la Révolution a en effet consacré implicitement [*re-sic*], à la base du droit français, cette idée capitale que les pouvoirs et droits dont l'État est le sujet ne sont autre chose au fond que les droits et pouvoirs de la nation¹⁹. » Ce jeu d'équivalences, *a priori* anodin, entre nation et État, permet d'évacuer la question de la légitimité du pouvoir et de prêcher le relativisme constitutionnel. L'État exerce de simples fonctions juridiques là où la nation était légitimement fondée à exercer le pouvoir. Il semble enfin évident qu'une telle doctrine est susceptible de réarmer le pouvoir exécutif et de fortifier les prérogatives de l'administration qui en dépendent²⁰.

13

D'où le fait que les professeurs de droit public administratif adhèrent dans leur ensemble à une définition juridique de l'État par leur effort de le doter de la personnalité morale. Cette fiction juridique de la personnalité appliquée à un être collectif était une impossibilité pour le constitutionnalisme révolutionnaire : en détruisant les privilèges et les corps, la Constituante ne reconnaissait comme personne juridique que l'individu de la Déclaration des droits, que par là même elle émancipait. Cette théorie de la personnalité morale appliquée à une fiction – et qui divise la doctrine civiliste au moment où la loi de 1901 consacre

18. 6^e éd. (1914), Paris, Panthéon-Assas, 2001, p. 1.

19. Paris, Dalloz, 2004, t. 1, p. 13.

20. Nicolas Roussellier, *La Force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France, XIX^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2015, p. 173-228.

les associations – va être systématisée par Léon Michoud, professeur de droit administratif à Grenoble, dans sa *Théorie de la personnalité morale*, publiée en 1906-1909. On ne s'étonnera pas que cet auteur soit également germaniste. Il s'agit, comme pour la doctrine allemande dont il s'inspire directement, de caractériser juridiquement les actes de l'administration d'État afin que la « puissance publique » trouve une limite dans le droit. C'est ce qui permet de résoudre notamment la question de la responsabilité de l'État. Tant qu'il est seulement souverain (analyse politique), son irresponsabilité est de principe. S'il est une personne dotée de droits et d'obligations, rien ne s'oppose plus à ce qu'il doive répondre juridiquement des dommages qu'il cause. Vue du droit administratif, la théorie de l'État dévitalise politiquement cet État. Elle permet en outre d'affranchir cette discipline de son histoire, de l'émanciper de ses origines impériales, lorsqu'elle se caractérisait par un rapport inégalitaire de domination à sujétion.

14

La théorie dite de l'État de droit vient couronner la redéfinition juridique de l'État. Inspirée du *Rechtsstaat*, elle vise soit à l'autolimitation juridique du pouvoir administratif de l'État, soit à son hétéro-limitation. Maurice Hauriou défend la première option au nom d'une définition juridique de l'État en surplomb de sa définition politique. Ce « qu'on appelle l'État de droit ou bien l'État soumis au régime du droit, écrit-il ainsi en 1916, n'est autre que l'équilibre global des forces politiques et des forces juridiques dans l'État, en tant que réalisé au profit des forces juridiques²¹ ». Léon Duguit – qui fait exception dans la doctrine publiciste – défend la seconde option. À ses yeux, il ne peut exister d'État personne juridique. Ce serait admettre que l'État soit sujet, habilité à exercer ses pouvoirs comme des droits ; ce serait maquiller par le droit des rapports inégalitaires de puissance à sujet. L'État est « en soi un fait étranger au droit²² ». Mais c'est parce qu'il est par nature une force (celle qu'exercent les gouvernants) qu'il faut lui assigner des limites, qui sont celles du droit. À la condition que ce droit soit objectif. À savoir qu'il ne soit pas le produit d'une personne mais le fait d'une loi d'interdépendance sociale qui le détermine et en exige l'accomplissement. « Notre doctrine, écrit en 1911 Léon Duguit, est ainsi *réaliste* et *positive*. Pour nous l'État est un simple fait [...]. Dès lors, il ne faudrait parler ni des pouvoirs, ni des obligations de l'État, mais des pouvoirs, des obligations des gouvernants et de leurs agents. Pour nous conformer à l'usage et

21. *Principes de droit public*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1916, p. 12.

22. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 256.

parce que c'est commode, nous emploierons souvent le mot *État* ; mais il est bien entendu que dans notre pensée ce mot désignera, non point cette prétendue personne collective et souveraine qui est un fantôme, mais les hommes réels qui en fait détiennent la force²³. »

23. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, t. 1, p. 49.

R É S U M É

La théorie de l'État, qui date en France de la III^e République, a pour objet de caractériser juridiquement l'État afin que les rapports politiques trouvent leur résolution dans des rapports de droit. A priori anhistorique, elle supporte mal l'épreuve de l'histoire. La juridicité de l'État est en effet à peu près nulle avant sa réinvention par les universitaires. Depuis le Moyen Âge, c'est le souverain incarné (le roi) ou la souveraineté désincarnée (la Couronne) qui sont les lieux d'imputation de la souveraineté et du droit. En 1789, c'est la Nation qui capte seule la souveraineté tandis que les droits sont posés au fondement du politique. Parce que le constitutionnalisme libéral est ainsi un constitutionnalisme sans État, la théorisation de l'État ne saurait être une opération politiquement neutre.

