Les cahiers
de l'Institut Louis-Favoreu

Institut Louis-Favoreu
Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle
CNRS UMR7318

N° 4

INTERNATIONALISATION DES CONSTITUTIONS ET CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT INTERNATIONAL : RÉFLEXIONS SUR QUELQUES INTERACTIONS ENTRE DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL

Journée d'études organisée
sous la responsabilité scientifique de
Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI

24 juin 2013
Institut Louis Favoreu – GERJC

Presses Universitaires
d'Aix-Marseille puam

LE POUVOIR CONSTITUANT INTERNATIONAL. DU DISCOURS POLITIQUE À LA PROPOSITION JURIDIQUE

RAPHAËL DÉCHAUX

MAÎTRE DE CONFÉRENCES DE DROIT PUBLIC

À L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE – ILF GERJC CNRS7318

Depuis quelques années, la constitution et le pouvoir constituant s'émancipent peu à peu de l'État dans le débat doctrinal[1]. La construction européenne est la principale cause d'une telle évolution et l'on peut imputer à la Cour de justice de Luxembourg une responsabilité dans la création de ce mouvement. Ce fut en effet l'une des premières à parler de « Charte constitutionnelle » à propos du droit primaire[2], dans son célèbre arrêt *Les verts* de 1986[3].

Cette controverse a pris racine dans toute l'Europe et a conduit à remettre en question certains concepts du droit public parfois jugés immuables, comme la constitution ou l'État. En France, la discussion a pris de l'ampleur suite à la ratification du traité de Maastricht en 1992, qui privait l'État d'un des éléments les plus caractéristiques de sa souveraineté depuis Bodin : la monnaie[4]. La discussion a connu son apogée avec le traité établissant une constitution pour l'Europe (TECE). Depuis, elle se manifeste avec la mise en avant, dans l'actualité constitutionnelle européenne, de jurisprudences de plus en plus nombreuses portant sur la protection de l'identité constitutionnelle des États membres[5]. Avant d'aller plus loin, deux remarques sur les enjeux qui sous-tendent cette thématique sont nécessaires.

Tout d'abord, la question de la constitutionnalisation du droit international ou de l'internationalisation des constitutions peut apparaître comme un sujet rabâché ; les écrits sont désormais trop nombreux pour être recensés. L'interrogation sur la « Constitution » européenne a été également très débattue ces dernières années. Quant à celle sur la hiérarchie entre les constitutions internes et les traités européens, il s'agit désormais d'un débat classique, dont les arguments sont connus (et figés) depuis les années 1990. Pour renouveler cette discussion, il est donc essentiel d'offrir une approche plus originale des rapports de systèmes[6] : il convient de passer d'une analyse statique vers une analyse dynamique[7]. Autrement dit, il s'agit de centrer les réflexions sur le concept de pouvoir constituant (international ou européen) et non plus seulement sur celui de constitution (internationale ou européenne)[8]. Le changement peut paraître artificiel, purement lexical voire esthétique. Il permet, au contraire, d'aboutir à une véritable conceptualisation des instruments permettant d'identifier l'existence d'un droit constitutionnel international.

Il convient ensuite de nuancer l'originalité du débat européen. On retrouve chez deux auteurs comme

[1] Est représentative de ce débat, par ex., la thèse de H. Tourard, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGFJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2000.

[2] Auparavant, le débat était plus centré sur les concepts de *fédéralisme* (D. Sidjanski, « Actualité et dynamique du fédéralisme européen », *RMC*, n° 341, 1990, pp. 655 à 665 ; C. Leben, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, pp. 61 à 72) et, aux origines, de *supranationalité* (A. Wehrer, « Le principe supranational dans le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *in Mélanges Séfériadès*, Athènes, Klissiounis, 1961, vol. 2, pp. 37 à 51 ; G. Heraud, « L'inter-étatique, le supra-national et le fédéral », *APD*, 1964, pp. 179 à 191).

[3] CJCE, arrêt du 23 avril 1986, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec*. p. 1339. Pour le débat constitutionnel précédant la rédaction du TECE, v. J. Gerkrath, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 1997.

[4] V. la (ré)apparition du débat sur la supraconstitutionnalité qui a été initiée par le Professeur Léo Hamon *in* « La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations "européennes" en cours », *Recueil Dalloz*, 1991, Chronique, p. 303 et qui a été portée à son apogée par l'ouvrage du Professeur O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, v. not. son dernier chapitre)

[5] On songe notamment à la jurisprudence de 2009 du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe sur le traité de Lisbonne, qui a fortement influencé les juges polonais et tchèques et qui a permis l'apparition, outre d'un contentieux de l'identité constitutionnelle, d'un contrôle *ultra vires* des normes européennes, contrôle promis désormais à un développement certain.

[6] On signalera toutefois E. Maulin, « Le pouvoir constituant dans l'Union européenne », *Droits*, n° 45, 2007, pp. 73 à 88.

[7] Sur la distinction entre analyse statique et analyse dynamique du droit, v. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2de éd. (traduction Ch. Eisenmann), Paris et Bruxelles, Bruylant et LGDJ, 1999, p. 78 et *sq*. V. O. Jouanjan, « Présentation. 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*, Paris, PUF, coll. débats philosophiques, 2010, pp. 21 à 31.

[8] Nous partons de la position de la doctrine internationaliste qui est de ne pas faire sortir l'Union européenne du droit international. Le pouvoir constituant européen serait donc un pouvoir constituant international, comme le pouvoir constituant français serait un pouvoir constituant étatique. V. not. A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADI*, vol. V, t. 2, 1994, pp. 193 à 271. v. eg. D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA*, 1998, pp. 1094 à 1104 ; du même, « A la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, n° 45, 2007, pp. 110 à 125.

Georges Scelle et Hans Kelsen – dont les conceptions théoriques et juridiques s'opposent pourtant fortement – la possibilité pour l'ordre juridique international de devenir constitutionnel[9]. Certes, leurs propos étaient plus de l'ordre de la prospective juridique que de la description du droit positif. Malgré la volonté de certains de leurs disciples de faire perdurer le débat sur l'existence d'une « constitution internationale », force est de constater que, pour l'immense majorité de la doctrine constitutionnaliste française contemporaine, le pouvoir constituant ne peut apparaître que dans un cadre étatique, c'est-à-dire dans un cadre de droit interne.

En conséquence, un ordre juridique international ne pourrait être régi par une Constitution. Ce serait là un fait indépassable, une évidence, sans que la démonstration scientifique de cette affirmation ait été pleinement effectuée. Il n'y aurait pas de place pour un droit constitutionnel « Canada dry », ainsi que le lançait avec humour le Doyen Favoreu lors du colloque de La Rochelle[10]. Pourtant, depuis que cette position a été conceptualisée par Carré de Malberg au début de la IIIe République – nous y reviendrons –, tout ou presque a changé.

D'abord la Constitution : d'une règle politique, elle est devenue une norme juridique. Avec l'aide du juge constitutionnel, elle occupe désormais une place centrale dans l'État de droit, à présent qualifié d'« État de droit constitutionnel ». L'influence de la Constitution sur les autres branches du droit (la « constitutionnalisation des branches du droit ») l'a hissée au rang de source ultime du droit national.

Ensuite l'ordre juridique international : encore faiblement développé au début du XXe siècle, il régule désormais un champ de compétences de plus en plus vaste. Ses principes traditionnels sont régulièrement remis en cause, que ce soit par la création d'une organisation régionale d'intégration (Union européenne), le développement – encore limité – du juge international ou l'apparition de l'individu en tant que sujet du droit international des droits de l'homme. Le phénomène de « mondialisation du droit », encore indéterminé juridiquement, renforce ce constat : ne serait-on pas passé de rapports de systèmes hiérarchiques et verticaux vers une organisation du « monde juridique » en réseau[11] ? Il est peut-être temps de trancher ce nœud gordien qu'est le lien entre l'État et le pouvoir constituant, ou du moins d'en questionner sa solidité.

Précisons avant d'aller plus loin que la méthode d'« affûtage » reposera principalement sur l'analyse théorique du discours dogmatique. L'objectif n'est pas tant de se positionner « pour ou contre » un auteur ou « pour ou contre » la reconnaissance d'un pouvoir constituant international (ou européen) mais bien d'essayer d'appréhender la réalité du droit positif et de ses possibilités. La difficulté tient principalement dans la nécessité de passer du contexte politique au contexte juridique pour décrire cet unique objet : le pouvoir constituant. Les deux sont entremêlés et la doctrine a souvent fait le choix (assumé ou inconscient) de ne pas tenter de démêler ce qui relève de l'argument politique de ce qui relève de l'argument juridique. Or, une proposition (de pouvoir constituant international) peut ne pas remplir les conditions politiques nécessaires à sa réalisation mais être pertinente juridiquement, et inversement.

La doctrine du pouvoir constituant étatique a été inventée sous la IIIe République dans un contexte politique spécifique qui a fragilisé ses fondements : l'âge d'or de l'État-nation (I). Si, en théorie, il n'existe pas d'obstacles juridiques à ce qu'une organisation internationale soit fondée par un pouvoir constituant, les conditions politiques de sa mise en œuvre ne semblent pas encore réunies de nos jours (II).

I – La doctrine du pouvoir constituant étatique : une position idéologique

Le couple « État » – « pouvoir constituant » est en fait un « ménage à trois » dont le troisième membre est constitué de la « souveraineté », et plus précisément de « la souveraineté nationale ». Schématiquement, le raisonnement est le suivant : le pouvoir constituant étant un pouvoir suprême, il est par nature souverain. Or, traditionnellement en France, c'est la Nation qui est souveraine. Un pouvoir constituant ne pourrait donc être que national, c'est-à-dire étatique[12] (A). Cet axiome s'inscrit dans un contexte politique et s'avère ainsi inadapté à la description du droit positif (B).

A – La souveraineté de l'État, cadre du pouvoir constituant

Pourquoi le pouvoir constituant devrait-il toujours être étatique ? La doctrine répond à cette question en s'inspirant de la tradition initiée par Carré de Malberg, au début du XXe siècle (2). L'État, du fait de sa souveraineté, serait toujours antérieur au pouvoir constituant : le second ne pourrait donc pas s'émanciper du premier (1).

[9] Pour G. Scelle, v. « Le droit constitutionnel international », *in Mélanges Raymond Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 503 à 515. Pour H. Kelsen, v. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 219 et pp. 323 à 334.

[10] H. Gaudin (dir.), *Droit constitutionnel, droit communautaire, vers un respect réciproque mutuel ? Actes du colloque des 6 et 7 mai 1999*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et PUAM, coll. « Droit public positif », 2001, p. 383.

[11] Cf. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit* (2002), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2010.

[12] La distinction entre Nation et État n'est pas ignorée mais elle est particulièrement indéterminée en droit constitutionnel. Nous utiliserons les expressions « pouvoir constituant national » et « pouvoir constituant étatique » comme synonymes.

1 – L'État antérieur au pouvoir constituant

La souveraineté est une notion floue en droit français. Il serait laborieux de revenir ici sur toutes ses différentes utilisations et fonctions dans le discours constitutionnaliste. En France, la souveraineté populaire est formellement définie aux articles 3 de la DDHC et de la Constitution de 1958. S'il n'est pas aisé de la distinguer de la souveraineté nationale[13], il ne faut toutefois pas la confondre avec la souveraineté de l'État, qui est prévue par l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946[14]. Ce dernier article constitue la référence du contrôle de constitutionnalité des conventions internationales opéré par le Conseil constitutionnel[15]. Cependant, l'article 54 de la Constitution, qui prévoit les conditions dans lesquelles la contrariété d'un traité à la Constitution entraîne une révision constitutionnelle, n'évoque pas le terme de souveraineté.

Le sens précis de l'expression « souveraineté de l'État » reste encore à définir. Traditionnellement, on la définit comme impliquant l'indépendance et l'autonomie de l'État, dans le cadre de ses relations extérieures notamment. L'apport de la V^e^ République (et de la jurisprudence constitutionnelle) est de préciser que toute perte de compétence, tout transfert de pouvoir vers l'intérieur ou l'extérieur de l'État, doit être consenti – aux conditions prévues par l'article 89 – pour être valide. En conséquence, en contentieux constitutionnel, la souveraineté est surtout considérée comme une norme de limitation du pouvoir conventionnel[16].

Depuis les débuts de la construction européenne, le concept s'est substantialisé en s'appuyant notamment sur la pensée de Carl Schmitt (1888-1985). L'auteur allemand y consacre d'importants passages dans sa *Théorie de la constitution*[17], qui ont été diffusés en France par le Professeur Olivier Beaud dans sa thèse sur *La puissance de l'État*. Dans l'énoncé « souveraineté de l'État », l'expression « de l'État » est alors interprétée comme consacrant une norme qui viserait à protéger le caractère étatique de l'ordre juridique. D'abord, parce qu'elle est antérieure à la souveraineté nationale :

« Cette puissance publique ou souveraineté de l'État est le présupposé de la souveraineté nationale entendue au sens de souveraineté constituante et le droit d'autodétermination. Elle est la précondition, implicite et trop souvent ignorée, de la souveraineté nationale et témoigne du caractère non écrit du principe de souveraineté »[18].

Le Professeur Beaud considère en conséquence que la souveraineté est un élément éternel de la structure de la constitution : « La constitution d'un État ne peut pas se soustraire à la réserve de souveraineté de l'État, c'est-à-dire la conservation de la puissance publique, fondement de l'État »[19].

À l'origine, définie comme une autonomie, la souveraineté est désormais assimilée à l'essence de l'État : sa perte conduirait irrémédiablement à la « dénaturation » de l'État. Toute tentative de formalisation du principe serait inutile car il s'agirait d'une limite logique : « la constitution ne peut statuer ou autoriser elle-même la suppression de l'État sur lequel elle repose »[20]. La souveraineté de l'État ne viendrait pas seulement limiter la ratification des traités internationaux mais serait une prescription générale du système juridique étatique. Cette position n'est pas spécifique à la doctrine influencée par la pensée de Carl Schmitt, elle est également partagée par une partie majoritaire de la doctrine contemporaine[21].

La souveraineté de l'État serait ainsi une norme qui ne serait pas posée spécialement par le pouvoir constituant, mais qui serait présente par nature dans la constitution de tous les États. Si ce poncif doctrinal était vérifié juridiquement, cela signifierait alors que le pouvoir constituant ne pourrait apparaître que dans un État. Avant de déterminer si le pouvoir constituant est toujours un pouvoir étatique, il est d'abord nécessaire de bien identifier quelle est la nature de l'État, et de sa souveraineté, en science juridique. Ce problème est celui du statut constitutionnel de l'État, que l'on distingue de celui du statut international de l'État[22].

2 – Le pouvoir constituant maîtrisé par l'État

La théorie de « l'étaticité » (*Staatlichkeit*) du pouvoir constituant serait surtout justifiée par

[13] Rappelons que les révolutionnaires utilisaient les deux expressions « souveraineté populaire » et « souveraineté nationale » comme des synonymes. Les débats sur le sens de l'article 3 est ainsi un peu abstrait et c'est Carré de Malberg qui a substantialisé cette distinction, cf. G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, éditions du CNRS, 1985.

[14] « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

[15] V., par ex., l'entrée correspondante dans le *Code constitutionnel* dirigé par Th. S. Renoux et M. de Villiers, Paris, Lexis-Nexis, 2014, 6ème éd., pp. 457 à 472.

[16] J. Roux, *Le principe de la souveraineté de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse dactylographiée, Montpellier, 1998, 613 p.

[17] C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (1928), Paris, Léviathan, PUF, 1993 (avec une introduction substantielle du Professeur Beaud). Sur Schmitt, parmi une littérature désormais abondante, v. not. Y.-C. Zarka (dir.), *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, PUF, coll. débats philosophiques, 2009,

[18] O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit*., p. 462.

[19] *Idem*.

[20] *Idem*.

[21] O. Jouanjan, « La forme républicaine du gouvernement », *in* B. Mathieu et M. Verpeaux, *La République en droit français*, Paris, Economica, collection Droit Public Positif, 1996, pp. 285 à 286 ; M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *in Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2011, pp. 77 à 98.

[22] Sur ce second point, on renvoie le lecteur à la thèse de référence en la matière, C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*. *Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedonne, coll. « Publication de la RGDIP », 2001, 540 p.

l'antériorité de l'État au pouvoir constituant[23]. Ce dernier, s'il apparaît toujours dans un cadre national, ne peut donc qu'être postérieur à l'État. En outre, cette analyse ne fait pas abstraction de la théorie classique de la souveraineté de l'État. Toutefois, le sens de cette souveraineté diffère grandement selon les auteurs. S'il est impossible d'en présenter ici toutes les variantes, on constate sur ce point une division générale entre la pensée allemande et celle française. Ainsi que le souligne le Professeur Hummel :

« […] à l'opposé du principe traditionnel posé par l'École publiciste française, selon lequel l'État est donné *a posteriori* – l'État et le droit procèdent de la nation qui existe avant la naissance de l'État –, l'État est défini par l'École allemande comme une personne juridique donnée *a priori* et de la volonté de laquelle découle tout le droit »[24].

Force est de constater que si la souveraineté est une invention française, la théorie générale de l'État est une discipline juridique dominée par la pensée allemande[25]. Cette dernière fut particulièrement influente des débuts de la IIIe République jusqu'à la Première Guerre mondiale, illustrant ainsi parfaitement cette période qu'un auteur a identifiée comme « la crise allemande de la pensée française »[26].

La théorie allemande de l'État n'est pas gouvernée par une conception positiviste du droit, contrairement à ce qu'affirment certains de ses représentants, comme Laband, mais téléologique. Des raisons historiques expliquent cette doctrine : lors de sa création en 1867, la nature étatique du Bund était loin d'être évidente. L'Empereur lui-même n'était « que » le Roi de Prusse. Face à cette situation politique fragile où il existait vingt-deux États membres, le concept français de souveraineté (*Souveränität*), au sens d'autonomie du Souverain de l'État, était trop dangereux pour assurer la stabilité du nouvel État[27]. À sa place, la doctrine va développer une théorie « prussienne » de l'État souverain : elle va concevoir l'État comme une personne morale qui assure sa domination (*Herrschaft*) sur l'ensemble de la collectivité par le moyen du droit.

La réception de la théorie de la personnalité morale de l'État par la doctrine française du début du XXe siècle a été largement influencée par la pensée allemande, et notamment celle de trois auteurs. Les deux plus connus de nos jours sont Laband (1838-1918) et Jellinek (1851-1911), mais la théorie anti-étatiste de Gierke (1841-1921) a tout autant marqué les auteurs de la IIIe République[28]. Fortement marqué par ces deux derniers, Léon Michoud (1855-1916) produira ainsi l'une des premières théories françaises de la personnalité morale de l'État, fondée sur la volonté de la collectivité[29]. Louis le Fur (1870-1943) se rangera également derrière la définition allemande de la souveraineté : « La souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé que par sa propre volonté »[30]. Toutefois, ces œuvres revendiquaient ouvertement une influence sociologique, c'est donc surtout la *Contribution* de Carré de Malberg qui développera l'ambition d'une théorie purement juridique de la personnalité de l'État[31].

Pour le Doyen de Strasbourg, l'État n'est que la personnification juridique de la nation : « l'État et la Nation ne font qu'un ; ils ne sont que les deux faces d'un même être de droit : la Nation en tant que

[23] Le concept de *Staatlichkeit* a été utilisé pour la première fois, semble-t-il, pour traduire l'ouvrage de Mikhaïl Bakounine, *Государственность и анархия* (1873). *Staatlichkeit und Anarchie* fut maladroitement traduit en français par *Étatisme et anarchie* (la traduction anglaise est également *Statism and Anarchy*). En russe, le premier terme (*Государственность*) est un néologisme pouvant être traduit en français comme « l'État en tant qu'État », concept dont le terme allemand *Staatlichkeit* rend compte pertinemment. « Étatisme », qui est le nom d'une doctrine économique interventionniste, est en revanche inadapté. Selon le Professeur Heuschling, le concept de *Staatlichkeit* est apparu pour la première fois dans la doctrine juridique allemande sous la plume du juge au Tribunal de Karlsruhe, Paul Kirchhof, en 1987 (L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2002, pp. 628 à 629). Toutefois, on la trouve dès la décision du 19 février 1957, *Gestapo*, *BVerfGE* 6, p. 132 § 17. Dans son sens moderne, on peut la lire dans l'opinion dissidente du juge Geiger dans l'arrêt du 9 septembre 1976, *Öffentlichkeitsarbeit*, *BVerfGE* 44, p. 125, § 196.

[24] J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2002, p. 303.

[25] C. Schönberger, « "L'État" de la théorie générale de l'État. Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement allemande », *in* A. Chatriot et D. Gosewinkel (dir.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich*. *Les figures de l'État en Allemagne et en France*, *1870–1945*, München, Oldenbourg, 2006, pp. 257 à 275. En définitive, la doctrine française n'a pu se former qu'avec ou contre la pensée allemande.

[26] C. Digeon, *La crise allemande de la pensée française (1870-1914)*, Paris, PUF, 2e ed., 1992, 568 p. Pour des éléments juridiques de cette « crise », cf. O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, 345 p.

[27] « Établie dans le but de résoudre le problème séculaire posé par l'évolution historique de l'Allemagne – rassembler, sans les détruire, les États particuliers dans un cadre unitaire », J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand*…, *op*. *cit*., p. 280. Le *Bund* comportait alors deux rois, dix ducs ou grands-ducs, sept princes, et trois villes libres.

[28] Sur la théorie et l'influence de Gierke sur la doctrine française de la fin du XIXe siècle, v. E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, , Paris, PUF, coll « Léviathan », 2003, pp. 146 à 149 ; v. eg. J. Hummel, « État et ordre juridique dans la doctrine publiciste allemande du XIXe siècle », *Droits*, n° 35, 2002, p. 29. Sur la réception de Laband dans la doctrine française, v. P. M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP*, 1989, pp. 970 à 976. V. eg. M. J. Redor, « L'État dans la doctrine publiciste française au début du siècle », *Droits*, 1992, n° 15, pp. 91 à 100.

[29] L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français* (1906), t. 1, Paris, LGDJ, 2e ed., réédition de 1998, p. 263 et *sq*. sur cet ouvrage, v. E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op*. *cit*., pp. 174 à 178. Avant de développer sa théorie de l'institution, Hauriou était également partisan de cette doctrine de la personnalité juridique de l'État, (*Principes de droit public* (1910), Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque Dalloz, 2010, p. 652 et *sq*).

[30] L. le Fur, *État fédéral et Confédération d'États*, (1896), reprint Paris, Éditions Panthéon Assas, coll. « Les introuvables », Paris, 2000, p. 443.

[31] E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op*. *cit*., pp. 143 à 241 ; v. eg. C. Schönberger, « De la souveraineté nationale à la souveraineté du peuple. Mutations et continuité de la théorie de l'État de Carré de Malberg », *RFHIP*, 1996, pp. 297 à 316.

personne s'appelle l'État »[32]. Reprenant explicitement sur ce point la position jellinekienne, il insiste longuement sur le fait que l'État n'est ni une personne réelle, ni une personne naturelle, mais une personne morale de fait[33]. L'État est alors un concept juridique qui produit des effets juridiques, même si sa création relève purement du domaine factuel :

« [Le] fait générateur de l'État consiste précisément en ceci qu'un groupe national se trouve constitué en une unité collective, en tant qu'à un moment donné il commence à être pourvu d'organes voulant et agissant pour son compte et en son nom. À partir du moment où elle est ainsi organisée d'une façon régulière et stable, la communauté nationale devient un État »[34].

Personnification de la nation souveraine, l'État est donc le seul souverain juridique[35]. L'auteur définit d'ailleurs la souveraineté dans la longue tradition française qui se perpétue depuis Bodin : « la seule différence entre État souverain et État non-souverain, c'est que chez l'un ce pouvoir est sans limites, chez l'autre il est borné »[36].

Dès lors, la souveraineté ne peut se réduire à l'autorité ou à la domination d'une personne juridique : c'est seulement une qualité, celle de la puissance de l'État[37]. Concrètement, cette puissance signifie que l'État peut librement organiser ses organes et ses compétences : « […] sur le terrain juridique, le seul point à observer en cette matière, c'est qu'en raison de son pouvoir de domination, l'État est maître de se déterminer à lui-même, à son gré, le cercle de sa compétence »[38].

En réalité, l'État est surtout le détenteur du pouvoir constituant :

« […] dans l'État fondé sur un concept de souveraineté nationale, l'organe constituant ne porte pas en lui les pouvoirs qu'il constitue : il détient seulement le pouvoir constituant. Il n'a donc qu'une partie spéciale et restreinte de la puissance étatique, celle qui consiste à créer les organes et les compétences »[39].

On ne sait finalement si c'est parce que l'État est fondé sur le concept (révolutionnaire) de souveraineté nationale qu'il est souverain ou si c'est la souveraineté naturelle de la nation (métaphysique) qui rend l'État souverain. La seule certitude est que le critère de l'État est la puissance souveraine. Or, comme la personnalité juridique n'est chez Carré de Malberg qu'un moyen de concrétiser la nation, c'est-à-dire la souveraineté nationale, il est difficile de savoir à quel moment l'auteur se place sur ce plan (métajuridique) et à quel moment il traite du droit positif.

Ainsi, le Doyen de Strasbourg brouille les cartes lorsqu'il considère que l'État serait créé par la première constitution étatique[40]. En effet, dans les mêmes développements, il justifie l'existence de l'État par un raisonnement proche de celui de Kelsen sur la *Grundnorm* : l'État serait un concept nécessaire au droit : « […] d'une manière générale, le droit tout entier présuppose un fait initial qui est le point de départ de tout ordre juridique : ce fait, c'est l'apparition de la puissance créatrice du droit, c'est-à-dire de l'État lui-même »[41]. Il faut sans doute lire ce passage en se rappelant la distinction malbergienne entre la création factuelle de l'État et sa première reconnaissance juridique. Mais cette dernière est-elle juste une nécessité logique ou est-elle formelle et créée par la première constitution ?

La conséquence principale de cette théorie de l'État, c'est que Carré de Malberg distingue radicalement l'État de la constitution. Il insiste notamment sur le fait que le changement de constitution n'implique pas le changement d'État :

« Il ne faut pas dire que tout changement de Constitution s'analyse en un nouveau pacte social, c'est-à-dire en un acte qui aurait pour objet de renouveler l'État. […] D'autre part, le changement de Constitution, fût-il radical et intégral, n'implique, ni un renouvellement de la personne juridique État, ni davantage une modification essentielle dans la collectivité qui trouve en l'État sa personnification »[42].

L'État est ainsi indépendant des régimes constitutionnels qui se succèdent[43]. Mais l'auteur est également conscient des problèmes que pose sa théorie de la personnalité de l'État : si l'État est un être concret alors qui peut déterminer sa volonté ? Après les avoir étudiées, il rejette fermement la théorie de la domination de l'État de Laband[44], mais aussi celles de

[32] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920 et 1922), reprint en un volume, Paris, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2004, t. I, pp. 12 à 13. Cette position est partagée par A. Esmein : « L'État est la personnification juridique de la Nation », *Éléments de droit constitutionnel français* (1914), reprint en un volume, Paris, LGDJ, Ed. Panthéon Assas, coll. Les introuvables, 2001, p. 1.

[33] *Ibid*., t. II, p. 187. v. eg. t. I, pp. 25 à 30. Le concept de personne morale de fait n'est pas toutefois systématisé par Carré de Malberg (qui préfère surtout parler de la « personnalité de l'État »), et montre déjà les premières difficultés du théoricien à définir son objet : « L'État n'apparaît comme une personne qu'*à partir du moment où on le contemple sous son aspect juridique* » (p. 27, nous soulignons). Cette conception de « l'aspect juridique » renvoie évidemment à la *Zwei-Seiten-Lehre*, mais, comme chez Jellinek d'ailleurs, elle ne permet pas de distinguer rigoureusement la part sociologique de la part juridique.

[34] *Ibid*., t. I, p. 62.

[35] « La souveraineté de la nation exclut celle de l'organe », *ibid*., t. II, p. 551.

[36] *Ibid*., t. I, p. 176.

[37] *Ibid*., t. I, p. 82.

[38] *Ibid*., t. I, p. 262.

[39] *Ibid*., t. II, p. 550.

[40] *Ibid*., t. I, pp. 65 à 67.

[41] *Ibid*., t. I, p. 67.

[42] *Ibid*., t. II, *op. cit*., p. 493.

[43] « L'État est indépendant des formes successives de Gouvernement que lui donnent ses Constitutions : la détermination constitutionnelle des organes variables qui auront le pouvoir de vouloir pour la communauté unifiée, n'a point d'influence sur la continuité et l'identité de la personne État », *ibid*., t. I, p. 65.

[44] « […] un État peut avoir une puissance de domination sans pour cela être souverain », *ibid*., t. I, p. 174. Pour une critique de la lecture malbergienne de Laband, v. C. Schönberger, « Penser l'État dans l'Empire et la République. Critique et réception de la théorie juridique de l'État de Laband dans l'oeuvre de Carré de Malberg », O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, *op. cit*., pp. 255 à 271.

Gierke et Jellinek (reprises en France par Michoud) sur son existence métaphysique. Ainsi, si l'État est une personne morale, elle n'a d'autre volonté que celle médiatisée par ses organes : il n'existe pas de volonté collective[45]. Citant alors Duguit, Carré de Malberg reconnaît même que « la volonté étatique n'est en fait que la volonté des gouvernants »[46].

Or, s'il n'existe pas de volonté étatique, peut-il exister une personnalité juridique étatique ? Le Doyen de Strasbourg ne voit pas d'inconvénient à cette situation car il ne tient pas compte, comme Duguit, des conséquences de cette reconnaissance : la fiction de la personnalité morale de l'État semble logiquement inséparable de la fiction de la volonté collective. L'auteur arrive à justifier sa position par le biais de l'argument de la nécessité de la personnalité morale étatique : « la notion de droit présuppose l'organisation sociale et que, par suite, ni un contrat social, ni aucune catégorie d'acte juridique quelconque ne sauraient se concevoir antérieurement à cette organisation »[47]. Carré de Malberg prend en exemple le cas de la monarchie. Il considère que les actes juridiques des monarques ne disparaissent pas avec leur mort parce qu'ils incarnaient l'État. Pour le Doyen de Strasbourg, « La preuve en est que les actes d'autorité faits par ces individus leur survivent avec leur efficacité juridique ; et ceci implique que ces actes sont bien, en droit, ceux mêmes de la personne morale »[48].

Cette démonstration n'est toutefois pas très convaincante – la validité d'une norme n'étant pas soumise à la survie de son auteur dans la théorie monarchique – et, ainsi que le relève le Professeur Maulin, la théorie générale de l'État de Carré de Malberg n'est finalement pas aboutie :

« Carré de Malberg prétend établir une théorie juridique de la personnalité de l'État en décrivant les phénomènes juridiques après les avoir isolés des phénomènes naturels ; mais il n'explique jamais ce qu'il entend par phénomènes juridiques, phénomènes qu'il présente, par ailleurs, comme de simples faits (le fait de l'État, le fait de la personnalité de l'État, le fait de la Constitution originaire). Sa théorie repose au contraire sur cette étrange idée qu'il existe des faits juridiques, comme la personnalité de l'État (qu'il appelle parfois une personne morale de fait) ou la Constitution originaire (présentée comme une Constitution de fait) qu'il revient au juriste de décrire »[49].

Ainsi, la théorie de la création de l'État par la « première constitution » n'emporte pas l'adhésion, même au regard des principes de la théorie malbergienne. En effet, cette démonstration conduit l'auteur à considérer que la forme de l'État reste inchangée à chaque nouvelle constitution. Or, il peut arriver qu'une sécession, une adjonction de territoire – voire une association par voie fédérale – changent la forme de l'État, constitutionnellement bien sûr, mais constitutivement également (le territoire, la population sont modifiés). L'exemple de l'Allemagne, qui a changé de forme d'État quasiment à chaque nouvelle Constitution depuis 1806, montre bien l'écart entre cette théorie et la pratique[50]. Certes, le Doyen de Strasbourg vise peut-être l'identité de l'État avec cette théorie, mais, en premier lieu, il s'agit alors de l'identité de la nation et non de l'État et en second lieu, il semble naïf d'imaginer que cette dernière reste inaltérable malgré le passage des constitutions (et du temps). Quant au concept de personne morale de fait, qui n'existe que lorsqu'on l'observe avec un regard juridique, il reste très difficile à suivre[51].

On peut en conclure que cette recherche des fondements du droit ne conduit donc pas à une description juridique du phénomène étatique. La théorie malbergienne de l'État – comme sa théorie du pouvoir constituant et de la loi – laisse finalement transparaître sa volonté de fonder le droit constitutionnel de la III^{e} République sur le principe politique de souveraineté nationale[52]. Or, depuis la *Contribution*, les constitutionnalistes français adhèrent en général à la théorie de la personnalité morale de l'État[53]. Cette position est également défendue par la doctrine

[45] *Ibid*., t. 1, p. 27. Ce postulat avait été vivement attaqué par Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. de Boccard, 1921-1929, t. 2, p. 35) et déjà été rejeté par Jellinek, v. *L'État moderne et son droit*, vol. 2, *op. cit*., p. 219.

[46] L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, A. Fontemoing, coll. « Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions », 1901, p. 261.

[47] R. Carré de Malberg, *op. cit*., t. I, p. 61, nous soulignons.

[48] *Ibid*., t. I, p. 70, nous soulignons.

[49] E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit*., p. 189.

[50] Il est vrai qu'elle s'accorde parfaitement avec l'histoire française qui est toujours restée unitaire depuis l'Ancien régime jusqu'à la V^{ème} République.

[51] « Cette notion de personne morale de fait est proprement hallucinante », S. Rials, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *APD*, 1986, t. 36, p. 61 (v. not. pp. 61 à 64).

[52] C'est là l'ambition de toute l'œuvre de Carré de Malberg. Il souhaite opposer le droit français, fondé sur la souveraineté nationale, au droit allemand, fondé sur la souveraineté monarchique et, de ce fait, opposer la démocratie parlementaire à l'autoritarisme prussien. Si la comparaison n'était pas dénuée de vérité dans sa pratique, c'est surtout les fondements et la légitimité de cette opposition qui sont idéologiques chez le Doyen de Strasbourg, notamment lorsqu'il défend ardemment la fiction selon laquelle la conception alors moderne de la souveraineté a été inventée sous la Révolution française.

[53] V. par ex. X. Pretot, « Le principe constitutionnel de la souveraineté nationale et l'Europe », in *La Constitution et l'Europe*, *Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 33 à 66 ; J.-P. Markus, « La continuité de l'État en droit public interne », *op. cit*., p. 1084 ; E. Jouannet, « De la personnalité et de la souveraineté de l'État dans la Constitution de 1958. Théorie française de l'État et intégration européenne », *in* G. Cahin, F. Poirat et S. Szurek, *La France et le droit international, Ouverture*, Paris, Pedone, 2007, pp. 357 à 389. Les deux auteurs français ayant le plus contribué à « dépersonnaliser » l'État sont les Professeurs Combacau et Luchaire. Pour le premier, v. « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 47 à 57 et « La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *CCC*, n° 9, p. 113. Pour le second, v. « Un concept inutile de "la souveraineté" » *op. cit*., pp. 789 à 793 et « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, 1991, pp. 1499 à 1526.

schmittienne ou institutionnaliste, qui voit dans l'État l'institution souveraine centrale de son paradigme[54].

B – La souveraineté de l'État, cadre d'un discours politique

L'exceptionnel effort de conceptualisation de Carré de Malberg des rapports entre l'État, la souveraineté et la constitution aura un fort retentissement sur la doctrine. *La Contribution*, véritable chef-d'œuvre de la pensée publiciste de la IIIe République, restera inégalée tant sur le fond que sur la forme. Pour autant, la pensée du Doyen de Strasbourg n'était pas exempte de positionnements subjectifs. En ayant recours au concept de souveraineté, il a introduit un concept polysémique dans son raisonnement qui forcément le fragilise (1). Dès lors qu'on approfondit les conséquences de sa théorie, on s'aperçoit qu'elle n'est désormais plus tenable (2).

1 – Un concept polysémique

La souveraineté étant à l'origine un concept politique – elle serait même « le principe de la modernité politique » (Gérard Mairet)[55], sa transposition dans le discours juridique pose par principe problème. Son application à la théorie de l'État en particulier est révélatrice des ambiguïtés qu'elle comporte. Ainsi que le souligne le Professeur Jouanjan :

« […] quelle que soit la forme du gouvernement dans l'État moderne, la théorie de la souveraineté devient nécessairement le lieu dogmatique où se déversent toutes les contradictions et tensions de la construction juridique du pouvoir politique, toutes les apories du fondement et de la limite qui font les délices scolastiques de la métaphysique de l'État moderne »[56].

Le concept « d'État souverain » constitue l'une des constantes les plus stables du droit public depuis le traité de Westphalie du 24 octobre 1648. Au cours des siècles, la souveraineté est devenue la principale caractéristique de l'État, au point que l'expression est même devenue tautologique[57]. Il semble que le premier auteur français à avoir déterminé cette relation est le juriste d'Ancien régime Charles Loyseau (1566-1627). Dans son vénérable *Traité des seigneuries* (1608), le jurisconsulte considère :

« la Souveraineté est la forme, qui donne l'être à l'État, voire même l'État et la Souveraineté prise in concreto sont synonymes, et l'État est ainsi appelé parce que la souveraineté est le comble et période de puissance, où il faut que l'État s'arrête et s'établisse »[58].

Cette première assimilation entre l'État et la souveraineté, que n'effectuait pas Bodin, marque les débuts de la polysémie du terme « souveraineté ». Depuis lors, nombre d'auteurs tentèrent de parvenir à une clarification du sens de la souveraineté, particulièrement au cours de l'« âge d'or » de la théorie générale de l'État. Laband, par exemple, dénonçait déjà les imprécisions du terme[59], tandis que Jellinek expliquait les conséquences de ces confusions : « ces erreurs consistent à confondre la souveraineté de l'organe et la souveraineté de l'État et à recourir au contenu positif du pouvoir politique pour remplir le concept négatif de la souveraineté »[60]. En France, dans sa *Contribution*, Carré de Malberg y consacre un paragraphe entier pour tenter d'éclaircir la notion[61]. Il propose trois définitions :

« Dans son sens ordinaire, le mot souveraineté désigne le caractère suprême de la puissance étatique. Dans une seconde acceptation, 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 tactique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »[62].

Lecteur attentif du Doyen de Strasbourg, le Professeur Troper rappelle que chacune de ces significations possède un terme correspondant en allemand : « *Souveränität* pour le premier, *Staatsgewalt* pour le second et *Herrschaft* pour le troisième »[63]. Cette distinction terminologique, qui fait défaut au français, rend difficile le maintien du terme unique « souveraineté » pour désigner des phénomènes aussi différents[64].

La clarification suivante peut être proposée : *Souveränität* correspond à une définition formelle de la souveraineté, relative à l'indépendance et l'autonomie de l'État, particulièrement dans ses relations avec les

[54] O. Beaud, « La notion d'État », *APD*, t. 35, 1990, pp. 119 à 141, not. pp. 132 à 141. V. eg., pour la doctrine internationale, la doctrine des droits fondamentaux de l'État : F. Poirat, « La doctrine des "droits fondamentaux" de l'État », *Droits*, n° 16, 1992, pp. 83 à 91.

[55] G. Mairet, *Le principe de souveraineté. Histoire et fondement du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, coll. Folio/Essais, 1997, p. 12. V. eg., P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Gallimard, coll. Folio Histoire, Paris, 2000, pp. 49 à 74. À l'origine, chez Bodin ou Machiavel, la souveraineté a permis de revendiquer une indépendance des pouvoirs monarchiques « temporels » sur le pouvoir papal « spirituel », c'est-à-dire « l'autonomie absolue de la politique » par rapport à l'ordre immanent (naturel ou religieux), G. Mairet, *Le principe de souveraineté…*, *op. cit.*, p. 19.

[56] O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, Léviathan, 2005, p. 253.

[57] N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8e éd., 2009, p. 1254.

[58] C. Loyseau, *Traité des seigneuries*, Paris, A. L'Angelier, 1608, p. 25 (nous avons modernisé l'orthographe et la typographie), nous soulignons.

[59] P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Girard et Brière, 3e ed., p. 124.

[60] G. Jellinek, *L'État moderne et son droit* (1900), Paris, Griard et Brière, reprint LGDJ, coll. Les introuvables, 2005, t. 2, p. 126.

[61] R. Carré de Malberg, *Contribution…*, *op. cit.*, pp. 69-87.

[62] *Ibid.*, p. 79.

[63] M. Troper, « Le titulaire de la souveraineté », *in La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan, 1994 », p. 283. Le Professeur Troper distingue en fait cinq concepts de souveraineté, (p. 285). Il est étrange que cette imprécision ne soit plus relevée par la doctrine contemporaine.

[64] Ainsi, « sous la IIIe République, on pouvait parfaitement écrire "L'État français est souverain", "le Parlement est souverain" et "la loi est souveraine" », M. Troper, « La souveraineté, inaliénable et imprescriptible », *op. cit.*, p. 81.

autres États et en droit international. *Staatsgewalt* induit une conception substantielle de la souveraineté, elle est traditionnellement traduite en français par « puissance publique ». Elle vise la puissance de l'État dans l'ordre interne, c'est-à-dire sa capacité à produire des normes obligatoires et incontestées (non concurrencées) à destination de ses sujets (l'État possède « le monopole de la violence légitime » en termes sociologiques). Quant à la *Herrschaft*, sous l'apparence de « la souveraineté de l'État », se cache en fait la domination d'un de ses organes. En d'autres termes, le détenteur de la Herrschaft est le Souverain de la doctrine traditionnelle. L'étanchéité de la séparation entre ces trois définitions peut être nuancée : elles ne sont que les trois volets du même concept, celui des caractéristiques naturelles de l'État.

La conséquence essentielle de la doctrine de l'antériorité de l'État au droit est que le principe de souveraineté de l'État vient limiter le droit positif. C'est même l'objectif originel de cette thèse : justifier la suprématie de l'Empereur et l'impossibilité pour ses sujets de contester la validité de son droit antérieur à l'État. Ce principe ne constitue donc pas seulement une norme juridique mais un principe général et absolu. En effet, selon Laband, « Il n'y a pas de demi-souveraineté, pas de souveraineté partagée, diminuée, dépendante, relative, il n'y a que souveraineté ou non-souveraineté »[65]. En définitive, quelle est la nature juridique de cette « souveraineté de l'État », est-elle réellement supérieure au pouvoir constituant ?

2 – Un concept inopérant

Analysons chacune des trois définitions. Dans son sens formel, la « souveraineté-indépendance » (*Souveränität*) ne peut être un principe juridique prescriptif : l'État est indépendant parce qu'il forme un système juridique applicable à une seule population et sur un unique territoire, c'est-à-dire qu'il est autonome juridiquement. En ce sens, l'indépendance de l'État est purement factuelle : elle est ou elle n'est pas. On l'a déjà rappelé, l'expression « État souverain » est tautologique : tous les États sont souverains et cette expression a la même pertinence qu'une « norme prescriptive ». Précisons que les États sont indépendants non pas parce que la doctrine l'affirme depuis 1648 ou parce que le droit international contemporain, via la convention de Vienne, et la Charte de l'ONU reprennent cette idée. C'est tout simplement un fait, dès lors qu'il existe : le système juridique d'un État possède un domaine de validité spécifique. La seule hypothèse où un État n'est pas souverain, c'est lorsque la validité de ses normes est fondée sur celle d'un autre ordre juridique.

Cette option reste purement théorique : tous les États possèdent une constitution – écrite ou non-écrite – sur laquelle se fonde la validité de leur système juridique (on reviendra plus loin sur ce point)[66]. Certes, dans les médias ou les discours politiques, l'indépendance d'un État est parfois contestée au motif que ses choix politiques seraient dictés par l'étranger ou qu'il serait impossible d'en faire d'autres pour arriver à ses fins. La question du caractère « obligatoire » de l'adhésion à l'ONU, par exemple, pourrait s'inscrire dans cette problématique[67]. Il s'agit alors d'une analyse de science politique, dont on ne prétend nier la pertinence ici[68], mais qui doit être écartée dans une étude strictement juridique. En effet, la norme étant définie comme un acte de volonté, cette dernière est toujours présumée libre. Ainsi, l'existence de normes qui seraient adoptées sous l'effet d'une contrainte extérieure – qu'elle soit politique, économique, culturelle, etc. – ne permettrait pas d'en conclure que la souveraineté (juridique) fait défaut à cet État[69].

Dans son sens substantiel, la « souveraineté-puissance » (*Staatsgewalt*) s'apparente à une simple métaphore pédagogique qui justifie la validité et le caractère obligatoire du droit positif. En effet, tant dans l'œuvre de Laband et Jellinek que dans celle de Carré de Malberg, la fonction de la puissance de l'État est de légitimer par un discours juridique l'édiction du droit positif. Cette question n'a pas lieu d'être dans un raisonnement positiviste, ainsi que l'a démontré Kelsen[70] : la validité du droit découle de la constitution et en dernier lieu de la *Grundnorm*. Ce principe essentiel de la théorie pure du droit n'empêche pas le droit d'être illégitime, immoral ou injuste. Kelsen, en un sens, protège le caractère obligatoire du droit mais il libère aussi complètement sa critique politique, contrairement à ses contemporains prétendument positivistes.

Quant au concept de « souveraineté-domination » d'un organe de l'État (*Herrshaft*), il vise la désignation du Souverain en science juridique. Or, soit il s'agit du titulaire du pouvoir constituant, et il ne peut pas être

[65] P. Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, t. 1, p. 124.

[66] On laisse ici de côté l'étude des dispositions constitutionnelles prétendant l'obligation de conformité des normes constitutionnelles aux normes internationales.

[67] Ce type d'argument confond rapidement la *liberté* ou *l'autonomie* de l'État et le *désir* de liberté de l'État.

[68] C'est même une réalité des relations internationales, qu'on songe, à divers moments de l'histoire du XX^e^ siècle, à l'assujettissement du Liban par la Syrie, de l'Arménie par la Russie… Mais de même que ce type d'assujettissement n'a pas d'influence sur la liberté de pensée des individus, il n'en a pas sur le domaine juridique.

[69] Ainsi, d'un point de vue purement juridique, la Principauté de Monaco est un système juridique indépendant il est souverain (pour un historique M.-F. Rigaux, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 167 à 168). D'un point de vue politique, l'alliance avec la France prévue par le traité du 24 octobre 2002 pose un certain nombre d'interrogations. Rappelons que, par coutume – c'était une obligation constitutionnelle avant 2002, – le Premier ministre monégasque (Ministre d'État) est toujours un haut fonctionnaire français, parfois issu des rangs du Conseil d'État, ce qui en termes symboliques (mais pas seulement) est révélateur d'une autonomie politique « spécifique ».

[70] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 284.

une personne juridique[71], soit il s'agit du titulaire légitime du pouvoir dans la Constitution, et il vise un pouvoir constitué (donc non suprême). Le peuple visé par l'article 3 de la Constitution n'est pas un organe constituant puisque c'est la loi fondamentale qui lui donne ce rôle.

En conséquence, si l'on faisait abstraction de l'histoire et de la culture doctrinale actuelle, l'abandon du terme souveraineté pour qualifier l'État devrait s'imposer[72]. De plus, souveraineté et État ne sont pas synonymes mais représentent deux concepts distincts. Le concept traditionnel de « souveraineté de l'État » n'a donc aucune signification en théorie du droit, il symbolise un discours idéologique cherchant à influencer ou à légitimer certaines positions constitutionnelles. Cette conclusion ne signifie pas qu'il faille complètement abandonner le concept de souveraineté étatique. Il est toujours aussi pertinent et d'actualité en sciences politiques ou en relations internationales. Il s'agit d'ailleurs d'une juste identité du concept : la souveraineté a été créée par des penseurs politiques (Machiavel et Bodin) à des fins politiques (assurer l'indépendance des États de la domination papale) et elle est utilisée de nos jours principalement par les hommes politiques et non les légistes.

Ensuite, le fait que l'interprétation doctrinale de l'expression « souveraineté de l'État » soit idéologique ne signifie pas qu'elle n'ait aucune existence juridique. En effet, l'article 3 de la Constitution (ainsi que l'article 3 de la DDHC) amène la souveraineté à prendre une quatrième forme, juridictionnelle, et que l'on peut désigner comme la « souveraineté-norme constitutionnelle ». Son interprétation par le juge lui donne une signification juridique objective qu'il est alors tout à fait légitime d'analyser. Dans ce sens-là, la souveraineté peut être interprétée comme une compétence ou un ensemble de compétences, mais alors, ce n'est plus une caractéristique immanente de l'État c'est une simple norme posée par la Constitution. Elle ne peut pas, notamment, être assimilée ni à l'indépendance politique de l'État, ni à son autonomie juridique. On doit en conséquence admettre que, dans une perspective descriptive du droit, il est impossible de lui déterminer un sens différent de cette interprétation du juge. L'écart entre le sens dogmatique et le sens juridique (ou authentique) d'une norme n'est d'ailleurs pas en soit un phénomène inconnu du droit constitutionnel : on la retrouve par exemple à propos du principe de séparation des pouvoirs.

Comment peut-on expliquer que les juristes du début du XX^e^ siècle, qui commençaient à revendiquer une forme de positivisme, aient élaboré une construction aussi fictive que celle de l'État souverain ? Après l'abandon de l'analyse jusnaturaliste, il était devenu nécessaire de trouver un fondement de validité au droit. Ne pouvant plus s'appuyer sur des arguments liés à la religion, la nature des relations humaines ou la morale, les maîtres du droit public de l'époque, Michoud, Hauriou, Carré de Malberg…, ont vu dans l'État le moyen logique à même de justifier la validité objective du système juridique[73]. En effet, le modèle de l'État-nation européen est à son apogée, la personnalité juridique de ce dernier apparaît alors comme une donnée historique irréfutable.

Certains publicistes vont néanmoins contester la théorie de l'antériorité de l'État au droit. Par exemple, la théorie de la corporation d'Otto von Gierke le conduit à reconnaître que l'État est au contraire créé par le droit[74]. On peut citer également le grand administrativiste allemand Otto Mayer (1846-1924), pour qui « La personnalité n'existe jamais que par l'ordre juridique »[75] ; ainsi, l'État ne peut être qu'une création du droit positif[76]. En France, l'adversaire le plus acharné de la théorie de la personnalité morale de l'État fut Duguit :

« L'affirmation que toute corporation, la corporation étatique comme les autres, est une personne réelle par cela seul qu'elle est une corporation et que comme telle elle est investie d'une conscience et d'une volonté, est une affirmation d'ordre purement métaphysique *a priori*, qui ne peut être admise en science positive […] »[77].

Farouchement opposé à « une théorie d'origine germanique » dont il avait bien perçu le caractère potentiellement autoritaire[78], le Doyen de Bordeaux perçoit qu'une telle conception de l'État conduit forcément à lui reconnaître des droits subjectifs qui viendraient limiter les droits individuels (objectifs), et donc détruire la pierre angulaire de sa doctrine[79]. Cette opposition de Duguit fut critiquée avec force par ses contemporains. Il fut accusé, par Hauriou

[71] En effet, le titulaire du pouvoir suprême ne peut pas être un organe ou un pouvoir juridique car il aurait alors dû être désigné par un pouvoir supérieur au pouvoir suprême. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à notre thèse, *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherches sur la production du droit constitutionnel*, à paraître chez LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel ».

[72] Particulièrement la position selon laquelle la souveraineté serait nécessairement un principe non écrit du droit constitutionnel. Pourquoi ce dernier aurait-il perduré sous cette forme dans les constitutions formelles ?

[73] E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 149.

[74] O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtspreching*, Berlin, Weidmann, 1887, p. 609, v. R. Carré de Malberg, *Contribution*…t. II, *op. cit.*, p. 290. À la différence de Kelsen ou de Duguit, la pensée de Gierke est marquée par un « anti-individualisme radical », E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, p. 148.

[75] O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière, coll. « Bibliothèque internationale de droit public », 1906, vol. 4, p. 253.

[76] *Ibid.*, pp. 256 à 259.

[77] L. Duguit, *Traité*…, t. I, p. 620 ; v. eg. t. I pp. 616 à 631 ; t. II, pp. 17 à 21.

[78] Il faut peut-être voir dans ce rejet une marque de son anti-germanisme, O. Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? Point de vue français », *op. cit.*, pp. 100 à 102.

[79] *Ibid.*, t. I, pp. 216 à 220. Provocateur, le Doyen de Bordeaux ira jusqu'à estimer que la théorie de la personnalité juridique de l'État était une aliénation comparable à celle de la religion : « la notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion d'âme » (t. I p. 273).

notamment, d'être un anarchiste qui voulait détruire les fondements de l'État, donc du droit, et donc de la société[80]. Ces critiques sont bien trop excessives. Duguit ne dit pas qu'il n'existe pas d'État ou que celui-ci ne domine pas sa population. Il refuse simplement d'accepter la démonstration, prétendument scientifique et juridique, qui légitime consciemment ou pas cet État.

II – L'existence d'un pouvoir constituant international : une possibilité théorique

L'obligation pour le pouvoir constituant d'être étatique à cause de la souveraineté semble donc injustifiée en droit. Pour autant, la question du statut juridique de l'État reste posée. En effet, ce n'est pas parce que l'argumentaire classique de l'étaticité du pouvoir constituant est idéologique que la possibilité d'un pouvoir constituant international est prouvée. Une démonstration peut être faussée sans que son résultat se révèle faux. D'ailleurs, jusqu'à présent, aucune constitution n'est apparue en dehors d'un cadre étatique.

La théorie de Kelsen de l'identité de l'État au droit est particulièrement éclairante : elle vient détruire tout lien qui aurait pu exister entre l'État et le pouvoir constituant (A). En conséquence, si le pouvoir constituant détermine actuellement un cadre étatique au système juridique, un pouvoir constituant international reste toujours possible (B).

A – L'absence de condition étatique dans le processus constituant

Un des points les plus connus, mais aussi les plus contestés, de la théorie pure du droit porte sur l'identification de l'État. Largement diffusée, elle est parfois caricaturée comme l'était la position de Duguit. Malgré l'apparence d'une formulation simple qui traduirait une conception radicale, la théorie kelsénienne de l'État est en réalité complexe. Kelsen identifie deux concepts d'État, un « large » qui identifie l'État comme un objet sociologique et non juridique (1) et un « étroit », qui le conçoit comme le domaine de validité du système juridique (2).

1 – L'identité de l'État au droit

La thèse kelsénienne de l'identité du droit à l'État s'oppose radicalement à celle de l'antériorité de l'État au pouvoir constituant. Mais elle s'oppose aussi à celle de la création de l'État par le droit, qui avait été avancée en Allemagne par Mayer ou en France par Duguit. La position de Kelsen constitue l'un des premiers résultats de sa recherche théorique. Dès son ouvrage de 1922 sur *Les concepts sociologiques et juridiques de l'État* (*Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*), il soutient cette conception :

« L'État est une unité normative spécifique et non une entité susceptible d'être appréhendée selon les lois causales ; c'est la personnification de l'ordre juridique comme volonté superindividuelle ; et le dualisme de l'État et du droit n'est qu'une duplication inadmissible de ce qui ne peut être qu'un objet de connaissance juridique et normative »[81].

Sur ce point, la pensée kelsénienne sera constante et n'évoluera quasiment pas[82]. Le positivisme ne peut accepter la thèse de l'antériorité de l'État au droit. En outre, à l'opposé de Carré de Malberg ou de Laband, Kelsen n'a pas besoin de l'État pour justifier la validité du droit, puisqu'il a la théorie de la *Grundnorm*. Cependant, à la différence d'autres thèmes classiques de la pensée jusnaturaliste (la justice, l'équité, l'ordre, etc.), l'auteur ne peut se permettre d'évacuer simplement la position traditionnelle. Il donne alors une définition purement juridique de l'État : « L'État est un ordre juridique relativement centralisé »[83]. Précisons immédiatement que l'État ne correspond pas tout à fait au droit : ce que veut dire Kelsen ici, c'est qu'à chaque système juridique relativement centralisé correspond un État. En conséquence, le terme « État » est un référent conceptuel externe au droit, puisqu'il est défini par rapport à un objet juridique, et non l'inverse (ce n'est pas l'État qui détermine l'existence d'un système juridique).

Contrairement à une idée reçue, Kelsen ne considère donc pas qu'il n'existe pas d'États ou que le concept d'« État » relève toujours d'un discours politique. L'auteur accepte l'idée d'un concept sociologique étatique (de même qu'il accepte et défend l'existence de valeurs politiques et morales qui permettent de juger la « qualité » du droit positif), mais ce dernier ne produirait pas d'effets sur le droit positif. L'étude des liens entre les deux disciplines, juridique et sociologique, est d'ailleurs l'objet de son ouvrage sur *Les concepts sociologiques et juridiques de l'État*[84].

[80] M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit*, Toulouse, Imprimerie Édouard Priat, 1911, 40 p., not. p. 11 ; R. Carré de Malberg, *Contribution…*, *op. cit.*, t. I, p. 203 ; P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 345 à 346 en note ; E. Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, pp. 161 à 162.

[81] H. Kelsen, *Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, *Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Tubingen, 2e ed. 1928, reprint éd. Scientia, Mons, 1962, traduction et citation *in* M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *in Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, note 4, p. 145.

[82] Sur la conception de l'État de Kelsen dans sa thèse, v. 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*, *op. cit.*, pp. 47 à 69. Après 1928, v. H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, pp. 235 à 246 ; *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 281 à 310.

[83] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 281.

[84] V. not. H. Kelsen, *Soziologische und der Juristische Staatsbegriff…*, *op. cit.*, 253 p. L'un des apports de cette importante monographie est que la sociologie se fonde toujours sur la définition juridique. Pour une critique, v. M. Troper, « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », *La théorie du droit, le droit, l'État*, *op. cit.*, pp. 261 à 265 ; du même, « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », in *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, pp. 61 à 75.

L'État n'est alors qu'une image sociologique du système juridique – et non une allégorie, une métaphore ou un symbole[85]. En conséquence, l'État n'a aucune existence juridique concrète. Il ne peut ni agir, ni vouloir juridiquement : « l'État personne agissante n'a rien d'une réalité ; il représente simplement une construction auxiliaire de la pensée juridique »[86]. Même lorsque le droit positif contient une prescription relative à la volonté ou à l'action de l'État, il s'agit d'une fiction juridique :

« […] on constatera que, d'une façon générale, une fonction prévue dans l'ordre juridique n'est attribuée à l'État, n'est interprétée comme une fonction étatique, que lorsqu'elle est remplie par un individu spécialisé qui y est appelé conformément à l'ordre juridique, ou – cela revient au même – qu'un individu n'est considéré comme organe étatique que lorsqu'il est appelé à remplir cette fonction par une procédure réglée dans l'ordre juridique »[87].

Terminons cette présentation en précisant que si l'État n'est pas *antérieur* au droit, il n'est pas postérieur au droit : le droit ne peut pas créer l'État car cela reviendrait à dire que le droit créerait le droit[88]. La thèse de Kelsen est bien *l'identité* de l'État et du droit, et non sa postériorité. En outre, si l'État n'est pas une personne juridique antérieure au droit, il ne peut donc pas le créer et « Dire que l'État crée le droit, c'est seulement dire que des hommes dont les actes sont attribués à l'État en vertu du droit créent le droit »[89].

Si Kelsen n'a pas comme objectif de détruire le concept d'État, il souhaite en revanche éradiquer celui de souveraineté. L'auteur, conscient de la nature idéologique de la doctrine de la souveraineté[90], ne cherche pas à la contrer par une argumentation d'ordre juridique, mais politique. Sortant de sa neutralité axiologique, il considère, comme Duguit, que la souveraineté « est un masque, un masque vraiment tragique, derrière lequel se cachent des revendications de pouvoir de différentes natures »[91]. Mais ce qui est déterminant pour Kelsen, c'est que sa fonction politique est moralement condamnable : « la souveraineté de l'État joue un rôle capital dans l'idéologie impérialiste »[92]. En conséquence, il traite rarement de la souveraineté dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*, et quand il le fait, il préfère le terme « puissance de l'État » (*Staatsgewalt*)[93], à souveraineté « de l'État » (*Souveränität*) ou « d'un organe » (*Herrschaft*). Pour le juriste viennois, la souveraineté est un terme acceptable uniquement pour qualifier l'ordre juridique international, et sa supériorité sur les ordres juridiques nationaux[94]. On notera ici que cette définition de la souveraineté conduit certainement à la destruction du concept : si seul l'ordre international est souverain et qu'aucun État ne l'est plus, alors le concept de souveraineté, qui n'a de sens que par l'antagonisme existant entre les États, devient un concept inutile[95]. De toute façon, on sait que cette analyse de Kelsen – et l'auteur l'avoue à demi-mot[96] – est un parti pris idéologique qu'il a définitivement choisi de défendre après la Seconde Guerre mondiale. Ainsi que le relève le Professeur Herrera,

« Les conséquences politiques d'une telle conception juridique [i.e., l'abandon du concept de souveraineté] sont néanmoins importantes. Et elles sont de deux ordres, négatif et positif. D'un côté, la relativisation de l'idée de souveraineté vise explicitement les doctrines politiques impérialistes ou expansionnistes qui mettent la puissance de l'État au centre de leur raisonnement. De l'autre, elle permet le développement d'une politique juridique tendant à un ordre international plus centralisé et, par ce biais, œuvrant pour la promotion du pacifisme »[97].

Ce parti pris, qui n'enlève rien à la cohérence générale de l'œuvre théorique, s'explique par le contexte historique dans lequel écrivait Kelsen (marqué par les deux guerres mondiales et la guerre froide), sans que cela permette de le justifier.

La doctrine classique ayant assimilé l'État à la souveraineté, la critique kelsénienne de la souveraineté déteint souvent sur celle de l'État. Il est donc nécessaire de bien séparer la définition juridique de l'État – que nous venons de présenter – de sa critique politique, et notamment de sa critique de la doctrine traditionnelle.

[85] On peut tenter ici une comparaison entre l'État et le mariage. Juridiquement, le mariage correspond uniquement à un contrat synallagmatique entre deux personnes, tandis que sociologiquement, religieusement, moralement, etc., ce dernier a une autre signification (qui reste toutefois fondée sur le concept juridique). Face à ce genre de problème, la difficulté pour le théoricien est de bien identifier à quelle discipline se réfère le champ lexical. Dans les deux cas, l'État et le mariage, l'usage fait que les juristes utilisent le terme non juridique. Il n'est pas question ici de remettre en cause cet usage mais d'avoir une identification claire du concept juridique.

[86] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 286.

[87] *Ibid.*, p. 287.

[88] « […] il est purement et simplement impossible de justifier l'État par le droit. De même qu'il est impossible de justifier le droit par le droit – à supposer, bien entendu, que l'on ne prenne pas ce mot "droit" une fois au sens de droit positif, une autre fois au sens de droit juste, c'est-à-dire de justice », *ibid.* p. 309.

[89] *Ibid.*, p. 304.

[90] C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Éditions Kimé, 1997, pp. 115-118.

[91] H. Kelsen, « Der Wandel des Souveränitätsbegriffes », citation et traduction *in* O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 19 ; v. eg. *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 323-324.

[92] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 331.

[93] Charles Eisenmann traduisait judicieusement *Staatsgewalt* par « puissance publique » (*ibid.*, p. 284), sans doute pour éviter les confusions avec la théorie française de la souveraineté. On a préféré conserver la traduction littérale « puissance de l'État » dans nos développements (sauf lors des citations).

[94] C'est un thème récurent chez Kelsen, v. par ex., *ibid.*, p. 219 et pp. 323-334.

[95] L'utilisation du terme « souveraineté » est donc le meilleur indicateur de la persistance de l'absence d'un ordre juridique mondial. Il n'y a de souveraineté que parce qu'il y a des États indépendants, et non l'inverse.

[96] « Du fait que le droit international est un ordre supérieur aux États, on croit encore pouvoir conclure que la souveraineté de l'État est très sérieusement limitée et que cette limitation rend possible une organisation juridique mondiale efficace. *La primauté du droit international joue dans l'idéologie politique du pacifisme un rôle décisif* », *ibid.*, p. 330. V. eg. pp. 332-334, où Kelsen se dévoile plus ouvertement.

[97] C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen. Une introduction*, Québec, Presses universitaires de Laval, coll. Diké, 2004, p. 65.

Selon Kelsen, la théorie du dualisme de l'État et du droit n'a qu'une visée idéologique, comme la souveraineté, qu'il condamne fermement : l'impérialisme de la raison d'État[98]. D'ailleurs, dans sa philosophie politique, l'auteur reprend à son compte la critique nietzschéenne de l'État : « L'État, c'est le plus froid de tous les monstres froids. Il ment froidement et voici le mensonge qui rampe de sa bouche : "moi l'État, je suis le peuple" »[99].

Dans un article datant de 1922, *Gott und Staat*, l'auteur va jusqu'à comparer l'État à la religion : « L'État apparaît ainsi non pas comme une union d'hommes psychophysiques, mais seulement comme un objet de pensée. Comme la religion, il disparaît si l'on n'y croit plus »[100]. En effet,

« […] dans la théologie le dieu surhumain s'incarne en un dieu humain. Le dieu humain se soumet à l'ordre qu'il a lui-même établi en tant que dieu surhumain. De la même manière, l'État se soumet volontairement au droit qu'il a lui-même créé. Cette comparaison ne vise nullement à ridiculiser la théologie ou la théorie traditionnelle, mais à souligner une identité dans la structure de l'argumentation et à montrer que ces thèses relèvent de la croyance, et qu'elles n'ont rien à voir avec la logique, puisque les contradictions logiques d'un système théologique n'affectent en rien la foi »[101].

La théorie juridique de l'identité du droit à l'État participe à cette attaque généralisée de Kelsen contre la conception alors dominante (hégélienne) de l'État. Elle permet d'abord de décrédibiliser la rhétorique classique sur la nature et la fonction juridiquement légitime de l'État, et ensuite de « dé-substantialiser » le contenu positif de l'État. La conséquence épistémologique de cette position est globalement incomprise. Alors que le positivisme est souvent accusé par le jusnaturalisme d'avoir une fonction de légitimation du pouvoir d'État[102], Kelsen désacralise l'État et son pouvoir, comme Nietzsche tenta de désacraliser la religion et ses valeurs[103]. Ainsi, le Professeur Troper estime que « Si l'on prend cette thèse [de l'identité de l'État et du droit] 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 »[104]. En définitive, Kelsen résume l'État au droit positif pour tenter, d'un point de vue politique, de responsabiliser les gouvernants détenant les pouvoirs normatifs juridiques ; il souhaite surtout éviter tout recours à la logique du droit naturel étatique qui justifierait leur action politique, et ainsi parachever la construction de la démocratie formelle.

2 – L'État, domaine de validité du droit

Le rejet par Kelsen de la souveraineté et donc de l'antériorité de l'État au droit a nourri nombre de critiques sur l'irréalisme de la théorie pure du droit. Ainsi, le Professeur Beaud souligne le contresens historique d'une telle théorie :

« […] selon le grand juriste autrichien, Hans Kelsen, le choix d'un critère de l'État (la souveraineté) présenterait l'inconvénient de "substantialiser" l'État et de lui prêter une "essence" qu'une épistémologie juridique rigoureuse (inspirée en l'occurrence de Kant) interdit au nom de la primauté du sujet de connaissance sur l'objet de connaissance. Sans entrer dans le débat immense sur la validité de l'application au droit de l'épistémologie kantienne, on notera seulement 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. Elle est, comme l'État, la forme historique prise par l'organisation du pouvoir, et c'est cette forme particulière qui distingue l'État des autres puissances »[105].

La critique est confortée par le fait que Bodin soulignait déjà ce caractère non substantiel de la souveraineté. Il est vrai que la théorie de l'identité de l'État au droit semble intuitivement incongrue. N'y aurait-il pas un paradoxe, voire une aporie, de la pensée kelsénienne sur ce point ? Le problème principal tient au caractère statique de cette définition : si l'État c'est le système juridique, de quand date l'État ? Si l'on considère par exemple que le système juridique français contemporain a commencé à se former après la Révolution de 1789, alors cela signifie que l'État français apparaît juridiquement à cette époque, ce qui paraît difficilement soutenable. Historiquement,

[98] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 280 à 281.

[99] F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zaratoustra* (1883), Paris, Livre de poches, coll. classiques de la philosophie, 1983 p. 66. H. Kelsen, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur* (1932), Paris, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 16, v. not. pp. 13 à 19 où Kelsen cite expressément Nietzsche.

[100] M. Troper, « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*, p. 149, l'auteur souligne. v. H. Kelsen, « Gott und Staat », *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie des Kultur*, n° 11, 1922-1923, pp. 261 à 284, reprint *in Aufsätze zur Ideologie-kritik*, Berlin, Luchterhand, 1984. Une traduction italienne est disponible *in* H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza coma scienza dello spirito*, Naples, Edizione Scientifiche Italiane, 1988, pp. 139 à 164. « Dieu et l'État » est aussi le titre du plus célèbre ouvrage du révolutionnaire anarchiste (athéiste) Mikhaïl Bakounine. L'influence de la pensée nietzschéenne sur Kelsen est rarement soulignée, du moins par la doctrine française. Pourtant, le relativisme éthique du juriste viennois semble être profondément inspiré par l'auteur de *Par-delà bien et mal*.

[101] *Idem*.

[102] On retrouve cette accusation notamment *in* D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *in Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUUF, 1989, pp. 252 à 295 ou *in* G. Rabdruch, « Injustice légale et droit injuste », *APD*, n° 39, 1995, p. 47.

[103] « Celui qui cherche la réponse [à l'éternelle question de savoir ce qui se cache derrière le droit positif] ne découvrira jamais, je le crains, ni la vérité absolue d'une métaphysique, ni la justice absolue d'un droit naturel. Celui qui soulève le voile et ne ferme pas les yeux, celui-là peut apercevoir la hideuse face de Gorgone du pouvoir qui le fixe », R. A. Metall, *Hans Kelsen. Sein Leben und Werk,* Vienne, Verlag Franz Deuticke, 1969, p. 30. Citation et traduction *in* M. Troper, « Théorie sociologique et théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 71. La désacralisation kelsénienne de l'État est, certes, nettement moins provocatrice que le « *Gott ist tot* » nietzschéen.

[104] M. Troper, « Le titulaire de la souveraineté », *op. cit.*, p. 287, nous soulignons.

[105] O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, pp. 14-15.

l'antériorité de l'État sur le droit est incontestable. Cette certitude ne vient-elle pas détruire la description purement juridique du phénomène étatique ? En tout cas, la théorie kelsénienne n'a pas convaincu nombre de ses disciples, dont Charles Eisenmann qui n'abandonna jamais la théorie traditionnelle de la souveraineté nationale.

Pour Kelsen, il importe peu en vérité qu'historiquement et sociologiquement l'État soit apparu avant le droit[106]. En effet, ce fait n'est pas un fait juridique, ce qui ne conduit pas toutefois à nier son existence. Le paradoxe de la simultanéité de l'État au droit est aisément résolu dès lors que l'on rappelle que la séparation entre les sciences juridique et historique ne consiste pas en un isolement étanche des disciplines, mais en une simple méthode scientifique de connaissance d'un objet posé[107]. En outre, deux arguments viennent nuancer la critique fondée sur l'antériorité historique de l'État. Tout d'abord, cette dernière ne distingue pas l'antériorité de la nation de celle de l'État. Lorsque l'on fait partir l'histoire française à Clovis au V^e^ siècle, s'agit-il de l'histoire de l'État ou de la nation française ? Dès lors que l'on accepte la définition métaphysique de la nation[108], la seconde réponse semble la plus appropriée, ce qui neutralise grandement la critique de la conception kelsénienne.

Ensuite, dans la théorie pure du droit, l'État possède une signification juridique qui tient compte de son antériorité historique. Kelsen ne rejette pas, en effet, la définition traditionnelle des trois critères de l'État : le territoire, la population et la « puissance de l'État »[109]. Cela peut surprendre de prime abord le lecteur puisque l'auteur a beaucoup insisté sur le fait que l'État est présent dès lors qu'on constate l'existence d'un système juridique relativement centralisé. En toute logique, si l'État n'est pas un concept juridiquement autonome, ces trois composantes devraient normalement relever de la sociologie. Mais le juriste viennois les inclut tout de même dans sa théorie juridique. Seule la puissance de l'État est rejetée, car elle est justement assimilée à une métaphore de la validité et du caractère obligatoire du droit étatique : « Ce qu'on appelle la puissance publique (*Staatsgewalt*) est la validité d'un ordre juridique étatique effectif. […] autrement dit, c'est, en bref, le fait que le pouvoir d'État ait un caractère normatif »[110].

Finalement, Kelsen donne une nature juridique plus étroite à sa conception de l'État, qui n'est pas réduite à une image de l'État objet sociologique. L'auteur assimile en effet l'État au domaine de validité territoriale et personnelle des normes générales de l'ordre juridique[111]. Le critère du territoire est ainsi la référence du domaine de validité spatiale des normes, tandis que le critère de la population constitue la référence de leur domaine de validité personnelle[112]. Par exemple, la Constitution de la V^e^ République ou le Code de procédure pénale s'appliquent dans l'État français, c'est-à-dire sur le territoire et à l'ensemble de la population française. Le statut de ces références du domaine de validité des normes est alternatif, suivant qu'on les analyse comme une condition de validité des normes ou comme une condition de reconnaissance de l'État.

Dans le premier cas, il s'agit de notions purement juridiques et donc postérieures à la création de l'État (ou du système juridique). Ainsi, le territoire étatique est régi soit par des dispositions constitutionnelles (alinéa 2 du préambule de la Loi fondamentale allemande par exemple), soit, le plus souvent, par des dispositions internationales[113]. Ces dernières peuvent être multilatérales sans l'accord des parties concernées (Traité de Berlin du 13 juillet 1878), avec leur accord (Traité de Moscou du 12 septembre 1990 dit des « deux plus quatre »), ou le plus souvent désormais par le biais de conventions bilatérales. Les dispositions juridiques relatives à la population sont plus rares dans les constitutions modernes[114] ou les traités internationaux[115], car elles se situent généralement au niveau législatif.

Dans le second cas, ces références visent des objets antérieurs à la création de l'État (ou du système juridique). Le territoire et la population sont en effet des conditions non juridiques de l'existence de l'État. Certes, Kelsen identifie théoriquement l'existence d'un État à la seule condition de l'existence d'un système

[106] On retrouve cette question pour d'autres institutions du droit *et* de la société comme le mariage par exemple.

[107] La doctrine de l'*Isolierung* n'aboutit pas à un appauvrissement de la théorie juridique ou à un rejet de la pluridisciplinarité mais s'efforce de poser les conditions pour la penser.

[108] Cette définition, dont l'auteur est Renan (*Qu'est-ce qu'une Nation ?* (1887), Paris, Milles et une nuits, 1997, 47 p.), conçoit la nation de façon métaphysique (c'est une « âme, un principe spirituel »), où l'importance du passé idéalisé est une composante de l'identité nationale (à laquelle s'ajoute, bien sûr, « la volonté de vivre ensemble »). Ainsi, dans notre exemple, cette conception de la nation implique que si les monarques mérovingiens ne sont *pas* « ethniquement » et historiquement les ancêtres des Français contemporains, *ils sont le commencement de la nation française*.

[109] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 282-285.

[110] *Ibid.*, p. 284.

[111] Il existe dans la théorie pure du droit un troisième domaine de validité des normes juridiques, celui temporel. Ce dernier n'est toutefois pas déterminé par l'ordre juridique, c'est-à-dire l'État, mais par la norme elle-même (ou celle fondant sa validité), *ibid.*, pp. 20-21.

[112] Rappelons qu'il s'agit du domaine de validité *des normes générales uniquement* dont il est ici question ; l'État ne constitue pas le domaine de validité spatiale et personnelle des normes décentralisées ou individuelles.

[113] Dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit*, Kelsen estime que « le droit international général […] détermine seul le domaine de validité spatial et temporel des ordres juridiques étatiques », *op. cit.*, p. 284. Mais c'est là une conséquence de son choix politique de voir la primauté du droit international s'exercer sur le droit étatique. Dans les faits, le domaine de validité spatial est souvent réglé par le droit international (droit conventionnel des frontières), mais il est déterminé par le droit étatique.

[114] On peut citer toutefois le fameux article 116 de la Loi fondamentale allemande qui traite de la « Notion d'"Allemand" » et de la « réintégration dans la nationalité allemande ».

[115] En revanche, la binationalité est souvent réglée par des conventions internationales.

juridique relativement centralisé. Cependant, le territoire et la population s'ajoutent logiquement à cette définition juridique de l'État ; ces deux conditions sont tellement évidentes que Kelsen ne les relève même pas dans cette fonction. Pourtant, sans elles, le concept juridique d'État serait vide de sens. Leur existence n'est alors pas juridique lorsqu'elles sont une référence de la validité des normes. En conséquence, même d'un point de vue purement juridique, on peut soutenir que le territoire et la population sont les éléments de l'État qui sont présents avant le système juridique. Autrement dit, ce sont les critères, les composantes de l'État qui sont antérieures au droit mais pas l'État lui-même.

B – Les conditions d'émancipation du pouvoir constituant de l'État

Un certain nombre de conséquences sur la nature du pouvoir constituant peuvent désormais être tirées. Juridiquement, le pouvoir constituant est donc bien distinct de l'État, dans son sens large comme dans son sens étroit. Si le pouvoir constituant est le pouvoir à l'origine du système juridique et que celui-ci n'est pas forcément étatique, est-ce que tous les ordres juridiques internationaux ne seraient pas fondés par des pouvoirs constituants ? Le pouvoir constituant international n'est-il pas déjà une réalité ? Il est nécessaire d'effectuer une dernière distinction entre le pouvoir constituant et le « pouvoir constitutif », qui permet de répondre par la négative à ces interrogations (1). Cette dernière précision autorise enfin à poser concrètement les conditions d'émancipation juridique du pouvoir constituant de l'État, et d'imaginer le pouvoir constituant d'une organisation internationale (2).

1 – Le pouvoir constituant distingué du pouvoir constitutif

Une des faiblesses de la théorie kelsénienne de l'État réside dans l'utilisation d'un critère purement quantitatif pour distinguer les États des systèmes juridiques internationaux. Selon l'auteur, *les premiers* sont des ordres juridiques relativement centralisés, alors que les seconds sont des ordres juridiques fortement décentralisés. L'argumentation repose donc sur le même raisonnement qui permet de distinguer l'État fédéral de l'État unitaire. Or, l'étude de l'intensité de la décentralisation ne suffit pas à elle seule pour identifier le fédéralisme : il est nécessaire d'ajouter à ce critère purement formel un critère substantiel, celui de la compétence constitutionnelle des entités fédérées. Si ces dernières la possèdent, il s'agit d'un État fédéral, sinon d'un État unitaire, qui peut être décentralisé ou autonomique. Sans rentrer dans le débat sur l'existence de la *Grundnorm* internationale[116], un problème identique se pose pour distinguer l'État des ordres internationaux. Or, si Kelsen avait en partie résolu ce problème pour le fédéralisme[117], il ne donne que peu de clés pour résoudre le cas des ordres juridiques internationaux. Le maître de l'École de Vienne ne va pas au bout de son raisonnement sur ce point, sans doute en raison de son engagement idéologique anti-étatiste et pro-internationaliste[118].

En conséquence, le critère de l'intensité de la décentralisation pour distinguer l'État des ordres internationaux est sans doute encore plus flou que le critère de la souveraineté[119]. Peut-être était-il pertinent au début du XX^e^ siècle, mais, actuellement, son caractère opératoire est extrêmement faible. Par exemple, la méthode kelsénienne est absolument inefficace pour distinguer un ordre juridique international d'un État fédéral[120]. En effet, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'ordre juridique international est également un ordre juridique qui tend à une centralisation de plus en plus forte, et dans tous les domaines du droit. Quant au système de l'Union européenne, il est déjà un système fortement centralisé, dont le gouvernement possède un nombre bien plus important de compétences que beaucoup de gouvernements fédéraux contemporains. En conséquence, comment la théorie kelsénienne peut-elle distinguer un ordre juridique national de l'ordre constitutionnel d'un État membre d'une fédération, dès lors que les deux sont relativement centralisés ? Le critère quantitatif ne peut permettre à lui seul de répondre à ces interrogations.

Kelsen donne cependant quelques éléments pour distinguer substantiellement l'État et les ordres internationaux. Il définit l'État comme l'ordre juridique autonome qui ne fonde pas sa validité dans un autre ordre juridique :

« On affirme que l'on ne peut considérer un appareil d'organes exerçant la puissance publique (*Staatsgewalt*) comme un gouvernement étatique – *lato sensu* – que s'il est indépendant ; il faut entendre par là qu'il faut qu'il ne soit pas juridiquement lié par aucun autre ordre juridique étatique, et que si l'ordre juridique étatique est subordonné à quelque autre ordre juridique, c'est uniquement et exclusivement à l'ordre juridique international »[121].

Par conséquent, le critère de distinction entre les systèmes juridiques nationaux et internationaux est flagrant, lorsqu'on les étudie selon les principes de la

[116] La position de Kelsen sur ce point, comme sur la souveraineté du droit international, est idéologique et non juridique.

[117] 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, 2-1996, pp. 171 à 185.

[118] En effet, la seule conclusion scientifique de l'analyse du droit positif mondial est la suprématie des ordres juridiques nationaux sur l'international, solution que Kelsen refuse de décrire.

[119] O. Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 15. L'avantage indéniable du concept de souveraineté est qu'il permettait de donner des repères familiers pour distinguer entre un ordre juridique étatique et un ordre juridique international.

[120] *Contra*, M. Troper, « Système juridique et État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, p. 166.

[121] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 284.

théorie pure du droit[122]. Les ordres juridiques internationaux ne sont pas autonomes mais fondés sur les ordres juridiques nationaux. De même que les ordres juridiques décentralisés d'un État[123], les ordres internationaux sont donc dépendants et soumis, dans un sens normatif, aux systèmes juridiques nationaux. D'un point de vue dynamique, cette soumission prend une forme juridique particulière qui est la nature conventionnelle de la formation de ces systèmes juridiques internationaux. Alors que les ordres juridiques décentralisés (ou fédérés) sont généralement fondés par une norme unilatérale (la loi dans les États unitaires, la constitution dans les États fédéraux), les systèmes internationaux sont créés par une convention internationale. Le fondement d'un système juridique étatique est également un acte juridique unilatéral, la constitution.

En conséquence, ce qui distingue la création des ordres juridiques internationaux et locaux des ordres juridiques nationaux est la valeur hiérarchique de leur pouvoir fondateur. Il s'agit toujours d'un pouvoir constitué pour les premiers (constitution fédérée, loi, statut d'autonomie, traité) et toujours d'un pouvoir constituant pour les seconds. Ainsi, dans une perspective positiviste, *le critère de distinction substantielle entre les systèmes juridiques nationaux et internationaux est l'existence d'un pouvoir constituant, et non d'un État*.

On en déduit qu'il n'existe théoriquement que deux types de systèmes juridiques : ceux créés par un pouvoir constituant et ceux créés par un pouvoir constitué[124], que l'on pourra désigner comme « pouvoir constitutif ». Bien évidemment, la création originelle des seconds par les premiers ne préjuge en rien de la supériorité hiérarchique statique des normes des systèmes juridiques constituants sur ceux constitués. D'un point de vue statique, que ce soit pour les ordres internationaux – et particulièrement l'ordre juridique de l'Union européenne – ou les ordres juridiques décentralisés – qui peuvent bénéficier de compétences exclusives dans certains domaines –, le droit qu'ils créent est généralement d'applicabilité directe, voire l'emporte sur le droit étatique. Cette dernière situation, quand elle survient, ne doit pas choquer le juriste car la suprématie normative n'est pas une suprématie d'organe, et la suprématie de l'État sur les ordres internationaux ou les ordres juridiques décentralisés ne signifie pas sa domination (au sens politique) sur ces derniers.

En désignant de façon identique le système juridique posé par le pouvoir constituant et le système juridique posé par un pouvoir constitué, le lexique kelsénien n'est donc pas satisfaisant. Non seulement il ne décrit pas la réalité juridique de ces systèmes mais il tend à la confusion et conduit à une mauvaise interprétation des relations hiérarchiques entre ces normes[125]. Il serait sans doute pertinent de conserver l'expression « système juridique » pour désigner l'ordre juridique étatique, c'est-à-dire l'ordre fondé par un pouvoir constituant. Pour les ordres juridiques décentralisés ainsi que pour les ordres internationaux, le terme de « sous-système » s'impose, non pas dans le sens moderne de « système dépendant d'un autre » (Larousse) mais dans celui, classique, de « système secondaire » ou dérivé (Littré). Défini de la sorte, le terme « sous-système » est dénué de la connotation péjorative induite par le préfixe « sous », et surtout, il correspond parfaitement à l'objet théorique décrit. On peut également distinguer les ordres internationaux des ordres juridiques décentralisés de la sorte : les premiers sont des sous-systèmes juridiques complexes, car ils sont créés par au moins deux systèmes juridiques (il faut au moins deux États pour créer un ordre international), tandis que les seconds sont des sous-systèmes juridiques simples, car posés au sein d'un seul système juridique.

Au demeurant, une nouvelle détermination de l'expression « ordre juridique » peut être réalisée. On sait que les deux expressions « système » et « ordre » juridiques sont synonymes chez Kelsen[126]. Je propose donc qu'« ordre » soit utilisé comme un hyperonyme[127] de système et de sous-système : il désignerait ainsi l'existence d'une organisation systémique et hiérarchisée d'un certain nombre de normes applicables à un espace et une population déterminés. L'ordre juridique du Texas serait ainsi un sous-système de l'ordre juridique américain, seul système présent aux États-Unis.

[122] Ce problème est défini de cette façon par le Professeur Troper : « Il est difficile de soutenir qu'État et droit ne sont qu'une seule et même chose si l'on prétend en même temps que tous les systèmes juridiques présentent une hiérarchie principalement dynamique, car il faudrait appeler États tous les systèmes de délégation », « Le monopole de la contrainte légitime (légitimité et légalité dans l'État moderne) », *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, Léviathan, 2001, p. 261.

[123] On vise ici principalement les ordres juridiques d'États membres d'une fédération et ceux des communautés, provinces ou régions d'un État unitaire autonomique. Mais il existe également d'autres types d'ordres juridiques décentralisés au sein de l'État, qui peuvent être d'ordre privé, suite à une délégation législative (l'ordre juridique sportif en France par exemple mais aussi des ordres juridiques religieux dans les États théocratiques).

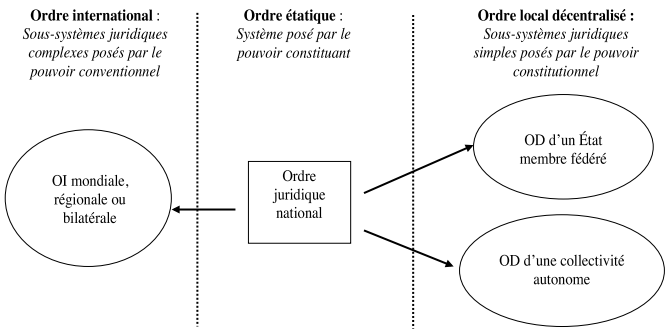
[124] Cette dernière catégorie est donc multiple mais se divise entre les deux grandes catégories OI et ordres juridiques décentralisés.

[125] On retrouve ici le même problème que pour la distinction entre l'État fédéral et la confédération.

[126] « Toutes les normes, dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale, forment un système de normes, un ordre normatif », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 194.

[127] En linguistique, un hyperonyme est un mot plus générique qu'un mot donné.

Schéma
La distinction théorique entre les systèmes
et les sous-systèmes juridiques



Cette distinction permet de relativiser le critère formel de la constitution pour différencier l'État des organismes non souverains au sens de l'autonomie de l'ordre juridique (*Souveränität*). Elle s'impose ainsi comme alternative purement juridique au critère politique de la souveraineté nationale. En effet, tous les ordres juridiques possèdent en théorie une constitution. Seules celles des systèmes juridiques sont des constitutions au sens normatif, c'est-à-dire un acte constituant posé par un pouvoir suprême. Les sous-systèmes internationaux sont produits par des pouvoirs conventionnels, tandis que les sous-systèmes décentralisés sont créés par le pouvoir constitutionnel des collectivités (pouvoir constitutif). On peut traduire par un schéma la relation existant entre ordre, système et sous-système juridique.

2 – Le pouvoir constituant d'une organisation internationale

Distinguer l'ordre juridique international de l'ordre juridique national par le moyen du pouvoir constituant n'est pas original : on a déjà relevé qu'une partie de la doctrine consacre la nature étatique du pouvoir constituant à travers la notion d'étaticité (*Staatlichkeit*) du système juridique. Cependant, cette interprétation soulève quelques critiques quand elle attribue une véritable obligation extrajuridique d'étaticité au pouvoir constituant. Elle n'est pas fondée sur l'observation que le pouvoir constituant est étatique, mais sur une prescription de garantie de l'étaticité du système juridique. Or, si le pouvoir constituant se révèle finalement être le critère déterminant de l'État, il ne se confond pas avec l'État. Selon la définition kelsénienne, l'État correspond au système juridique dans son intégralité, et non à la création de la constitution. C'est une définition purement statique qui ne peut être dynamique, dans la mesure où elle vise uniquement le concept large d'État. Un changement de constitution ne correspond donc pas à un changement d'État[128]. Ainsi, la position de Carré de Malberg sur la continuité de l'État face aux évolutions constitutionnelles n'est pas remise en cause par la théorie kelsénienne.

En conséquence, l'utilisation du pouvoir constituant peut s'observer dans le cadre d'un État préexistant, c'est-à-dire à la condition qu'il existât auparavant un système juridique (posé par un ancien pouvoir constituant). Cette antériorité de l'État sur le pouvoir constituant n'est alors pas comparable à la théorie traditionnelle de l'antériorité de l'État sur le droit. En effet, « l'État préexistant » ne fonde pas le pouvoir constituant, comme chez Carré de Malberg, et il ne limite pas le droit positif, comme Jellinek. Seul le concept large d'État peut être antérieur au pouvoir constituant. Le concept étroit ne vise que des normes juridiques infraconstituantes. Dans le premier cas, il ne peut influer sur le pouvoir constituant et dans le second, c'est le pouvoir constituant qui le détermine.

La question de l'illicéité juridique d'un pouvoir constituant non étatique, ou d'un pouvoir étatique non constituant, est donc sans objet. Traiter de l'impossibilité de déléguer le pouvoir constituant à un ordre international est ainsi un non-sens : « l'étaticité » du pouvoir constituant ne prescrit rien car elle n'est pas normative, c'est un fait, de même que l'État est un fait dans la théorie kelsénienne. Le pouvoir constituant étant un pouvoir suprême, la question de la possibilité ou de l'impossibilité de sa délégation n'est pas pertinente. On ne peut donc conclure qu'un pouvoir constituant international est juridiquement impossible. Il conviendrait de parler de pouvoir constituant d'un ordre juridique international pour être plus précis. Certes, jusqu'à présent le pouvoir constitutif est toujours apparu dans le cadre d'une organisation internationale et le pouvoir constituant est toujours apparu dans le cadre d'un État. Mais ce constat ne signifie pas qu'il le sera toujours à l'avenir. En effet, si le pouvoir constituant avait l'obligation de toujours s'insérer dans un cadre étatique, cela signifierait qu'il existerait une norme « supraconstitutionnelle » qui prescrirait cette nature étatique du pouvoir constituant.

Comment peut-on donc imaginer l'existence d'un pouvoir constituant international ? Laissons de côté l'hypothèse qu'une organisation internationale se transforme en un État. Prenons plutôt le cas d'une organisation internationale qui revendiquerait un statut constitutionnel, c'est-à-dire dont le traité fondateur serait la base d'un système juridique autonome et globalement effectif. Autrement dit, en cas de conflit entre cette norme et les constitutions des États membres, seule la première sera effective. Dans ces conditions, le pouvoir ayant édicté ce traité devra *rétroactivement* être considéré comme étant un pouvoir constituant, alors qu'originellement il s'agissait forcément d'un pouvoir conventionnel. D'un point de vue historique, n'est-ce pas ainsi que se sont achevés le fédéralisme et la suprématie de la Constitution américaine ? N'est-ce pas là la finalité de l'Union européenne, dans l'esprit des Pères fondateurs ? Dès lors qu'un sous-système devient un système juridique, il « devient créé » par le pouvoir constituant. Ainsi, ce

[128] De même qu'un changement de la législation, des traités ou des actes réglementaires.

n'est pas le pouvoir constituant qui détermine l'existence d'un État, mais c'est l'existence d'un État qui est déduite de la validité (effectivité) d'un pouvoir constituant. La nature étatique du pouvoir constituant étant factuelle, l'analyse scientifique du droit ne peut donc prescrire qu'un pouvoir constituant non étatique ne puisse être mis en œuvre dans le futur.

Toutefois, une question extrêmement difficile reste en suspens. Un sous-système international qui parviendrait à obtenir la suprématie sur les systèmes juridiques de ses États membres deviendrait-il un État ou resterait-il, pour sa population comme pour les experts, une communauté internationale ou confédérale ? Autrement dit, tous les systèmes juridiques sont-ils des États ? Jusqu'à présent, c'est bien la solution qui s'est réalisée en Europe, la question étant plus délicate pour les États-Unis. On « bottera en touche » en rappelant que, l'État étant un concept sociologique et politique, le droit ne peut répondre seul à cette question. Seule l'analyse sociologique ou politique peut déterminer si un tel système juridique répond toujours à leur définition classique de l'État. Il n'existe en tout cas aucun argument juridique qui pourrait interdire, par exemple, que l'Union européenne puisse devenir un système juridique créé par un pouvoir constituant, et que les États membres restent sociologiquement et politiquement des États[129].

L'étude de la possibilité juridique d'un pouvoir constituant international fait bien entendu l'impasse sur la conditionnalité politique de son existence. Malgré le projet de Cour constitutionnelle internationale qui est désormais débattu[130], il est permis de rester sceptique sur la réunion des conditions de sa mise en œuvre. Seule l'Union européenne pourrait évoluer vers cette possibilité, qui n'est cependant plus d'actualité.

[129] On songe à la célèbre formule de Jacques Delors : « fédération d'États-nations ».

[130] On renvoit sur ce point à l'article du Professeur A. Vidal-Naquet dans cet ouvrage, pp. 111-117.

Les cahiers
de l'Institut Louis-Favoreu

INTERNATIONALISATION DES CONSTITUTIONS ET CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT INTERNATIONAL : RÉFLEXIONS SUR QUELQUES INTERACTIONS ENTRE DROIT CONSTITUTIONNEL ET DROIT INTERNATIONAL

ISBN : 978 - 2 - 7314 - 0968 - 0

Cet ouvrage restitue les travaux d'une journée d'études organisée par l'UMR *Droit international, comparé et européen* et s'inscrit dans le cadre du thème général de réflexion déterminé par l'Association française de droit constitutionnel en 2013 : Constitutions et droit international public. La journée d'étude organisée à Aix-en-Provence avait pour objectif de porter un regard actuel sur les interactions entre droit constitutionnel et droit international. Si ces influences réciproques ne sont pas nouvelles, et ont déjà fait l'objet de quelques études, elles évoluent aujourd'hui dans un monde marqué chaque jour davantage par un phénomène de globalisation tant sur le plan économique que juridique. Ces formes de globalisation ont connu une accélération ces dernières années sous l'effet du développement des nouvelles technologies et, en particulier, des nouveaux moyens de communication. Dans ce cadre, les constitutions en particulier, et les solutions jurisprudentielles qui en découlent, sont sujettes à la standardisation. Ce phénomène de standardisation des solutions juridiques semble parfois subi par les États qui se trouvent de droit ou de fait placés sous influence internationale. Il pose la question de la légitimité des solutions adoptées et, plus largement, celles de l'autonomie des États et du renouveau de la démocratie. Cette journée d'études proposait donc de réfléchir aux évolutions des rapports entre droit constitutionnel et droit international en ouvrant une discussion entre constitutionnalistes et internationalistes autour de deux thèmes en particulier : l'État sous influence internationale, d'une part et la question de l'émergence d'un constitutionnalisme global, d'autre part.

Ont notamment participé à cet ouvrage : Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI, Raphaël DÉCHAUX, Alain DELCAMP, Jean DHOMMEAUX, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Luc GONIN, Ludovic HENNEBEL, Yann KERBRAT, Jean MATRINGE, Didier MAUS, Rostane MEHDI, Xavier PHILIPPE, Nathalie RUBIO, Hélène TIGROUDJA, Ariane VIDAL-NAQUET

Aix*Marseille université
cnrs dépasser les frontières
UMR 7318 Droit International, Comparé et Européen

Prix : 12 €

9 782731 409680