

Philosophie

CURSUS

# L'État

figure moderne  
de la politique

Simone GOYARD-FABRE



ARMAND COLIN

Simone GOYARD-FABRE

# L'État

figure moderne  
de la politique



Les classiques  
du fonds  
**Armand Colin**  
**Sedes**



ARMAND COLIN

COLLECTION CURSUS • PHILOSOPHIE

---

**sous la direction de Jacqueline Russ**

© Armand Colin/HER, Paris, 1999

ARMAND COLIN • 21, RUE DE MONTPARNASSE • 75006 PARIS

9782200259358 — 1<sup>re</sup> publication

Avec le soutien du



[www.centrenationaldulivre.fr](http://www.centrenationaldulivre.fr)

## CHEZ LE MÊME ÉDITEUR

### Collection Synthèse

BARAQUIN N., *Les grands courants de la morale.*

BAUDART A., *Socrate et le socratisme.*

BILLIER J.-C., *Kant et le kantisme.*

CHENET F., *La philosophie indienne.*

FARAGO F., *Les grands courants de la pensée politique.*

FARAGO F., *Les grands courants de la pensée antique.*

GODDARD J.-C., *Hegel et l'hégélianisme.*

LAURENT A., *Les grands courants du libéralisme.*

LEFRANC J., *Platon et le platonisme.*

MISRAHI R., *Spinoza et le spinozisme.*

RAFFIN F., *Introduction à la philosophie.*

ROSSI J.-G., *Les grands courants de l'empirisme.*

SOUCHON G., *Les grands courants de l'individualisme.*

STIRN F., *Les grands penseurs contemporains.*

STIRN F., VAUTRELLE H., *Lexique de philosophie.*

VANIER A., *Lexique de psychanalyse.*

VANNIER G., *Les grands courants de la pensée moderne.*

VIEILLARD-BARON J.-L., *Bergson et le bergsonisme.*

## Collection Cursus

ASSOUN P.-L., *Freud et les sciences sociales.*

BLANCHÉ R., *Introduction à la logique contemporaine.*

FARAGO F., *L'art.*

GOYARD-FABRE S., *Éléments de philosophie politique.*

HEMPEL C., *Éléments d'épistémologie.*

HUNEMAN PH., KULICH E., *Introduction à la phénoménologie.*

LEFRANC J., *La métaphysique.*

RUSS J., *Les méthodes en philosophie.*

*Histoire de la philosophie* (sous la dir. de Jacqueline Russ) :

- Tome 1, *Les pensées fondatrices.*

- Tome 2, *L'invention du monde moderne.*

- Tome 3, *Le triomphe de la raison.*

## Collection U

BARAQUIN N. *et al.*, *Dictionnaire de philosophie.*

BARAQUIN N., LAFFITTE J., *Dictionnaire des philosophes.*

BLANCHÉ R., DUBUCS J., *La logique et son histoire.*

BOUVERESSE R., *L'expérience esthétique.*

FAYE J. P., *Qu'est-ce que la philosophie ?*

GOYARD-FABRE S., *Qu'est-ce que la démocratie ?*

KAPLAN F., *La vérité.*

MISRAHI R., *Qu'est-ce que l'éthique ?*

MISRAHI R., *Qu'est-ce que la liberté ?*

MISRAHI R., *Qui est l'autre ?*

RUSS J., *L'aventure de la pensée européenne.*

STAMATIOS T., *Qu'est-ce que la personne ?*

## DU MÊME AUTEUR

## Ouvrages

- L'Habitude humaine*, L'École, 1967 (épuisé).
- Nietzsche et la conversion métaphysique*, La Pensée universelle, 1972 (épuisé).
- Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, 1972.
- La Philosophie des Lumières en France*, Klincksieck, 1972 (épuisé).
- La Philosophie du droit de Montesquieu*, Klincksieck, 1972 ; 1979 (prix de l'Académie Montesquieu et de l'Académie nationale de Bordeaux).
- Le Droit et la loi dans la philosophie de Hobbes*, Klincksieck, 1975 (épuisé).
- Kant et le problème du droit*, Vrin, 1975 (prix de l'Académie des Sciences morales et politiques) (épuisé).
- Nietzsche et la question politique*, Sirey, 1977.
- Montesquieu, adversaire de Hobbes*, Archives Montesquieu, Minard, 1980 (épuisé).
- L'Interminable Querelle du contrat social*, Presses de l'Université d'Ottawa, 1981.
- Les Grandes Questions de la philosophie du droit* (avec R. Sève), PUF, Questions, 1986 ; 1993.
- John Locke et la raison raisonnable*, Vrin, 1986.
- Philosophie politique : humanisme et modernité*, PUF, Droit fondamental, 1987.
- Jean Bodin et le droit de la République*, PUF, Léviathan, 1989 (prix de l'Académie des Sciences morales et politiques).
- Qu'est-ce que la politique ?*, Vrin, 1992.
- Les Fondements de l'ordre juridique*, PUF, L'interrogation philosophique, 1992.
- Montesquieu : la Nature, les Lois, la Liberté*, PUF, Fondements de la politique, 1993.
- Kelsen e Kant* (Edizione Scientifiche italiane), Napoli e Roma, 1993.

*Pufendorf et le droit naturel*, PUF, Léviathan, 1994.  
*La Construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Vrin, 1994.  
*La Philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996.  
*Éléments de philosophie politique*, Armand Colin, Cursus, 1996.  
*Montesquieu ou la Constitution de la liberté*, Ellipses, 1997.  
*Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, Themis-Philosophie, 1997.  
*Qu'est-ce que la démocratie ? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Armand Colin, Collection U, 1998.  
*Jean Bodin et sa politique philosophique*, Ellipses, 1998.

### Éditions

Castel de saint-Pierre, *Projet de paix perpétuelle*, Garnier, 1981 ; Fayard, 1986.  
Thomas Hobbes, *Le Citoyen (De Cive)*, Flammarion, GF, 1982.  
Etienne de La Boétie, *Discours de la servitude volontaire*, Flammarion, GF, 1983.  
John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Flammarion, GF, 1984, 1992.  
Thomas More, *L'Utopie*, Flammarion, GF, 1986.  
Jean Bodin, *Exposé du droit universel* (avec L. Jerphagnon et R.M. Rampelberg), PUF, Questions, 1986.  
Jean Barbeyrac, *Écrits de droit et de morale, Thesaurus de philosophie du droit*, Institut Michel Villey, Paris II, Duchemin, 1996.  
Jean-Jacques Rousseau, *L'état de guerre*, Actes Sud, 1999.

*Pour Pierre*

# EXERGUE

« La première chose à quoi chacun soit obligé de se résoudre s'il ne veut pas renoncer à tous les concepts du droit, est le principe suivant : **il faut sortir de l'état de nature** où chacun n'en fait qu'à sa tête et s'unir à tous les autres (avec lesquels on ne peut éviter d'entrer en rapport réciproque), pour se soumettre à une **contrainte extérieure publiquement légale** ; il faut donc s'engager dans un état où soit *légalement* fixé à chacun ce qui doit être reconnu pour sien et où cela lui revienne grâce à un *pouvoir* suffisamment fort (qui n'est pas le sien mais un pouvoir extérieur) ; **chacun doit donc avant tout entrer dans un état civil.** »

« **Un État est l'unification d'une multitude d'hommes sous des lois juridiques.** »

Kant, *Doctrine du droit*, § 44 et § 45.

# Prologue

## L'État : un concept moderne

### Le mot, l'idée, la réalité

« L'État, au sens strict du terme, l'État phénomène historique, c'est un mode d'existence (un état) spécifique d'un peuple, celui qui fait loi aux moments décisifs... »

Carl SCHMITT, *La Notion de politique*, p. 59.

Le concept d'État appartient à un registre historique dont il importe de souligner d'emblée la singularité : il connote essentiellement la forme **moderne** du pouvoir politique. Autrement dit, si l'on admet que les sociétés humaines s'inscrivent dans l'historicité du monde, ni l'antique *Polis* ni la *Civitas* romaine ni les seigneuries féodales n'avaient encore forme d'États ; et il faut bien convenir que, dans le XX<sup>e</sup> siècle finissant, nous assistons à des transformations institutionnelles qui, malgré la permanence des principes fondateurs de l'État, renouvellent, sur le plan interne comme sur le plan international, la silhouette qui fut la sienne dans les grands siècles modernes. L'État, en son idée comme, d'ailleurs, en sa réalité, appartient à ce moment spécifique qui, dans l'évolution de l'humanité, se caractérise comme « modernité ».

Afin de comprendre la modernité du phénomène étatique, il est nécessaire de rechercher d'abord comment le *mot* État a pu apparaître dans le cours évolutif de la langue politique. Il convient ensuite de s'interroger sur l'*idée* qu'il a véhiculée dans l'expérience politique et d'interroger la *réalité* politique dans son mouvement même.

1. Le mot *État* — *Stato* en italien, *Staat* en allemand, *Estado* en espagnol, *State* en anglais... — ne s'est introduit dans les langues européennes qu'au tournant des XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, sans que l'on puisse en dater précisément l'apparition. Un fait est certain : les grands auteurs antérieurs à cette période,

Platon, Aristote, Cicéron, saint Augustin, Thomas d'Aquin, Dante, Marsile de Padoue... ont utilisé les termes de *Polis*, *res publica*, *civitas*, *regnum*, *communitas perfecta*, corps politique ou encore *corona regni* (Couronne du royaume), mais pas celui d'« État » pour désigner la communauté humaine en laquelle le rapport qui s'instaure entre le commandement de ceux qui gouvernent et l'obéissance de ceux qui sont gouvernés est le critère spécifique de la condition politique.

S'il est vrai que les auteurs qui, pour la plupart, écrivent alors en latin, emploient le mot *status* d'où, étymologiquement, dérive le terme *état*, il est à remarquer qu'ils ne l'emploient pas seul mais se servent plutôt de l'expression *status rei publicae*. La langue médiévale emploie, en français, le terme *estat* — auquel correspondent, en anglais, le mot *estate*, et, en espagnol, le mot *estado* — pour désigner la condition, généralement sociale, d'une catégorie d'hommes que distinguent le rang et la fonction : ainsi se sont formées les expressions « assemblées d'états » (en Normandie ou en Languedoc), « états généraux » du royaume, « états de l'Église », et « tiers état ». Certaines études philologiques savantes signalent assurément que, dès les XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, le mot *status*, voire parfois sa traduction par *estat* est employé pour désigner soit la condition de magistrat, soit l'autorité ou le pouvoir attaché à la magistrature ; il s'applique ainsi à l'organisation politique et juridique octroyée à un territoire. Mais les termes *état* ou *estat*, ne s'appliquent pas à la communauté politique en tant que telle.

Il faut attendre la Renaissance pour que le mot *État* — orthographié avec une majuscule — dérivant philologiquement, lui aussi, et sans aucun doute, du latin *status*, apparaisse et se leste d'un sens spécifiquement politique proche de celui des mots *Civitas* et *Res publica*. De cette innovation, on crédite généralement Machiavel qui, dès la phrase liminaire du *De principatibus* (*Le Prince*, 1513), écrit : « Tous les États, toutes les Seigneuries (*Tutti gli Stati, tutti i Dominii...*) qui eurent et ont commandement sur les hommes, furent et sont ou Républiques ou Principautés. » Non seulement le mot *État* acquiert une connotation nouvelle, mais, déclaré équivalent de Seigneurie, Principauté ou République, il trouve par là même sa définition : il n'y a pas d'État (*Stato*) sans « commandement sur les hommes. » Cette définition, à coup sûr, est incomplète et la plume fougueuse de Machiavel donne au mot *État* des significations diversifiées. Néanmoins, le mot *État* prend une résonance neuve et puissante lorsque le Secrétaire florentin parle des « nouveaux États » qu'il oppose aux anciennes Seigneuries et, plus encore,

lorsqu'il examine les « affaires de l'État », c'est-à-dire les affaires publiques, donc dépersonnalisées et à portée générale qui concernent les diverses communautés de la péninsule italienne. Le mot *État* acquiert de la sorte une connotation qui, en désignant, plus ou moins nettement encore, l'organisation politique et juridique dont une communauté d'hommes a besoin sur son propre territoire, annonce celle que, pour l'essentiel, retiendront les juristes et les philosophes modernes.

L'influence de Machiavel, dont Leo Strauss a dit que, « plus grand que Christophe Colomb », il aborda aux rivages de la modernité, fut considérable. Son œuvre, diffusée dans toute l'Europe de façon extraordinaire en ce temps-là, marque de manière saisissante, même s'il n'était pas conscient de toutes les implications de sa théorie, un tournant dans l'histoire de la pensée politique. Il est nécessaire toutefois de rappeler que, même en France et, plus encore en Angleterre, le terme *État* ne s'est pas imposé d'emblée aux doctrinaires de la politique avec la force de l'évidence. Au cours de la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle, dans les nombreux « miroirs » et « institutions » des princes ou dans les ouvrages qui, tels ceux de Pierre Rebuffy et de Claude de Seyssel, étudient la monarchie de France, le mot *estat* continue de posséder le sens de « groupe » ou d'« ordre » social. Il est même courant à cette époque de considérer que, dans le royaume, comme le montre brillamment Ernst Kantorowicz dans son ouvrage *Les Deux Corps du roi* (1957 ; trad. 1989), le monarque est la tête d'un « corps mystique » (*corpus mysticum*) dont « les trois estats » (clergé, noblesse et tiers état) sont les membres et les organes. Par conséquent, les formes spécifiquement politiques du royaume de France ne sont pas englobées dans la signification du mot *estat* ; les auteurs continuent de se servir des termes latins de *Respublica* ou de *Civitas* lorsqu'ils traitent de l'organisation institutionnelle du royaume.

Mais l'histoire des mots et des idées présente très rarement des points de rupture nets et sans franges. Aussi peut-on noter en 1529 dans le célèbre ouvrage de Claude de Seyssel intitulé *La Grant'Monarchie de France* l'emploi « machiavélien » du mot *Estat* comme synonyme de « chose publique » (République ou *Res publica*). Puis, sous l'influence des Monarchomaques, le recours au concept de souveraineté, mal encore théorisé mais correspondant à la « plénitude de puissance » du monarque, préparait le point de non-retour où la politique s'écarterait de la théologie : la souveraineté du prince avait beau calquer la puissance suprême qui la caractérisait sur le modèle de la *plenitudo*

*potestatis* pontificale, elle appartenait de manière essentielle à une politique en voie d'autonomisation par rapport à la papauté ; la politique, du même mouvement, se libérait de ses racines théologiques. Ainsi, François Hotman qui, dans l'*Antitribonien* ou *Discours sur l'étude des lois*, employait en 1567 l'expression *status rei publicae*, semble, un peu plus tard, dans la *Franco-Gallia* (1574), quoique au milieu d'incertitudes et d'hésitations, préférer accorder au mot *Estat* le sens de puissance politique comme si l'idée d'État se rapportait désormais à une entité politique autosuffisante. C'est ce que, en tout cas, déclare Théodore de Bèze lorsque, dans son libelle *De la puissance légitime du prince sur le peuple et du peuple sur le prince* (Genève, 1581), il écrit que « le peuple établit le roi comme administrateur de l'État public ». Et il n'est guère douteux que Jean Bodin, dont le grand ouvrage *Les Six Livres de la République* (1576) fait autorité en cette période de l'histoire de la pensée politique, élabore, en théorisant l'idée de souveraineté, une véritable philosophie de l'État. Il emploie même parfois le mot *État* avec le sens franchement moderne que nous lui attribuons, bien que cet emploi novateur ne supprime pas pour autant dans ses écrits le terme d'*estat* utilisé chaque fois qu'il s'agit de nommer la forme du gouvernement, puisque celui-ci peut être dit un estat populaire, un estat monarchique ou un estat tyrannique.

Au tournant de deux âges du monde politique qui s'apprête à quitter la féodalité pour entrer dans la modernité, le recours au terme *État* comme synonyme de *République* est encore parcimonieux. En Angleterre, même, le mot *State* a du mal à s'implanter dans la langue politique. Même au XVII<sup>e</sup> siècle, Thomas Hobbes (le *Léviathan* date de 1651) et John Locke (les *Deux Traités du Gouvernement civil* sont publiés en 1690) continuent de préférer le terme *Commonwealth* pour traduire les mots latins de *Civitas* ou de *Res publica*. Cette tendance s'explique certainement par la force de la tradition et par la défiance que l'on éprouve outre-Manche envers des concepts abstraits. De manière générale, les pays anglo-saxons, à la différence des pays latins, parlent davantage de Gouvernement ou de Couronne que d'État. Il reste que la connotation moderne prise au XVI<sup>e</sup> siècle par le terme État — désormais orthographié avec un E majuscule — atteste, principalement en terre française, l'inflexion sémantique que commence à connaître ce vocable et que confirmeront les décennies suivantes. « La notion de l'État, écrit Alexandre Passerin d'Entrèves (*The Notion of the State*, 1967), en dépit de ses différentes acceptions, nous reconduit toujours à cet élément primordial : l'imposition d'une volonté à une

autre, un rapport de commandement et d'obéissance, dans un contexte social. » Le regard que Machiavel posait sur les « nouvelles principautés » de l'Italie de son siècle a défié les frontières de l'espace et du temps ; il a largement contribué à la sculpture des formes et du sens que devait prendre l'État moderne comme entité politique.

2. Le chemin qui conduit du mot à l'idée est court, semble-t-il, dès que l'on ouvre un dictionnaire. Cela n'est pas tout à fait vrai pourtant lorsqu'il est question de l'État dans l'acception moderne dont nous venons de rappeler la difficile émergence.

Machiavel lui-même ne cherche pas à définir l'État afin de préciser l'idée qu'il s'en fait. Il prête peu attention aux « vieilles formes de gouvernement » qui existaient dans le monde médiéval car, dit-il, « élevées et maintenues par Dieu, ce serait un tour d'hommes présomptueux et téméraire d'en discourir » (*Le Prince*, chap. XI). En revanche, il se laisse fasciner par « les hommes nouveaux » qui, tel César Borgia, sont le symbole des forces nouvelles qui, en son temps, surgissent sur l'horizon politique. Il admire les structures jusqu'alors insoupçonnables que donne cet « homme nouveau » à l'État nouveau (*Le Prince*, chap. VI) : il rompt en effet avec la tradition théocratique de la scolastique. Machiavel ne polémique pas pourtant avec les penseurs médiévaux qui répétaient à l'envi la parole de saint Paul : *Nulla potestas nisi a Deo* ; il les ignore — ou veut les ignorer — et tourne plutôt un regard réaliste vers la « vérité effective » des « nouvelles principautés » (*Le Prince*, chap. XV) en lesquelles le prince, loin de regarder le Ciel et d'interroger un Dieu-Providence, gouverne un État terrestre et s'adresse à des hommes. La sécularisation et l'autonomisation de l'État apparaissent à Machiavel, bien qu'il ne soit pas véritablement un théoricien de la chose politique, non pas comme les critères définitionnels de l'État nouveau mais comme les deux piliers qui le portent. Le Secrétaire florentin ouvre ainsi la voie sur laquelle la théorie politique moderne devait considérer l'État dans ses structures juridiques propres. De là Ernst Cassirer conclut que, désormais, « non seulement le monde politique perd toute connexion avec la religion et la métaphysique, mais perd celle qu'il peut avoir avec toutes les autres formes de vie éthique et culturelle ». Un jugement aussi tranchant est tout à fait excessif ainsi qu'en témoigne, un demi-siècle plus tard, l'œuvre du juriste Jean Bodin.

Dans le temps même où s'effectue le travail souterrain qui conduit la pensée à

l'aube de la modernité, Bodin, loin de situer la République ou État « dans un espace vide » ainsi que le soutient Cassirer, en définit magistralement l'idée en des termes juridiques qui prennent tout leur sens rapportés à l'horizon culturel du moment et à la philosophie de la politique dont a besoin, dit-il, le royaume de France. « République, écrit Bodin dès les premières lignes de son gros traité, est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine. » Au seuil du grand œuvre, une telle définition de la *Res publica*, parfaitement identifiée à l'État, n'a pas le tour abstrait et désincarné que tant de commentateurs lui ont prêté. Elle est, dès le début de la Préface donnée aux *Six Livres de la République*, une réponse au *mos gallicus* tourmenté du moment et, sur ce point, elle est éloquente à souhait : « Pendant que le navire de notre République avait en poupe le vent agréable, on ne pensait qu'à jouir d'un repos ferme et assuré, avec toutes ses farces, mômeries et mascarades que peuvent imaginer les hommes fondus en toutes sortes de plaisirs. Mais depuis que l'orage impétueux a tourmenté le vaisseau de notre république avec une telle violence que le patron même et les pilotes sont comme las et recrues d'un travail continuel, il faut bien que les passagers y prêtent la main, qui aux voiles, qui aux cordages, qui à l'ancre et ceux à qui la force manquera, qu'ils donnent quelque bon avertissement ou qu'ils présentent leurs vœux et prières à Celui qui peut commander aux vents et apaiser la tempête, puisque tous ensemble courent un même danger. » Parce que le vaisseau République tangue dangereusement dans la tempête de l'histoire, il est indispensable que chacun, par ses compétences, participe à la réalisation du « bien commun ». Les onze cents pages de *La République* exposent le programme politique qui, dans des formes juridiques en rapport avec les dimensions de la société et en n'ignorant rien ni de l'éthique ni de la métaphysique, permettra de réaliser le bien commun et la justice qui sont la finalité propre de l'institution étatique. « L'un des plus grands [principes] et peut-être le principe fondamental des républiques est, écrit Bodin, d'accommoder l'État au naturel des citoyens, et les édits et ordonnances à la nature des lieux, des personnes et des temps » (*Rép.*, V, 1). La structure étatique moderne que Bodin voudrait voir s'établir dans le royaume de France afin que celui-ci pût retrouver une stabilité bénéfique à sa grandeur n'est pas une forme abstraite. S'il est vrai qu'elle s'éloigne des références théologiques de la *res publica* médiévale, elle se rapproche des réalités sociales et territoriales pour les englober et les ordonner. L'idée qu'avance Bodin met ainsi en pleine lumière la différence qui existe entre l'État et toute autre espèce de communauté : un « mesnage » — si nombreux qu'en soient ses membres — n'est pas un État ; et

un État — fût-il petit — est inassimilable, parce qu'il est souverain, à la communauté familiale. D'ailleurs, dans l'État dont la souveraineté est la clef de voûte, « un petit roi est autant souverain que le plus grand monarque du monde ». De surcroît, Bodin énonce une « reigle de politique qui n'a point été touchée de personne » lorsqu'il distingue la « forme de l'Etat », dont la souveraineté est le critère, et la « forme du gouvernement », qui se rapporte au mode d'exercice du Pouvoir.

La théorie de Jean Bodin repose sur une conception de l'autorité politique nettement plus juridique que ne l'était la vision qu'en avait Machiavel dans l'Italie de son temps. Si la notion de souveraineté est loin d'être absolument inédite comme on l'a souvent répété, puisqu'elle plonge ses racines dans l'histoire de la pensée théologico-politique du Moyen Âge, elle confère néanmoins, par les propriétés juridiques qui la caractérisent, une figure nette et nouvelle à la communauté politique. Machiavel et Bodin, si différents soient-ils, se rejoignent pour introduire un néologisme dans le vocabulaire politique : le premier avait forgé la signification moderne du mot État ; le second a ciselé les éléments constitutifs de la souveraineté qui en est le critère. Pour autant, la modernité politique n'a pas encore, à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, cause gagnée : d'un côté, les idées de Machiavel, que l'on cherche alors davantage dans *Le Prince* que dans les *Discours sur la première décade de Tite-Live*, déconcertent et font peur ; de l'autre côté, la doctrine de Bodin, qui ne va pas sans méandres et sans hésitations linguistiques, ne pénètre que lentement dans la théorie politique. Néanmoins, Charles Loyseau, dans son *Traité des Seigneuries* (1614), ne tarde pas à affiner l'héritage de Bodin en dessinant à traits assurés la silhouette de l'État. La définition qu'il en donne, claire et précise, ne va pas sans l'indéniable beauté de sa langue rocailleuse et forte : « La souveraineté est, dit-il, la forme qui donne l'estre à l'Etat, même l'Etat et la souveraineté prise *in concreto* sont synonymes et l'Etat est ainsi appelé pource que la souveraineté est le comble et période de puissance, où il faut que l'Etat s'arrête et établisse » (chap. II). Et Loyseau poursuit en précisant : « La souveraineté *in abstracto* est attachée à l'Etat, Royaume ou République. » Elle consiste en puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point. Parce qu'il n'y a point de pouvoir supérieur à cette « plénitude de puissance » (*plenitudo potestatis*, ainsi que disent les juristes de droit canonique), l'État possède « un pouvoir et autorité » sans limitation et, « comme la Couronne ne peut estre, si son cercle n'est entier, aussi la souveraineté n'est point si quelque chose y défaut ». En somme, « la

puissance absolue » est « la vraie marque » de l'État ; elle est « inséparable » de l'idée même d'État ; elle est ce qui fait sa « différence spécifique » par rapport aux Seigneuries qui, elles, ne sont pas souveraines.

Dorénavant, il ne fait plus de doute que l'État est le support du pouvoir politique. Certes, au début du XVII<sup>e</sup> siècle, l'État s'identifie *de facto* au magistrat suprême qu'est le monarque ; mais les théoriciens que sont Bodin et Loyseau admettent explicitement — même s'ils n'insistent pas sur cette idée — que l'État, en sa souveraineté, est aussi l'affaire du peuple. L'essentiel, d'ailleurs, dans la définition de la notion d'État, n'est pas là. Son idée se condense en effet, par-delà la reconnaissance du critère de souveraineté (qui demande, comme nous le verrons, à être analysé avec beaucoup de minutie), dans l'intuition d'un principe normatif qui doit présider à l'organisation de l'expérience et de l'action politiques.

C'est cette intuition que, au tournant des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, recueille et, surtout, utilise la littérature qui parle d'abondance d'une certaine « raison d'État » : « État, écrit Giovano Botero dans *La Raison d'État* [1589], est une ferme domination sur les peuples ; et la raison d'État est la connaissance des moyens propres à fonder, conserver et agrandir une telle domination et seigneurie. » Cependant, malgré le succès que connut le livre de Botero, l'intuition de la capacité normatrice nécessaire à l'État moderne ne donne pas encore lieu à une théorisation solide par les ouvrages de l'époque. En eux se mêlent aux considérations juridiques qu'ils exposent ou bien un matériau historique pesant et complexe (comme dans *Les Six Livres de la République* de Jean Bodin) ou bien les espoirs d'utopies radieuses (comme, après Thomas More, *La Cité du Soleil* [1602] de Tommaso Campanella et *La Nouvelle Atlantide* [1621] de Francis Bacon).

Cependant, l'idée d'État, chargée de ses connotations novatrices, fait son chemin. Bien que le vocable ne s'installe pas résolument dans les œuvres et que, surtout, il ne soit pas transposé rapidement dans toutes les langues européennes qui utilisent encore plus volontiers le latin *Civitas*, il est frappant de remarquer que la scolastique tardive des Écoles de Salamanque et de Coïmbre adopte en grande part la signification moderne que véhicule le terme d'État. Déjà dans le *De potestate civili* (in *Relectiones*, 1557), Francisco de Vitoria indiquait la nécessité, au seuil des temps modernes, de reconnaître la société civile, en son indépendance par rapport à l'empire construit par Charles Quint aussi bien que

par rapport à la papauté, comme une entité publique. Un peu plus tard, il revint surtout au jésuite espagnol Francisco Suarez d'avoir, dans son *De legibus* (rédigé de 1601 à 1603 et publié en 1612), accordé à la puissance publique de l'État une place prééminente parmi toutes les sociétés civiles. Sous diverses dénominations (*potestas jurisdictionis, gubernatio politica, principatus...*), l'idée de puissance publique ou de puissance d'État est, dit-il, *suprema in suo ordine* et elle se caractérise par sa téléologie immanente qui l'oriente vers le « bien commun » et la « félicité publique ». Si cette conception de l'État rappelle la pensée de saint Thomas, elle possède chez Suarez une notable originalité : c'est qu'il y a, par nature, comme l'a voulu la Création divine, une pluralité d'États tous également souverains. Les perspectives idéalistes de la société universelle rêvée par Guillaume Postel sont, estime Suarez, un mirage. Pourtant, avant Grotius et Pufendorf, il pense que la vie inter-étatique a besoin d'être disciplinée par des règles et des normes ; aussi bien des accords, des traités, des conventions, des arbitrages peuvent être conclus, dit-il, entre les États souverains afin de régler leurs rapports mutuels. La densité conceptuelle de l'énorme *De legibus* n'est assurément possible que parce que Suarez possède une extraordinaire maîtrise des œuvres de la philosophie politique médiévale dont il a mesuré les efforts intellectuels d'approfondissement. Il reste que, dans le cadre du droit politique interne et du droit public international dont il pressent l'avènement et l'essor prochains, il donne au concept d'État une force lexicale et sémantique que nul avant lui — pas même Bodin — n'avait atteinte.

De Machiavel à Suarez, tandis que se dessinent les métamorphoses de l'horizon intellectuel, la redéfinition de la catégorie du politique est amplement préparée. Le concept d'État, quoique sorti progressivement d'une volonté de rupture avec une longue et lourde tradition théologique, est en train d'acquérir une force moins iconoclaste que fondationnelle. L'idée de l'État que se font les auteurs les plus audacieux du XVI<sup>e</sup> siècle demeure parfois encore embrumée. Mais, malgré la gangue qui l'empêche d'advenir à une parfaite transparence, elle apporte les linéaments d'une révision des catégories politiques. Cette révision novatrice, sans instaurer une coupure radicale avec la tradition dont sont nourris tous les auteurs du XVI<sup>e</sup> siècle, est caractéristique de cette période de l'histoire des idées que désigne le terme de « Renaissance ». Elle a le mérite d'isoler des préoccupations théoriques qui, masquées jusqu'alors par un souci ecclésiologique ou méta-politique, n'avaient pas été développées ou étaient demeurées peu développées. À la faveur du bouillonnement des idées qui se

manifestait un peu partout en Europe, elles prirent un essor d'autant plus important qu'elles trouvaient, à défaut de leur accomplissement, du moins un écho assez remarquable dans l'histoire intellectuelle et même politique de l'époque.

3. Dès le premier quart du XVII<sup>e</sup> siècle, le mot et l'idée de l'État trouvent en effet leur incarnation dans la politique concrète des princes et des ministres. C'est ainsi que, avec Richelieu qui fut ministre de 1624 à 1642, l'histoire de France s'ouvrit véritablement à la modernité. Non seulement le terme *État* entra franchement dans la langue officielle de la diplomatie française, mais, en apparaissant dans le texte du *Testament politique*, il indiquait clairement qu'il était devenu l'une des notions clefs de la politique de la France. « La raison, écrivait Richelieu, doit être la règle de la conduite d'un État » (Seconde partie, chap. II). Et le cardinal-ministre ajoutait : « Les intérêts publics doivent être l'unique fin de ceux qui gouvernent les États » (chap. III) ; il écrivait également : « la prévoyance est nécessaire au gouvernement d'un État » (chap. IV).

Autour de Richelieu, se multiplièrent les bréviaires de rationalisme politique qui, désormais, accordaient une large place au concept d'État et en appelaient la réalisation dans la politique concrète. Ainsi Jean de Silhon, qui fut l'un des secrétaires de Richelieu, rédigea *Le Ministre d'État, avec le véritable usage de la politique moderne* (1631) ; à plusieurs reprises, il révisa et compléta son ouvrage ; il demanda même à Mazarin que le serviteur de l'État « fasse régner la raison sans résistance ». Philippe de Béthune, frère de Sully, fit entendre cette même tonalité rationaliste dans *Le Conseiller d'État* (1633). Gabriel Naudé lui-même, quoique tenté par le libertinisme érudit, prôna également, dans ses *Considérations politiques sur les coups d'État* (1639), l'appel à la raison dans la politique d'autorité de l'État.

Les divers ouvrages que nous venons de mentionner peuvent évidemment passer pour des textes assez laborieux faisant entendre la pensée politique des cabinets de presse de l'époque. Le vocabulaire lui-même est hésitant. D'un côté, l'idée de la « raison d'État », par laquelle Botero explicitait un thème implicite de la pensée politique de Machiavel, signifiait de manière pathétique que tous les moyens sont bons pour sauvegarder ou pour régénérer l'intérêt de l'État : « Quand le salut de la patrie est en jeu, on ne saurait examiner si une chose est juste ou injuste, clémente ou cruelle, louable ou honteuse, mais repoussant toute

autre considération, on doit à tout prix prendre la décision qui lui sauve la vie ou lui conserve la liberté » (*Discours sur la première décade de Tite-Live*, III, *in fine*). De l'autre côté, la politique de la raison dans l'État trouvait, un peu plus tard il est vrai, une formulation exemplaire sous la plume de Pierre Cardin Le Bret, qui était le conseiller juridique de Richelieu. Son traité *De la souveraineté du Roi* (dont l'édition originale date de 1632) expose un programme politique qui est aux antipodes des accents partisans et quasiment pamphlétaires que laissait entendre, sous le même titre, l'ouvrage de Jean Savaron paru en 1615. Cardin Le Bret sut théoriser les principes d'action de l'État par lesquels Richelieu œuvrait au triomphe du centralisme administratif de la monarchie française. Il n'y a de droite politique en l'État, disait-il, que celle des « longues chaînes de raisons » dont parlera bientôt Descartes. Dans l'État moderne que caractérise « la suprême et perpétuelle puissance », s'exprime, écrivait Cardin Le Bret dès la première page de son livre, l'esprit de géométrie. Une seule phrase condense ainsi l'inspiration de l'État moderne en train de s'affirmer : en lui, « la souveraineté est non plus divisible que le point en géométrie ». Si l'unité que scelle la souveraineté en l'État se brisait, la déraison s'installerait. C'est pourquoi Cardin Le Bret entendait démontrer, mathématiquement, l'infailibilité de la souveraineté royale, seule unitaire et unificatrice. Même si sa pensée demeure encombrée par de multiples références historiques et par des réminiscences jusnaturalistes qu'il ne cherchait pas à approfondir, il déclarait néanmoins avec force que, seul, un droit rationnel — fût-il fondé sur la raison divine plutôt qu'instauré par un « établissement humain » — est apte à conjurer les désordres que provoque la faiblesse des hommes et à conférer à la souveraineté de l'État moderne la capacité qui lui permettra de se perpétuer.

Évidemment, parmi les maximes rationnelles qu'énonce Cardin Le Bret, il n'en manque pas dont la stricte applicabilité ferait difficulté. C'est là le problème toujours rebondissant des rapports de la théorie à la pratique. Néanmoins, si Cardin Le Bret théorise, Richelieu gouverne. Et Richelieu, dans son ministère, s'évertue à rationaliser le pouvoir de l'État. Faisant écho à Descartes, il recherche sans cesse l'unité de conception d'un système constitutionnel ou législatif car il voit en cette unité une promesse pour la stabilité de l'État. En outre, dans le système unitaire de l'État, le roi est vraiment, comme le pilote en son navire, seul maître à bord : c'est à lui seul qu'est imparti, au gouvernail de l'État, l'office de le conduire au port. La souveraineté qui fait l'être de l'État n'est donc plus tributaire ni de l'Empereur ni du Pape. Elle s'est aussi amplement dégagée de l'empirie fluctuante de l'historicité et travaille à se

soustraire aux manipulations perfides d'une opinion protestataire. La raison immanente à l'État en consacre et en valide la marche vers l'indépendance. Ainsi la France de Richelieu, à peine sortie des drames, des guerres et des désordres du siècle précédent, exige-t-elle l'anti-dispersion et l'anti-partage qui, dans l'État des Temps modernes, sont des gages d'équilibre et de stabilité.

Il semble donc que la France, à la mort de Richelieu, ait donné une réalité politique au concept d'État dans lequel résonne déjà l'acceptation moderne que lui accorderont les trois siècles suivants et que, d'une certaine manière, nonobstant les incertitudes qui sont venues le gangrener, on lui reconnaît encore couramment aujourd'hui. Sur le territoire et sur le peuple de France s'exerce en effet désormais, de manière laïque, le pouvoir organisationnel de la souveraineté qui définit la communauté étatique. Davantage : au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, la notion d'État passe les frontières, même si des réticences sont visibles en Angleterre en raison de sa vocation impérialiste, et en Allemagne où résiste l'esprit féodal. Les vieilles notions latines qui scandaient la pensée politique ne sont pas totalement effacées de la littérature savante. Mais politiques, juristes et philosophes se rejoignent pour faire usage du mot *État* qui entre en 1696 dans la première édition du *Dictionnaire de l'Académie française* où l'on peut lire : l'État est le « Gouvernement d'un peuple vivant sous la domination d'un prince ou en république. Se prend aussi pour le pays même qui est sous une telle domination ». C'est la consécration d'une nouvelle modalité de la pensée politique et, en grande partie aussi, la reconnaissance d'une pratique politique : dans la doctrine comme dans l'expérience, l'État s'impose à la fois comme être idéal et comme entité substantielle, à telle enseigne que la philosophie politique et la politique elle-même — la théorie et la pratique — obéissent à des schèmes spécifiques que nous voudrions exposer dans les chapitres de cet ouvrage.

\*

Le prestige d'un mot, voire le triomphe d'une idée dont la réalisation ne marque rien de moins qu'un tournant de l'histoire ne suffisent pas — surtout lorsqu'il est question de l'État — à leur clarification. Le philosophe qui s'interroge sur les considérants et les conséquences de l'émergence de l'État au cœur de la sphère politique rencontre quelques évidences qui, par leur envergure, sont redoutables et, tout ensemble, de multiples difficultés qui, par leur pointillisme, sont chargées d'épines.

Dans ce livre, nous avons pris le parti méthodologique de nous en tenir aux grands schèmes constitutifs et régulateurs de l'État moderne et de n'examiner que les questions — fort nombreuses déjà — qu'ils suscitent pour la réflexion philosophique. Ce n'est donc ni un traité exhaustif de droit politique ni un essai de théorie générale de l'État que nous proposons. Nous cherchons, à la lumière des grandes philosophies politiques élaborées au cours des temps modernes, à comprendre, par-delà les raisons d'être et les enjeux de l'État, le destin auquel l'histoire, inexorablement, l'expose aujourd'hui.

Nul ne peut, évidemment, demeurer indifférent à ce destin qui, chaque jour, nous touche de très près. Or, s'il est devenu banal à notre époque de parler d'une « crise » de la souveraineté, voire d'une « crise de l'État », rares sont les auteurs qui se demandent si ce malaise est structurel ou s'il est conjoncturel. Dans le premier cas, l'État, en son essence même, serait une institution dont la nature intrinsèque est conflictuelle. Dans le second cas, l'État, tributaire des variances de l'horizon intellectuel et culturel du monde occidental, serait emporté par la dynamique de l'histoire vers d'autres formes politiques. Dès lors, pour le philosophe, une question fondamentale se pose : l'éclipse de la rationalité moderne, souvent mentionnée dans le monde actuel, résulte-t-elle des contradictions intrinsèques de la modernité et condamne-t-elle l'État, comme l'homme lui-même d'ailleurs, à une mort prochaine ? ou bien les institutions politiques — dont l'histoire enseigne que, nonobstant les haines dressées contre l'État, les sociétés humaines ont besoin — apparaissent-elles, pour un regard à hauteur d'homme, vouées à la contingence sans pouvoir jamais être évaluées à l'aune des essences éternelles et des valeurs universelles ? Telle est probablement « l'ironie » — telle que la pensait jadis Socrate ou telle que la pense aujourd'hui Richard Rorty — qui s'attache au concept de l'État : ayant atteint, dans le monde moderne, sa parfaite constitutionnalité, il appartient à son destin (qui est aussi le nôtre) de s'engager sur des voies nouvelles. Celles-ci, d'ailleurs, ne vont pas sans problèmes et restent dans une large mesure à frayer.

Notre propos se développera donc en deux parties.

Nous examinerons en un premier temps les intuitions et les principes qui, ayant permis d'abord l'avènement de l'État moderne — son « institution » comme on disait alors — puis, dans le cadre territorial et démographique où il émergeait, l'établissement de ses structures organisationnelles et fonctionnelles — son « institutionnalisation » —, l'ont progressivement conduit à la conscience

de soi. Nous montrerons comment ces intuitions et ces principes, en dessinant la figure moderne de la politique, ont, à l'intérieur des frontières de l'État, fait sa grandeur et sa gloire.

Puis, en un second temps, nous nous interrogerons sur les crises et les errements qui ont peu à peu modifié la figure de l'État. Nous montrerons comment, à la lisière de la décadence institutionnelle, les transformations dont il a été, et est encore le lieu à notre époque, l'ont conduit à participer aujourd'hui, par une série de métamorphoses, à un système juridico-politique supra-étatique ouvert à l'Europe et au monde.

# PREMIÈRE PARTIE

La modernité politique ou la conscience de  
soi de l'État

L'État, dans le temps de la modernité politique, a puisé sa grandeur dans les idées-force qui en sous-tendent le schéma constitutif. La théorisation de l'État à laquelle Jean Bodin a puissamment contribué par sa conception de la souveraineté ne permet certainement pas, contrairement à ce que pensait le jurisconsulte angevin, d'en donner une définition autosuffisante. Elle a cependant posé une pierre d'angle à partir de laquelle l'émergence juridique de l'État lui a permis de s'affirmer et de conquérir sa grandeur. Pour comprendre ce qu'est l'État dans l'histoire moderne de l'Occident, on ne saurait donc faire l'économie d'une étude de la *souveraineté* qui en est, conceptuellement, le critère et, concrètement, la clef de voûte. Mais, si la souveraineté de l'État est l'indication du critère formel de sa puissance, elle ne manifeste sa réelle prégnance, sur un *territoire* donné, que dans le rapport qu'elle entretient avec les *citoyens* et les *magistrats*. Ce rapport détermine à son tour les modes d'exercice du pouvoir qui caractérisent les types de gouvernement qu'on appelle couramment les *régimes politiques*.

Il nous faut donc d'abord considérer l'État en ses assises structurelles et dans sa vocation fonctionnelle. Aussi mettrons-nous d'abord en évidence les **structures fondamentales** sur lesquelles, à l'heure de la modernité, a pu s'appuyer l'architecture de l'État (chapitre 1). Nous pourrons ensuite décrire la manière dont, dans ses limites géographiques, le peuple est gouverné conformément aux **formes institutionnelles** du pouvoir d'État (chapitre 2). Il nous restera alors à nous interroger, du point de vue philosophique, sur le **sens des effets constitutionnels** dans l'État (chapitre 3).

# Chapitre 1

## Les structures fondamentales de l'État moderne

En son lent avènement, la notion d'État s'est inscrite, non sans quelques hésitations philosophiques, dans un univers culturel en quête de son indépendance intellectuelle. Nous avons vu comment, de Machiavel à Richelieu, les références théologiques tendaient, peu ou prou, à s'effacer sur l'horizon de la politique. Simultanément, l'homme, qui commençait à s'avancer sur la scène du monde, s'efforçait de maîtriser la nature et laissait s'estomper dans le lointain les références cosmologiques de la pensée politique des Anciens. L'humanisme a tissé son projet conquérant en procédant sans révolution à la relégation progressive des réquisits de la tradition philosophico-politique. Ce pas fut loin d'acquiescer d'emblée une assurance pleine et entière, de sorte que la naissance de l'idée d'État s'est opérée — nous l'avons rappelé plus haut — dans une pensée de transition dont la politique philosophique de Jean Bodin est, sans nul doute, l'illustration la plus éloquente. Néanmoins, les structures fondamentales nécessaires à l'État, dont le concept et la réalité prenaient corps de manière concomitante, se dégagèrent assez rapidement de leur gangue. À la théorisation de la *souveraineté* répondit comme un écho nécessaire l'épure de la *citoyenneté*. Les rapports qui s'établissaient entre ces notions, appelées à former dorénavant les poutres maîtresses de l'architecture politique, définirent la puissance de l'État des Temps modernes.

### 1. La souveraineté, principe de la puissance étatique

L'émergence corrélative du mot et du concept d'État a procédé, au XVI<sup>e</sup> siècle, à la fois du besoin et de la volonté d'institutionnaliser le Pouvoir. Bien entendu, avant cette période de l'histoire, l'on savait distinguer, comme ce fut le cas dans la Grèce antique, dans le monde romain et aux temps de la féodalité, la communauté politique de ces autres communautés qu'étaient les groupes domestiques et ces rassemblements troubles que saint Augustin appelait des « bandes de brigands ». Si, en toutes ces diverses communautés, un chef commandait aux autres membres, et si, par conséquent, s'y instaurait un rapport

de commandement à obéissance, ce type de relation ne suffisait pas pour caractériser la société politique : celle-ci, même dans les temps les plus reculés, avait assurément besoin de « gouvernants » pour y faire régner l'ordre, d'armées et de forteresses pour défendre les villes et le territoire, et même de règles et de juges pour sauvegarder la justice dans les relations humaines. Mais l'organisation interne d'une communauté, les rapports de forces, internes ou externes, voire le souci de la justice distributive ne suffisaient pas pour que les sociétés, même politiques, accèdent au rang et à la dignité d'États. Il fallait que le jeu, fût-il ample et complexe, des forces et de leurs rapports se trouve transposé dans un registre qui ne soit plus celui de l'événementialité empirique. Aux manifestations contingentes de simple puissance (*potentia*), il fallait que soient substituées les exigences catégoriques du Pouvoir (*potestas*). *Du fait, il fallait s'élever au droit.*

C'est pourquoi l'existence des *nomoi* du monde grec, des constitutions romaines et du droit féodal a parfois fait illusion au point que certains auteurs ont vu dans la Cité antique ou la seigneurie médiévale les formes les plus lointaines de l'État. Mais cette vision des choses est éminemment contestable. En effet, si la juridicisation d'une société est nécessaire pour que, la « puissance » y devenant « pouvoir », elle accède à sa dimension politique, elle n'apparut pas suffisante à l'orée des Temps modernes pour faire d'elle un État. *Il n'y a pas d'État sans souveraineté*, déclarent Jean Bodin, puis Charles Loyseau, puis Thomas Hobbes, qui en fixent ainsi le schème critériologique. Il importe donc de savoir **ce qu'est la souveraineté** et de saisir, à travers ses caractères spécifiques, **les conséquences** qui en découlent pour la détermination statutaire de l'État.

### 1.1. Ce qu'est la souveraineté de l'État

On s'accorde généralement à reconnaître dans *Les Six Livres de la République* (1576) de Jean Bodin l'œuvre d'un pionnier qui cisèle la première théorie de la souveraineté étatique. Même si ce jugement doit être nuancé, l'analyse du juriconsulte angevin mérite attention. Cependant, presque un siècle plus tard, Thomas Hobbes, en faisant naître, dit-il, la « science politique », affine et précise, « dans l'abstrait » — c'est-à-dire de manière théorique et spéculative —, les thèses avancées par son prédécesseur.

### 1.1.1. L'analyse de Jean Bodin

On sait aujourd'hui, grâce aux nombreuses études qui ont exploré la pensée politique du Moyen Âge, que l'analyse de la souveraineté donnée par Bodin n'était pas absolument inédite. D'ailleurs, Bodin lui-même n'ignorait nullement qu'Aristote, puis les juristes romains et les penseurs médiévaux avaient reconnu que la Cité — *Polis*, *Civitas* ou *Res publica* —, loin de se confondre avec la ville, se caractérisait par « la suprême puissance » qui y exerçait le commandement. Seulement, écrit-il, « parce qu'il n'y a ni juriste ni philosophe qui ait défini [cette *supremitas*] [...], il est besoin de former la définition de Souveraineté car c'est le point principal et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République » (*Rép.* I, VIII). La théorie qu'il en a élaborée demeure célèbre et, bien qu'elle ait donné lieu à des interprétations diverses, elle constitue un tournant important dans l'histoire des idées politiques et, par conséquent, une référence obligée.

Sans accents polémiques, Bodin consacre un long chapitre de son grand œuvre à l'étude méthodique de la souveraineté. Rappelons-en l'essentiel.

L'exposé comporte de nombreux méandres : tantôt Bodin suit le cours de l'histoire, tantôt il systématise le droit universel et, en parcourant le « théâtre de la nature », il entend ne pas négliger les secrets des « choses sublimes » cachées dans les replis de l'univers. En sa démarche « synthétiste », il présente la souveraineté comme « fondement principal de toute République » et comme le critère de tout « droit gouvernement ». Il ne cache pas son dessein de ciseler l'épure d'un État « bien ordonné » pour l'offrir en modèle au royaume de France que minent alors les querelles et les dérives politiques.

Afin de réaliser son dessein, il adopte une position originale qui consiste à transposer la notion de souveraineté du domaine ecclésiastique, où la doctrine traditionnelle l'avait inscrite, à la sphère juridico-politique. Il ne s'interroge donc ni sur l'origine ni sur la genèse de la souveraineté, mais sur son essence, qui détermine, dit-il, les structures immanentes de la *Res publica* ou *État*. Il explique à cet effet que la souveraineté, qui est « plénitude de puissance » (*plenitudo potestatis*), n'est pas, comme l'enseigne la doctrine médiévale, l'apanage du Souverain Pontife. De multiples exemples historiques montrent qu'elle est le critère essentiel du Pouvoir de l'État, de sorte que ce qui n'est pas République — chose publique ou *Res publica* — selon ce critère n'est rien d'autre qu'anarchie.

Si, explique Bodin, les familles ou « ménages » sont « les parties » d'une République, la souveraineté en est « la forme » et en exprime « l'essence ». La belle métaphore du Vaisseau République prolonge l'image par laquelle la préface des *Six Livres de la République* évoquait le navire France tourmenté par la tempête. « Tout ainsi que le navire n'est plus que bois sans forme de vaisseau quand la quille qui soutient les côtés, la proue, la poupe et le tillac sont ôtés, ainsi la République sans puissance souveraine qui unit les membres et parties d'icelle, et tous les ménages et collèges en un corps, n'est plus République » (*Rép.* I, II, p. 12). Dès lors, en s'appuyant encore sur la multitude des exemples que fournit l'histoire, Bodin examine la nature de la puissance souveraine en l'État. Bien que le texte soit alourdi par de nombreuses références historiques et scripturaires et que, souvent, il se déploie selon une pesante démarche scolastique, il expose de manière lumineuse que la nature de la souveraineté tient en *trois* traits fondamentaux : sa capacité de commandement, sa perpétuité, son caractère absolu. Non seulement la *puissance de commandement* de l'autorité souveraine est « la plus grande » et, superlative, dépasse toutes les autres en se distinguant de la puissance maritale ou paternelle (*Rép.*, I, III, p. 20 et 29), mais, lors même qu'elle s'incarne en un prince, elle n'est pas privée mais « publique ». Sur le Vaisseau République, elle est comparable à celle du pilote en son navire ; seul maître à bord après Dieu, le souverain, comme le capitaine du bateau, veille au bien commun. Aussi le commandement souverain est-il *puissance perpétuelle* ou *sempiternelle* : la souveraineté est attachée à l'État sans interruption et sans limitation dans le temps. Le pouvoir de commander déferé temporairement aux magistrats n'est pas un pouvoir souverain. La souveraineté n'est pas de l'ordre du temps ; elle le transcende, impliquant en cela une continuité qui déborde toute restriction chronologique. La maxime médiévale *Majestas regia nunquam moritur* (« La majesté royale ne meurt jamais ») traduit ce qu'en termes modernes on appelle « le principe de la continuité de la puissance publique ou de l'État », lequel s'est peu à peu dégagé des « lois fondamentales du royaume ». Enfin, la puissance souveraine est *absolue*, c'est-à-dire inconditionnelle (*Rép.*, I, VIII, p. 128), donc, indépendante de « charges et conditions », à telle enseigne que le prince « ne se peut lier les mains quand ores il le voudrait » (*Rép.*, I, VIII, p. 132). La puissance souveraine fait et défait toutes les lois positives de l'État. Seulement, elle est elle-même indéfectiblement liée à la loi naturelle et divine et il importe que « la loi du prince soit faite au modèle de la loi de Dieu » (*Rép.*, I, VIII, p. 161).

Que la souveraineté soit l'essence de l'État signifie, explique Bodin, son unité,

son indivisibilité et son irrévocabilité. Il le démontre au livre premier de *La République* (chap. IX et X) en burinant le portrait du prince qui incarne le pouvoir souverain. Souveraineté et service, souligne-t-il, sont antinomiques : la souveraineté exclut suzeraineté et vassalité. Donc, le prince souverain « ne peut être établi que de Dieu » (*Rép.*, I, IX, p. 211). Or, dans le caractère divin de la puissance souveraine que, pas un instant, Bodin ne songe à mettre en question — *Nulla potestas nisi a Deo* —, c'est moins la source de la souveraineté que sa nature qui se profile. Donnant loi à tous et ne connaissant pas d'autre justice que celle dont Dieu lui offre le modèle, l'État, en sa souveraine puissance, ne peut tolérer ni contestation ni désobéissance et son pouvoir ne se peut partager. La souveraineté a l'unité parfaite de la circonférence : « Tout ainsi qu'une couronne perd son nom si elle est ouverte ou qu'on arrache les fleurons, aussi la majesté souveraine perd sa grandeur si on y fait ouverture, pour empiéter quelque endroit d'icelle » (*Rép.*, I, X, p. 215). De l'image à l'idée, la conséquence est incisive : les droits de souveraineté ne se peuvent bailler ; ils sont incessibles et inaliénables (*Rép.*, I, X, p. 235 et 239), par l'effet de quoi il ne peut y avoir, selon Bodin, de « parties de la souveraineté » (*Rép.*, II, I, p. 266). Une souveraineté divisée est « corruption de République » et donc, pour un État bien compris, une impossibilité. La souveraineté est ainsi « le vrai fondement et le pivot sur lequel tourne [l'État] ».

L'idée de l'*unité indivisible* de la souveraineté peut nous paraître banale pour caractériser la puissance de l'État. Mais, pour Bodin qui, entre deux âges du monde, est un penseur de transition, elle est emplie de sous-entendus philosophiques : le concept de souveraineté transpose dans le domaine politique le *thème métaphysique de l'Un*. En effet, de même que Dieu, absolu et Un, exerce son empire sur l'univers, de même, la *majestas*, qui ne souffre en l'État « non plus division que l'unité » (*Rép.* VI, VI, p. 1056), y est une autorité omnisciente, faisant loi pour tous et en tous domaines, que nul ne saurait ou ignorer ou contester. Il n'en faut point déduire, à l'instar de certains commentateurs, que l'unité de la souveraineté est le substrat de la théorie absolutiste de l'État. Pour Bodin, l'Un est le principe ontologique sans quoi le concept de souveraineté est incompréhensible. En conséquence, tout ce qui introduit dans le monde politique séparation et pluralité est, comme d'ailleurs le vérifie l'histoire, germe de mort. La droite politique de l'État ne se peut penser que dans l'union et l'unité. C'est pourquoi la souveraineté, qui en connote l'unité principielle, en exprime aussi l'intelligibilité essentielle. Disons en d'autres termes qu'elle s'affirme comme la *norme de l'État* et que, dans cette perspective,

l'État moderne qui annonce conceptuellement sa carrière ne se peut réduire aux jeux dominateurs de la puissance. L'État est inconcevable et impossible en dehors de l'œuvre centralisatrice, législatrice et administrative du Pouvoir, qui doit s'exercer par le moyen d'institutions dont il lui appartient de définir les compétences.

La souveraineté est donc non seulement la norme idéale et abstraite de l'État, mais son concept connote le pouvoir normateur dont il est le centre. L'État moderne, par la souveraineté dont il est le lieu d'excellence, incarne ainsi, dès l'irruption de son concept, un ordre dynamique qui implique à la fois l'érection du droit politique et l'organisation de la société civile. En lui se concentre la prérogative législatrice ou, mieux, jurislatrice qu'il exerce dans les limites d'un territoire et sur une population donnée.

### ***1.1.2. La construction de Hobbes***

Au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, Thomas Hobbes devait, dans la rigueur de sa philosophie, couler l'idée de souveraineté dans le moule de la mathématique. Avec lui, la « science » ou « philosophie » politique dont il veut inaugurer la carrière accomplit d'entrée de jeu un grand pas. Machiavel avait tracé le schéma politique de la principauté nouvelle que l'État était appelé à édifier. Bodin, en analysant la souveraineté, avait façonné la clef juridique de l'État moderne. Hobbes vint, qui, dans le *De Cive* (1642) et, surtout, dans le *Léviathan* (1651), rationalisa cette épure juridico-politique. Dans la radicalité de son pas réflexif, il s'aïda des mathématiques et des procédures résolutive-compositives de la mécanique galiléenne pour accorder à la pensée politique un primat définitif sur la pensée théologique.

Hobbes, à la différence de Bodin, n'était pas juriste et c'est en philosophe qu'il a élaboré sa théorie de l'État. Sa méthode est claire : il entend suivre dans la « science politique » les voies exemplaires de la logique pour rendre compte aussi bien de la *genèse* que de la *structure* de l'État. Il ne parle pas des hommes politiques car il ne souhaite adopter le ton ni de la polémique ni de l'apologie. Il se donne pour objectif de traiter, « dans l'abstrait, du siège du Pouvoir ». Dans cette perspective qu'en son courage intellectuel il ne perd jamais de vue, il faut savoir reconnaître la pertinence de ses analyses.

La souveraineté n'est pas simplement dans l'État, estime-t-il, l'un des

caractères du Pouvoir. Elle constitue « l'âme » du « corps politique », c'est-à-dire de la République ou *Commonwealth* qu'il assimile à l'État. Mais cette « âme » possède une originalité : elle est une « âme artificielle », ce en quoi l'État puise la spécificité qui le fait entrer, de manière altière et délibérée, sous le portique de la modernité. L'idée de souveraineté est de part en part, démontre Hobbes, une construction de la raison. C'est dire que, au « naturalisme », assurément équivoque et multivalent, mais qui, toujours, sous-tendait, dans l'ombre de la volonté divine, les méditations politiques traditionnelles, Hobbes substitue explicitement les perspectives « artificialistes » d'un État qui est l'œuvre de l'homme calculateur et constructeur.

Pour mener à bien sa démonstration, Hobbes procède d'abord à une étude de la « nature humaine » en laquelle il dénie toute confiance à un naturalisme de type aristotélien. Selon lui, l'homme est placé sous les deux signes antinomiques du *droit de nature* — qui est la liberté qu'a chacun d'user de son pouvoir pour défendre sa vie — et de la *loi de nature* — qui détermine, lie et oblige (*Lév.*, chap. XIV). Il est, en conséquence, tiraillé entre la *guerre* — chacun étant (tableau sombre s'il en est) ennemi de tout autre — et la *paix* — condition que dicte aux hommes la droite raison soucieuse pour tous du « *comfort of life* ». Du drame dialectique auquel est ainsi condamnée la nature humaine, Hobbes fait la substance même d'une philosophie politique en laquelle s'expriment les audaces d'une sensibilité intellectuelle qui ne s'était encore jamais découverte. Il cherche dans les *dictamina* de la raison — qui, d'ailleurs, sont davantage des conseils que des ordres — les moyens de résoudre le conflit inhérent à la nature humaine. Dès lors, se trouvent renouvelés les axiomes de base du globe politique. En effet, dans l'antagonisme qui déchire la nature même de l'homme, réside la condition de sa sauvegarde : conformément à la loi de nature, l'homme peut trouver, grâce à l'activité de sa raison, l'*artefact* — ou « l'artifice » au sens propre et originaire du terme — qui le fera triompher des désirs et des passions qu'attise le droit de nature. La raison, calculatrice et tendue vers l'avenir, s'oppose au désir insatiable abîmé dans la négativité. En cet affrontement, deux issues, en toute logique, sont possibles. Hobbes, bien évidemment, n'en retient qu'une. Il l'explique avec une netteté incisive : si les déterminations du droit de nature l'emportaient, les hommes seraient terrassés par leurs passions belliqueuses ; le néant les engloutirait ; il n'y aurait plus rien à dire. En revanche, si triomphe le calcul téléologique d'avantages dont la raison est l'ouvrière, les hommes substituent « l'état civil » à leur « condition naturelle » : ils sont sauvés par « l'artifice » que la raison a construit. Telle est la

source de l'État-Léviathan. Autrement dit, l'institution politique s'enracine dans la nature humaine. Elle est le résultat d'une *ratiocinatio*, c'est-à-dire d'un calcul de la raison. Par conséquent, il n'y a de République ou d'État que sur fond de géométrie spéculative, base d'une dynamique où les moyens s'agencent par voie déductive en vue de la fin qu'est la paix.

La genèse de l'État s'explique selon Hobbes, on le voit, selon un processus qui correspond à une révolution épistémologique. L'opération par laquelle est institué le pouvoir souverain de la République ou État est une opération arithmétique dont la structure et l'effectuation sont inscrites dans la *computation de la raison*, éclairée et conseillée par les lois de nature fondamentales qui orientent l'homme vers la paix (*Lév.*, chap. XIV) : « Que l'on consente, quand les autres y consentent aussi, à se dessaisir, dans la mesure où l'on pensera que cela est nécessaire à la paix et à sa propre défense, du droit qu'on a sur toutes choses. » Ainsi, un calcul téléologique d'avantages est la pierre de touche de la génération de l'État. Celui-ci est donc un *être de raison* : la somme, à la fois opération et résultat, de tous les droits dont tous les individus se sont désistés. Le total de tous ces droits individuels accumulés fait la puissance de l'État : la somme des droits ou forces (*potentiae*) dont sont porteurs les individus institue et constitue le pouvoir (*potestas*) de l'État. Le Léviathan, monstre terrible et fascinant, en symbolise la formidable puissance ou *summa potestas*. Que le souverain soit « homme ou assemblée » — le problème des régimes n'est pas pour Hobbes au centre de sa philosophie politique —, l'important est qu'il soit édifié par la raison calculatrice des hommes et que, en toute logique, il soit omnipotent, donc omniscient. La rationalité du droit souverain de l'État-Léviathan le rend indivisible en son uni-totalité, en conséquence de quoi il est inaliénable et inviolable.

Hobbes — quelles qu'aient été les méprises suscitées par sa philosophie politique accusée de faire le lit des despotismes voire, ce qui est absurde, des totalitarismes — a, au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, forgé pour l'État des Temps modernes un modèle d'intelligibilité qui prend place dans la systématique rationnelle de sa philosophie. Il confirme, dans la voie ouverte par Machiavel et déjà minutieusement explorée par Bodin, le principe de la puissance unitaire que, pour l'État moderne, constitue la souveraineté. Essence de l'institution étatique, le pouvoir souverain, suprême et un, qui en est le principe fondateur, ne peut être divisé sans que soit mise en péril l'existence de l'instance politico-juridique qu'est l'État.

Avant de poursuivre l'étude des réquisits de l'État, il importe de mettre en évidence, à l'heure où celui-ci surgit dans le mouvement de l'historicité, les conséquences qu'engendre philosophiquement la conception de la souveraineté qui vient de trouver sa formulation paradigmatique.

## **1.2. Les conséquences philosophiques de l'idée de souveraineté**

Carl Schmitt, dans les leçons qu'il consacrait en 1922 à l'étude de la souveraineté (*Théologie politique*, I), déclarait : « Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés. » Cette formule, dont la frappe est remarquable et la portée, considérable, est souvent citée. Mais elle est plus subtile qu'il ne le semble car elle confère à la puissance étatique les caractères qui, désormais, pourront l'inscrire dans le cadre de l'humanisme juridique.

### **1.2.1. La sécularisation de l'État**

Dire que les maîtres-concepts de l'État proviennent, à l'aurore de la modernité, de la sécularisation de concepts théologiques signifie d'abord que, d'un point de vue lexical, les « modernes » théoriciens de l'État n'ont rien inventé et sont allés puiser les notions qu'ils systématisent dans la philosophie théologico-politique de la tradition chrétienne. Cette question de vocabulaire trouve aisément sa vérification.

Mais la formule de Carl Schmitt signifie ensuite — ce qui est beaucoup plus important — que l'héritage des mots est loin d'être, en l'occurrence, un fidèle héritage d'idées. Certes, le concept de souveraineté connote dans l'État, comme pour Dieu, l'omnipotence du Pouvoir et l'omnicompétence qu'il manifeste en tous domaines en imposant sa loi. Mais la souveraineté étatique moderne, en son concept comme en son exercice, ne se fonde pas dans la transcendance et l'infinité de Dieu : elle résulte d'un travail constructeur effectué par l'homme qui en appelle aux ressources de sa propre raison. Il est excessif et faux de soutenir que l'anthropologisation du politique est allée de concert avec le meurtre de Dieu, nécessaire, selon certains, pour que l'homme puisse prendre la place ainsi laissée vide. De manière plus raisonnable, elle signifie que la condition civile ou politique est, en sa fin (*le salus populi*), en son principe (le calcul téléologique de

la raison) et en ses moyens (des conventions conclues entre les individus), une affaire exclusivement humaine qui, certes, ne demande rien à Dieu mais ne cherche pas pour autant à faire de l'homme un dieu. Tout simplement, l'État, en sa souveraineté, n'enserme pas, ou n'enserme plus de traces du « droit divin » ; Hobbes a même relégué une telle croyance au magasin des « traditions fabuleuses » qui véhiculaient des « rêves » sans pouvoir jamais s'élever au rang de la « science ».

Si donc la théorie de l'État moderne transpose dans l'ordre politique des notions théologiques, l'important est de souligner que leur sécularisation en désigne, sans révolution ni violence, leur ample laïcisation. Il est imprudent d'en conclure sans nuances, dans le sillage de Max Weber mal compris et selon une mode intellectuelle contemporaine, au total « désenchantement » du monde politique : la philosophie de l'État moderne n'implique pas purement et simplement la déspiritualisation du monde et la négation de l'horizon spiritualiste de la tradition. En reconnaissant à l'homme des capacités et des droits, la philosophie politique a posé, dès le XVII<sup>e</sup> siècle, les premiers jalons de l'humanisme juridico-politique qui caractérise les siècles de la modernité. Dorénavant, la théorie de l'État sera hantée par le souci de fixer les capacités, mais aussi les limites, de la raison humaine dont le pouvoir constructeur a charge d'édifier et d'organiser la propre condition des hommes. Si donc la souveraineté est bien la transcription laïque du concept ecclésial de *plenitudo potestatis*, elle exprime avant tout la force constructrice de la raison humaine et s'inscrit dans ses limites mêmes.

Il convient donc de préciser le sens et les effets de la sécularisation de la souveraineté de l'État qui s'est affirmée à l'aube des Temps modernes.

### ***1.2.2. L'État comme artefact rationnel***

L'anthropologisation de la souveraineté fait désormais de l'instance étatique un prodigieux *artifice*. C'est le grand mérite de Hobbes d'avoir insisté sur cet aspect de l'État moderne. « C'est l'art, écrivait-il, qui crée ce grand Léviathan qu'on appelle République ou État. » Son explication est limpide. Parce que, selon lui, l'homme n'est pas par nature, comme le disait Aristote, un *zoon politikon* et que son existence sociale ne répond pas, au niveau de la Cité, à une organisation qui serait elle-même en accord avec la nature et avec sa propre nature, il lui faut inventer l'État : l'édifier, l'instituer. Tandis que l'accord des

abeilles dans la ruche est naturel, la coexistence des hommes, qui vient des conventions conclues entre eux, est artificielle. L'État est donc une production de l'art — tout comme les machines et les horloges sont construites par technique et industrie. Sans doute Hobbes précise-t-il que « l'art de l'homme » imite « l'art par lequel Dieu a produit le monde et le gouverne ». Il reste que la « science politique » hobbiennne n'a de cesse de démontrer que, dans la société civile ou État, la raison humaine, et non point la raison divine, est à l'œuvre de sorte que le Léviathan en qui réside l'essence de l'État est l'« *homo artificialis* » qu'érige son calcul constructeur. L'« âme » de cet « homme artificiel » ne peut, elle aussi, qu'être artificielle et Hobbes n'hésite pas à écrire que l'État-Léviathan est une « personne fictive ou artificielle » (*a feigned or artificial person*). D'une part, comme on l'a souvent remarqué, la procédure qui rend compte de son institution est étrangère à l'organicisme naturaliste dont la pensée politique, depuis Aristote, aimait se réclamer. En elle triomphe le pas mécaniciste que Hobbes emprunte à la méthode galiléenne et qui projette dans la théorie politique la démarche résolutive-compositive (analytique et synthétique) de la recherche scientifique. D'autre part — et cela est de prime importance pour la théorie de l'État moderne —, l'institution de l'État-Léviathan par la raison est, simultanément, l'institution du « peuple » en un corps uni qui prend désormais la place d'une multitude diverse et dispersée. L'artificialisme qui porte l'avènement de l'État et en rend possible l'intelligibilité n'exprime donc pas seulement la volonté de rupture — qu'il ne faut d'ailleurs pas exagérer — par laquelle la pensée moderne cherche à s'arracher aux ornières d'une politique d'obéissance cosmologique ou théologique. Loin de la vieille métaphysique qui s'évertuait à découvrir l'essence du politique dans des formes substantielles, l'artificialisme de l'État moderne véhicule — comme le montre la philosophie de Hobbes avec une exemplarité forte et troublante — le besoin de promotion existentielle qu'éprouvent les hommes au tournant du XVII<sup>e</sup> siècle : l'édification de la société civile permet la métamorphose de la multitude éparsée des individus en un peuple, c'est-à-dire en un « corps public » dont l'unité se fixe dans les frontières de l'État.

À la différence de la fièvre qui rôde dans les pamphlets publiés par la presse naissante de l'époque dont les cris protestataires réclament que le peuple fasse et défasse les rois, la démonstration de Hobbes est saisissante : elle consiste à justifier, par-delà le double *artefact* de l'État et du peuple, l'autorité indéfectible de l'État : le lieu du Pouvoir comme « être de raison » et le mode d'être du

peuple comme « personne publique » sont intimement liés non pas dans un jeu de miroirs qui, à tout prendre, serait incompréhensible, mais en raison de leur commune artificialité. C'est pourquoi, une fois mise en lumière l'idéalité mathématico-rationnelle du Pouvoir qui symbolise, dans l'État-Léviathan, la vérité d'essence de la politique moderne, il convient de s'interroger sur les effets statutaires qui en dérivent.

### **1.2.3. Les effets statutaires de l'artefact souverain**

En interrogeant le statut moderne de la puissance étatique, on peut mesurer la distance qui sépare Hobbes de Bodin, même si les deux penseurs sont également soucieux de la dynamique nécessaire à l'État. Bodin exposait dans *Les Six Livres de la République* « les vraies marques de souveraineté » (*Rép.*, I, X) en quoi se profilait selon lui « le droit gouvernement » de l'État. Hobbes, quant à lui, a dessiné, jusque dans les frontispices de ses ouvrages, les lignes d'un État idéal-typique dont le *contractualisme* est la cheville ouvrière. Mais, dans un cas comme dans l'autre, la réflexion du juriste et du philosophe permet de dégager les racines fondatrices de l'État dont a besoin la modernité.

Bodin accorde à la souveraineté un « attribut essentiel » qui en commande la fonction. Il fait de la *compétence législative* du souverain la clef de toutes ses prérogatives : « Le point principal de la majesté souveraine et absolue gît principalement, écrit-il, à donner loi aux sujets en général sans leur consentement » (*Rép.*, I, VIII, p. 142). « Il faut, poursuit-il, que le prince souverain ait les lois en sa puissance pour les changer et corriger selon l'occurrence des cas [...] tout ainsi que le maître pilote doit avoir en sa main le gouvernail pour le tourner à sa discrétion. » Sous la métaphore de la navigation qui prolonge la belle image liminaire des *Six Livres de la République*, l'idée-force de la pensée politique de Bodin est si nette qu'elle a, pour la théorie de l'État, un accent définitif : « La première marque et la plus évidente de la souveraineté est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier » (*Rép.*, I, X, p. 221). La souveraineté n'étant « limitée ni en puissance ni en charge ni à certain temps » (*Rép.*, I, VIII, p. 124), son pouvoir législateur est, en l'État, aussi essentiel qu'elle. En effet, « sous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté de sorte qu'à parler proprement, on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont

compris en celui-là : comme décerner la guerre ou faire la paix ; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats ; instituer ou destituer les grands officiers ; imposer ou exempter les sujets de charges et subsides ; octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois ; hausser ou baisser le titre, valeur et pied des monnaies... » (*Rép.*, I, X, p. 223). Par sa compétence législative qui s'exerce en tous domaines, la souveraineté est véritablement *fons juris* : le législateur souverain est jurislatureur en l'État. L'idée selon laquelle la loi « n'est rien d'autre que l'ordre ou la sanction de l'autorité souveraine » n'est pas seulement l'expression du droit régalien qu'un légiste français de la Renaissance peut appeler de ses vœux. En connotant l'attribut essentiel de la souveraineté, elle rend compte du pouvoir de décision et de contrainte légitime qui lui est immanent, c'est-à-dire qu'elle justifie l'autorité de la puissance publique sans laquelle l'État n'existerait pas.

Les auteurs anciens, bien évidemment, avaient mesuré l'importance de la législation dans la *Polis* et la *Civitas*. Mais ni Platon ni saint Thomas, ni même Terrevermeille ou Marsile de Padoue n'avaient autant insisté, malgré les intuitions qui, chez eux, pouvaient annoncer les premiers signes de la modernité, sur la capacité centralisatrice du Pouvoir que représente la fonction législative de l'État. Bodin, en raison de la référence constante qu'en sa philosophie naturaliste il fait à « la grande loi de Dieu et de Nature », est à coup sûr très éloigné du légalisme positiviste que résumeront au XX<sup>e</sup> siècle les formules incisives de G. Jellinek : « La forme de la loi est exclusivement réservée à l'État » et de R. Carré de Malberg : « La loi est le fait étatique positif. » Mais il a une vision très claire de l'étatisme centralisateur et il opère déjà une nette distinction entre la légalité juridique et la légalité morale. Sans soupçonner « la neutralité axiologique » du corpus juridique de l'État qu'il affirme toujours téléologiquement tendu vers l'ordre public et le bien commun, il fait de la compétence législative du pouvoir souverain le socle sur lequel repose la vie politique en ses multiples facettes.

Quant à lui, Hobbes n'obéit pas, lorsqu'il théorise la genèse de l'État-Léviathan, à des préoccupations de légiste. En philosophe, il exprime un humanisme rationaliste pour lequel la loi est le premier « effet souverain », autrement dit, le plus puissant ressort de l'État. Certes, comme Bodin, Hobbes reconnaît en la volonté législative du souverain la source vive de tous ses pouvoirs, si bien que l'autorité étatique s'exerce de façon multidimensionnelle : dans l'organisation du négoce, dans la détermination des obligations

domestiques, dans l'administration des affaires publiques, dans les finances, dans l'éducation, dans le contentieux... Mais Hobbes, qui insiste — ce que ne fait pas Bodin — sur l'institution *rationnelle* de l'État, souligne vigoureusement que le pouvoir de l'État est, seul, générateur du droit : en tenant compte, il est vrai, des *dictamina* des lois de nature, il détermine le juste et l'injuste, le licite et l'illicite, le légitime et l'illégitime, et même le bien et le mal (*Lév.*, chap. XIII). Dans l'État, il n'y a donc point de droit — au sens juridique du terme — en dehors de la loi posée par le souverain. Hobbes esquisse ainsi une perspective normativiste en laquelle l'univers juridique se dessine comme un tissu de règles prescriptives, permissives ou prohibitives. Ces normes définissent le « droit positif » : elles le posent, elles le constituent en sa forme et en son contenu.

Dans le discours de Hobbes, la théorie des fonctions de la puissance publique qu'est l'État trouve son assise et, du même coup, sa légitimité, dans la notion de *contrat social* à laquelle Bodin ne fait nullement référence. Or, ce thème contractualiste, en contribuant à déplacer le centre de gravité de la pensée politique, confère aux formes et aux fonctions de l'État une signification nouvelle que retiendra, avec une intensité inouïe, la philosophie politique moderne : il fait passer en effet la souveraineté, critère essentiel de l'État, du prince au peuple.

Les traités politiques de Hobbes, par la rigueur analytique de leurs exposés, ont effacé les configurations indécises dans lesquelles, tandis que se levait au XVI<sup>e</sup> siècle l'aube de la modernité, s'empêtrait l'intuition contractualiste des Monarchomaques. Le contrat qui fait naître l'État en arrachant les hommes à la condition naturelle précaire et misérable qui, à brève échéance, les condamne au trépas, n'est pas, selon Hobbes, un pacte conclu entre gouvernants et gouvernés, c'est-à-dire entre le roi et son peuple ; il est scellé *inter pares* et marqué au coin par le volontarisme individualiste qui préside au calcul rationnel du *covenant*. Il requiert que chacun abandonne l'exercice de son droit de nature qui l'expose à la mort ; mais il faut que « tous en fassent autant » car un abandon unilatéral serait un marché de dupes où ceux qui n'auraient pas renoncé à exercer leurs droits naturels écraseraient les autres par leur force. On voit aussitôt que le souverain n'est pas partie au pacte : il est *le tiers* en faveur de qui s'opère le transfert des droits individuels. Or, non seulement la procédure ainsi décrite explique mathématiquement la formidable puissance de l'État — laquelle résulte de la somme de tous les droits ou pouvoirs de tous les individus — mais elle fait de l'être de raison qu'est l'État la « personne publique » (*persona civitatis*) qui

représente la multitude assemblée en peuple. L'État se pense donc selon les catégories de l'*autorisation* et de la *représentation* qui l'enracinent dans la volonté de tout le peuple. Ainsi la doctrine de la souveraineté s'avère-t-elle être, comme l'a remarqué pertinemment Leo Strauss, une « doctrine juridique ». Comme telle, elle imprimera sa marque sur la quasi-totalité des théories postérieures de l'État. La multitude qui s'assemble par le contrat (*covenant*) est l'auteur (*auctor*) qui autorise celui qui la représente à décider et à agir en son lieu et place et qui, de ce fait, est seulement acteur (*actor*) (*Lév.*, chap. XVI). Le contrat, par une procédure de délégation de pouvoir, transforme la force (*potentia*) des individus en puissance publique (*potestas*) et leurs volontés particulières en une volonté souveraine, à telle enseigne que Hobbes, préfigurant en une formule sibylline souvent mal comprise, la théorie de la « volonté générale » que Rousseau élaborera un siècle plus tard, peut écrire : *Rex est populus*.

Il faut se garder d'interpréter idéologiquement la philosophie de l'État dont Bodin puis Hobbes ont établi les prémisses doctrinales et, plus encore, de chercher en elle un énoncé définitif et immuable de la puissance étatique. Bien que, au début du XX<sup>e</sup> siècle, Léon Duguit (*L'État*, 1901) ait contesté la pertinence du concept de souveraineté et rejeté l'idée d'une personnalité de l'État qu'il accuse de comporter les vestiges de l'absolutisme des princes d'antan, et bien qu'un peu plus tard Harold Laski (*La Grammaire de la politique*, 1925, trad. fr. 1933) ait opposé à l'idée de souveraineté étatique la thèse d'un pluralisme socio-syndicaliste, c'est bel et bien en s'affirmant comme l'entité détentrice du monopole de l'autorité centralisatrice et de l'unité politique que l'État a révélé sa spécificité : il est à la fois « l'unité politique d'un peuple » (Carl Schmitt) et son « ordre juridique souverain » (Hans Kelsen).

L'idée de « plénitude de puissance » que désigne, dès l'époque où la doctrine façonne le concept de souveraineté dans l'État en voie de laïcisation, commande, tout au long de l'époque moderne, la conception de la politique. Carl Schmitt rappelle (*La Notion de politique*, 1963 ; trad. fr. 1972), non sans simplification, que l'État du XVIII<sup>e</sup> siècle se voudra tout-puissant, voire absolu, que l'État du XIX<sup>e</sup> siècle tendra, du moins en sa composante libérale, vers la neutralité du non-interventionnisme et qu'au XX<sup>e</sup> siècle, probablement sous l'influence tardive de la philosophie de Hegel, l'État total surgira, qui se confondra avec la société (*cf.* Jacob Burckhardt, *Weltgeschichte Betrachtungen, Considérations sur*

*l'histoire du monde*, trad. fr. 1938). Même si ce regard sur le monde politique est abusivement schématique, il révèle néanmoins qu'à travers toute la période moderne, l'État s'est affirmé comme une entité qui, supérieure à la réalité concrète de la société, a eu vocation à en transcender les composantes. De ce constat historico-politique est née, chez de nombreux auteurs, principalement allemands, la tendance à opposer *l'État* et la *société*. A vrai dire, l'antinomie que l'on établit entre ces deux concepts est tout aussi schématique et tendancieuse que celle qui les assimile l'un à l'autre. C'est pourquoi, afin de mesurer la force politique et juridique innovante, mais aussi les limites sociales que porte en elle l'intelligibilité de la chose publique préparée dans le lointain de l'histoire par les théories de Bodin et de Hobbes, il est nécessaire d'examiner comment la *citoyenneté* constitue, au cœur des structures fondamentales de l'État moderne, un concept inséparable de celui d'une souveraineté bientôt reconnue explicitement comme l'apanage du peuple.

## 2. La citoyenneté et la souveraineté du peuple

En raison de son omniscience législative, la souveraineté s'affirme dans l'État comme l'autorité principale qui, ayant le monopole de la domination et de l'activité politique, préside à l'organisation des divers domaines de la société ; seule lui échappe l'intimité des consciences. Seulement, comme la souveraineté étatique résulte — ainsi que Hobbes l'a montré et que la plupart des auteurs modernes le répéteront, fût-ce dans des contextes doctrinaux différents — de la volonté du « peuple en corps », il n'est pas possible de négliger le rapport qu'elle entretient avec les individus qui composent la société. Or, s'il est indéniable que les décisions et les actions de l'État imprègnent tous les secteurs de la société, cela n'entraîne pas — sauf perversion politique — une domination étatique totale, arbitraire et aveugle. L'unité politique que confère à l'État sa souveraineté immanente n'exclut ni la reconnaissance du *peuple*, ni l'appel à sa *volonté générale*. Par voie de conséquence, parce qu'un lien de droit (*vinculum juris*) unit la citoyenneté à la souveraineté de l'État, la théorie de la citoyenneté est, pour la philosophie politique, le corollaire indispensable de la théorie de la souveraineté.

La puissance unitaire de l'État ne signifie pas que, par son centralisme législatif, elle englobe jusqu'à anéantissement la pluralité des individus et des groupes vivant sur le territoire qu'elle administre. Un tel phénomène a parfois

surgi, il faut l'avouer, dans le cours de l'histoire, prenant le visage du despotisme, de la dictature ou, plus près de nous, du totalitarisme. Mais il s'agit d'une pathologie politique. Dans le cours normal des choses, au contraire, la puissance souveraine en tant que centre de décision est l'âme du corps public que constitue le peuple.

## 2.1. Ce qu'est le peuple dans l'État

Hobbes puis Rousseau ont magistralement compris l'importance, pour une théorie de l'État, du concept de « peuple ».

### 2.1.1. « *Multitude* » et « *peuple* » selon Hobbes

L'un des premiers, Hobbes a su exposer clairement la différence entre la *multitude* et le *peuple*. Dans une longue note ajoutée en 1647 à la seconde édition du *De Cive* (chap. VI, § 1) pour répondre à des objections qui lui avaient été faites, le philosophe de Malmesbury expliquait « la différence qu'il y a entre la multitude qui gouverne et la multitude qui est gouvernée ». La « multitude qui est gouvernée » est faite d'une pluralité d'individus dont chacun a sa volonté propre : elle est « comme une hydre à cent têtes » ; donc, elle est dépourvue d'unité. En tant que telle, elle n'est pas une « personne naturelle », et l'on ne saurait « lui attribuer aucune action, quelle qu'elle soit ». En revanche, on peut parler de la « multitude qui gouverne » lorsque les divers membres qui la composent s'accordent entre eux de telle sorte que la volonté du plus grand nombre peut y être tenue pour la volonté de tous en général. Alors, « la multitude devient une seule personne qui a sa volonté propre, qui peut disposer de ses actions telles que sont commander, faire des lois, acquérir, transiger... ». Cette « personne publique » porte le nom de « peuple ». En d'autres termes, la multitude, grande ou petite, signifie la pluralité, disparate et dispersée, des individus. Le peuple a un tout autre statut qui le rend irréductible au pluralisme de la multitude : il est « uni en une personne publique qui peut tout d'une autorité souveraine ». Il se définit comme « un certain corps et une certaine personne à laquelle on peut attribuer une seule volonté et une action propre » (*De Cive*, XII, § 8). Par conséquent, poursuit Hobbes, « c'est le peuple qui règne en quelque sorte d'État que ce soit ». Dans les États populaires, mais aussi bien dans les aristocraties et jusque dans les monarchies, c'est toujours le peuple qui commande et veut de la volonté d'un seul homme. Ainsi s'éclaire la formule

apparemment si étrange que nous avons déjà citée : *Rex est populus*, en laquelle le mot « peuple », qui avait jusque-là un sens péjoratif et désignait cette masse d'hommes que La Boétie nommait « le gros populus », commence à changer de sens. Tandis que la multitude est faite de la pluralité des particuliers voués, par l'obligatorité de la loi, à l'obéissance caractéristique de leur condition de *sujets*, le terme « peuple » désigne le « peuple en corps », c'est-à-dire la personne publique de l'État en quoi les *citoyens* ont part au pouvoir.

### 2.1.2. La « volonté générale » selon Rousseau

Bien que Jean-Jacques Rousseau ait dénoncé ce qu'il croit être les conséquences lourdes de despotisme de « l'affreux système » de Hobbes, il a repris à son compte, pour l'affiner et la préciser, la distinction entre la multitude et le peuple — ce qui lui a permis de porter en pleine clarté la détermination de la nature spécifique de l'État. L'appareil conceptuel que façonne Rousseau pour énoncer, dans une perspective délibérément extra-empirique, « les principes du droit politique », est plus subtil que celui auquel, presque en pionnier, Hobbes recourait un siècle avant lui. Dans les *Lettres écrites de la montagne* (VI<sup>e</sup> lettre), Rousseau dénonce trois fausses notions du lien qui fait l'unité de l'État moderne : il ne peut procéder, dit-il, ni de la force, ni de l'autorité paternelle, ni de la volonté de Dieu. Dans *Le Contrat social* (1762), il formule la célèbre théorie de la « volonté générale », dans laquelle l'État trouve son fondement et sa légitimité. Toutefois, l'important est, pour Rousseau, de préciser que, si le contrat, par l'abdication des volontés particulières, est seul susceptible de faire naître la « volonté générale » du peuple en corps, il est absolument impératif de ne pas confondre celle-ci avec la « volonté de tous ». L'idée semble limpide. Elle est pourtant assez problématique pour n'avoir point la transparence que l'on attendrait d'elle.

« Il y aura toujours une grande différence, écrit Rousseau, entre soumettre une multitude et régir une société » (C.S., I, V). La plupart des commentateurs ont insisté sur la distinction, qui semble reprise de Hobbes, entre la multitude qui est « l'agrégation » ou la somme d'individus considérés *ut singuli* et la société qui, elle, implique « l'association », c'est-à-dire l'union substantielle d'une pluralité de membres. Cette dichotomie est nécessaire à la théorie de l'État ; mais elle n'est pas suffisante à sa complète intelligibilité. D'abord, elle est nécessaire, explique Rousseau, parce que, dans une « agrégation », s'accroissent les intérêts

privés des particuliers — il n’y a point alors de « bien public » possible — tandis que, dans une « association », les intérêts de chacun se fondent dans l’intérêt de tous de sorte que l’on peut entrevoir (entrevoir seulement) un intérêt général. En effet, quand des hommes épars se laissent « successivement » asservir à un seul, il n’y a, en quelque nombre qu’ils puissent être, « qu’un maître et des esclaves » dont la relation, quoique fondée sur la force, est fragile puisque, si le « chef vient à périr, son empire après lui reste épars et sans liaison comme un chêne se dissout et tombe en un tas de cendres après que le feu l’a consumé ». Le rapport « d’un peuple et de son chef » que requiert le concept politique d’État repose sur d’autres assises parce qu’un « corps politique », pour la formation duquel la loi de la pluralité des suffrages est requise, « suppose au moins une fois l’unanimité ». Celle-ci, qui fait qu’« un peuple est un peuple », est le gage de cohésion et d’unité de la société politique qu’est l’État. Cependant, il importe ensuite de remarquer que la distinction entre la multitude et le peuple — ou entre l’agrégation des individus et leur association — ne se suffit pas à elle-même et appelle en la pensée de Rousseau un complément qui est essentiel pour la compréhension de l’État du contrat dont il trace la silhouette. Il faut distinguer en effet l’acte par lequel un maître *soumet* une multitude et l’acte par lequel un chef *régit* un peuple. Ce dernier acte est seul un acte de souveraineté.

La procédure du contrat social exigeant « l’aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté » (C.S., I, VI) engendre un « corps moral et collectif », c’est-à-dire un « moi commun » ou une « personne publique » dont l’unité est indivisible. Par le contrat, « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale. » A la différence d’une agrégation d’individus qui assemble des forces particulières dont chacune garde sa particularité, l’association contractuelle, en laquelle « chacun se donne à tous » par une « aliénation sans réserve », engendre un corps public où chaque membre est « partie indivisible du tout ». « L’union est aussi parfaite qu’elle peut l’être et nul associé n’a plus rien à réclamer. »

La personne publique ainsi formée possède, en raison de sa génération, une volonté elle aussi publique ou générale qu’il est impossible de réduire à la volonté de tous (C.S., II, III). Non seulement celle-ci regarde à l’intérêt privé des individus tandis que celle-là « ne regarde qu’à l’intérêt commun » du « corps commun » de la société politique, mais tandis que la volonté de tous est incapable, dans son pluralisme, d’une action unitaire et concertée, la volonté

générale est celle d'une « personne » dont le pouvoir souverain s'exprime par des actes eux aussi souverains. Par ces actes de puissance, s'affirme la souveraineté du peuple dont Rousseau souligne qu'elle *est* toujours ce qu'elle *doit être* « parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres » (C.S., I, VII). Autrement dit, la souveraineté « consiste essentiellement dans la volonté générale » (C.S., III, XV) dont le peuple en corps est le substrat. Et, puisque la loi est « l'expression de la volonté générale », c'est que, dans l'État, il appartient au peuple, et seulement au peuple, de légiférer.

Cela, certes, ne va pas sans difficulté dans le système de Rousseau non seulement parce que l'idée de la personnalité de l'État a été sévèrement contestée, mais parce que, dans sa construction théorique elle-même, Rousseau rejette, en condamnant la Constitution anglaise (C.S., III, XV), toute idée de représentation. Mais l'originalité la plus profonde de la théorie de Rousseau est de ne pas disputer des *faits* afin de traiter du pouvoir étatique du seul point de vue du *droit*. Dans cette perspective que certains commentateurs ont dénoncée comme idéaliste parce qu'ils n'ont pas compris que Rousseau, avant Kant, inscrivait sa réflexion politique dans la voie d'un idéalisme *critique*, la volonté générale qui symbolise la souveraineté du peuple est l'Idée régulatrice du bien commun ou de l'intérêt public qui est la finalité propre de l'État.

La révolution philosophique qu'introduit Rousseau dans la théorie politique est double. D'une part, beaucoup mieux que Hobbes dont le rationalisme demeurait essentiellement mécanistique, Rousseau démontre par sa conception du contrat social (celui-ci fût-il, en sa structure juridique, bien peu contractuel) que la souveraineté, critère de l'État, est l'apanage du peuple et non plus du prince. D'autre part et surtout, il fraye la voie de la démarche criticiste grâce à laquelle Kant, par-delà l'idée fondatrice de l'autorité ou pouvoir étatique, mettra en évidence, dans la souveraineté du peuple, le principe de légitimation de l'État. Non seulement donc la théorie de Rousseau chasse délibérément de l'État les rois thaumaturges et leurs mystères, mais elle efface de la souveraineté toute idée de droit divin qui faisait du prince souverain « l'image de Dieu » sur la terre des hommes. L'humanisme juridique a trouvé sa source principielle : la souveraineté est dans l'État l'apanage exclusif du *peuple*.

Cependant, à partir de ce philosophème qui, sous la plume de l'auteur du *Contrat social*, prend une intensité conceptuelle que même les Monarchomaques, dans la fièvre de leurs libelles, n'avaient pas su lui donner, Rousseau n'élabore pas, comme l'ont dit trop de commentateurs, une théorie de

la démocratie. Il aime marteler qu'un gouvernement démocratique ne conviendrait qu'à un peuple de dieux. De surcroît, dans la théorie que construit Rousseau, la typologie des régimes politiques n'a qu'une place secondaire. En approfondissant le thème du peuple souverain, Rousseau préfère montrer que, dès que chacun a consenti à l'acte qui fait naître un peuple comme peuple, il n'est plus seulement un *sujet* soumis aux lois de l'État, mais un *citoyen* qui participe à l'autorité souveraine. Reconnaître dans la souveraineté du peuple le principe régulateur du pouvoir étatique appelle donc une théorisation de l'idée de citoyenneté.

## 2.2. La théorisation de l'idée de citoyenneté

Le concept de citoyen n'est pas, bien évidemment, une invention de Rousseau. Il a même une longue histoire à la faveur de laquelle on comprend aisément l'importance qu'il a acquise dans la philosophie politique moderne.

### 2.2.1. Les prémices de la citoyenneté moderne : Bodin et Hobbes

Bodin et Hobbes, fascinés qu'ils étaient par l'histoire ancienne, avaient déjà compris qu'une Cité sans citoyens serait une Cité fantôme. Dans « la belle totalité grecque » originaire, antérieure à « la prose du monde » romain, le citoyen — comme devait le découvrir le regard décryptant de Hegel — faisait corps avec la Cité. Bodin n'atteignait pas à cette profondeur philosophique ; mais, par sa connaissance historique et juridique des républiques antiques, il savait que, pour comprendre l'idée de citoyenneté, il en faut rapporter la nature à la courbe des sociétés. C'est ce qu'il fait au chapitre VI du Premier livre de *La République*. « Quand le chef de famille vient à sortir de sa maison où il commande, pour traiter et négocier avec les autres chefs de famille de ce qui leur touche à tous en général, alors, il dépouille le titre de maître, de chef, de seigneur pour être compagnon pair et associé avec les autres et, au lieu de seigneur, il s'appelle citoyen » (*Rép.*, I, V, p. 68). Bien que le vocabulaire de Bodin ne soit pas, en l'occurrence, très rigoureux, le citoyen, explique-t-il en illustrant son étude par une profusion d'exemples, n'est ni esclave, ni étranger ou pérégrin, ni non plus sujet ou bourgeois : il appartient au corps de la République. En son sein, quel que soit son rang dans la société, il possède une fonction civique, ce qui fait que, dans l'État, tous les citoyens, *de jure*, sont égaux. Leur « droit de cité » désigne les compétences électorales ainsi que les prérogatives

délibératives ou consultatives qui leur sont reconnues. Le statut du citoyen — qu'il faut distinguer de celui de magistrat — est, pour Bodin, purement juridique : le citoyen jouit de la reconnaissance de la République et se trouve nanti de droits et de prérogatives que ne possèdent pas les non-citoyens, étrangers ou esclaves. En effet, le citoyen participe aux offices de l'État ; il a droit de suffrage ; il peut briguer les honneurs ; il a des charges et des devoirs ; parce qu'il prend part aux décisions du gouvernement, il est ce que l'on appellera plus tard un « citoyen actif ».

L'important est, pour Bodin — et c'est bien là ce que retiendra la théorie de l'État moderne — que la citoyenneté implique un *vinculum juris* entre le pouvoir souverain et les membres de la République : le citoyen-sujet sert la République et l'autorité souveraine lui doit, en retour, pour sa « foi et obéissance », « justice, conseil, aide et protection ». Ainsi se trouve mis en évidence le rapport bilatéral et réciproque de la *souveraineté* et de la *citoyenneté* : « C'est la reconnaissance et obéissance du franc sujet envers son prince souverain, et la tuition [protection], justice et défense du prince envers le sujet qui fait le citoyen » (*Rép.*, I, VI, p. 93).

Hobbes, de même que Bodin, insiste sur le concept de citoyenneté comme catégorie juridique du politique. De ce concept, il donne une analyse plus philosophique que celle de Bodin. Il explique que le citoyen naît du *covenant* qui, en arrachant l'individu à l'état de nature, engendre simultanément l'État souverain. Hobbes était si conscient du lien entre citoyenneté et souveraineté que, après avoir rédigé le *De corpore politico* (seconde partie des *Elements of Law* de 1640), il consacra son second traité politique à l'étude du citoyen (*De Cive*, 1642). La facture de ce texte semble quelque peu en démentir le titre puisqu'il est beaucoup plus question, au fil des chapitres, de « l'empire » (*imperium*) du souverain que du statut spécifique du citoyen. En vérité, le citoyen, dans le système de Hobbes, est partie intégrante du souverain : il en est membre, explique le philosophe en 1651 dans l'extraordinaire chapitre XVI du *Léviathan*, au point d'être l'auteur des actions dont la personne publique de l'État est l'acteur. Toutefois, l'empire de la loi civile est tel que le citoyen est en même temps sujet : n'entendons pas qu'en sa condition de sujet il est assujéti, voire réduit en esclavage ; c'est en effet volontairement qu'il a confié ses droits au souverain. Mais le citoyen ne peut pas ne pas obéir aux lois du *Commonwealth* puisque c'est lui qui, par la délégation de pouvoir opérée en

faveur du souverain qui le représente, les a voulues.

L'étude de la citoyenneté que propose Hobbes en l'approfondissant au fil de ses traités successifs est loin, néanmoins, d'être menée à son terme. Il reste que Hobbes a mis en lumière deux thématiques qui resteront essentielles pour la compréhension de l'État moderne. D'une part, comme Bodin, Hobbes a souligné la corrélation indéfectible de la souveraineté et de la citoyenneté ; il n'y a pas en fait, et il n'est pas possible qu'il y ait en droit d'État sans citoyens ou de citoyens sans État (en cette dernière formulation, certains peuples trouveront le principe de leur revendication d'indépendance). D'autre part, avant Rousseau, Hobbes a découvert dans la notion de citoyenneté le principe d'une liberté civile positive qui, à la différence de la liberté sauvage de l'état de nature, est l'œuvre de la loi posée par le souverain. Certes, Hobbes est encore loin de parler de citoyens qui se donnent à eux-mêmes leurs lois car, selon lui, c'est dans le corps uni des citoyens que leur liberté doit être pensée ; il ne dit même pas, avec la fermeté de Spinoza, que « l'homme qui est conduit par la raison est plus libre dans la Cité où il vit selon la loi commune que dans la solitude où il n'obéit qu'à lui-même » (*Éthique*, IV, prop. 73). Cependant, il pressent de loin le principe d'autonomie qui sera la pierre de touche de l'État libéral.

À tout le moins est-il patent qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle le problème de la citoyenneté s'est installé au cœur de la pensée politique. Si, dans la première moitié du siècle, la théorie du droit de Heineccius, puis celle de Christian Wolff demeurent discrètes sur ce problème, Montesquieu, dans ses *Romains* (1734) comme dans *L'Esprit des lois* (1748), vante le civisme ; l'*Encyclopédie* de Diderot contient, en 1753, un article « Citoyen » qui mentionne, à côté d'Aristote, Hobbes et Pufendorf (qui avait publié en 1673 *Les Devoirs de l'homme et du citoyen*) ; Burlamaqui, dans ses *Principes du droit politique* (posthume, 1751), n'ignore pas la question. Il devait appartenir à Rousseau de scruter dans son *Contrat social* (1762), de son regard toujours profond, la condition du citoyen dans l'État.

### ***2.2.2. L'accomplissement de l'idée de citoyenneté : Rousseau***

Le citoyen, pense Rousseau, est un homme dé-naturé que le contrat social a soustrait à sa condition naturelle originaire. Mais dans « l'instant heureux » (C.S., I, VIII) où « chacun, s'unissant à tous, n'obéit pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant » (C.S., I, VI), le contrat recrée en quelque sorte

l'homme en l'élevant au niveau politique. Alors, le citoyen naît qui, par sa naissance même, est tel qu'il n'obéit qu'à lui-même puisqu'il obéit aux lois, expression de la volonté générale dont il est partie intégrante. Dans l'État du contrat, les citoyens sont donc « participants à l'autorité souveraine » et, simultanément, ils sont des sujets « soumis aux lois de l'État » (C.S., I, VI). La distinction nominale du citoyen et du sujet, par conséquent, ne doit pas faire illusion : le citoyen est en même temps sujet, mais nullement assujéti : « On est libre, lit-on dans le *Manuscrit de Genève*, quoique soumis aux lois ; non quand on obéit à un homme parce qu'en ce dernier cas j'obéis à la volonté d'autrui ; mais, en obéissant à la loi, je n'obéis qu'à la volonté publique qui est autant la mienne que celle de qui que ce soit. »

Dans le statut qu'accorde Rousseau au citoyen se tapit l'originalité de son idée du contrat social, qui en est aussi, sans nul doute, l'une des plus grandes difficultés. À la différence de Hobbes pour qui le contrat engage les individus les uns envers les autres, Rousseau pense que, dans l'État du contrat, « chaque individu, contractant pour ainsi dire avec lui-même, se trouve engagé sous un double rapport : savoir, comme membre du souverain envers les particuliers et comme membre de l'État envers le souverain ». Fasciné par le monde romain et lecteur assidu de Plutarque, Rousseau a vu en Caton la figure paradigmatique du citoyen. Peut-être cela n'est-il pas très original tant Caton d'Utique apparaît au XVIII<sup>e</sup> siècle comme incarnant l'héroïsme qui, par excellence, fait « l'homme illustre ». Mais, dans son exemplarité, Caton est pour Rousseau l'homme vertueux dont « la volonté particulière était conforme en tout à la volonté générale » (*Économie politique*, p. 255) ; il défendait « l'État, la liberté, les lois contre les conquérants du monde » ; il portait sa patrie au fond de son cœur et ne vivait que pour elle. « Où il n'y a plus de patrie, écrit Rousseau dans *Émile*, il ne peut plus y avoir de citoyen. » C'est pourquoi Caton le stoïcien, Caton le grand citoyen ne put survivre à sa patrie défaite.

Parce que le contrat social, en inaugurant l'état civil, hausse l'individu au rang de citoyen et simultanément de personne (C.S., I, VIII), la citoyenneté est, selon Rousseau, inséparable de la moralité. Si l'accession à la citoyenneté implique la perte de la liberté naturelle, elle produit, par « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite », non seulement l'avènement de la liberté civile, mais l'émergence de la liberté morale. Et quoique Rousseau distingue, dans *Émile*, entre « faire un citoyen » et « faire un homme », il y a une causalité réciproque entre l'homme et le citoyen : l'homme, par l'aliénation de soi par soi, fait volontairement le

citoyen, et le citoyen, en qui la liberté civile se substitue à la liberté naturelle, fait l'humanité de l'homme.

Par sa force innovante, la théorie de Rousseau ne pouvait demeurer sans échos.

### 2.2.3. *L'héritage de Rousseau*

Devant la profonde intuition qu'avait eue Rousseau de la citoyenneté comme soumission volontaire de chacun à tous, Sieyès a dit son enthousiasme et entrevu la promotion politique du peuple-nation. Tout au contraire, Hegel a exprimé ses craintes devant l'écrasement mortifère que risque de provoquer l'État du contrat. Ce qui apparaît en tout cas, c'est que, philosophiquement fondé en raison, le concept de citoyenneté s'inscrit dorénavant de manière impérative dans l'espace du droit politique où prennent sens l'égalité et la liberté. C'est ce que montrera Kant dès 1793 dans la première section de *Théorie et pratique* puis, de nouveau, tant l'idée lui tient à cœur, dans *l'Essai sur la paix perpétuelle* de 1795 et dans la *Doctrine du droit* de 1796. En tout citoyen s'opère « formellement », dit Kant en 1793, la synthèse de la liberté de chacun comme homme et de l'égalité de tous comme sujets. Il atteint ainsi à l'autosuffisance et, devenu son propre maître, il accède à l'autonomie et peut être co-législateur dans l'État. Mais le contenu de l'idée de citoyenneté est « matériellement obscurci par la distinction que le philosophe établit entre le « citoyen » (*Staatsbürger*) qui ne sert que l'État, et le bourgeois (*Stadtbürger*) qui peut servir à la fois l'État et un membre de l'État. Dans la *Doctrine du droit*, insistant cette fois sur la capacité de vote attachée à la citoyenneté, Kant établira une nouvelle distinction entre « citoyens actifs » et « citoyens passifs ». Malgré ces différenciations catégoriales embarrassantes — que l'on rencontre également chez Sieyès et chez Mirabeau — qui révèlent la difficulté qu'il y a à clarifier le concept de citoyenneté, les diverses analyses du statut du citoyen convergent, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, pour enseigner combien, dans l'État, la force est faible et combien le droit est fort parce que, pour tous, il doit mettre, comme disait Rousseau, « la loi au-dessus des hommes ».

On objectera — et l'on n'aura point tort — que le régime du droit pur auquel aspirait Rousseau ne parviendra jamais à s'inscrire dans les faits. Mais, d'une part, ce n'est pas ce que recherchait Rousseau : la souveraineté du peuple et le statut de la citoyenneté ne prennent ni dans son système, ni dans les théories qu'il a inspirées, la figure de la positivité mais la dimension et l'altitude de la

normativité — ce qui fait dire à Pierre Manent (*Naissances de la politique*, p. 189), en une formule qui n'est déconcertante que si l'on ne sait pas en mesurer la puissance, que « la citoyenneté instituée par le contrat social est une citoyenneté essentiellement asociale ». D'autre part, fût-ce sans la claire conscience de l'idéalité régulatrice pure des concepts politiques forgés et utilisés par l'auteur du *Contrat social*, la pensée politique ne pourra plus être après Rousseau ce qu'elle était avant lui.

Dans la pléthore d'opuscules parus dans les années qui ont suivi la publication du maître-ouvrage de Rousseau, les idées de souveraineté du peuple et de citoyenneté reviennent comme des *leitmotive*. Les auteurs ne se réclament pas tous de Rousseau ou, s'ils prétendent prolonger le message qu'il a livré, ils le trahissent souvent. Mais, mal comprises, voire déformées, les idées de *peuple souverain* et de *citoyenneté*, accentuées par Mirabeau et par Sieyès, étaient prêtes à devenir les mots d'ordre d'une révolution qui, sans se vouloir anti-monarchique, culminera le 26 août 1789, au terme de longues discussions préparatoires, dans le texte qui en sacralisera l'immense portée en s'intitulant *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

\*

Même si Tocqueville a raison lorsqu'il montre éloquemment que la Révolution française a été de longue date préparée par la monarchie (*L'Ancien Régime et la Révolution*), il reste que l'événement fut grand et sans pareil dans le monde. Kant, voyant s'ouvrir avec lui une ère nouvelle, avait salué avec une émotion non contenue l'action d'« un peuple spirituellement riche » enfin mûr pour sa liberté. Hegel, retrouvant au soir de sa vie les élans de l'étudiant du *Stift* de Tübingen, célébra « le superbe lever de soleil » que fut la Révolution de France. « Une émotion sublime a régné en ce temps-là, l'enthousiasme de l'esprit a fait frissonner le monde, comme si à ce moment seulement on en était arrivé à la réconciliation du divin avec le monde » (*Leçons sur la philosophie de l'histoire*, p. 340). Le philosophe, devenu vieux, se souvient en 1830 de la sourde colère qu'il éprouvait quand, dans *La Constitution de l'Allemagne* (1800-1802), il ressassait son amertume devant la désagrégation de l'Empire et répétait : « L'Allemagne n'est plus un État » ; « L'État n'existe plus. » Contrairement à ce que l'on a souvent prétendu, Hegel n'est pas le philosophe de l'autocratie prussienne. Dans *La Constitution de l'Allemagne*, il oppose au pouvoir étatique (*Staatsgewalt*), absolu et centralisé, qu'avait instauré Frédéric

avec la prétention de ne compter sur rien de plus que sur lui, le pouvoir d'un État qui, « en plus de ce qu'il tient en main, peut encore compter sur le libre attachement, la fierté et le propre effort du peuple ». En effet, les structures fondamentales — mieux vaudrait dire fondatrices — de l'État résident dans la synthèse que la Constitution rend effective en conciliant la *puissance souveraine* et le *pouvoir du peuple*.

Pour que cette synthèse ait été possible et qu'elle ait érigé l'État, il a fallu que, durant presque trois siècles, les penseurs politiques remettent sur le métier les vecteurs conceptuels grâce auxquels s'est édifiée l'architectonique qui confère à la politique sa figure moderne. C'est ce qu'exprime Hegel lorsqu'il dit que l'État est le moment d'achèvement de la substance éthique, c'est-à-dire lorsque celle-ci prend conscience d'elle-même dans la volonté générale. « L'État est l'effectivité de la liberté concrète » (*Principes de la philosophie du droit*, § 260). Mais on ne comprend véritablement ce processus que si l'on étudie l'institution et l'organisation interne de la « vie éthique » d'un peuple, ce en quoi il importe que la souveraineté législative s'accorde avec une société où puisse s'affirmer la liberté raisonnable des hommes. En dehors du règne de la raison et de la liberté que façonne le Pouvoir dès qu'il établit ses lois constitutionnelles, l'État se meurt : « Des peuples ne voulant pas supporter la souveraineté intérieure ou craignant de le faire, ont été assujettis par d'autres et se sont souciés de leur indépendance avec d'autant moins de succès et d'honneur que l'on parvenait moins, à l'intérieur, à une première institution du pouvoir d'État — leur liberté est morte de la peur de mourir » (*ibid.*, § 324).

C'est pourquoi la modernité politique, qui a conçu et voulu l'État à seule fin d'en édifier la grandeur, trouve sa meilleure expression dans le *dispositif institutionnel* du droit étatique interne.

## Chapitre 2

### Les formes institutionnelles du pouvoir d'État

La théorie de l'État s'est élaborée dans le temps même où l'institution étatique s'installait dans l'Europe occidentale en train de s'ouvrir à la modernité. Même si l'Angleterre et l'Allemagne ont éprouvé, plus longtemps que la France, une certaine réticence à faire usage du mot État, la réalité politique témoigne bien de son avènement comme centre de décision et comme siège de l'administration d'un territoire et de sa population. C'est pourquoi s'il est indiscutable que l'État a besoin, comme le rappelle Kelsen (*General Theory of Law and State*, 1945, Seconde partie), d'un support matériel, territorial et démographique, il se manifeste néanmoins de manière substantielle par sa composante organique, c'est-à-dire par les formes institutionnelles qu'y prend le Pouvoir.

En effet, dans la mesure où la vocation cardinale de l'État réside dans l'exercice du Pouvoir, il faut que, de toute nécessité, celui-ci repose sur un corpus de normes organisationnelles et régulatrices. Ces normes, qui ont charge d'aménager et d'administrer la vie politique, ne sont pas toutes de même niveau. Pour fixer les canaux par lesquels, pour s'exercer, le pouvoir de l'État doit passer, il faut qu'elles soient hiérarchiquement ordonnées sous cette norme supérieure à toutes les autres qu'on dénomme *Constitution*.

Au cours de l'histoire, la forme des Constitutions a varié : dans le monde antique, le terme de « Constitution » correspondait à l'idée de *politeia* et désignait la structure du Pouvoir ; puis, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, les « Constitutions » reposèrent généralement sur la coutume, c'est-à-dire sur une tradition historique et des facteurs spirituels ; après quoi, dans le sillage de la Révolution française, sont apparus des textes constitutionnels qui attestaient le primat de la règle écrite sur la coutume. Mais, quelle qu'en soit la forme, la Constitution s'impose, quant à l'exercice de la puissance d'État, comme une notion fondationnelle. Par-delà son évolution diachronique, elle désigne, en son concept même, une loi supérieure à toutes les autres et qui, occupant dans la *hiérarchie des normes* le plus haut niveau, exerce à ce titre un commandement suprême et irréfragable. Elle s'accompagne donc d'un corps de règles qui en précisent les dispositions générales en les adaptant aux divers domaines de la vie

politique. En d'autres termes, la finalité de la norme constitutionnelle est de réglementer les conditions d'édition des lois ordinaires et, plus généralement, de toutes les normes étatiques. L'ensemble des lois constitutionnelles, des lois ordinaires et des règlements infra-législatifs forme l'ordre juridique interne de l'État.

Aussi bien, comme la Constitution détermine dans l'État *l'agencement et le fonctionnement des pouvoirs*, il en résulte que, du point de vue politique, c'est en fonction de ces dispositions que s'établit tel ou tel mode ou *régime* de gouvernement. Cependant, la problématique typologique classiquement attachée à la représentation des modes de gouvernement a aujourd'hui quelque chose d'obsolète. Les effets constitutionnels et, plus largement, institutionnels s'appréhendent de nos jours de manière plus juridique que politique : tout particulièrement, le problème des relations à instaurer entre les trois grands pouvoirs — le législatif, l'exécutif et le juridictionnel — est important.

## **1. La hiérarchie des normes du pouvoir étatique**

Le but de l'État moderne, dont l'architecture est portée par les deux piliers de la souveraineté et de la citoyenneté, est non seulement d'arracher les hommes à l'incertitude existentielle d'un état de nature anarchique et sans lois, mais d'*organiser* la vie publique en réglementant le fonctionnement de ses différents secteurs. Aussi a-t-il besoin de règles sur la base desquelles se façonnent les procédures de son exercice. Un appareil juridique fortement hiérarchisé, comparable à une pyramide de normes, est ainsi élaboré et mis en œuvre pour que s'exprime la puissance étatique.

### **1.1. L'appareil juridique de l'État**

Quelle que soit la forme de l'État — qu'il soit libéral ou socialiste, corporatif ou fédéral, unitaire ou composé... —, la Constitution se trouve au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes. Sous elle s'étagent en différents paliers des lois et des normes infra-législatives.

#### **1.1.1. Les normes constitutionnelles**

Si nous nous plaçons dans une perspective fondationnelle, la Constitution

apparaît, ainsi que le souligne Carré de Malberg, comme l'acte générateur de l'État en tant que phénomène juridique. Si nous nous plaçons dans une perspective organisationnelle, nous constatons qu'elle est destinée à assurer le fonctionnement de l'État en tant que phénomène politique et social. Dans ces deux perspectives conjointes, nous pouvons dire que la Constitution détermine le statut du Pouvoir.

La philosophie politique moderne s'accorde à voir dans la Constitution le résultat de « l'art » humain, fils du travail de la raison. La notion de Constitution ne répond donc plus aujourd'hui — sauf, en une certaine mesure, dans les pays de *Common Law* — à l'idée d'un droit coutumier dans lequel auraient cristallisé les usages et les traditions d'un peuple comme c'était le cas dans « les lois fondamentales du Royaume » de la France ancienne. Depuis la Révolution française, en France et dans la plupart des pays occidentaux, l'idée de Constitution correspond à l'acte de souveraineté qui, par un texte écrit, pose, de manière solennelle, les règles fondamentales que doit observer la mise en mouvement des instances de l'État. Selon Sieyès, il est absolument nécessaire qu'un corps politique ait une Constitution : « il ne peut exister sans elle » (*Qu'est-ce que le tiers état ?*, chap. V). Que les Constituants français aient eu une motivation politique en rédigeant la première Constitution de la République française, et que, tout près de nous, les Constitutions de 1946 et de 1958 reflètent une idéologie libérale, voilà qui ne fait guère de doute. Mais il importe également de considérer, dans les dispositions du texte constitutionnel, l'acte juridique qui fixe les prérogatives et les limites du pouvoir de l'État.

Cet acte juridique est d'abord l'acte par lequel la volonté souveraine reconnue au peuple établit le fondement de l'autorité étatique et les modalités selon lesquelles elle doit se manifester. Par voie de conséquence, cet acte juridique, à la différence des anciennes chartes qui, dans les royaumes de France ou d'Angleterre, compilaient des pratiques que le temps avait consacrées, possède une valeur prescriptive et impérative : il indique ce qui doit être et par quoi la puissance de l'État est canalisée par les voies du droit. Les articles du texte écrit qui en énumèrent les dispositions forment donc un corps de règles par lesquelles se définissent les conditions de mise en œuvre du Pouvoir souverain.

On comprend ainsi que les normes constitutionnelles soient hiérarchiquement les plus hautes dans le corps institutionnel de l'État. S'il ne leur appartient pas normalement (c'est-à-dire sauf exception) de désigner les titulaires du pouvoir en l'État, elles indiquent le processus de leur désignation ; elles fixent le statut et

les compétences des divers pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire. Leur vocation essentielle est ainsi d'établir et d'organiser la fonction pratique qui, dans le cadre étatique, commande toutes les autres. En d'autres termes, la Constitution, au sommet de la pyramide juridique, doit imposer à ceux qui ont charge de gouverner un cadre juridique en dehors duquel ils n'ont plus de compétence. Comme telle, elle a une valeur principielle : entendons qu'elle est la règle juridique supérieure dont le respect est impératif. Toutes les autres lois, que l'on appelle des « lois ordinaires », *a fortiori* toutes les normes infra-législatives et, aussi bien, tous les pouvoirs publics sont juridiquement subordonnés à la loi constitutionnelle qui a ainsi valeur fondamentale.

Il en résulte que si telle ou telle autorité de l'État vient à violer, d'une manière ou d'une autre, une disposition constitutionnelle, l'acte de cette autorité peut donner lieu à une procédure juridictionnelle d'invalidation. Par exemple, si un acte législatif adopté par le Parlement n'est pas conforme aux dispositions constitutionnelles en vigueur, il est, en vertu du contrôle de constitutionnalité qu'opère le Conseil constitutionnel dont la France a fini par se doter en 1958, frappé d'invalidité ; il est évacué de l'ordonnement juridique et, n'existant plus, il ne peut, bien évidemment, être producteur d'effets juridiques. Son abrogation l'a purement et simplement annihilé.

À la suite de Sieyès, on peut dire que la Constitution, en son texte même, est l'acte juridique émanant d'un « pouvoir constituant » qui est tel que les instances dont elle commande l'institution et le fonctionnement sont des « pouvoirs constitués ». La conséquence s'impose à la fois logiquement et juridiquement : les normes constitutionnelles auxquelles, en raison de leur niveau dans la hiérarchie des normes, sont subordonnées toutes les autres règles de droit de l'État, forment la clef de voûte de tout son appareil de droit positif.

En raison de son rang éminent dans la pyramide juridique, la forme statutaire de la norme constitutionnelle appelle, dans l'État, une interprétation philosophique.

Hegel voit dans la Constitution « l'effectivité de la volonté substantielle ». Celle-ci, dit-il, caractérise l'État « proprement politique » qu'il faut distinguer, toujours selon lui, de l'État « externe » qu'est la « société civile ». Cette « volonté substantielle » exprime « le rationnel en soi et pour soi » dont « le droit étatique interne » (nous dirions plutôt aujourd'hui « le droit public

interne ») est, dans son ensemble, la manifestation juridique. La Constitution est ainsi, dit Hegel, « la base stable de l'État » (*Principes de la philosophie du droit*, 1821, § 265). Parce qu'elle est, en son fond même, « la rationalité d'un peuple », elle confère aux différentes instances et aux différents pouvoirs de l'État leur « substantialité objective ». Il est par conséquent impossible de dissocier l'État et la Constitution, quelle qu'en soit la configuration : de manière générale, si la Constitution est vermoulue, l'État se meurt (*La Constitution de l'Allemagne*).

Même si l'on n'établit pas, comme Hegel, l'identité logique de la Constitution et de l'État, la Constitution apparaît toujours comme « la norme supérieure » à laquelle la législation dans son ensemble doit être conforme. Considérée en son aspect formel plutôt qu'en son aspect matériel, elle est, comme le souligne Kelsen, « l'assise fondamentale de l'ordre étatique » (« La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public*, 1928), de sorte qu'elle règle la création des normes générales (l'activité législative) et leur application (pouvoirs exécutif et judiciaire). Au sommet de la pyramide d'un ordre juridique, les règles constitutionnelles fondent ainsi l'appareil étatique en déterminant le statut des différents organes du Pouvoir et en posant les principes recteurs de leurs conditions d'exercice. Aussi bien est-ce davantage par leur force juridique que par leur contenu que, placées au-dessus de tous les corps constitués de l'État, les règles constitutionnelles s'imposent dans la vie politique comme la source de tout le droit puisque, à chaque palier de son édifice, elles en dominent et en règlent la création continuée.

À cette conception habilitatrice et procéduraliste, se sont opposés des juristes français comme Maurice Hauriou et Georges Burdeau qui, pour leur part, tendent à rapprocher la Constitution, norme juridique suprême, de la réalité socio-politique historiquement vécue par un peuple. Surtout, Carl Schmitt, dans sa *Théorie de la Constitution* (1928), s'est opposé de manière radicale aux idées exprimées par H. Kelsen avant même sa *Théorie pure du droit*. Selon C. Schmitt, la norme constitutionnelle est une « règle de fond » dont « l'identité » repose sur le contenu objectif ou matériel grâce auquel se détermine le régime politique et social d'un État. Il faut sortir, estime-t-il, du « cercle vicieux de l'identité logique entre État et Constitution ».

Quelque importante que soit la divergence entre Kelsen et Schmitt qui représentent deux directions antagonistes — qui s'affrontent encore, même aujourd'hui, au cœur de la doctrine juridique du XX<sup>e</sup> siècle —, nous ne retiendrons ici que la suprématie de la Constitution qui, en tout état de cause, se

déchiffre bien comme le texte fondateur de l'ordre juridique propre à l'État moderne. C'est pourquoi il faut ensuite prendre en considération l'ensemble des règles légales proprement dites qui forment, sous la Constitution, la masse du corpus juridique de l'État.

### **1.1.2. Les autres normes de la pyramide**

Dans la hiérarchie des normes, les *lois organiques* — quand la Constitution les prévoit — s'inscrivent immédiatement sous les normes constitutionnelles. Elles occupent un rang intermédiaire entre les dispositions de la Constitution et les lois ordinaires. Elles traitent des questions spécifiques relatives aux institutions constitutionnelles (comme, par exemple, l'organisation des Assemblées, le fonctionnement du Conseil constitutionnel, le statut de la magistrature...). Puis, viennent les *lois ordinaires*, « posées » comme des décisions de la volonté par le « pouvoir législatif », c'est-à-dire par le Parlement. À un palier infra-législatif, mentionnons les *règlements* tels que les décrets, les arrêtés, les décisions administratives... ; très diversifiés selon leur objet, ils varient aussi selon la qualité des autorités (Conseils régionaux, municipalités par exemple) habilitées à les édicter. Si toutes ces règles ont pour caractère commun d'être des règles de droit écrit, elles n'ont pas toutes même force juridique puisqu'elles se situent à différents niveaux de la hiérarchie des normes. Elles se caractérisent toujours néanmoins par leur obligatorité : c'est-à-dire que leur critère réside dans la contrainte, ce qui, en cas de violation de la loi, entraîne une sanction.

Mentionnons enfin, dans l'ordre du droit étatique, les *actes juridictionnels* qui sont les décisions de justice prises par le juge au terme d'un procès. Bien entendu, ces actes de droit sont d'abord pratiquement importants parce qu'ils tranchent un litige et « disent le droit » (*juris-dictio*), c'est-à-dire ce que le magistrat, dans une affaire contentieuse, estime être la vérité selon la loi. Ils ont ensuite une signification théorique parce que, revêtus de « l'autorité de la chose jugée », ils s'intègrent dans l'édifice juridique au point de pouvoir, en certains cas, faire jurisprudence, donc, servir de règle dans des espèces similaires. La jurisprudence est ainsi lestée d'un pouvoir normatif qui est loin d'être négligeable.

## **1.2. Un regard philosophique sur l'appareil juridique de l'État**

Le regard que pose le philosophe sur la structure de la pyramide des normes reconnaît aisément que les exigences de rationalité si bien perçues et pensées au XVIII<sup>e</sup> siècle par les Lumières françaises en sont le principe fondateur et légitimant dont rend compte la prééminence d'une Constitution écrite dans l'État. C'est pourquoi Hegel portait un jugement si sévère sur la Constitution anglaise (*Principes de la philosophie du droit*, § 211 R) : elle est non écrite comme tout ce qui relève de la *common Law* et elle véhicule le legs d'une histoire pétrie de contingence qui fait la « mauvaise positivité ». La tradition n'apporte pas à l'État la justification rationnelle dont il a besoin. Hegel considère donc que, pour qu'un État — à la différence de l'Allemagne de son temps — soit véritablement un État, il a besoin d'un système où le droit, par sa forme et par son contenu, soit conceptuellement exigible comme sa matrice rationnelle (*Principes...*, § 211 R).

Pourtant, la lecture interprétative de l'ordre juridique étatique est loin de se faire dans l'unanimité : positivisme, normativisme et décisionnisme dévoilent dans le droit des figures diversifiées.

Les théoriciens du *positivisme juridique*, comme par exemple Raymond Carré de Malberg (*Contribution à une théorie générale de l'État*, 1922), s'engagent sur la voie du formalisme rationnel et vont jusqu'à considérer que l'architectonique juridique de l'État — telle, du moins, qu'elle se dessine dans l'État français de la Troisième République — fait « la personnalité de l'État ». Par cette conception de l'État, élaborée sur la base d'un formalisme de la loi tel que ne lui échappe aucun objet, Carré de Malberg entend affirmer l'un des acquis majeurs de la modernité juridico-politique.

Hans Kelsen, dans sa *Théorie pure du droit* (1934), expose, non pas comme on le répète à l'envi, la doctrine positiviste, mais une « science pure » du droit positif de l'État. Il met en évidence la loi de composition, qui est en même temps le schème de distribution, de la pyramide des normes juridiques. La spécificité de cet ordre est de régler lui-même sa propre création (*Théorie...*, p. 96) : de la règle constitutionnelle à la règle législative et au règlement d'administration, toute création de droit est, dans l'État, application de droit, et toute application du droit crée du droit. Autrement dit, dans l'ordre juridique étatique, « la validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme » (*Théorie...*, p. 256), évidemment supérieure à elle. En cette structure hiérarchique qui commande la création, jusqu'en leurs aspects les plus ténus, de ses propres parties, il y a une unité de la pluralité telle que cet ordonnancement

du droit a été qualifié de « pan-normativisme ». A tout le moins Kelsen, par sa puissante intuition *normativiste*, s'oppose-t-il à l'idée d'un droit pensé comme « l'organisation de la force » et en vient-il à identifier l'État avec le système des normes qui l'organisent selon la logique du principe de non-contradiction.

Carl Schmitt, dans sa *Théorie de la Constitution*, est en complet désaccord avec Kelsen. Il critique, en le visant tout particulièrement, la définition de la Constitution comme « loi fondamentale ». Avec la volonté de faire du *décisionnisme* la pierre d'angle du droit de l'État, il emprunte à Sieyès la thématique non plus formelle, mais concrète, du « pouvoir constituant », c'est-à-dire d'une volonté qui « déciderait » du contenu normatif de la Constitution et le fixerait dans un texte en se réservant la faculté de le maintenir ou de le modifier. La Constitution ne se réduit donc pas aux « lois constitutionnelles », perspective dans laquelle se profile « le gouvernement de la loi » ; elle est la décision que prend le titulaire du pouvoir constituant — c'est-à-dire, pour C. Schmitt comme pour les hommes de 1789, le peuple-nation — pour déterminer, par la forme qu'il donne à l'existence politique, la manière d'être de l'État.

Notre problème n'est pas de trancher entre positivisme, normativisme et décisionnisme. Sans entrer ici dans une joute doctrinale, nous nous bornerons à constater que, sur la base de la Constitution qui en est la prémisse statutaire, le droit positif de l'État moderne est doté de cohérence et d'applicabilité. C'est pourquoi les deux idées corrélatives de « loi » et de « légalité » ont eu en lui — jusqu'à notre époque où l'on voit de plus en plus souvent intervenir des paramètres éthiques, sociaux, économiques et politiques — tant d'importance pour la vie des citoyens. L'État moderne a généralement été pensé jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle sinon, à l'instar du monisme kelsénien, comme identique à l'ordre juridique, du moins comme l'entité juridique qui, plus radicalement que des explications psychologiques, sociologiques ou historiques, légitime la domination et le commandement de l'autorité publique.

Aussi, dans la période où s'est affirmé le plus fortement le concept d'État, la théorie juridique et même la science politique ont-elles accordé une large place aux différents *organes institutionnels* par lesquels coule la puissance de l'État.

## **2. L'agencement et le fonctionnement des pouvoirs étatiques**

Le texte de la Constitution étant le socle fondateur de l'entité étatique produit des « effets » qui sont à la fois juridiques et politiques. Du point de vue juridique, les effets constitutionnels se manifestent d'abord par l'établissement des *organes institutionnels* du Pouvoir, déterminés en leur nature et en leur fonction ; ces effets résident aussi dans les procédures de distribution et d'interrelation des compétences respectives de chacun d'eux. Du point de vue politique, les effets constitutionnels se déchiffrent dans la *typologie des modes de gouvernement* et, partant, définissent traditionnellement les divers régimes.

Dans ces deux perspectives, juridique et politique, surgissent de délicats problèmes que le philosophe ne peut ignorer.

## **2.1. Les organes de l'État**

Dans l'État tel que l'ont édifié les Temps modernes, les lois constitutionnelles édictent les règles selon lesquelles le Pouvoir est dévolu à ses agents d'exercice ; elles fixent la nature, le statut et les compétences des institutions organiques ayant charge d'exercer la puissance publique ; elles établissent également ce que doivent être leurs relations réciproques.

Sur cette base, l'autorité étatique est exercée par trois organes fondamentaux respectivement dotés du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Cette trilogie n'a rien d'original puisqu'elle était déjà formulée par *La Politique* d'Aristote. Néanmoins, à l'heure où l'État a trouvé dans le monde occidental moderne son expression la plus nette, ces trois pouvoirs ont pris un tour et des caractères propres par quoi ils ont posé des problèmes spécifiques.

### **2.1.1. Le pouvoir législatif**

Le *pouvoir législatif* a évidemment charge et vocation de légiférer. Mais cette définition nominale comporte plusieurs facettes juridiques qui soulèvent des questions de fond de nature philosophique.

D'une part, il est devenu banal de considérer que la loi est « l'expression de la volonté générale » et que, par elle, se manifeste dans l'État la souveraineté du peuple. Mais quand il s'agit, non pas comme, selon Rousseau, de la *nature* de la souveraineté légiférante qui, indivisible, ne peut être représentée, mais de l'*exercice* du pouvoir de faire la loi, Montesquieu souligne à juste titre que, si la situation idéale serait que « le peuple en corps eût la puissance législative », il

faut, dans la réalité, « que le peuple fasse par ses représentants ce qu'il ne peut faire par lui-même ». La Constitution, dans la plupart des États modernes, prévoit un *système représentatif* tel qu'il appartient à un Parlement d'assumer la charge d'établir les lois dans des domaines tels que le budget, l'éducation, les droits et libertés, les affaires militaires, les déclarations de guerre... En France, la Constitution de 1958 qui nous régit encore actuellement énumère limitativement en son article 34 les règles de droit concernant le domaine de la loi.

La compétence législative, dévolue au Parlement, consiste à élaborer les lois (cette compétence étant d'ailleurs partagée avec le gouvernement) et à les voter (cette compétence étant, elle, exclusive). Les modalités d'exercice du pouvoir législatif, qui est en réalité une charge, varient selon les Constitutions des divers pays. Les articles de la Constitution peuvent en effet prévoir de manières différenciées le nombre des assemblées parlementaires (monocamérisme ou bicamérisme), la désignation des représentants selon des modes de scrutin plus ou moins complexes, la durée des mandats législatifs, le moment et le temps des sessions ordinaires, la convocation des sessions extraordinaires... Le statut des parlementaires est également prévu par les lois constitutionnelles qui fixent la durée de leur mandat, déterminent un certain nombre d'incompatibilités aussi bien que les conditions de l'immunité parlementaire. Les modalités du travail des parlementaires sont, elles aussi, établies en termes généraux : un président doit régler les débats, des groupes de travail à connotation politique et des commissions d'enquête sont prévus ; les propositions parlementaires et les projets gouvernementaux sont distingués ; les modes de scrutin ne sont pas laissés au hasard ; il est admis qu'une « navette » doit circuler entre les deux Chambres si un projet de loi soulève des problèmes...

D'autre part et surtout, la question de la constitutionnalité des lois donne le plus souvent lieu, dans de nombreux États, à un examen précis et rigoureux : en France, le Conseil constitutionnel est chargé du contrôle de la conformité des textes législatifs aux articles de la Constitution. C'est une question de cohérence juridique et de fiabilité pratique du dispositif législatif.

Malgré les différences que le droit comparé met en évidence, *de jure* et *de facto*, dans les différents États modernes du globe, l'agencement du pouvoir législatif y apparaît comme une constante. Il est surtout remarquable que, résultant de l'évolution historique qui s'est faite depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, la technicité des procédures législatives et les requêtes de la logique juridique en ce qui concerne la régularité des lois (c'est-à-dire leur conformité aux dispositions

constitutionnelles) se conjoignent étroitement dans la fonction législative de l'État moderne. Aussi bien peut-on dire de manière générale que, malgré la complexité de plus en plus grande de son fonctionnement et malgré certaines exceptions auxquelles le théoricien du droit doit être attentif dans le droit et dans la pratique juridique présents (lois-cadres, lois d'orientation, délégations de pouvoir, importance croissante de la réglementation administrative...), le pouvoir législatif, représentatif, dans l'État moderne, de l'opinion des citoyens et, à travers elle, de la souveraineté du peuple, constitue la fonction prééminente de la puissance publique.

### **2.1.2. Le pouvoir exécutif**

Le *pouvoir exécutif* a, traditionnellement, une acception large qui englobe trois fonctions différenciées : gouverner ; administrer ; réglementer.

La fonction gouvernementale — l'expression indique, à elle seule, ce que le terme de pouvoir « exécutif » a d'insuffisant, voire de critiquable — s'éclaire assez bien par la métaphore de la navigation en laquelle gouverner consiste à tenir le gouvernail pour diriger le bateau : gouverner l'État, c'est accomplir les actes qui en dirigent le fonctionnement et en guident la marche en donnant mouvement à la législation adoptée par les instances législatives. Si nous nous attardons sur l'exemple français tel qu'il est établi d'après la Constitution de 1958, il nous faut souligner la dualité des organes de l'exécutif que représentent d'une part le Président de la République élu au suffrage universel et, d'autre part, le Gouvernement, c'est-à-dire l'ensemble des ministres (le Premier ministre étant nommé par le Président de la République et les autres ministres étant appelés par le Premier ministre à faire équipe avec lui). Aux termes de la Constitution, le Président de la République et le chef du Gouvernement ont des compétences spécifiques : la fonction majeure du Président de la République est d'assurer le respect de la Constitution, la continuité de l'État et « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » ; quant au Gouvernement, il lui appartient, sous la direction du Premier ministre, de « déterminer et conduire la politique de la nation ».

La fonction administrative, qui est assurée en premier lieu et au premier chef par le gouvernement, mais aussi par les autorités qui lui sont subordonnées ou placées sous sa tutelle, ne consiste assurément pas en une application quasi automatique des décisions du législateur. Dans cette mission applicative,

l'autorité administrative, en effet, n'est pas directement et immédiatement conduite, dans la grande majorité des cas, à émettre des décisions à portée individuelle : le plus souvent, la loi l'habilite à édicter d'abord des normes à portée générale, des « règlements » destinés à préciser ou compléter ses propres dispositions. Davantage : un système constitutionnel peut difficilement s'abstenir de conférer au gouvernement, voire aux autorités administratives infra-gouvernementales, le pouvoir d'édicter des règlements qui ne sont pas subordonnés à une loi particulière, et qu'on qualifie, pour cette raison, d'« autonomes » : ainsi en est-il des règlements pris par les autorités investies d'un pouvoir de police, c'est-à-dire chargées d'assurer le maintien de l'ordre public ; ainsi en est-il également des règlements relatifs à l'organisation intérieure des services publics (Éducation nationale, Ponts et Chaussées, Trésor public, Sécurité sociale...). Dans le système constitutionnel français de 1958, ce pouvoir réglementaire autonome est même promu au rang de compétence normative de droit commun.

Faut-il ajouter que le pouvoir exécutif, et lui seul, est investi dans l'État du pouvoir de contrainte et dispose à cet effet de la force publique ? Et faut-il relever que c'est le pouvoir exécutif encore qui assure la conduite des relations internationales ?

Il importe de surcroît de noter en ce point que les normes constitutionnelles prévoient, à côté des organes gouvernementaux et administratifs de l'État, des organismes qui, tels le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont, outre les pouvoirs de décision qu'implique leur fonction juridictionnelle, des compétences consultatives en vertu desquelles ils donnent des « avis » pour la gouverne de la politique.

### ***2.1.3. Le pouvoir juridictionnel***

Le *pouvoir juridictionnel*, constitutionnellement conféré à « l'autorité judiciaire », est dévolu, en France, à deux ordres de juridiction : la juridiction judiciaire (qui statue sur les litiges entre particuliers ou concernant l'État pris comme personne privée ainsi que sur les procès de nature pénale) et la juridiction administrative (qui statue sur les litiges intéressant l'État pris comme personne publique). L'existence de ces deux ordres de juridiction atteste l'importance reconnue dans l'État à la justice. Le statut des juges n'est pas élaboré en fonction de réquisits moraux. Il prend sens rapporté à « l'ordre

public » et aux « libertés publiques ». Afin que l'ordre public puisse être assuré, les magistrats du Parquet forment un corps qui, placé sous l'autorité du garde des Sceaux (le ministre de la Justice), a pour office de poursuivre les infractions à la loi. Ils sont chargés de requérir contre les auteurs de ces infractions, mais ils ne jugent pas. Quant aux « libertés publiques », il incombe aux magistrats du Siègre de les faire respecter : c'est pourquoi ils ont mission, en tout procès, d'énoncer un jugement qui, prononcé « en toute indépendance », mais toujours conformément aux termes de la loi, soit conforme au principe de la liberté individuelle des citoyens.

Si la trilogie des organes auxquels sont constitutionnellement dévolus les « pouvoirs » de l'État dessine l'épure organisationnelle de la puissance étatique dans le monde moderne, il importe surtout, pour en comprendre le rôle, de saisir *les rapports qu'ils entretiennent entre eux*.

## **2.2. La distribution des pouvoirs**

Dans le cours du XX<sup>e</sup> siècle et jusque dans la Constitution de 1958 que nous avons plusieurs fois mentionnée, se pose quant à eux la question de la distribution des pouvoirs en l'État. La théorie dite de la « séparation des pouvoirs » a suscité à cet égard un grand nombre de commentaires et de controverses. Elle doit être ici rappelée et rendue à sa vérité.

### **2.2.1. La théorie de Montesquieu**

On s'obstine généralement à imputer à Montesquieu la paternité de la théorie de la « séparation des pouvoirs » dont la Constitution d'Angleterre lui aurait fourni, soutient-on, l'exemple vivant.

Dans le plus célèbre chapitre de *L'Esprit des lois* (XI, VI), Montesquieu cisele, il est vrai, le modèle d'une Constitution moderne qui, pour assurer « la liberté politique des citoyens », repose sur la distribution et l'agencement des trois pouvoirs en l'État. Mais la lettre du texte ne contient pas l'expression « séparation des pouvoirs » et l'idée que connote cette expression ne correspond pas à « l'esprit » que véhicule la théorie constitutionnelle de Montesquieu. Carré de Malberg, en commentant ce célèbre chapitre, a montré que les trois fonctions,

législatrice, exécutive et juridictionnelle, étant nécessairement hiérarchisées puisque la loi est supérieure à toutes les normes, les organes qui les assument sont, eux aussi, hiérarchisés et, partant, ne sont pas — ne peuvent pas être — indépendants et séparés les uns des autres. Charles Eisenmann a brillamment fait justice de la lecture « séparatiste » de la théorie constitutionnelle contenue dans *L'Esprit des lois*. Non seulement elle est absurde, dit-il, en raison de la prééminence de la loi, mais elle est démentie par la Constitution d'Angleterre que prétend décrire Montesquieu et dans laquelle les instances du pouvoir de l'État ne sont ni strictement spécialisées puisqu'elles coopèrent, ni indépendantes puisque, en de nombreux points, leurs compétences interfèrent. Ce que dit Montesquieu est tout autre : pour que l'État, explique-t-il, échappe aux menaces d'oppression qu'engendrent les tendances despotiques d'un Pouvoir toujours tenté d'abuser de ses prérogatives, il est nécessaire d'écarter la concentration de la puissance dans les mains d'un seul homme ou d'un seul corps : un centralisme outrancier est générateur d'oppression, voire de crainte ou de terreur. Dans la pratique, il est donc indispensable que les pouvoirs ne soient pas dévolus à une autorité unique : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait les trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers » (*E.L.*, XI, VI). Le monisme juridique qui rassemble et unit dans un seul organe le pouvoir législatif, les compétences gouvernementales et la capacité juridictionnelle est en effet propice — qu'il se traduise par la monocratie d'un homme, d'un corps ou d'un peuple — à l'autocratie absolutiste qui est l'antithèse de la liberté politique puisque les lois s'y font tyranniques et y sont exécutées tyranniquement. En outre, poursuit Montesquieu, si le pouvoir judiciaire est joint à la puissance législative, le juge devient législateur ; et si ce même principe judiciaire est joint à la puissance exécutive, le juge acquiert la force d'un oppresseur. La *non-confusion* des trois pouvoirs est donc nécessaire à un État pour que règne en lui la liberté des citoyens. Mais si la non-confusion des pouvoirs est appelée à empêcher leur concentration dans les mains d'un seul homme ou d'un seul corps et implique, comme telle, leur distinction organique et leur spécification fonctionnelle en leur aire propre de compétence, elle ne signifie pas leur « séparation ». Certes, dans le constitutionnalisme que façonne Montesquieu en donnant une large place à la problématique des contre-pouvoirs, la justice doit être l'affaire exclusive des juges dans le prétoire. Il en résulte que la « puissance de juger » — qui désigne une compétence — plutôt que le « pouvoir judiciaire »

— qui appartient à un organe — doit être « séparée » (c'est à propos seulement de la justice que Montesquieu emploie ce terme) des pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance de la justice est en effet la condition de la liberté. Mais il faut aussi que la justice, « si terrible parmi les hommes », soit « invisible et nulle » : comprenons qu'elle ne doit pas être une menace que brandissent les juges pour effrayer les citoyens. En conséquence, elle doit être exercée, non par une instance fixe et permanente qui risque d'être tyrannique, mais, déclare expressément Montesquieu, par une juridiction temporaire, c'est-à-dire par un tribunal formé, pour le temps d'une espèce, par les citoyens eux-mêmes qui ne seront, en l'affaire, que « la bouche de la loi », la loi devant être scrupuleusement appliquée.

Entre la puissance législative et la puissance exécutive, doivent s'établir également des rapports étroits. Certes, Montesquieu estime que la puissance exécutive ne doit pas être confiée à des personnes tirées du corps législatif, car l'union de ces deux puissances rompt l'équilibre auquel la Constitution doit être attentive. Mais le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne sont pas pour autant séparés. Bien au contraire, l'exécutif décide de la tenue et de la durée des assemblées législatives ; de manière générale, sans jamais légiférer — ce qui serait un empiétement de ses prérogatives hors de son ordre —, il règle les travaux de la puissance légiférante. L'initiative du gouvernement — du prince ou de ses ministres — indique sa prépondérance sur les Chambres : celle-ci n'est affaire de compétence que parce qu'elle exprime l'équilibre des puissances. La sauvegarde de la liberté implique que la puissance exécutive ait le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif. Sans légiférer, l'exécutif, par son droit de veto, participe au législatif et joue le rôle d'un frein dans la machine constitutionnelle.

On ne saurait donc, en lisant le texte de Montesquieu, être fondé à soutenir que la puissance législative est « séparée » du pouvoir exécutif et de la puissance juridictionnelle. Le bicamérisme qui la caractérise réalise en son sein l'équilibre de ses compétences et de ses prérogatives. Ce faisant, les intérêts de la Chambre haute et de la Chambre basse s'harmonisent selon le principe d'auto-régulation du fonctionnement du pouvoir législatif. Ce principe rend possible une auto-limitation qui, dans la Constitution, comme dans « la nature des choses », tempère les forces des divers organes afin qu'ils puissent « aller de concert ». Ainsi, l'aménagement de la puissance législative correspond à l'équilibre des pouvoirs et des contre-pouvoirs des deux Chambres : la « faculté de statuer », c'est-à-dire d'établir des règles législatives, et la « faculté

d'empêcher », c'est-à-dire un droit de veto qui arrête les dérives de la législation, doivent se contrebalancer.

Le souci de l'équilibre ou de la balance des pouvoirs domine la pensée constitutionnelle de Montesquieu. L'auteur de *L'Esprit des lois* est convaincu, comme l'a été Locke, de la valeur libérale et libérante du partage et de la distribution de l'autorité. Mais la *division* des pouvoirs n'est pas la *séparation* des pouvoirs. Les différents organes ne peuvent pas fonctionner indépendamment les uns des autres, de sorte que leur complémentarité fonctionnelle est le corollaire indispensable de leur distinction organique.

La thèse développée par *L'Esprit des lois* a eu un fort retentissement dans la doctrine juridique même si, comme nous l'avons vu, elle a suscité le désaccord des interprètes.

### **2.2.2. La réception d'un héritage**

En 1789, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en son article 16, a inscrit le principe de la « séparation des pouvoirs ». Au lendemain de la Révolution française, Kant et Fichte ont recueilli l'inspiration générale de Montesquieu et l'ont transposée dans le contexte d'une pensée critique à laquelle l'auteur de *L'Esprit des lois* ne songeait pas. Cet héritage est peu fidèle à Montesquieu. Mais l'important n'est pas là. Il importe en effet de retenir que, désormais, la philosophie politique s'accorde — selon des chemins différents — à récuser le monisme du pouvoir étatique.

Défendre l'interprétation séparatiste du fameux chapitre VI du livre XI sur « La Constitution d'Angleterre » est une indéniable erreur de lecture. Mais retenir l'idée selon laquelle « il faut que, par la nature des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » est l'un des thèmes majeurs du droit politique de l'État moderne. Cela se comprend aisément : si l'un des organes de l'État, tenté par un abus ou par un détournement de pouvoir, empiétait sur les prérogatives de tel ou tel autre, il se heurterait aussitôt au veto ou à la résistance que celui-ci lui opposerait. Non seulement le jeu des pouvoirs et des contre-pouvoirs maintient dans l'État la balance de l'autorité publique, mais, ce faisant, il protège les libertés. Dans la logique textuelle de Montesquieu, semblable résultat n'était possible qu'en raison des liens organiques et des relations fonctionnelles des pouvoirs, bien plutôt que de la « séparation » des pouvoirs : si ces liens sont abolis, et si ces relations se distendent, le risque apparaît d'une autocratie

oppressive. Alors, pour la postérité, l'esprit a prévalu sur la lettre : ce que les héritiers de Montesquieu ont retenu, c'est, plutôt que la coopération des organes du Pouvoir, leur nécessaire distinction (qu'ils ont appelée « séparation »).

Kant et de Fichte ont su, par-delà cette nécessaire distinction, saisir l'unité fondamentale en laquelle elle plonge ses racines.

Dans sa *Doctrine du droit* (1796), Kant, après avoir défini l'État comme « l'unification d'une multiplicité d'hommes sous des lois juridiques », précise qu'il contient en soi trois pouvoirs, c'est-à-dire « la volonté générale unie en [ces] trois personnes (*trias politica*) » que sont les instances législatrice, exécutive et judiciaire. Or, explique-t-il, ces trois pouvoirs constituent les trois propositions d'un raisonnement de raison pratique qui prend, selon lui, une forme syllogistique. Le juriste dénoncera sans peine l'allure artificielle de la démonstration kantienne. Elle mérite cependant attention. Le pouvoir souverain, qui réside en la personne du législateur est, dit Kant, comme la majeure d'un syllogisme : il contient « la loi d'une volonté » ; le pouvoir exécutif, qui réside en la personne qui gouverne conformément à la loi, en tant précisément qu'il contient l'ordre de se conduire d'après la loi et énonce le principe de sa subsomption sous la majeure, est la mineure de ce syllogisme ; et le pouvoir judiciaire qui, en la personne du juge, attribue à chacun le sien suivant la loi, énonçant par là la sentence qui dit ce qui est de droit, énonce la conclusion du raisonnement syllogistique.

À cette présentation du droit politique, on peut évidemment faire deux objections : la première, c'est qu'il existe une application non contentieuse des lois à laquelle Kant n'a pas pensé ; or, elle n'a pas besoin de faire intervenir le pouvoir judiciaire. La conclusion du syllogisme énoncé par le philosophe serait donc inutile. La seconde objection consiste à remarquer que le pouvoir judiciaire n'intervient pas toujours dans la mise en œuvre du corpus juridique de l'État et que, s'il intervient, il n'a pas toujours pour office de prononcer une sentence pénale comme semble le dire Kant ; en ce cas, le syllogisme contiendrait un germe de fausseté. Mieux vaut donc considérer avec une réserve prudente le raisonnement syllogistique présenté par la *Doctrine du droit*.

Cependant, Kant a le mérite de mettre en évidence, par le lien logique qui unit les fonctions de la *trias politica* dans la marche de la raison pratique politique que, si les trois pouvoirs de l'État sont bien distincts, ils n'en sont pas moins reliés les uns aux autres par un lien unitaire. Il n'en peut aller autrement puisque, continue Kant, les trois pouvoirs, philosophiquement considérés, procèdent de

l’Idée pure et *a priori* d’un État en vue de le fonder. Ce sont des « dignités politiques » qui contiennent le rapport du souverain universel qu’est le peuple en corps à la multitude des individus de ce peuple comme sujets. En cette relation, qui est celle du commandement à l’obéissance, il est clair que les trois pouvoirs dans l’État sont, par leur statut juridique, *coordonnés* de sorte que l’un est le complément de l’autre pour l’organisation constitutionnelle du corps politique ; que, par leur fonction, ils sont *subordonnés* les uns aux autres pour assurer la cohérence de la vie politique ; et que, par le droit que prononce la voix du juge quand il a à intervenir, ils *médiatisent* les exigences de la justice en donnant à chacun ce qui lui revient en partage. Ainsi, conclut Kant, « Il y a trois pouvoirs différents (*potestas legislatoria, executoria, judiciaria*) par lesquels l’État (*civitas*) a son autonomie, c’est-à-dire sa forme et se conserve lui-même d’après des lois de la liberté. C’est dans leur union que réside le salut de l’État (*salus reipublicae suprema lex*) [...] Il s’agit là [...] de l’accord entre la Constitution et les principes du droit auxquels la raison, par un impératif catégorique, nous fait l’obligation de tendre » (*D.D.*, § 49).

Fichte, qui a compris de longue date l’importance du rapprochement établi par Kant entre son concept d’État et l’idée d’organisation (*Critique de la faculté de juger*, § 65), en développe les conséquences juridiques et politiques dans le *Fondement du droit naturel* (1796) où il va jusqu’à utiliser la métaphore de l’arbre pour symboliser l’État. Si l’union des individus est absolument nécessaire au tout qu’est l’État — ce qui explique l’importance qu’il accorde aux notions de « contrat social » et de « volonté générale » aux sources de la puissance étatique —, l’union des pouvoirs de faire les lois, de les faire exécuter, et, le cas échéant, de punir ceux qui y contreviennent (*Fondement...*, § 20), est, elle aussi, nécessaire pour l’ordre public et pour la protection des particuliers. C’est donc l’union — et non point, malgré la distinction des trois pouvoirs, leur « séparation » — qui est la condition *sine qua non* pour « faire régner le droit et la justice dans l’État » (*Fondement...*, § 21).

\*

Même si l’État moderne n’est pas entièrement et seulement redevable à Montesquieu de son organisation institutionnelle, il a fait de la « distribution » des pouvoirs — distribution impliquant non pas séparation mais répartition et complémentarité des fonctions — l’un de ses axiomes juridiques. Rousseau, d’ailleurs — qui, dans son concept du droit politique, est moins éloigné de

Montesquieu qu'on n'a souvent voulu le dire — rejette le cumul des fonctions par un seul et même organe : « Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute » (C.S., III, IV) ; il réclame pour l'État la nécessaire répartition des prérogatives institutionnelles. La Constitution française de 1958 ne dit pas autre chose.

Il est remarquable cependant que, philosophiquement entendues, la répartition et la coopération des organes du pouvoir signifient surtout aujourd'hui la nécessité de limiter la puissance effective de chacun des pouvoirs publics. Le constitutionnalisme qui s'est installé à notre époque dans la plupart des États occidentaux consiste à établir des bornes au-delà desquelles aucun pouvoir ne doit s'aventurer sans mettre en péril l'ordre juridique, donc, la liberté des citoyens. C'est pourquoi l'on admet volontiers l'idée selon laquelle *l'auto-limitation du pouvoir* incorpore dans les diverses institutions des garanties constitutionnelles visant à la protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen.

On voit en cela que, par-delà la forme juridique des structures organiques et fonctionnelles de l'État, les effets constitutionnels ont une ample portée socio-politique et que, en leur signification, se profile le destin des peuples : les formes institutionnelles du Pouvoir sont-elles, comme on l'a soutenu, les instruments d'une servitude aliénante ou peuvent-elles, et à quelles conditions, se mettre au service d'un humanisme libéral ?

## Chapitre 3

### Le sens des effets constitutionnels dans l'État

Les bases constitutionnelles de l'État moderne indiquent d'emblée que, jusque dans les ordres les plus contraignants qu'il impose à ses ressortissants, il est irréductible à de purs rapports de forces. Cependant, cette incommensurabilité, loin de se traduire par une relation simple et unitaire qui s'instaurerait entre gouvernants et gouvernés, laisse place à différents modèles de gouvernement des peuples. C'est pourquoi l'on voit traditionnellement dans la *typologie des régimes* la conséquence politique des formes juridiques de leurs Constitutions.

Cette perspective n'est pas nouvelle et, si l'on prend les mots « Constitutions » et « régimes » dans leur acception large, elle est de beaucoup antérieure à l'instauration moderne de l'État. Elle n'est pas pour autant négligeable même si nous ne devons ici que rappeler brièvement la permanence de la trilogie des régimes, déterminés, depuis Platon, comme monarchie (quand un seul gouverne), aristocratie (quand quelques-uns, réputés les meilleurs, gouvernent) et démocratie (quand le peuple se gouverne lui-même). Chacun de ces régimes peut donner lieu à des déviations qui sont autant de pathologies politiques. Ce schéma général a traversé les siècles, non sans donner lieu, au fil de l'histoire des idées politiques, à de nombreux déclassements et reclassements.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle — siècle de gloire de la modernité —, Montesquieu, constatant qu'« il y a trois espèces de gouvernements » (*E.L.*, II, I), a modifié la logique interne de leur typologie traditionnelle et proposé une leçon de droit politique à laquelle Kant et Hegel seront particulièrement attentifs. Leurs doctrines, confrontées aux idées neuves de Rousseau et à leur retentissement dans la pensée politique de l'époque révolutionnaire, permettent de saisir la valeur et la portée philosophique qu'enserme la silhouette, désormais dessinée à traits clairs et précis, de l'État moderne.

#### **1. La signification politique des mécanismes constitutionnels**

Les organes étatiques et leurs modes de fonctionnement définissent, sous la

Constitution, le régime politique qui s'installe en l'État. La *classification des régimes*, élaborée dès l'aurore de la philosophie politique, a obéi, durant des siècles, au critère logique du nombre des gouvernants, ce qui concerne principalement le mode d'organisation du Pouvoir. La pensée politique moderne, en alliant au rationalisme le souci des réalités concrètes, a bousculé ce logicisme classificateur pour considérer les régimes politiques en leur figure historique et vivante, c'est-à-dire, pour l'essentiel, relativement au mode d'exercice du Pouvoir.

Déjà Machiavel avait brouillé les typologies traditionnelles en laissant entendre qu'en toute politique, de la meilleure république à la plus affreuse tyrannie, règnent toujours l'injustice et la coercition. Montesquieu, avec beaucoup moins de cynisme et beaucoup plus de modération, s'est appuyé sur « la nature des choses » pour proposer, en feignant d'ignorer les classifications que la tradition a transportées de siècle en siècle, un nouveau classement des régimes politiques. Le républicanisme kantien et la *Sittlichkeit* hégélienne seront plus ou moins influencés par le regard que Montesquieu a posé sur les divers régimes de l'État et l'exposé interprétatif qu'ils donnent des mécanismes constitutionnels qui les caractérisent respectivement permet de dégager la signification politique qu'ils leur accordent.

## **1.1. Montesquieu et le nouveau classement des régimes politiques**

Les trois gouvernements sont, dit Montesquieu en faisant appel à de nombreux exemples historiques et géopolitiques, le républicain (à Rome et à Athènes pour l'Antiquité, à Venise et à Gênes pour les Temps modernes), le monarchique (en Angleterre et en France), et le despotique (dans les pays d'Orient). Que l'information historique de Montesquieu soit contestable ne change rien à son projet théorique, qu'il élabore à partir des deux concepts opératoires de la *nature* des « trois divers gouvernements » (ce qui les fait être tels) et de leur *principe* (ce qui les fait agir).

### **1.1.1. « Il y a trois espèces de gouvernements »**

Écartant le formalisme logique et l'arrière-plan métaphysique de la philosophie politique traditionnelle, Montesquieu explique d'abord que la république, démocratique ou aristocratique, est, par sa nature, le régime où le peuple est souverain et dont le principe est la vertu. Puis, s'interrogeant sur la

monarchie, il insiste sur le fait que le détenteur de la souveraineté y importe moins que son exercice ; le problème est donc, en ce régime, d'organiser juridiquement — c'est-à-dire, pour lui, constitutionnellement — le rapport de commandement à obéissance, seul générateur d'ordre et d'équilibre dans l'État. C'est pourquoi, l'honneur étant le principe du gouvernement monarchique, il y faut aussi des « lois fondamentales », « fixes et établies », qui y constituent un rempart contre l'anarchie. Quant au gouvernement despotique, il n'est même pas un gouvernement : sous le signe de la crainte, ce régime « monstrueux » n'a d'autre règle que le caprice du prince ; dans le parfait mépris de l'idée de loi, le despote joue sinistrement à être dieu, il anéantit les hommes et instaure, dans le déséquilibre, la démesure, la déraison et la démence, une situation contre-nature où guettent sans trêve le mal et la mort. Pour pallier les dérives du Pouvoir vers la négation du politique, Montesquieu, nous l'avons vu, a modelé un schéma constitutionnel pour lequel la Constitution d'Angleterre — ou, du moins, ce qu'il voyait en elle — lui est apparue comme un modèle normatif. Influencé par Lord Bolingbroke, et probablement aussi par Locke bien qu'il ne le cite pas, Montesquieu assigne à la Constitution non seulement le rôle de définir les organes législatif, exécutif et juridictionnel qui ont charge d'assumer l'exercice du Pouvoir, mais la tâche de façonner les mécanismes qui les mettent en mouvement et établissent la balance de leurs puissances respectives.

Dès lors, la typologie tripartite des régimes politiques qui se présentent empiriquement dans l'espace et le temps est dominée, estime Montesquieu, par la signification que revêtent ces types de gouvernement : les uns sont modérés, les autres sont non modérés. L'idée est si pressante dans la pensée de Montesquieu que, passant de ce qui est à ce qui doit être, il fait de la modération le principe constitutionnel de l'humanisme libéral.

### ***1.1.2. La modération érigée en principe constitutionnel***

La modération inscrite dans les lois fondamentales de l'État devient un programme constitutionnel qui, pour la politique, signifie la sauvegarde de l'humanité de l'homme. C'est qu'en effet, si, comme cela semble évident, la liberté politique ne se peut trouver que lorsque les gouvernements ne se portent pas aux extrêmes, elle ne leur appartient pas par nature. La modération, condition de la liberté, est le résultat d'un dispositif constitutionnel dans lequel, à la manière de ce qui se passe dans un organisme bien plutôt que dans une

machine, les trois puissances sont « forcées d'aller de concert » en inscrivant leur action « entre les deux limites » du défaut et de l'excès (*E.L.*, XXIX, I), donc, en s'éloignant aussi bien de la raideur despotique que de la lourdeur démocratique. Par conséquent, il ne fait pas de doute que, dans un État qui est ce qu'il doit être, le souci normatif l'emporte sur les clauses positives et la dynamique constitutionnelle, sur la statique juridique. Le refus des extrémismes est la règle déontologique que doit observer le pouvoir constituant dans un « bon gouvernement ». Aussi la modération, avant que d'être l'axiome juridique présidant à l'auto-limitation du pouvoir, est-elle un état d'esprit. Elle doit imprégner l'œuvre du législateur, commander l'exécution des lois, inspirer les sentences des juges.

La signification politique de l'édifice constitutionnel a même une profondeur quasiment métaphysique. S'il est vrai que, homme de son siècle, Montesquieu voit dans un gouvernement aristocratique le lieu d'excellence de la modération, ce n'est pas parce qu'il nourrit admiration et amour pour une classe sociale à laquelle il appartient, mais parce que ce régime laisse place, dans l'exercice du pouvoir, à la pluralité des opinions, voire des partis. Il écarte la monocratie absolue aussi bien que la démocratie, refuse la raideur monocratique, la volonté monopolistique et le sectarisme, donc rejette le fanatisme et l'intolérance. On a dit que, ce faisant, Montesquieu entendait justifier les « corps intermédiaires ». C'est là un malentendu. La modération, loin de donner lieu, sous sa plume, à un plaidoyer militant en faveur d'une aristocratie nobiliaire qu'il sait condamnée par le mouvement de l'histoire, a un sens profond : de même qu'une société implique des différenciations structurelles, donc, une hiérarchie en laquelle les rangs ont, les uns par rapport aux autres, une complémentarité fonctionnelle et pratique, de même, un État, pour échapper à l'asservissement qu'engendre une autorité monolithique coercitive, a besoin d'être pluraliste. Du point de vue politique, la modération ne peut pas coïncider avec le monisme d'un régime de classe. Du point de vue philosophique, elle révèle, à travers les correspondances éthiques qu'elle manifeste, sa fondation ontologique dans la « nature des choses ». Aussi réussit-elle la gageure de conjointre l'humanisme et le naturalisme dans le dispositif constitutionnel de l'État. Contre le conventionnalisme et l'artificialisme de la philosophie politique de Hobbes, contre l'individualisme et l'égoïsme des intérêts qui envahit la pensée du XVIII<sup>e</sup> siècle, la modération dont la Constitution dessine les formes juridiques fait de l'État le lieu où la liberté politique devient possible : non pas parce

qu'elle trace la voie de l'autonomie que réclament les hommes des Lumières, mais parce que l'humanisme éthique qu'elle véhicule respecte les équilibres de la nature dont elle fait la norme de la condition humaine et le critère de sa valeur.

À l'époque où le rationalisme des Lumières préparait ses triomphes, le constitutionnalisme de Montesquieu fut accueilli avec réticence et les inimitiés contre son auteur se multiplièrent. Sa pensée politique fut éclipsée par les idées de Rousseau dont les meneurs de la Révolution française prétendirent s'inspirer.

Pourtant, deux philosophes — et non des moindres — ont retenu la leçon juridique et politique de Montesquieu : ce sont Kant et Hegel qui, s'ils n'adoptent pas dans ses détails l'architecture constitutionnelle qu'expose *L'Esprit des lois*, en ont saisi la signification en ce qui concerne l'assiette de l'État moderne.

## **1.2. L'idée maîtresse du républicanisme kantien**

Le républicanisme de Kant éclaire puissamment la signification politique des mécanismes constitutionnels puisque, devant le droit, « la politique devrait toujours fléchir le genou » (*Essai sur la paix perpétuelle*, 1795). L'esprit de liberté qui inspire le républicanisme trouve dans la fondation transcendantale de l'État le principe pur de son sens et de sa valeur.

### **1.2.1. Le républicanisme et l'esprit de liberté**

Dans le premier article définitif de son *Essai*, Kant rappelle que, dans l'État, la Constitution obéit aux trois principes qui commandent l'idée du contrat originaire : à savoir la *liberté* des membres de la société en qualité d'hommes ; la *soumission* de tous, comme sujets, à une législation commune ; et l'*égalité* de tous en tant que citoyens. Une telle Constitution est, dit-il, « républicaine ». Si, dans ce texte de 1795, le propos de Kant est de démontrer que, base de toutes les Constitutions civiles possibles, le républicanisme peut faire espérer la « paix perpétuelle », il souligne aussi avec vigueur que, à raison des principes qui le sous-tendent, il en appelle, par la médiation de la représentation, au suffrage des citoyens aussi bien dans l'ordre interne que dans les relations entre les divers États. Dire qu'ainsi déterminée, la forme du gouvernement (*forma regiminis*) — qu'il ne faut pas confondre avec le régime d'un État (*forma imperii*) — est « républicaine » signifie, de manière évidente, que le pouvoir exécutif ne se

confond pas (comme c'est le cas dans un gouvernement « despotique ») avec le pouvoir législatif. Comme Montesquieu, Kant apprécie l'esprit de liberté qui s'oppose à la maladie despotique ; mais, en l'occurrence, il est surtout très proche de Rousseau distinguant soigneusement la volonté du corps politique (qu'exprime le pouvoir législatif) et sa force (que manifeste le pouvoir exécutif). Seulement, Kant entend avant toutes choses surmonter les carences fondationnelles qu'il décèle dans la pensée de ses prédécesseurs, Rousseau y compris. Il s'élève donc bien au-delà de la distinction institutionnelle obligée entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif. L'État est à ses yeux un État de raison, c'est-à-dire un « État en Idée [...] tel qu'il doit être selon les purs principes du droit » (*Doctrine du droit*, § 45). Il ne suffit donc pas, comme le fait Rousseau, pourtant si clairvoyant, de retrouver dans le pouvoir législatif l'expression de la volonté générale souveraine et, partant, la « sainteté » des lois, mais il faut, pour répondre au souci de sa fondation, rattacher le républicanisme aux réquisits purs *a priori* qui s'imposent à l'ordre juridique de l'État.

### **1.2.2. L'État et sa fondation transcendantale**

Lors donc que la Constitution détermine les organes du pouvoir étatique et fixe, avec leurs prérogatives fonctionnelles, les nécessaires rapports qu'ils entretiennent dans leur exercice, elle ne procède pas seulement d'un projet rationnel que réaliserait une construction qui serait, elle aussi, un travail de la raison. Elle est transcendantalement fondée de sorte que la conjonction des pouvoirs répond à une *Idée régulatrice* ou, si l'on préfère, à l'Idéal pur *a priori* de leur structure synthétique. Sans doute un Idéal ne peut-il être réalisé puisqu'il se caractérise par sa pureté qui n'a aucune commune mesure avec la figure empirique de la politique. Mais il sert de « fil conducteur » aux entreprises de la raison. Dans la manifestation historico-politique de la Constitution républicaine, l'Idée pure du droit sert, selon Kant, de principe régulateur — mais non constitutif — du travail de la raison : à ce titre, elle peut conférer à l'État son ordre juridique et, en même temps, elle garantit la liberté des citoyens. Cette Idée qui sert de guide présuppose transcendantalement que l'ordre juridique de la république, par sa propre structure, doit rendre possible, sous l'égide de la loi, la synthèse de l'universel et du particulier qui promeut la liberté et l'égalité des citoyens.

L'aménagement institutionnel de l'État, en tant qu'il est la forme moderne de

la politique, dépasserait ainsi toute tentation historiciste ; celle-ci le condamnerait, pense Kant, à un relativisme affligeant. Or, la vérité du droit de l'État ne peut être étrangère à l'ordre nouménal. C'est ce qui explique la force impressionnante des trois pouvoirs : ces dignités politiques, dans l'éminente valeur que leur confère leur fondation transcendante, sont respectivement, en tant que législative, « irrépréhensible », en tant qu'exécutrice, « irrésistible », en tant que judiciaire, « irrévocable ». Le républicanisme est donc, selon Kant, le seul antidote possible au despotisme. Le rationalisme critique qui le sous-tend fait de la raison pure pratique le juge de la législation étatique aussi bien que des droits et des devoirs des citoyens.

En fondant l'aménagement institutionnel de l'État sur l'exigence transcendante qui sert de fil conducteur à la pensée constitutionnelle, le républicanisme kantien s'oppose en tout point au dogmatisme des gouvernements autocratiques. Dans cette perspective, le droit public ne se peut comprendre que rapporté à l'Idéal rationnel qui est la norme pure de la Constitution civile. Certes, un État parfait est impossible. Mais l'État rationnel est l'horizon idéal de tous les États possibles et réels. Donc, dans la sphère juridico-politique, l'Idée républicaine apporte aux hommes — comme la volonté droite dans la sphère éthique — la lumière d'un phare qui éclaire la route à suivre pour que l'humanité ne s'enlise ni dans les ornières creusées par les certitudes du dogmatisme absolutiste ni dans la pénombre qu'étale le scepticisme de l'empirio-historisme. L'architecture juridique de l'État ne se réduit donc pas au dispositif pratico-technique du fonctionnement des pouvoirs dans la société politique. Elle dessine le *modèle normatif pur* qu'exige l'État du droit pour assurer, par l'ordre public et la contrainte légale, la coexistence des libertés.

À son tour, Hegel scrutera les effets constitutionnels qui structurent l'État moderne et, marquant sa différence par rapport à Kant, déchiffrera en eux la réalisation de la raison.

### **1.3. La « moralité objective » (Sittlichkeit) selon Hegel**

Dans le système hégélien, où « le résultat n'est rien sans son devenir » (*Phénoménologie de l'esprit*, Préface), la politique prend place entre « l'esprit subjectif » et « l'esprit absolu », au niveau de ce que Hegel appelle « l'esprit objectif ». Précisons le sens de ce schéma peu habituel.

### 1.3.1. L'État comme réalisation de la raison

Dans la « vie éthique » où, selon Hegel, l'esprit est toujours histoire car « il n'est que ce qu'il fait », la politique se manifeste dans l'État comme « l'esprit objectif ». Entendons que, dans le mouvement de la dialectique hégélienne, « l'esprit objectif » constitue le moment par lequel est dépassé « l'esprit subjectif » (celui-ci, dans la nature, caractérise la marche de la conscience individuelle vers la conscience de soi-même, mais n'est encore qu'une volonté abstraite : la « volonté du vide » de la « belle âme » kantienne) ; mais, comme tel, il demeure en deçà de « l'esprit absolu » (auquel s'élèveront l'art, la religion et la philosophie). Au niveau médian où il parvient, « l'esprit objectif » implique la réalisation du droit dans la moralité concrète ou *Sittlichkeit*. Ainsi l'État s'inscrit-il dans le mouvement de l'esprit universel. Si, fondamentalement, l'État s'exprime par sa Constitution, il a aussi besoin d'une organisation intérieure spécifique. Cette organisation doit surmonter à la fois les carences du « droit abstrait », dans lequel la volonté libre n'existe encore que de manière immédiate, et les insuffisances de la « moralité subjective » (*Moralität*), dans laquelle la volonté libre s'immerge dans la particularité intérieure du sujet moral. Par conséquent, dans l'État, l'articulation des pouvoirs répond nécessairement aux fondements philosophiques et, plus précisément, à la rationalité dialectique qui trame dans la politique. En d'autres termes, dans l'État, la légalité (objective) et la moralité (subjective) ne s'opposent pas mais sont, tout au contraire, réconciliées puisque, chez les sujets individuels que, désormais, les mœurs et les lois sont capables de remodeler, la particularité (subjective) et l'universalité (juridique) se trouvent unies.

Dans ce schéma dialectique qui reproduit, à son propre niveau, le mouvement même de la phénoménologie de l'esprit, on voit que Hegel, à la différence de Kant, ne se demande pas ce qu'est « l'État en Idée », tel qu'il *doit être* ; mais s'interroge sur l'État tel qu'il *est* — c'est-à-dire l'État qui est tel, pour tel peuple, sous tel climat, sur tel territoire... Il déchiffre en lui « l'effectivité de l'idée éthique » ou *Sittlichkeit* (*Principes de la philosophie du droit*, § 257). Il précise : l'État, « en tant qu'effectivité de la volonté substantielle [...] est le rationnel en soi et pour soi », c'est-à-dire la réalisation de la raison dans le monde et dans l'histoire. Cette réalisation est l'œuvre conjointe des trois pouvoirs que sont, dit Hegel (§ 273), le pouvoir législatif, qui détermine et fixe l'universel ; le pouvoir qu'il appelle « gouvernemental », dont l'office est de subsumer des sphères particulières et des cas singuliers sous l'universel ; le pouvoir dit « princier »,

qui est, en l'État, l'ultime capacité de décision ; en lui, « les pouvoirs différenciés sont rassemblés en une unité individuelle qui est ainsi le sommet et le commencement du tout ». Du « tout », c'est-à-dire, dans la langue de Hegel, de « la monarchie constitutionnelle ».

En cette trilogie où le schéma traditionnel des trois pouvoirs de l'État semble bousculé puisqu'on n'y rencontre pas le « pouvoir judiciaire », il faut noter en revanche l'importance du « pouvoir princier » (§ 275) qui contient en soi l'universalité de la Constitution et des lois, la délibération comme rapport du particulier à l'universel et, dans « la majesté du monarque », en toutes circonstances — pacifiques ou contentieuses —, la décision suprême (§ 284). Dans la logique de Hegel, la trilogie des pouvoirs désigne ainsi la « monarchie constitutionnelle ». Et ce n'est pas la moindre originalité du philosophe de ne pas lui donner un statut qui ferait d'elle un régime parmi d'autres : elle est « l'État constitutionnel » lui-même.

### ***1.3.2. L'État constitutionnel***

Malgré le mot « monarchie » qui a suscité tant de malentendus alors qu'il s'oppose simplement à la polyarchie féodale, la monarchie constitutionnelle désigne, selon Hegel, l'État moderne dans sa réalité ou, plus précisément, l'État dont la réalité réside dans la Constitution (comme si celle-ci avait un sens physiologique). Rien n'est donc plus important que l'organisation concrète de l'État avec, sous l'autorité décisionnelle du prince, son administration et ses fonctionnaires. Il s'agit en effet pour Hegel de conjurer l'essor des maximes individualistes si vivaces à travers le XVIII<sup>e</sup> siècle et de ne pas mettre entre parenthèses les requêtes concrètes de plus en plus pressantes de la communauté. Aussi bien ne fait-il point de doute que, pour la pensée objective, le travail de synthèse qui s'avère nécessaire ne peut être effectué que dans l'État comme totalité éthique, seul apte à organiser la société selon la raison.

Ne crions pas pour autant, devant la pensée de Hegel, au Moloch totalitaire, à l'État policier ou à la tyrannie du logos dans l'État. En effet, l'État, par son organisation comme par son fonctionnement, exprime la réconciliation des points de vue opposés de la conscience que sont la subjectivité abstraite et la moralité concrète. Il est, comme tel, l'une des figures que prend la conscience au fil des expériences de son propre développement, lequel n'est autre que le progrès de la liberté accompli par le travail de la raison. En un sens (malgré la

référence, malheureuse si on ne lui donne pas sa véritable portée, à la « monarchie constitutionnelle » comme forme de l'État moderne), il est possible de déceler dans ce schéma la marque de l'esprit « républicain ». Mais, en un autre sens, il est indéniable que le problème politique n'est pas, pour Hegel, affaire de terminologie et moins encore d'un travail rationnel attaché à déterminer et à dénommer les régimes. Le philosophe est à cet égard tout à fait explicite : « Vouloir donner *a priori* à un peuple une Constitution, fût-elle plus ou moins rationnelle quant à son contenu [...], cette fantaisie négligerait précisément le moment par lequel elle est plus qu'un être de raison. C'est pourquoi chaque peuple possède la Constitution qui lui est appropriée et qui lui revient » (*Principes...*, § 274). Donc, par-delà la société civile que déchirent tant d'écart et de conflits, la Constitution est « l'âme de l'État » et, parce que l'État qui se fonde sur elle « a savoir et vouloir de soi » (§ 270), autrement dit « sait ce qu'il veut », il est le garant de la liberté et des droits des individus. La monarchie constitutionnelle, en laquelle les fonctions des trois pouvoirs expriment, en trois moments, l'articulation de l'universel (pouvoir législatif), du particulier (pouvoir gouvernemental) et du singulier (pouvoir princier), affirme l'État, sous l'universalité de la loi, comme totalité éthique. On pourrait dire plus simplement que, pour Hegel, la « monarchie constitutionnelle » est l'*État constitutionnel* caractérisé par « l'unité organique des pouvoirs ». Il correspond à « un esprit qui fixe l'universel et qui l'amène à son effectivité déterminée et l'accomplit » (§ 299 R).

Hegel donne ainsi de l'État constitutionnel pleinement accompli une justification spéculative qui, philosophiquement entendue et replacée dans la systématisme de sa pensée, est ontologique. L'État constitutionnel réalise en effet dans et par la raison les requêtes de « l'universel concret ». Tout ensemble constitutionnel et rationnel, il n'est en rien désincarné et abstrait. Hegel n'a pas voulu reconstruire en pensée et théoriquement l'édifice du droit politique, mais en situer l'explication au niveau de la raison devant laquelle l'État apparaît comme une totalité vivante : en lui, la Constitution, qui en médiatise les moments et le contenu, tend vers l'accomplissement de la liberté. À cet égard, Éric Weil, au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, pouvait écrire : « Hegel a vu juste, et, dans ce sens, l'histoire s'est chargée de sa défense [...]. Il n'a fait que dépeindre une réalité qui est encore la nôtre. Tout État protège par des lois l'honneur personnel des citoyens, les bonnes mœurs, la forme de la Constitution, la personne du chef

de l'État, le crédit public... La théorie hégélienne de l'État est correcte parce qu'elle analyse correctement l'État réel de son époque et de la nôtre. »

Il serait à l'évidence trop simple de considérer que la philosophie de Hegel contient le dernier mot de la politique même lorsque, s'opposant à la situation de l'Allemagne — « L'Allemagne n'est plus un État », répétait-il —, elle affirme la réconciliation de la raison avec l'histoire et introduit dans l'État la dimension de l'éthicité nécessaire pour que l'autorité politique s'accorde avec la réalisation de la liberté. L'État selon Hegel est l'indication de l'Absolu comme « identité de l'identité et de la non-identité » que, par-delà le « droit abstrait » et la « moralité subjective », réalise la « moralité objective » ou *Sittlichkeit*. Aussi le philosophe reproche-t-il sévèrement à Rousseau, à Kant et à Fichte, bien qu'ils aient compris la place et le sens de l'universel dans les institutions étatiques, d'avoir fait de celles-ci l'œuvre d'un vouloir subjectif. Or, dit Hegel, le vouloir subjectif a engendré les excès et les dérives révolutionnaires : il fut « mauvais ». C'est pourquoi Hegel pense la Constitution, qui est le substrat du « droit politique intérieur », de telle sorte que le Tout de l'État soit immanent en chacun des trois pouvoirs » (§ 272). Il rejoint ainsi Montesquieu et estime que la vérité politique de l'État réside non pas dans la « séparation » des pouvoirs qui implique différence et morcellement, mais dans leur coopération active et vivante à la totalité, donc, à l'unité de l'État. Ainsi que le dit Jacques D'Hondt, Hegel n'est pas le philosophe des vérités éternelles et, tandis que s'étirent dans le cours du monde les vicissitudes de la politique, il est, avant tout, « le philosophe de l'histoire vivante ».

Néanmoins, bien que la philosophie de Hegel ait été un temps la parole officielle des universités de Prusse, les vents de l'histoire ont bousculé les perspectives hégéliennes. Une critique satirique dénonça le « dogmatisme philosophique » des institutions prussiennes inspirées de Hegel. La « gauche hégélienne », se rebellant contre la phraséologie de l'universel et le « conservatisme » qu'elle véhiculait, prétendit être le berceau d'une philosophie d'opposition. Marx, dans sa *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, n'eut de cesse de railler « l'abstraction » de l'État hégélien qui, soutenait-il, met entre parenthèses le monde concret ; il préconise donc de « remettre la dialectique sur ses pieds » donc, de « retourner » la pensée hégélienne ; et, à la faveur d'une inversion des horizons de l'idéalisme bourgeois qu'il fustige, il assigne au prolétariat la tâche d'être le sujet historique de la révolution à venir.

Notre problème, ici, n'est pas idéologique et il ne s'agit pas pour nous de

trancher entre l'idéalisme hégélien et le matérialisme marxiste. Du point de vue de la réflexion politique que nous avons adoptée, une idée force se dégage des analyses qui précèdent : c'est à savoir que l'État, en tant que figure de la politique moderne, est, en sa fondation même, un *État constitutionnel*. Il se caractérise donc beaucoup moins, comme l'a répété une longue tradition, par l'instauration d'un « régime » qui varie selon le nombre des gouvernants, que par les rapports institutionnels entre le Pouvoir et ses modalités d'exercice. Pour désigner ce schéma étatique, on a hasardé l'expression de « Constitution existentielle » (Maurice Duverger) dans la mesure où, par un « parlementarisme rationalisé », il dessine un mode d'organisation des sociétés qui tend à épouser — ou, du moins, à respecter — la spécificité des mœurs : schéma synthétique dans lequel, de Montesquieu à Kant et à Hegel, quoique par des voies très différenciées, s'est affirmée l'éminente valeur de l'ordre juridico-politique. À tout le moins semble-t-il que, dans la théorie sinon dans la pratique, « l'existentialisme constitutionnel » trouve sa vérité dans l'exercice du « pouvoir constituant ».

Si tels sont bien les effets constitutionnels que l'État a pu inscrire dans les mouvements des sociétés modernes, il importe d'en mesurer la valeur et la portée philosophique.

## **2. La valeur et la portée philosophique de l'État constitutionnel**

Dans l'État moderne, le principe de constitutionnalité a pris une telle force que, au cours des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, la Constitution a pu être considérée comme l'écriture nécessaire du Pouvoir. Mais l'écriture appelle une lecture ; et la lecture enveloppe la compréhension, voire l'interprétation du message que transmet l'écriture. Il appartient au philosophe d'en apprécier la valeur et la portée en découvrant les tenants et les aboutissants de la règle « fondamentale » que la puissance étatique s'impose à elle-même.

La Constitution, selon la formule de Maurice Hauriou, est « comme le règlement de la Cité ». Texte fondateur de l'État, elle en détermine l'ordre profond : l'indivisibilité de la souveraineté, la distribution des pouvoirs, la répartition organique des charges et des prérogatives sont les piliers de la configuration juridique prise par le statut normatif de la politique dans le

contexte de la modernité. Maurice Hauriou rejoint ainsi Kant expliquant dans la *Doctrine du droit* que la Constitution est non pas la source ou l'origine des lois, mais la *règle* qui, indiquant comment elles doivent être, éclaire l'*idéal* de la législation et du gouvernement. Kant écrit même que « la Constitution civile parfaite est la chose en soi elle-même ». Dans le sillage du criticisme kantien, Kelsen montre dans la *Théorie pure du droit* que tout le droit positif de la pyramide juridique dont la Constitution civile est le sommet s'accroche à une « hypothèse logique-transcendantale » *supposée* à titre de réquisit primordial et pur du *Sollen* juridique qu'exprime le pouvoir d'État. Disons en d'autres termes que le principe de constitutionnalité est un principe normatif et régulateur à l'aune duquel tous les rapports juridiques doivent être jaugés. Il importe par conséquent pour la réflexion philosophique de se diriger vers ce qui est la *fondation originare de la Constitution*. En effet, comme nous allons le voir, c'est de la fondation de la Constitution que dépend, comme le démontre Rousseau, la valeur de l'État. Cette thèse conduit à examiner la portée philosophique acquise, dans l'État, par le « *pouvoir constituant* » et à mesurer la place qu'y prend l'humanisme libéral.

## **2.1. La fondation originare de la Constitution**

Rousseau est le premier philosophe à avoir formulé la problématique de la fondation — et non de l'origine — de la Constitution étatique. Penseur *profond*, attaché à ce qui *est fondamental*, il ne s'interroge ni sur ce qu'est ni sur ce que fait la puissance souveraine en l'État, mais sur ce qui la *fonde*, c'est-à-dire la rend légitime et valide (C.S., I, I). Dans l'État, écrit-il, « le droit véritable » ne vient pas de la nature comme l'ont cru les juristes et les philosophes du droit naturel ; il faut « remonter à une première convention » pour trouver le sol dans lequel il s'enracine et qui en recèle philosophiquement la fondation. Du « problème fondamental » qui est la recherche des raisons de droit qui fondent l'État comme puissance souveraine, le « contrat social » est la solution. Seulement, pour mettre à nu ce socle fondateur, les conventions sans lesquelles l'État ne serait même pas concevable ne sauraient être considérées *materialiter*. Rousseau, donc, examine « les faits par le droit » et, adoptant le point de vue de la philosophie normative, s'interroge *formaliter* sur le pacte qui, selon lui, rend possible la fondation des sociétés civiles ou politiques (C.S., I, VI).

### **2.1.1. Rousseau et le contrat social**

Comme la politique ne consiste pas à instaurer un rapport de domination entre un maître et des esclaves, mais à « régir une société » en établissant la relation d'un peuple à son chef, la première démarche qu'accomplit Rousseau est d'examiner « l'acte par lequel un peuple est un peuple ». Cet acte, défini *de jure* et non pas *de facto*, n'est ni un pacte d'association ni un pacte de soumission : il est, selon l'expression de Benjamin Constant, un « contrat de souveraineté ». Ce contrat est l'acte, unique, par lequel, en un geste unanime, chacun (donc, tous) consent librement et sans réserve à s'aliéner, avec tous ses droits, à toute la communauté. Puisque « chacun se donnant à tous ne se donne à personne », la condition de l'un est « égale à celle de tout autre ». Donc, un tel « contrat » ne peut pas être léonin : il est le modèle juridique ou la *norme* pure de cet « être de raison » qu'on appelle État et en quoi se condense le devoir-être politique.

Son essence en explique les effets juridiques : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout. » Ainsi est créé — fondé — l'ordre socio-politique qui naît avec « le corps moral ou collectif » de la « personne publique » qu'est la république. La volonté générale issue du pacte ne se confond pas avec la volonté de tous ; elle est une et indivisible ; en son universalité formelle, elle constitue l'autorité suprême de la république, c'est-à-dire le souverain ; celui-ci, en sa pure rationalité, « par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être ». Quant aux associés, ils prennent collectivement le nom de « peuple » ; en tant que participants à l'autorité souveraine, ils sont « citoyens » et, soumis aux lois de l'État, ils sont « sujets ». Ainsi l'acte du contrat intègre-t-il les volontés particulières dans la volonté générale. Le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent, chacun contracte en quelque sorte avec soi-même. Il en résulte non seulement qu'il appartient au peuple de légiférer — la loi est la déclaration de la volonté générale, ce qui ne signifie pas que Rousseau prône la démocratie car, estime-t-il, il faudrait « un peuple de dieux » pour se gouverner démocratiquement —, mais que « chacun préfère en toutes choses le plus grand bien de tous » : dans le « bonheur public », tous sont égaux par la participation volontairement consentie au tout de la Cité. Dès lors, chacun obéit à la loi qu'il s'est lui-même donnée et, comme « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté », nul, sous le droit politique de l'État, n'est assujéti ou asservi : chacun, tout au contraire, est libre. De surcroît, la loi de l'État étant générale au même titre que la volonté générale dont elle est l'expression, elle s'applique également à tous : elle est le principe de la justice. Liberté et justice sont, dans l'État du

contrat, les deux « prodiges de la loi ». Toujours droite, la volonté générale, en effet, en sa rectitude, ne saurait errer. Certes, l'idéalité principielle et quasiment transcendante de l'État du contrat est intraduisible par la réalité empirique. Mais, dit Rousseau : « Il faut savoir ce qui doit être pour bien juger de ce qui est [...]. Il faut se faire des règles pour ses observations ; il faut se faire une échelle pour y rapporter les mesures qu'on prend. Nos principes du droit politique sont cette échelle » (*Émile*, Pléiade, tome IV, p. 836-837).

Il est donc clair que Rousseau, en enracinant le droit politique dans l'*Idée* du contrat, propose une *théorie pure du droit de l'État* en laquelle l'individualité naturelle et la communauté civile sont médiatisées par la forme universelle de l'Idée. On voit ainsi que, par son itinéraire philosophique, Rousseau a fait, d'une question de méthode, un problème de fond au point que, par sa démarche radicalisante et déjà criticiste, il a, d'un petit livre, fait une grande œuvre.

Pourtant, en ses arcanes, la grande œuvre, à raison de son altitude philosophique, recèle des difficultés redoutables. Si la critique du « contrat de souveraineté » qu'aurait défini Rousseau doit, à la suite de Benjamin Constant et des théoriciens du libéralisme, ne pas être passée sous silence, elle ne saurait être retenue. Dénoncer dans le contrat social le moyen d'écraser l'individu sous le joug de la communauté civile relève d'une évidente erreur de lecture. Dans l'État du contrat, l'obéissance à la loi ne signifie pas asservissement puisque, d'une part, le citoyen, obéissant à la loi qu'il s'est lui-même donnée, n'abandonne pas sa liberté pour obtenir sa sécurité ; d'autre part, parce que chacun, en se donnant à tous, ne se donne à personne, il se trouve protégé par la loi commune de toute dépendance personnelle et de tout arbitraire particulier. L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est donc liberté et le contrat social n'a rien des contrats ordinaires qui ponctuent le commerce juridique entre les hommes.

On ne saurait non plus accuser le contrat social de Rousseau d'incliner l'État vers le totalitarisme. D'une part, il implique, dès le principe, l'accord volontaire de tous les membres de l'État sur l'intérêt commun, donc sur les questions qu'ils peuvent tous se poser et qui, à tout le moins, les concernent tous. D'autre part, l'obligation d'obéir à la volonté générale est inscrite dans l'engagement d'agir sous sa « suprême direction ». Il faut faire la différence entre être « forcé » d'obéir à la loi — ce qui est servitude et peut devenir écrasement totalitaire — et être « obligé » d'obéir à la loi — ce qui, dans l'état civil, est expression et condition de liberté.

Faut-il alors, comme Hegel — bien que Rousseau ait distingué « la volonté de tous » de « la volonté générale », et « l'agrégation » de « l'association » —, condamner la fondation « atomistique » du contrat social et en conclure qu'elle prive l'État de toute réalité substantielle, ou que le volontarisme qui va de pair avec l'individualisme n'exprime que la liberté pure et abstraite d'un système rationnel *imaginé* ne correspondant pas aux médiations concrètes objectives qu'exige la réalisation de la liberté ? Sous les coups de boutoir de Hegel, le « calvaire de l'absolu » est inscrit dans le contrat social. En dépit de sa virulence, la critique hégélienne transporte la théorie de Rousseau hors de son ordre, ce qui lui ôte toute pertinence. C'est en effet à établir le statut épistémologique du contrat que Rousseau a consacré sa méditation ; ses raisonnements hypothétiques et conditionnels répondent à une intuition criticiste *in statu nascendi* et annoncent une interrogation transcendantale de constitution destinée à dégager la raison de l'ordre étatique ou, en un langage dont il ne sait pas encore se servir, sa condition de possibilité et de validité. En pensant le contrat comme la structure principielle de la société politique, Rousseau ne fait œuvre ni d'idéologie ni d'ontologie politique, mais il établit la logique architectonique de l'État tel qu'il doit être.

Néanmoins, bien que l'on ne doive pas mésestimer l'enjeu du contrat social — cet enjeu n'étant rien de moins que la liberté des citoyens, qui sont aussi des personnes —, on peut se demander si le pacte souscrit entre les individus considérés *ut singuli* et le « peuple en corps » ou souverain, est, en son essence, un contrat : car, en cet acte, l'une des parties existe bien, mais elle n'existe que sous la figure d'une pluralité sans personnalité propre ; et l'autre partie aura bien, elle, une personnalité juridique et morale, mais, à l'instant du pacte, elle n'existe pas encore puisqu'elle sera créée par lui. La spécificité structurelle du contrat social est telle que l'appeler « contrat » constitue, juridiquement, une hérésie. À tout le moins, le contrat social se présente-t-il logiquement comme une pétition de principe.

À vrai dire, il est difficile de saisir le sens philosophique de l'État du contrat si l'on néglige la manière dont Rousseau conçoit en lui les rapports entre le Souverain qui a charge de légiférer, et le Gouvernement dont la mission est de veiller à l'exécution des lois (C.S., III, 1).

### ***2.1.2. Les rapports du Souverain et du Gouvernement***

Dans une perspective de logique juridique, le rapport entre le souverain et le gouvernement paraît simple : il est celui de la généralité des actes législatifs à la particularité des comportements des sujets ; comme tel, il désigne la subsomption des affaires privées sous la règle publique. On retrouverait en ce schéma la subordination du pouvoir exécutif au pouvoir législatif et l'idée d'une distinction hiérarchique verticale des organes de la puissance étatique. L'analyse de Rousseau, cependant, est plus minutieuse et s'attache surtout à l'examen du rapport qui doit s'établir entre leurs fonctions respectives.

« Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute », écrit Rousseau. Montesquieu, pour écarter les maléfices d'un absolutisme toujours gros de menaces despotiques, en avait déjà fait la remarque, à partir de quoi il élaborait le schéma d'une politique constitutionnelle de liberté. Rousseau évoque bien les dangers de despotisme ou d'anarchie qui naissent de la confusion des pouvoirs. Mais, au lieu de s'orienter, comme Montesquieu, vers l'élaboration méthodique d'une théorie constitutionnelle dans laquelle le pouvoir, par ses clauses juridiques mêmes, arrête le pouvoir, il raisonne mathématiquement avec le souci toujours présent, voire lancinant, de capter la signification philosophique, anthropologique et existentielle que l'État et la politique revêtent à ses yeux.

Le rapport du souverain à l'État est, dit-il, comme celui des extrêmes dans une proportion géométrique où le gouvernement est la moyenne proportionnelle : le souverain est au gouvernement ce que le gouvernement est à l'État si bien qu'« On ne saurait altérer aucun des trois termes [le souverain (c'est-à-dire les citoyens) ; l'État (c'est-à-dire les sujets) ; le gouvernement (c'est-à-dire les magistrats)] sans rompre à l'instant la proportion ». Dès lors, tout s'éclaire : si un souverain voulait gouverner, il serait trop puissant par rapport au gouvernement ; si un gouvernement voulait légiférer, son pouvoir abusif le rendrait trop fort par rapport au souverain. Dans les deux cas, le despotisme s'installerait, fauteur d'abus et de désordres (C.S., III, X). Et si les sujets en l'État n'obéissaient plus aux lois, le souverain et le gouvernement seraient alors trop faibles l'un et l'autre ; l'anarchie régnerait, au bout de quoi se profilerait la dissolution de la république. Pour éviter ces maux qui préparent la mort de l'État, il faut que l'obéissance des sujets aux lois soit compensée par l'autorité des citoyens sur le gouvernement. C'est dire que le gouvernement demeure un pouvoir subalterne ou en droit subordonné — ce que Max Weber appellera « un état-major administratif » — que doit contrôler la volonté souveraine. Ce rapport correspond d'ailleurs à la nature même des organes de l'État puisque l'organe

législatif est une puissance qui veut, et que l'organe exécutif est une puissance qui agit.

Nombre de commentateurs ont conclu de cette analyse que Rousseau plaidait pour la démocratie. Tel n'est certainement pas le dessein qui, au niveau des « principes », meut sa réflexion. Maintes fois Rousseau a déclaré qu'un « gouvernement si parfait » est impossible au monde imparfait des hommes. Avec des accents pessimistes, il a déploré que le statut métaphysique de l'homme, caractérisé par sa finitude et par l'impossible rédemption d'un être que la perfectibilité a incliné vers le mal plutôt que vers le bien, l'empêche à tout jamais de résorber le décalage entre ce qu'il pense et ce qu'il fait. En l'occurrence, selon Rousseau, la césure entre le *droit* — la souveraineté comme forme ou principe essentiel de l'État — et le *fait* — le gouvernement comme fonction pratique d'administration de l'État — est irréductible : de la norme à la réalité, le passage ne peut s'opérer. L'État du contrat demeure un « être de raison » dans lequel la souveraineté est la *règle* du devoir-être politique. Cela explique que, dans la réalité, l'État, ouvrage de l'art placé, en tant que tel, sous le signe de la temporalité, est voué à la dégénérescence et à la mort : « Tout corps politique commence à mourir dès sa naissance » (C.S., III, XI). Jamais l'existence des États ne rejoindra l'essence du politique et la praxis politique sera toujours, à plus ou moins brève échéance, un lieu d'échec.

La philosophie politique de Rousseau a souvent été trahie par ceux-là mêmes qui se sont réclamés d'elle. Pour la plupart, ils n'ont pas cherché en elle le message métaphysique qu'enserme sa « philosophie du malheur ». Aussi n'est-il pas étonnant que, n'empruntant pas les chemins d'une réflexion transcendantale qui, d'ailleurs, ne sait pas encore se reconnaître comme telle, ils aient tout au plus retenu, dans la silhouette de l'État du contrat, l'idée-force de la souveraineté constituante du peuple. Sans l'avoir voulu, ni probablement prévu, Rousseau a ainsi ouvert la voie — fût-ce au prix d'une distorsion philosophique de sa pensée — à l'une des thématiques les plus puissantes de la théorie moderne de l'État : l'importance du « pouvoir constituant ».

## 2.2. Le « pouvoir constituant » en l'État

En insistant sur la mutation qualitative que le contrat social produit en l'homme puisqu'il le transforme en citoyen et en personne, Rousseau enseignait que, dans la société politique, l'homme est le seul fabricant de ce qui est humain. Il montrait aussi non seulement que, dans le contrat, le sens

philosophique est plus profond que la forme juridique, mais, plus précisément, que le contrat social a la rationalité pure d'un modèle normatif dont l'idéalité servait de phare et de principe régulateur à l'État.

Parce que la philosophie de l'époque n'était pas encore ouverte à la pensée criticiste dont Kant inaugurerait la carrière, les lecteurs de Rousseau ont arraché la notion de « contrat social » à son ordre idéal et ils ont objectivé une Idée transcendante, par nature « irréalisable ». Au niveau de la phénoménalité politique, ils ont vu dans le concept du contractualisme le lieu où s'enracine le pouvoir constituant de l'État. Or, si cette thématique ne va pas, pour l'historien de la philosophie, sans une falsification de la pensée de Rousseau, ainsi transportée hors de son ordre, elle n'en a pas moins, pour le philosophe de la politique, une portée considérable. Elle est même devenue, pour un penseur comme Sieyès, la poutre maîtresse de la doctrine politique. Puis, après les polémiques qui ont éclaté autour de la philosophie hégélienne de l'État, elle s'est installée au centre de la controverse entre H. Kelsen et C. Schmitt.

Sans prétendre à l'exhaustivité d'un débat difficile et probablement interminable, rappelons les temps forts de la notion de « pouvoir constituant ».

### **2.2.1. Deux pionniers : Locke et Sieyès**

John Locke, dans son *Second Traité du Gouvernement* (1690), s'interrogeant sur l'organisation du corps politique, proposait un schéma dont l'originalité a été peu soulignée. Bien entendu, l'aménagement institutionnel de la République est destiné, selon lui, à pallier les carences de la condition naturelle des hommes en laquelle font défaut « une loi établie », « une puissance exécutrice des décisions » et « un juge connu de tous et impartial » (*Second Traité*, § 124-126). Pourtant, Locke ne se borne pas à distinguer dans l'État les trois organes législatif, exécutif et judiciaire : non point tant parce qu'il mentionne un « pouvoir fédératif » dont l'exercice est destiné à régler les relations internationales que parce qu'il voit dans le pouvoir juridictionnel le *criterium* de l'état politique (§ 21) et, surtout, parce qu'il reconnaît ce que nous appelons aujourd'hui un « pouvoir innomé » qui n'est rien de moins que le pouvoir constituant.

Le pouvoir constituant désigne, dans la philosophie de Locke, la capacité constructrice du consentement populaire (*consent*) et la confiance à l'autorité civile (*trust*) qui en est le doublet. Il ne prend évidemment sens que rapporté à la

convention par laquelle la volonté de la majorité fait naître le *Commonwealth*. Bien que Locke éprouve une extrême réticence à employer le vocable de « souveraineté », ce terme désigne bien le pouvoir dont le corps politique — le peuple ou l'ensemble des citoyens — est, selon lui, détenteur. On peut donc dire que le « pouvoir constituant » est l'apanage du peuple souverain. Ce pouvoir est en effet un pouvoir instituant qui confère à l'État sa forme juridique et rend possible l'effectivité du gouvernement. Le peuple souverain « constitue » ou « institue » l'état civil.

Certes, dans la pensée de Locke, la signification du pouvoir constituant est plus politique que juridique : considéré en lui-même, ce pouvoir, qui est le bien des individus aspirant à vivre ensemble sous la protection des lois civiles, n'est pas d'ordre constitutionnel au sens juridique du terme. Mais, philosophiquement entendu, il est le creuset dans lequel pourront être définies et élaborées les structures juridiques de la société politique. Il est donc — et c'est pourquoi Locke ne le nomme pas lorsqu'il examine l'aménagement institutionnel de l'État — un pouvoir méta-politique qui s'attache à la capacité qu'ont les hommes de se conduire raisonnablement et d'échapper aux menaces qui pèsent sur eux en leur condition naturelle. Le pouvoir constituant est, dans la philosophie politique de Locke, la condition d'existence des sociétés civiles. Il exprime la *reasonableness* qui permet aux hommes de se différencier des autres créatures et de ne pas vivre, comme elles, en l'état de nature.

Emmanuel Sieyès est moins philosophe que Locke mais il est plus sensible que lui aux formes juridiques de l'État. En 1789, sa brochure *Qu'est-ce que le tiers état ?* — dans laquelle il est manifestement influencé, quoique sans une fidélité parfaite, par la pensée de Rousseau — expose « ce que l'on aurait dû faire » en France. Sieyès déclare tout net : « Je marche à mon but. Il s'agit de savoir ce que l'on doit entendre par la *Constitution* politique d'une société, et de remarquer ses justes rapports avec la *Nation* elle-même » (*Qu'est-ce que le tiers état ?*, p. 66). C'est qu'en effet, poursuit Sieyès, les « formes » constitutionnelles ne sont rien sans les forces de la nation qui les instaurent et qui les meuvent. « La nation est à l'origine de tout. » Sa volonté « est la loi elle-même ». Et, franchissant le pas que Locke n'avait pas accompli, Sieyès ajoute : « La Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. » C'est pourquoi les lois constitutionnelles sont dites « fondamentales » : « fondées sur la volonté nationale », elles forment le premier degré de toute Constitution. Il est donc clair

que la nation possède un pouvoir constituant qui est « l'origine de toute légalité » et « sa volonté est toujours la loi suprême ». Pour la première fois dans la doctrine, Sieyès affirme que la Constitution résulte dans l'État d'un *acte constituant* qui doit émaner du *pouvoir constituant* de la nation. « Il est non seulement le penseur de la souveraineté nationale, mais aussi et surtout le penseur de la souveraineté constituante » (O. Beaud) qui, seule, rend pensable et légitime la souveraineté de l'État. Cela ne suffit certainement pas pour que sa théorie de la Constitution soit considérée comme « la clef de la Révolution française » (D. Bredin). Mais elle souligne avec une force rare le rôle constructeur que le peuple national doit jouer au principe même de l'État.

Il est toutefois peu de théoriciens du droit constitutionnel qui, après Sieyès, aient, par-delà des considérations de droit positif sur les « pouvoirs institués », thématiquement philosophiquement les concepts de « pouvoir constituant » ou d'« organe constituant ». Cette problématisation philosophique, qui se heurte, comme nous allons le voir, à de redoutables difficultés, n'en est pas moins de première importance si l'on veut comprendre ce que sont les assises de l'État.

### ***2.2.2. La problématique philosophique du pouvoir constituant***

La figure quelque peu énigmatique du « législateur » dans l'œuvre de Rousseau est probablement le symbole du « pouvoir constituant » et des difficultés qui lui sont inhérentes. En tout cas, par-delà les exégèses textuelles, il apparaît que le socle sur lequel l'État peut être érigé en ses formes juridiques n'est pas lui-même proprement juridique, mais de nature extra ou supra-positive : il désigne philosophiquement l'acte par lequel s'exprime le lien national. Aussi conçoit-on aisément que, si ce lien qu'a noué la volonté d'un peuple se distend ou se défait, l'État soit guetté par la dégénérescence et la dissolution. Hegel — qui est loin d'être le précurseur du totalitarisme que Hannah Arendt et Karl Popper croient voir en lui — en a toujours eu une claire compréhension, lui qui n'a jamais dissocié sa conception de l'État de la vie éthique. Il est donc pertinent, en un premier temps, d'être attentif, comme beaucoup de commentateurs, à la différence entre « la société civile bourgeoise », préoccupée avant tout du jeu des intérêts économiques, et l'État, dont la réalité objective est la raison sur la terre. Mais il ne faut pas négliger, en un second moment, l'articulation qui les unit et qui conduit le philosophe à accorder au « pouvoir constituant » une importance peu remarquée.

Dans l'État hégélien, la différenciation rationnelle des pouvoirs est le principe formel de la Constitution organique de l'État et le moteur de son action. Ce qui est important en cette conception, c'est que, contre toute vision atomistique et contractualiste, Hegel pense les trois pouvoirs — législatif, gouvernemental et princier — comme les trois moments — l'universel, le particulier et le singulier — qui sont solidaires de « l'unité de l'État ». Cette « unité » est, dit-il, la souveraineté même du peuple ou, mieux, le peuple lui-même en tant qu'État (*Principes de la philosophie du droit*, § 331). À partir de là, on peut évidemment soutenir, en adoptant le point de vue de la logique, que chacun des pouvoirs constitutionnels est lui-même, au-dedans de soi, la *totalité* (§ 272). Mais, pour la politique philosophique de Hegel, la complémentarité et la compénétration réciproques des fonctions constitutionnelles sont l'indication d'un processus de développement dont les racines plongent dans l'activité créatrice du peuple à telle enseigne que l'État est une « production continuée ». Sans doute le philosophe n'a-t-il jamais oublié ni le radieux amour de jeunesse qu'il éprouva pour « la belle totalité grecque » ni, sous l'influence de Herder, la vision du *Volkgeist* comme individualité agissante. Il est remarquable en tout cas que, dans l'État constitutionnel, la souveraineté soit comme la « personnalité du Tout » qui, active et créatrice, est la plus haute expression du « pouvoir constituant » que détient le peuple et, notamment, la société civile. Il n'est donc pas possible d'établir une scission entre l'État et la société civile bourgeoise. Certes, l'État constitutionnel, en organisant juridiquement l'économie marchande et concurrentielle qui caractérise le système des besoins et de la production, relativise et « dépasse » la société civile en un mouvement dialectique souvent signalé. Mais il faut souligner aussi qu'il y a médiation entre l'État et les acteurs de cette société civile de telle sorte que ceux-ci fournissent à celui-là son existence objective. Ce n'est point là « une ruse de l'État ». Mais, par le processus logique qui se déploie dans la Constitution, l'esprit subjectif et l'esprit objectif en viennent à s'identifier. Hegel qui, toujours, a voulu penser la vie, n'a pas fait de l'État une construction relevant du droit. Il a pensé la Constitution nécessaire à l'État comme l'œuvre *réelle* d'un peuple en quête de sa liberté objective.

Avec l'idée d'un pouvoir constituant, qui est l'expression objective de la communauté populaire, l'État manifeste l'acte constituant qui en est la création toujours renouvelée. C'en est fini de « l'État en idée », c'est-à-dire de « l'État sans substance » reposant sur un fondement abstrait. Les *Aufklärer* se sont trompés : on ne gouverne pas seulement avec des principes.

En France, Maurice Hauriou, en étudiant les « sources du droit » (1927, 1933), est l'un des rares auteurs à avoir délibérément remarqué qu'un « pouvoir constituant » est enraciné, en vertu des requêtes naturelles de l'ordre et de la justice, dans le corps de la nation. Ce philosophème juridique, dont on peut regretter qu'il ne l'analyse pas davantage en lui-même, lui permet surtout de dénoncer les « erreurs des systèmes objectivistes » dont, dit-il, les doctrines de Duguit et de Carré de Malberg ont, à la suite de la théorie allemande de la *Herrschaft*, donné l'exemple : exemple triste, selon lui, car il arrête « la vie du droit » en le « ravalant à une technique » et en « reléguant hors du droit les fondements du droit ».

En Allemagne, cette question du pouvoir constituant a donné lieu, une fois de plus, à l'antagonisme farouche des deux plus grands juristes du XX<sup>e</sup> siècle que sont Hans Kelsen et Carl Schmitt. Schmitt s'oppose au juridisme de Kelsen et, en lui reprochant d'avoir identifié dans les formes État et Constitution, invoque une « supra-constitutionnalité » nécessaire, dit-il, pour qu'un « acte constituant » élabore les textes qui établissent le principe d'ordre de l'État. C'est dire qu'à sa source même, la souveraineté de l'État implique une volonté créatrice.

Dans un récent ouvrage, un auteur italien, Antonio Negri, sous le titre *Le Pouvoir constituant* (1992, trad. fr. 1997), oppose au constitutionnalisme libéral qui caractérise l'État moderne un modèle qu'il appelle « républicain ». Ce modèle, dit-il en substance, est celui-là seul qui offre une « alternative à la modernité ». Mais il ne sera viable que s'il s'appuie sur une force « toute-puissante et expansive et sans fin préexistante » qu'il appelle précisément « le pouvoir constituant ». Le propos du livre est plus politique que juridique (A. Negri ne cache pas son engagement d'extrême-gauche dans les années 1970). Aussi n'analyse-t-il pas la « procédure absolue » de ce pouvoir constituant qu'exigerait l'État. Il met plutôt l'accent sur une « ontologie de la puissance » qu'il considère comme radicalement « anti-institutionnelle » ; il ne recule même pas devant l'éloge du pouvoir « sauvage » en quoi réside la source des révolutions. En soulignant à maintes reprises la puissance « sauvage » et « absolue » du peuple, A. Negri veut surtout montrer qu'elle est destinée à combattre les institutions et non point à les fonder. Son anti-étatisme procède de son militantisme. On ne voit dans son livre que la volonté polémique de repousser, dans l'institution étatique moderne, un formalisme qu'il accuse de verser dans une contrainte aussi lourde qu'aveugle.

À travers les quelques exemples doctrinaux que nous venons d'évoquer, on mesure aisément la difficulté inhérente à l'idée de « pouvoir constituant » — idée fondamentale du droit constitutionnel moderne, mais qui est obscurcie plutôt qu'éclairée par les considérations philosophiques — ou, qui pis est, idéologiques — dont elle est souvent entourée. Il apparaît cependant, à la faveur de l'interrogation philosophique qui porte sur le pouvoir constituant, que, considérés seuls et en eux-mêmes, les « principes », comme le remarquait Hauriou, ne sont pas suffisants pour gouverner. Il est nécessaire, par-delà leur énoncé — Rousseau l'avait compris —, de rechercher leur « fondation ». Autrement dit, dans le sillage de l'État constitutionnel qu'a édifié la modernité, il faut déchiffrer les intuitions fondatrices de l'humanisme juridique qu'expriment ses institutions.

\*

Au cœur des Temps modernes, l'État constitutionnel qui s'est installé dans le monde occidental s'est mis, nonobstant les variantes dont rend compte, selon les pays, son aménagement institutionnel, au service de la liberté des citoyens et des peuples. Il est assurément difficile de donner une définition précise et exhaustive de cette idée de liberté dont Montesquieu signalait la vertigineuse polysémie. Elle est néanmoins ce « bien qui fait jouir de tous les autres biens ». C'est pourquoi, dans les formes institutionnelles prises par le pouvoir d'État depuis l'éveil de la modernité, se déchiffre un *état d'esprit* : l'homme a pris conscience d'être le centre omniprésent de la sphère politique et, parce qu'il en est le principe générateur, parce qu'il en construit les instruments juridiques, il s'éprouve en l'État comme une fin que les institutions ont charge de protéger. La densité d'une telle intuition est si forte que, dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, philosophes, juristes, hommes de lettres l'ont adoptée et, à de rares exceptions près, l'ont placée sous le signe du progrès. Cela est banal et bien connu. Pourtant, l'humanisme n'est pas une doctrine systématique. L'homme moderne, qui s'est émancipé en sortant d'un combat contre l'ordre théologico-politique des temps passés, a marché vers ce que Kant appelle sa « majorité ». Sous un ciel qui n'est pas encore vide mais que l'homme regarde de moins en moins, nombreux ont été les penseurs, philosophes et juristes, pour montrer que, par volonté et raison, les hommes peuvent construire et instituer leur propre monde : l'homme, affirmait-on, s'éprouve comme n'ayant point d'autre législateur que lui-même.

L'erreur est en ce point de traduire cette intuition en soutenant que l'homme-individu a, par un processus contractuel, permis l'érection de l'État et déterminé l'organisation structurelle d'une politique qui doit protéger l'indépendance, donc, la tranquillité et la sûreté de chacun. L'humanisme serait devenu un individualisme. Et nombreux même sont les auteurs qui assimilent cet individualisme à la philosophie kantienne de l'autonomie : l'homme se donne à lui-même ses propres lois, ses propres normes. Ne nous attardons pas sur la méprise qu'enserme cette assimilation : elle procède d'une incompréhension foncière du kantisme. Mais cette question d'histoire de la philosophie n'est pas ici notre problème. En revanche, soulignons l'erreur beaucoup plus ample qui fait reposer l'humanisme sur un dogme rigide enfermant l'individu en lui-même. Pour les hommes du XVIII<sup>e</sup> siècle qui ont tant œuvré à la formation de l'État moderne, l'humanisme n'était pas la manifestation des puissances de l'amour-propre, de l'égoïsme ou de l'intérêt privé. Il était un mode de pensée qu'ils qualifiaient de « bourgeois ». Or, si le bourgeois était assurément soucieux de son bien-être, il savait qu'il n'était pas seul au monde ; autour de lui se tissait, dans la politique, dans le droit et dans l'économie, le filet de l'intersubjectivité. L'homme de l'humanisme est ouvert aux autres et c'est dans son commerce politique, juridique ou économique avec les autres qu'il éprouve la vérité de son humanité. L'humanisme juridique moderne n'a donc pas cherché l'humanité de l'homme dans son indépendance individuelle, à tout prendre impossible, car l'homme n'est homme que parmi les hommes et avec eux.

Simultanément, l'homme a pris conscience de la valeur qui, parmi les autres, s'attache à la dignité dont tous sont porteurs. C'est pourquoi, dès son éveil, l'humanisme a dénoncé comme anti-politiques les absolutismes et les despotismes qui écrasent la dignité humaine par l'hétéronomie qu'ils installent dans l'État. L'idée de la liberté s'est ainsi haussée, en défiant sa polysémie, au niveau d'une axiomatique politique et juridique. En effet, si la volonté de liberté politique a trouvé son premier souffle dès le XVI<sup>e</sup> siècle dans l'extraordinaire *Discours de la servitude volontaire* composé par La Boétie, le jeune ami de Montaigne, « à l'honneur de la liberté, contre les tyrans », si, au XVII<sup>e</sup> siècle, les œuvres de Grotius et de Spinoza ont pu éveiller en l'homme la conscience de responsabilité et le sens civique, il appartient surtout à Locke et, plus encore, à Montesquieu d'avoir ciselé une « théorie constitutionnelle » qui fournit à l'État moderne le modèle de la vulgate libérale.

Désormais, dans l'État constitutionnel moderne dont Kant et Hegel, plus fortement encore que Rousseau toujours plus ou moins énigmatique, ont mis en évidence la signification philosophique, l'humanisme juridique, en son souci de la liberté, a impliqué une référence à l'homme comme sujet donateur de sens à sa propre existence. Parce que l'homme véritablement humain aspire à sa propre maîtrise et à son autonomie, il lui est demandé de mettre en œuvre, avec le concours de tous, les virtualités constructrices et régulatrices de la raison pour se dresser contre l'arbitraire dirigiste et le dogmatisme intransigeant. Attentifs à l'importance que doivent prendre, dans la vie humaine, l'organisation et l'aménagement d'une coexistence pacifique et fructueuse, et conscients de ce que ni la liberté ni les droits qu'il est nécessaire de reconnaître dans son sillage ne sont un donné naturel originaire, mais le résultat d'une œuvre de réflexion, philosophes et juristes ont élaboré un cadre juridico-politique générateur et protecteur de la liberté des citoyens et des hommes.

La question est de savoir si, dans le développement même de son concept, l'État a véritablement répondu à l'intuition dont l'humanisme juridique et le souci de liberté étaient les principes fondateurs.

## SECONDE PARTIE

### Les crises de l'État moderne

L'État que le grand siècle de la modernité a contribué à instaurer reposait, jusque dans son appareil institutionnel, sur une axiomatique de la raison dont les puissances théoriques et pratiques avaient été saluées, au temps des Lumières et de la Révolution française, avec un enthousiasme intellectuel presque sans mélange. Mais le mouvement de l'histoire provoquant au XIX<sup>e</sup> siècle, dans le monde occidental, la transformation des mentalités et des sociétés, la silhouette de l'État se modifia. Certes, en un sens, l'appareil d'État demeura inchangé dans ses grandes lignes ; mais le travail de l'histoire se fit sentir à la fois dans les textes constitutionnels qui se sont succédé depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle et dans les retournements culturels qui ont fissuré l'humanisme libéral moderne. On a donc assisté au jeu de poussées contradictoires qui, simultanément, ont fait chanceler dans l'État, et plus largement dans toute la vie politique, l'appartenance de l'appareil juridique à la tradition rationaliste et se sont efforcés d'introduire en lui des corrections et des révisions qui ont transformé peu à peu la figure institutionnelle de l'État et le sens philosophique qui lui était attaché.

Nous ne retracerons pas ici l'histoire linéaire des changements dont l'État, au fil des décennies, a été le lieu depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. En remarquant que l'accélération générale de l'histoire n'a pas épargné l'institution étatique, même dans les pays occidentaux réputés les plus stables (nous n'aborderons pas la question des pays du tiers ou du quart monde pudiquement dits « en voie de développement »), nous retiendrons d'abord, dans une perspective structurelle et réflexive — et non point généalogique et descriptive —, quelques exemples frappants des métamorphoses qui, en suscitant, avec des tonalités diversifiées, des **crises juridico-politiques** plus ou moins graves, ont affecté l'État au point de le défigurer (chapitre 4). Puis, en dépassant le constat qu'imposent la vie politique et les remous qui bousculent les structures de la puissance d'État, nous nous interrogerons sur le sens philosophique qui se tapit dans la désagrégation des catégories et des concepts de l'État moderne en provoquant les nécessaires **métamorphoses du droit politique contemporain** (chapitre 5). Il convient en effet de se demander ce que devient, à notre époque, l'humanisme qui sous-tendait l'érection et l'agencement de l'État des Temps modernes ou encore ce que signifie pour les hommes d'aujourd'hui la subordination progressive, parfois à un rythme rapide, des dispositions de l'ordre juridico-politique moderne au réseau des règlements supranationaux qui tendent ouvertement vers un phénomène de mondialisation. Assistons-nous à la genèse d'une axiomatique

nouvelle qu'exigerait **le remodelage contemporain du concept d'État ?**  
(chapitre 6).

## Chapitre 4

### Les crises juridico-politiques et l'État défiguré

Au lendemain de la Révolution française, nul ne mettait en doute la place de l'État et l'importance de ses institutions dans la dynamique politique. À l'heure même où, en France, intellectuels et politiques élaboraient, en un gigantesque effort de juridicisation de l'État, les textes constitutionnels de la France nouvelle — les Constitutions de 1791, de 1793, de 1795, puis celle de l'an VIII (1799) et les sénatus-consultes de l'an X (1802) et de l'an XII (1804), les Chartes constitutionnelles de 1814 et de 1830 —, les philosophes comme Kant et Hegel échafaudaient, en suivant les puissants élans de l'idéalisme allemand, la théorisation de l'État.

Dans l'architectonique kantienne, la synthèse constitutionnelle est impressionnante par ses effets : le statut de la citoyenneté, la nature du gouvernement représentatif, l'exigence de la publicité des lois, l'impossible validité d'un prétendu « droit d'opposition », la condamnation du phénomène révolutionnaire, la mesure du réformisme, la vocation du droit de punir et de gracier... sont autant de dimensions de l'État qui se déduisent de son Idée rationnelle pure : il ne faut pas s'en étonner puisque la Constitution enveloppe l'Idéal *a priori* d'une société rationnelle en laquelle l'esprit de liberté est un principe régulateur.

Dans l'œuvre de Hegel, culmine l'effort philosophique de la théorisation de l'État. Celui-ci, en effet, apparaît comme la synthèse dialectique suprême aussi bien de l'autorité et de la liberté que de l'individu et de la société : il s'élève ainsi, par « le coup d'œil universel », au-dessus de la société civile et, sans l'ignorer, l'intègre, en un cercle de cercles, dans l'unité institutionnelle de la Constitution. L'Esprit objectif — la forme la plus haute de l'esprit ou « le divin terrestre » — s'affirme dans les institutions de telle sorte que l'État en est la « réalisation complète dans l'existence ».

L'objectivation de la volonté de l'universel, dont Hegel faisait l'antidote de toutes les « déraisons » du formalisme, implantait donc dans l'État ce que la vie d'un peuple a de vivant, c'est-à-dire de concret. La figure de proue que conférait ainsi Hegel à l'État n'était nullement, dans le système de sa philosophie,

l'expression d'un idéalisme normateur. Aussi fut-elle falsifiée dès qu'elle donna lieu à interprétation — à des interprétations qui, en tout cas, opposèrent les « hégéliens de droite » et les « hégéliens de gauche ». Leur polémique ne nous intéresse pas ici en elle-même mais en tant qu'elle est le signe d'une première crise profonde qui ébranla fortement la conception même de l'État. Tandis que la juridicité de l'État se trouvait ébranlée au point de transformer l'« État *du* droit » en « État *des* droits », l'administration nécessaire au pouvoir étatique s'emballait et s'engageait dans le tourbillon de la *bureaucratie* ; au bout de quoi se sont peu à peu formés et installés, à la place d'un droit étatique stabilisateur, tous les ingrédients qui risquent de provoquer la *déstabilisation* de l'État.

## 1. De l'État du droit à l'État des droits

L'État, dont des philosophes comme Hobbes et Locke, ou comme Rousseau et Kant avaient scruté la génération et analysé les structures organisationnelles, était, en obéissant dans une pyramide de normes aux canons de la rationalité, ce que nous avons appelé « l'État **du** droit ». Cela ne veut pas dire qu'en son constructivisme, il était simple affaire de technique juridique. En effet, pour l'humanisme soucieux de liberté qui l'inspirait, l'édification du système du droit objectif ne perdait pas de vue, ainsi que l'a montré le « constitutionnalisme » de Locke, de Montesquieu ou de Kant, le rapport à instaurer et à maintenir entre l'autorité des corps constitués et la liberté des citoyens. Dans le climat intellectuel de l'époque révolutionnaire et post-révolutionnaire, l'impératif était que, pour établir un équilibre entre ces deux composantes, le pouvoir de l'État soit limité : les thèses que développe Guillaume de Humboldt dans ses *Idées sur les Constitutions* (1791) sont le prélude à son *Essai pour définir les limites de l'action de l'État* (1792). Mais, en moins d'un demi-siècle, le débat politique sur l'État du droit s'ouvrit sur des perspectives juridiques et sociales. Dès lors, de même qu'une médaille a un avers et un envers, l'État révéla un double visage selon qu'on le considérait en ses rouages institutionnels ou à travers la condition des citoyens. Autrement dit, l'État du droit, en raison de la liaison synthétique qu'il établissait entre la légalité et la liberté, était corrélativement devenu un État de droit qui a dérivé en État des droits.

### 1.1. État du droit, État de droit, État des droits

La logique immanente qui fait de l'État *du* droit un État *de* droit est celle qui habite la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

### **1.1.1. La loi consacre les droits**

Le texte, célèbre entre tous, du 26 août 1789, reconnaît à tout être humain, nonobstant le caractère hétérogène des influences multiples qui ont inspiré ses rédacteurs, des droits naturels innés qui, dans une perspective universaliste, sont, comme on aime à le dire, des droits « fondamentaux ». Surtout, ce document déclaratoire met en évidence, en ses articles essentiels, la nécessité de leur « positivisation » par le droit objectif ou statutaire de l'État. Les droits naturels demeurent de simples virtualités éthico-existentielles tant que l'État, par la médiation des lois civiles, ne les protège pas. Les « droits » proclamés par les hommes de la Révolution ne deviennent des « droits » au sens juridique du terme que *consacrés par la loi*, alors que la *Déclaration* se borne à en reconnaître l'existence sans toutefois leur donner garantie. Les « droits naturels » de l'homme, montreront Kant et Fichte, s'accomplissent dans l'État en « droits du citoyen ». On peut donc soutenir, d'une part, que les valeurs de l'humanisme telles que la liberté et la propriété se trouvent inscrites dans la charte officielle de l'État et, d'autre part, que l'État *du* droit s'affirme comme l'État *de* droit qui, par son droit positif, garantit les droits des individus.

L'idée était belle et l'on reconnaissait en elle ce que Rousseau avait appelé « les prodiges de la loi ». Elle était forte aussi puisque, correspondant à une idée de l'homme, elle réalisait la synthèse de l'ordre public et des aspirations privées : les actes du Pouvoir, institutifs ou organisationnels, loin d'écraser les individus sous la contrainte des lois, servaient au contraire à assurer des « droits-libertés » opposables au Pouvoir et générateurs d'une promotion existentielle des hommes. Mais les motivations libérales qui étaient au principe de la mission ainsi confiée à l'État ne manquèrent pas de susciter des réticences et des oppositions passionnées, dès lors surtout qu'au XIX<sup>e</sup> siècle le développement de la vie socio-économique mit en question les valeurs de l'individualisme. L'antinomie qui couvait entre le libéralisme individualiste qui, pour l'essentiel, avait inspiré les rédacteurs de la *Déclaration* et la pensée socialisante qui s'épanouit à l'entour des révolutions européennes de 1848 explique que, au fil du temps, les expressions d'« État de droit » et de « droits de l'homme » se soient chargées d'équivocité ou, plutôt, aient peu à peu révélé au grand jour,

dans un mouvement de surcharge sémantique toujours croissante, l'ambivalence dont elles étaient porteuses. Le concept même d'État de droit, à travers des effets juridiques qui se sont produits en un relatif court terme, s'entoura de vertiges et, tandis que le droit en venait à se pluraliser en droits, s'avéra fort éloigné de la théorie du *Rechtsstaat* et de la doctrine de Carré de Malberg qui l'avait introduite en France.

Depuis le milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la notion d'État de droit est fréquemment rapprochée de l'idée de démocratie et de la symbolique républicaine qui lui fait écho. Le rapprochement est douteux, mais tenace. Il est plus juste de remarquer que l'humanisme juridique vanté par la philosophie des Lumières avait triomphé dans la nomophilie révolutionnaire et avait constitué la pierre angulaire de la pensée libérale. Il avait engendré l'immense espérance qui accompagnait le système normatif organisateur de l'État et — nous venons de le rappeler — avait inspiré le programme, voire le combat juridico-politique consistant à promouvoir les droits de l'homme. Or, cette notion, typiquement moderne et qui n'appartint pendant des décennies qu'à la culture occidentale, est loin d'être conceptuellement transparente. Non seulement les origines philosophiques en sont extrêmement mêlées, mais, dans la *Déclaration* de 1789, la tonalité éthico-naturaliste des droits se conjugue avec leur conception civiliste et légicentriste. Surtout, l'idée, dès sa proclamation solennelle, fut exposée, en raison des virtualités sémantiques qu'en contenait le concept, à des mutations problématiques qui sont venues tourmenter l'État dans ses structures et dans son action. Les « générations » des droits qui se sont succédé ont adopté des accents sensiblement différents les uns des autres. Cette évolution, maintes fois signalée et commentée, mérite néanmoins d'être rappelée.

### **1.1.2. Les trois « générations » des droits de l'homme**

La « première génération » des droits de l'homme exprimait, sous le couvert de la loi civile, la liberté inviolable de l'« homme » et du « citoyen » (si le texte de 1789 n'avait pas, lors de son édicition, de valeur constitutionnelle, il en ira autrement des dispositions portant garantie des droits incorporées à la Constitution de 1791).

Mais une « seconde génération » de droits vit le jour au XIX<sup>e</sup> siècle, dont la connotation fut sociale et économique. Ainsi, la Constitution de 1848, insistant

sur le caractère démocratique de la République française, lui assigna « pour base » le travail et l'ordre public qu'elle plaça au même rang que la propriété et la famille. Dans son évidente inspiration socialiste, la même Constitution faisait mention — bien qu'elle fût restée attachée à l'idée (libérale) de la liberté du travail et de l'industrie — d'« institutions de prévoyance ou de crédit » aussi bien que de mesures d'« assistance » destinées aux « enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources ». Lui faisant écho un siècle plus tard, le projet de Constitution rédigé après octobre 1945 par la première Assemblée constituante de l'après-guerre devait mentionner explicitement la nécessaire protection des « droits économiques et sociaux ». Il était alors clair que l'extension du concept des droits de l'homme en modifiait la compréhension en traduisant un état d'esprit hostile, dans l'État, à « la souveraineté de l'individu ». Quant au législateur, il devait admettre qu'il appartenait aux institutions étatiques non pas seulement de protéger les libertés dites « fondamentales » — libertés réputées « formelles » par les penseurs marxisants qui dénonçaient leur caractère mystificateur — mais de permettre, pour que les libertés deviennent « réelles », la décence du niveau de vie des travailleurs et qu'à cet effet, il leur incombait de réguler les conditions économiques de leur existence. Dans cette perspective, où se reflète l'influence de la nébuleuse socialiste du XIX<sup>e</sup> siècle, le libéralisme de l'État de droit faisait si pâle figure qu'il était devenu, pour le courant de pensée qui, se déclarant progressiste, l'accusait d'être obsolète, un ennemi facile à vilipender. Tout se passe donc comme si la seconde génération des droits avait mis en évidence ce que, dans l'État, la limitation libérale de l'autorité politique avait d'insuffisant, voire d'utopique. En conséquence, se substitua à la philosophie constitutionnelle et juridique de l'État **de** droit la philosophie sociale et économique d'un État **des** droits — ce que les adversaires du libéralisme interprétaient comme l'un des aspects les plus marquants du « dépérissement de l'État politique ». Les théories sociologiques nord-américaines proposées par R. Dahl et B. Powell sous le nom de « développementalisme » eurent beau jeu, à l'entour des années 1960, de mettre en lumière, dans ces conditions, la continuité des droits civils, politiques et sociaux.

Par-delà les antagonismes idéologiques, une « troisième génération » de droits devait surgir, portée par un élan inflationniste qui donna à l'État le visage de l'État-Providence. Afin de faire pièce à l'État libéral ou, qui pis est, à l'État gendarme, l'État, déclarat-on, se doit d'être prestataire de services envers ses

membres et, somme toute, doit être prêt à acquitter envers eux une dette — les droits devenant alors, dans une logomachie dont on a usé et abusé, des « droits-créances ». L'État-Providence se veut, en tout cas, un État protecteur. Dérapages et dérives trouvèrent en cela à s'alimenter de sorte que l'État législateur fut bientôt sommé de pourvoir inconditionnellement à tout tandis que s'accroissait de manière vertigineuse la quantité des « droits », devenus en l'affaire, de façon légitime ou proprement insensée, des « droits à... » (droits aux loisirs, au logement, au salaire minimum, mais aussi bien, droit à l'électricité, à l'IVG, au téléphone...) plutôt que des « droits de » (droits de circulation, d'expression, de religion...). La « machine égalitaire » était en route... L'État des droits ainsi porté à son paroxysme ne peut que s'emballer. Incapable, dès son principe, de se penser comme un système, il ne parvient pas, à cause du mode de production des droits qui, d'eux-mêmes, s'exaspèrent, à s'assigner de clôture.

Si, de manière implicite ou marginale, une philosophie correspond à la dérive des droits de l'homme qui charrie tant de prétentions irrationnelles et d'exigences démesurées, on peut, dans de certaines limites, la trouver dans la critique des Lumières et du rationalisme moderne.

## **1.2. L'hostilité aux Lumières et l'anti-rationalisme**

La critique de la philosophie des Lumières qui avait inspiré en grande part les moments les plus significatifs de l'État moderne a culminé chez les néo-marxistes de l'École de Francfort. Dans leur *Dialektik der Aufklärung* (1947), Max Horkheimer et Theodor Adorno vitupèrent contre la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* en quoi s'exprime, disent-ils, une raison dominatrice qui se confond avec les intérêts de la bourgeoisie. Pour conjurer les spéculations mercantiles qui, tôt ou tard et peu ou prou, ne manquent pas de faire de l'État de droit une société de commerce, les deux philosophes ont entendu privilégier une « rationalité critique » dont le processus dialectique découvre, disent-ils, « l'activité de la société » qui impose le rétrécissement de la sphère du Pouvoir. Ainsi importe-t-il pour Horkheimer, puis pour Adorno dans sa *Dialectique négative* (1961), que la négation de la domination politique soit, du même coup, la négation de la misère dans la société industrialisée du capitalisme avancé et que, dorénavant, les droits de l'homme soient, par voie de conséquence, de plus en plus largement pris en compte dans la praxis si l'on veut faire pièce à la déshumanisation de l'homme. L'aporie du rationalisme qui a édifié l'État du droit et inspiré le libéralisme de l'État de droit conduit immanquablement, selon

ces auteurs, à instruire le procès de « la raison instrumentale » à l'œuvre dans la puissance étatique.

Non seulement donc « l'État autoritaire » qui se réclamait de la raison est condamné puisque la raison, selon les théoriciens de l'École de Francfort, s'autodétruit dans ses productions mêmes, mais « la société en mutation » appelle une mutation correspondante de l'État, et la mutation de l'État doit faire de lui, irréversiblement, un prestataire de services à l'égard de tous. Contre la logique de la domination rationnelle inhérente à la conception du pouvoir dans l'État moderne — Horkheimer et Adorno pensent évidemment, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, aux totalitarismes qui sont parmi les pages les plus sombres de l'histoire politique occidentale —, l'élargissement de la panoplie des droits de l'homme pourrait être, estiment-ils, le moyen de renouer avec ce qu'il y a de naturel dans l'humanité et peut-être de revaloriser (au prix de quels malentendus !) les « droits naturels » de l'homme. La voie des anti-Lumières et de l'anti-rationalisme serait donc le chemin par lequel les hommes échapperaient aux maléfices sécrétés par la logique étatique de la modernité.

Seulement, devant le catalogue de plus en plus épais des « droits » que revendiquent les hommes au mépris de toute raison — rationnelle ou raisonnable —, comment rester insensible aux contradictions qu'entraîne semblable dérive ? Ne convient-il pas de soumettre à la réflexion la critique de la rationalité de l'État moderne ?

### **1.3. Réflexion sur la critique de l'État moderne**

L'évolution de l'État de droit, comme nous venons de le voir, l'a transmué en un État-Providence dont l'interventionnisme est jugé nécessaire pour donner consistance à un nombre sans cesse croissant de droits sociaux et économiques. On peut aussitôt se demander si une telle inflexion du rôle de l'État n'a pas pour conséquence de ruiner peu à peu l'autonomie des volontés et la responsabilité des sujets de droit sur la base desquelles s'était édifiée la puissance étatique. Si, en outre, dans l'État qui tend à supplanter les formes rationnelles du pouvoir politique, tout est droit et donne lieu à des revendications sans fin, le risque n'est-il pas d'aboutir non pas à l'idée d'un « droit social » permettant une répartition plus équitable des biens et des produits résultant de l'activité et de la croissance économiques, mais à une pléthorisation des besoins qui devient une dérégulation : si tout est droit, plus rien n'est droit. Enfin, si l'État lui-même devient essentiellement débiteur, ne perd-il pas toute autorité lorsque, sous la

pression des revendications émanant des groupes sociaux et des protestations de la rue, il verse dans un laxisme démagogique bien proche de l'anarchie ?

Faut-il conclure de là que le discours sur les droits de l'homme, en sa progression et ses transformations, scelle à plus ou moins brève échéance la faillite de l'État de droit au motif que la liberté libérale qu'il a charge de protéger risque de devenir une liberté libertaire ? Certainement pas. Mais les épisodes tumultueux des droits de l'homme sont révélateurs de la problématique de l'État de droit qui, en répondant à un certain nombre de requêtes sociales, a pris le pas sur l'État du droit issu du rationalisme moderne.

### ***1.3.1. Le caractère problématique de l'État de droit***

Certes, le mérite de l'État de droit est d'avoir institué, dans la plupart des pays occidentaux, une garantie constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux et d'avoir philosophiquement fondé cette garantie sur le mixte de naturalité et de rationalité qui est propre à l'homme. L'État de droit apporte ainsi, catégoriquement, un démenti aux proclamations tonitruantes des philosophies qui — par exemple dans la voie nietzschéo-heideggerienne suivie par Michel Foucault — annonçaient « la mort de l'homme ». L'homme et l'humanisme sont reconnus comme ayant assez de dignité et de valeur pour que l'État lui-même les défende. N'est-il point vrai d'ailleurs que l'homme n'a des droits que s'il se les donne à lui-même par la médiation de ses institutions ? Dès lors que les droits sont reconnus et « déclarés », c'est que leur concept s'inscrit dans la perspective d'une autonomie qui est une attestation de majorité. Nul n'oserait contester l'immense progrès social et, plus profondément, existentiel, que manifeste l'État de droit par rapport aux dogmatismes écrasants des politiques absolutistes.

Mais la fragilité et la problématique de cet État de droit se révèlent dès lors qu'il devient l'État des droits. L'État-Providence en effet n'est pas seulement — comme doit l'être l'État dans la perspective dessinée par la philosophie moderne qui en a établi les fondations et l'architecture — un État protecteur garantissant aux individus ces droits fondamentaux qui, comme la liberté et la propriété, concernent leur intégrité. Il ne se confond pas non plus avec l'effort du pouvoir politique pour prendre en charge, de manière institutionnelle, la vie sociale et économique afin de corriger les inégalités que les progrès de l'industrie et du commerce y introduisent. L'État-Providence se donne pour objectif de « libérer la société du besoin et du risque » ; il s'apparente, par sa revendication de

l'égalité socio-économique, distincte de l'égalité civique, à une philosophie de type utilitariste. Or, dans le domaine socio-économique, toujours mouvant et instable, le « travail de l'égalité » est sans fin et se double d'une insatisfaction telle que la demande est insatiable. De là est née « la crise de l'État-Providence » (Pierre Rosanvallon), une crise qui ronge les institutions.

L'homme moderne étant pris dans un réseau de rapports et un labyrinthe de communications qu'il entend faire reconnaître par l'État en abandonnant sa propre responsabilité, cette crise est endémique. D'une part, elle est née de l'insuffisance des motivations libérales aussi bien que des motivations socialistes de la législation. Ainsi, l'État de droit libéral se heurte à une crise de société car celle-ci n'est pas une association d'individus ; et l'État des droits socialisant provoque une crise du sujet car celui-ci, prisonnier des rets « communicationnels », n'est plus exactement lui-même. Quand le chômage et la précarité s'introduisent dans la vie socio-économique, ni l'appel aux valeurs libérales ni les réponses aux requêtes sociales ne sont capables de surmonter les difficultés de la crise, quel que soit l'arsenal toujours croissant des dispositions réglementaires, voire des lois. Aussi bien valeurs libérales et requêtes sociales en viennent à s'enfermer dans leurs antagonismes de principe et leur conciliation est malaisée, sinon impossible. De surcroît, l'économie mondiale pesant sur l'économie nationale, les mesures technocratiques des organismes supranationaux imposent des règles et des directives qui fragilisent ou même annihilent les dispositions étatiques, ce qui déstabilise dans l'État la vie sociale et économique. Dans ces conditions où se superposent les facteurs idéologiques, économiques et technocratiques, il est patent que l'idée perverse du « droit aux droits » — fût-elle le résultat de confusions accumulées — place l'État devant les situations périlleuses qui dérivent en définitive d'un curieux anti-humanisme.

### ***1.3.2. Les risques inhérents à l'anti-humanisme***

La récupération par des courants progressistes et gauchisants de la symbolique républicaine que véhicule le concept d'État de droit a instillé dans l'État un redoutable vertige. L'État moderne était porté par le « principe de constitutionnalité » qui conférait à l'édifice du droit politique et à la pratique juridico-politique leur cohérence et leur assurance. Mais des voix se sont élevées pour dénoncer, au prix d'un contresens, la prétendue antinomie entre l'objectivisme de l'État constitutionnel et le subjectivisme des droits. Par voie de

conséquence, elles ont prôné la révolte des faits contre la règle, ou de la liberté contre l'ordre. Il y a là un gigantesque malentendu qui, par l'anti-juridisme que mobilise un militantisme anti-politique, brouille les catégories et les concepts recteurs de l'État. Les théories contemporaines qui vilipendent, dans l'État moderne, les manifestations du « processus autodestructeur des Lumières » (J. Habermas) ont le tort de privilégier des considérations pragmatiques d'opportunité et d'oublier que, dans l'ordre objectif des institutions étatiques, se projette l'impératif rationnel qui atteste l'humanité de l'homme.

La crise qui sévit dans l'État de droit l'arrache à la vérité de son concept par le tanguage de l'irrationalité croissante qui envahit l'époque contemporaine. La mission de l'État n'est pas de suppléer aux carences ou aux déficiences des individus et d'apporter aux hommes, par une aide ou un soutien généralisés qui ne peuvent pas être toujours clairvoyants, ce qu'ils ne font plus l'effort d'obtenir par eux-mêmes. L'État des droits qui promet tout et donne beaucoup non seulement se ruine financièrement mais provoque l'effritement de la notion d'État. Certes, il n'est pas aisé d'accorder l'universel et le particulier. Mais lorsque la démesure des protestations et des revendications engendre dans l'État la prolifération des droits, le pluralisme et le relativisme le gangrènent dangereusement et laissent présager une maladie institutionnelle qui risque d'aboutir à l'asphyxie de la puissance étatique. L'inflation exponentielle des droits de l'homme est grosse d'un *anti-humanisme* qui contient les germes de mort du droit et de la politique.

Le risque encouru est d'autant plus grave que les institutions étatiques et, aujourd'hui, supra-étatiques, ne sont pas frelatées uniquement en ce qui concerne leur finalité, mais jusque dans leurs moyens de fonctionnement gangrenés par une bureaucratie dont l'omnipotence est dévorante.

## **2. De l'État administratif à l'État bureaucratique**

Lorsque Bodin, au seuil de la modernité, exposait l'architecture de la République, il soulignait que l'État, pour répondre à sa vocation régulatrice, serait désormais centralisateur et administratif. Il importe en effet aux magistrats et officiers, expliquait-il longuement, d'agir de telle manière que, dans l'État, les hommes obéissent à des règles plutôt qu'à d'autres hommes. La puissance d'État

devait donc se concentrer dans un appareil à la fois normatif et normateur qui en soit l'ossature. Les progrès de la rationalité dans le monde moderne ont confirmé cette conception de l'État. Une administration dotée d'un corps de fonctionnaires y est nécessaire pour que les prises de décision de l'autorité souveraine prennent efficacité au long d'un processus d'exécution rigoureusement déterminé.

## **2.1. L'administration dans l'État : le rôle des fonctionnaires**

L'État moderne, dès son berceau, a été, en même temps que le cadre organique de la politique, un corps institutionnel à finalité fonctionnelle.

### **2.1.1. La prééminence « fonctionnelle » de l'État**

L'importance accordée aux « magistrats civils » par Bodin, puis par Hobbes et par Locke, indiquait déjà clairement la vocation administrativiste de l'État : il confie à ses agents la tâche, *stricto sensu* gouvernementale, d'appliquer ou de faire appliquer les lois dont le souverain a l'initiative, aussi bien que celle de contrôler cette application. Rousseau, en étudiant les rapports du souverain et du gouvernement (C.S., III) et surtout Hegel, en examinant ce qu'il appelle « le pouvoir gouvernemental » (*Principes de la philosophie du droit*, § 287 sq.), ont insisté sur le fait que l'État moderne est un État administratif plutôt qu'un État d'autorité. Les formes juridiques de l'État qu'analyse Hegel ne déterminent pas explicitement un État du droit (*Rechtsstaat*) mais correspondent à l'image, semble-t-il, que lui offrait la Prusse de son temps : cet État répond aux requêtes d'une rationalité gestionnaire qui, pour assurer la subsomption du particulier sous l'universel, a besoin de fonctionnaires, de policiers et de juges. Il est faux de conclure de là, sans plus de nuances, que l'État hégélien est « un État de fonctionnaires » dévoués *perinde ac cadaver* au Pouvoir, donc toujours prêts à servir les décisions du Prince. Les fonctionnaires de l'État ne sont pas, dit Hegel, des domestiques de l'État (*Principes...*, § 294), aveuglément attachés de manière quasi mécanique à son service, c'est-à-dire sans obligations et sans droits. Ils ne remplissent pas non plus un engagement contractuel dont la forme juridique n'a pas de place, selon Hegel, dans la « moralité objective » à laquelle s'élève l'État. Leur action a pour finalité de permettre à la société civile de fonctionner conformément à la différenciation des secteurs et des tâches spécifiques qui y doivent être remplies. Ils sont ces grands « commis de l'État », dévoués avant tout à l'intérêt général. En leur action réside donc de manière concrète la liaison

de l'intérêt universel et de l'intérêt particulier dont l'éthicité (la *Sittlichkeit*) a besoin. Il en résulte que, dans la « moralité objective », ce que le fonctionnaire exécute avec un profond « sens de l'État » a « une valeur en et pour soi ». Cela explique donc d'abord que la qualité d'un gouvernement dépende en grande part de la compétence et de l'intelligence des fonctionnaires de l'État ; cela explique ensuite et corrélativement que la corruption ou l'abus de pouvoir soit, chez un fonctionnaire, un délit des plus graves par lequel pâtit la communauté entière.

Dans l'État administratif qu'étudie Hegel, le corps des fonctionnaires forme véritablement une classe médiane ou moyenne (*Mittelstand*) puisqu'ils ont pour tâche de rendre effective l'articulation des lois à portée générale et des situations particulières ou singulières. L'excellence de l'État doit donc autant à l'administration de ce corps médian qu'à la centralisation du Pouvoir sous l'égide de la Constitution.

### ***2.1.2. Les dangers de la rationalisation technicienne de l'État***

Éric Weil, dans sa *Philosophie politique* (1956) (cf. p. 148-153), prolonge l'analyse hégélienne en insistant sur le lien entre la rationalité de l'État et son administration qui assume la gestion de la société.

L'État moderne, dit-il en substance, est l'organe de la rationalité technique et, comme tel, il procède, par le truchement de son administration, à la mise en forme des activités rationnelles nécessaires pour faire contrepoids au déferlement des intérêts et des passions dans la société. Ce qui caractérise l'administration moderne, c'est que, devenue précisément l'organe de la rationalité technique des sociétés particulières qui coexistent dans l'État, elle est, en tant que telle, toujours subordonnée : « elle remplit des tâches qu'elle ne détermine pas », elle exécute la volonté du gouvernement. A travers ses fonctionnaires, l'administration est « la conscience technique (rationnelle) de l'État ».

Comme Hegel, E. Weil balaye la confusion fautive entre État et administration. « L'administration, écrit-il, administre » : elle s'occupe de l'aspect social de l'État, de l'application des lois, de l'ordre public, de l'organisation du travail, de la sécurité sociale... Mais si un État ne saurait être sans administration, il ne peut pas être pure administration. Dans l'État, l'administration est donc un « instrument pensant » et, de manière plus précise, l'instrument de « la pensée rationnelle et calculatrice » dont il est le lieu

d'excellence. Cette technicité n'est pas, heureusement, le tout de l'État. Aussi comprend-on le danger que dénonce Éric Weil : il réside en ce que les tentations formalistes ou techniciennes d'une administration agissant de façon discrétionnaire se propagent dans la société et en viennent, ce faisant, à scléroser le gouvernement lui-même. L'État, en effet, sombrerait alors dans le désordre et l'aboulie : il ne serait plus qu'un lieu sans âme où se jouerait la dépolitisation du politique.

Dans un autre contexte philosophique, Max Weber avait vu le péril qui, inévitablement, rôderait dans le phénomène de rationalisation du pouvoir dès lors que celui-ci, dans la société capitaliste qui caractérise la modernité, s'intensifierait. De même que, par un déviationnisme funeste, l'État de droit s'est dégradé dans sa dérive vers l'État des droits, de même, l'État administratif a cédé rapidement à la perversion technocratique et, en devenant un État bureaucratique, a fait peser sur ses institutions les périls qu'engendre une rationalisation aveugle et désincarnée.

## **2.2. La dérive bureaucratique de l'État administratif**

Dans la pensée laïque et rationnelle de la modernité, l'État est un artifice qui, construit par les hommes eux-mêmes, crée sans cesse de nouveaux mécanismes régulateurs. « L'État, écrit Georges Burdeau, objective une discipline de vie. » Cette dynamique, que le même auteur présente comme « la dialectique de l'ordre et du mouvement », détermine à l'évidence l'État comme un État fonctionnel dans lequel l'exercice du pouvoir se fait, comme l'ont souligné la plupart des philosophes politiques, par le canal de l'administration. Or, selon Max Weber, c'est là que, sous le paradigme de la domination rationnelle, guette le danger. Dans le cours des choses en effet, le phénomène étatique important n'est pas demeuré l'institution ni même l'institutionnalisation du pouvoir ; il s'est même moins agi d'exercer le pouvoir que de faire *fonctionner* les divers rouages de la machine étatique.

### **2.2.1. La rationalisation bureaucratique : la thèse de Max Weber**

De la célèbre conférence prononcée par Weber à Munich en 1919, *Le métier et la vocation du politique*, les commentateurs ont généralement retenu le dualisme de « l'éthique de la conviction » (*Gesinnungsethik*) — en laquelle l'action est déterminée par l'intention et guidée par l'idée du but à atteindre

indépendamment des moyens mis en œuvre — et de « l'éthique de la responsabilité » (*Verantwortungsethik*) — qui s'appesantit sur la valeur morale des moyens mis en œuvre et sur celle des résultats concrètement obtenus. Le royaume de la bonne intention n'étant pas de ce monde, Weber estime que l'éthique de la conviction relève d'un état d'esprit romantique et utopique dont la politique n'a que faire en l'État. Parce que l'homme politique qui obéit à « l'éthique de la conviction » nie le polythéisme des valeurs et, par suite, aussi bien le pluralisme axiologique que l'irrationalité morale de la société, il utilise la politique pour servir la seule cause qu'il estime juste absolument — ce qui revient, en quelque sorte, à dépolitiser la politique. Dès lors, dans notre monde « désenchanté » d'où toute forme de sacré s'est retirée pour laisser place à la scientificité, seul, l'homme politique qui se réclame de « l'éthique de la responsabilité » sait que, dans leur pluralisme, les valeurs s'affrontent sans fin de manière irrationnelle ; il ne se préoccupe donc que des conditions objectives d'application de ses idées et de ses projets. Autrement dit, par son sens du relativisme, il est apte à tenir compte du réel et à prévoir les effets des décisions. À tout le moins, il mettrait ainsi en œuvre les moyens d'endiguer l'irresponsabilité des masses et de faire pièce à leur incapacité éthique. La plupart des commentateurs du texte de Weber en concluent que la vie politique, ainsi dominée par des rapports de forces, intra-étatiques aussi bien qu'inter-étatiques, se réclame, sans verser toutefois dans une *Realpolitik*, de l'éthique de la responsabilité.

Certes, Weber pense que l'antagonisme des deux éthiques idéales-typiques qu'il décrit et analyse n'est pas une antinomie irréductible puisqu'elles interviennent en fait dans la « vocation politique » comme deux modes d'action complémentaires. Il reste que l'éthique de la responsabilité, dans son réalisme, entraîne l'activité institutionnelle, ni plus ni moins que la science par son rationalisme et sa volonté positiviste, vers une technicisation de plus en plus poussée. Dans l'État de la modernité, « la rationalité instrumentale » est donc chez elle. Ainsi s'explique la pente pragmatique et technocratique de l'État du XX<sup>e</sup> siècle, même si cette pente, Weber l'accorde, est parfois tempérée par certains hommes soucieux de la valeur des intentions.

Dans l'État technocratique, la prévision et le calcul sont la règle d'une activité qui obéit avant tout à des critères objectifs de rationalité afin que le fonctionnement des rouages gouvernementaux (il en est de même pour les rouages communautaires et internationaux) y soit le plus performant possible.

L'hégémonie de l'État bureaucratique s'autojustifie en prétendant faire pièce aux turbulences d'une société qui, privée de repères axiologiques, verse dans le laxisme et l'incertitude. Weber déplore la tournure ainsi prise par la vie politique en raison des règles administratives qui tendent à la confiscation du pouvoir. Une administration bien réglée, dit-il, est à coup sûr nécessaire dans l'État. Mais lorsqu'elle marche du pas abrupt de la technocratie, elle bascule dans la bureaucratie. Celle-ci est une pathologie de la rationalisation. La politique devient un « métier » qui, par son activité « stratégique », n'a plus rapport à la valeur. Quand le monde administré se résorbe dans les mécanismes gestionnaires de la bureaucratie et que la technocratie est inféodée à une oligarchie économique ou à des groupes de pression, l'État n'a plus de perspectives totalisantes pour l'avenir ; il a perdu son âme. La « pétrification mécanique » de l'administration efface par ses calculs l'espérance et les projets puisque, dans l'homogénéisation des formes de la vie sociale, elle réifie les rapports interpersonnels et dissout les individualités. On assiste à l'épuisement de l'énergie étatique. « L'ère des choix est close. » Les moyens triomphent des fins. L'instrumentalisation est à son comble et, dans le système bureaucratique, on risque de voir s'installer la dépolitisation de la politique. L'État n'a plus de sens propre. Dans la domination bureaucratique, le sens est oblitéré par la technologie galopante qui, banalisée sous le nom de « progrès », constitue un péril de mort pour la pensée et pour la liberté.

En cette situation que Weber qualifie de « rationnelle-légale », les règles formelles et impersonnelles de la légalité, les conditions de compétence requises des experts recrutés pour le fonctionnement des divers services de l'État, le souci utilitaire de l'efficacité et du succès sont les principes de toutes les actions qui sont entreprises. Cela est inévitable, mais, surtout, paraît suffisant, puisque, comme le rappelle Leo Strauss dans sa sévère critique de Weber (*Droit naturel et histoire*), « la raison humaine est impuissante à résoudre le conflit entre les valeurs essentielles ». La dimension fonctionnelle de l'État n'atteint ainsi son plus complet développement qu'en évacuant les phénomènes de pouvoir et en procédant, comme dans une industrie, à une division du travail. Weber sait mieux que quiconque que ce processus social-politique est voué à des crises et que la pesanteur bureaucratique engendrant, parfois tragiquement, des antinomies qui conduisent à des impasses, elle conduira inexorablement l'État à délitescence. Un tel mouvement de chute, philosophiquement pensé, signifie que s'accroît le désenchantement d'un monde d'où le divin, le sacré et la valeur se sont retirés. En cette vacuité qu'accompagne la « pétrification mécanique » de la

civilisation, les projets émancipateurs, si jamais ils sont entrevus, sont, à peine nés, voués à s'évanouir.

Le modèle idéal-typique de l'État bureaucratique décrit par Max Weber a marqué la pensée politique du XX<sup>e</sup> siècle. Ni Carl Schmitt ni l'École de Francfort n'en ont méconnu l'importance. Toutefois, l'analyse de Weber est loin d'être unanimement approuvée. Nous ne mentionnerons ici, parmi de nombreuses réserves dont beaucoup ont surtout une résonance sociologique, que les réticences philosophiques formulées par Raymond Aron et par Jürgen Habermas.

### **2.2.2. La rationalité instrumentale est-elle un destin ?**

Dans la science politique actuelle, la plupart des auteurs pensent que, pour l'État moderne, la bureaucratie représente un aboutissement inéluctable en raison de l'effort centralisateur qu'il poursuit pour asseoir véritablement sa force et pour gérer la société industrialisée où progressent les techniques avancées. Un tel jugement est, il faut l'avouer, pessimiste. Sans doute est-il à nuancer en tenant compte du pluralisme des cultures modernes, des différences entre les mentalités et du degré d'avancement des économies — autant de facteurs qui introduisent une bonne part d'irrationalité dans la vie des États. Il convient assurément de reconnaître qu'aujourd'hui, l'État fonctionnel ne peut pas récuser, ainsi que l'expliquent J.K.G. Galbraith (*The New Industrial State*, 1967) et Daniel Bell (*The Coming of Post-Industrial Society*, 1973) l'apport de la technocratie qu'exploitent d'abondance, en matière de circulation des informations, d'économie des services, de répartition du travail, de planification informatique..., les compétences spécialisées de la bureaucratie. Néanmoins, quelles que soient les spéculations relatives à la gestion des sociétés politiques de l'avenir — sociétés qui ne seront probablement plus des États (du moins conçus d'après le modèle canonique dessiné par la philosophie politique du XVIII<sup>e</sup> siècle), mais c'est un autre problème —, il faut souligner que, depuis les dernières années de la Troisième République en France et, plus généralement, dans la plupart des États de l'époque contemporaine, l'expansion de la bureaucratie est, dans la sphère étatique comme dans les entreprises privées, le corollaire d'une rationalisation de plus en plus poussée. C'est bien là ce que

Weber avait vu mais il ne semble pas aller de soi que cette expansion corresponde, comme il le soutenait, à « l'esprit du capitalisme ». Pour l'observateur et pour l'analyste de notre temps, l'essor bureaucratique va de concert avec la « spécialisation » des tâches qui s'est introduite en de multiples domaines. Il en résulte que l'administration est tributaire des « experts » qui, mettant sur pied des « commissions d'enquête » ou des « groupes de travail », abordent moins les problèmes en leur globalité et en leur sens politique que sous des angles étroitement techniques et spécialisés — ce qui explique la multiplicité des mesures ponctuelles, voire pointillistes, édictées par les services administratifs.

La transformation de l'État administratif en État bureaucratique apparaissait ainsi selon Weber comme « le vecteur historique d'un principe nouveau d'organisation de la société » (Philippe Raynaud, *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, 1987). On ne saurait contester ce jugement. Mais, s'il est vrai que la bureaucratie est l'effet spectaculaire de la « rationalité instrumentale », elle correspond aussi à l'état d'esprit qui sous-tend la vie politique de notre siècle : « l'ombre de la démocratie de masse en progrès » (Weber, *Économie et société*) envahit les règles étatiques qui deviennent de plus en plus impersonnelles et niveleuses. Weber est assurément embarrassé par cette évolution ; mais, quelles que soient sous sa plume les critiques qu'il formule contre la rationalisation bureaucratique de l'État, il semble se résigner : elle indique, estime-t-il, « le destin du monde occidental ».

Or, voilà ce que n'acceptent ni Raymond Aron ni Jürgen Habermas.

### **2.2.3. Les critiques de l'analyse webérienne**

Même si les réticences de Raymond Aron et de Jürgen Habermas devant l'analyse de Max Weber ont des résonances sensiblement différentes, elles se rejoignent pour indiquer que l'État s'affaiblit et s'érode de manière inquiétante.

Raymond Aron, qui a consacré une longue étude à Weber dans *Les Étapes de la pensée sociologique* (1967), et qui a rédigé l'Introduction aux conférences sur *Le Savant et le Politique*, dit avoir été frappé par « la leçon de courage intellectuel et de modestie » que donnait l'œuvre du sociologue allemand. Mais il ajoute qu'il est également « sensible [...] à la vision pessimiste du monde » qui caractérise la pensée de Weber. Jusque dans la description et l'interprétation que donne Weber de l'État technocratique et bureaucratique, il a souligné la présence

de « lois impitoyables » visant avant tout, dans l'administration comme dans la diplomatie, à sauvegarder la puissance. Lors même que l'éthique de la responsabilité ne se confond pas avec une *Machtpolitik*, il y a chez Weber, dit Aron, sinon un culte de la puissance, du moins « l'acceptation de la réalité [...] et la soumission aux exigences de l'action ». Or, c'est là que le bât blesse car la bureaucratie risque fort, dans cette perspective où les moyens trouvent leur justification dans la fin qu'ils cherchent à atteindre, de favoriser le prestige plutôt que la qualité de la culture et de l'action de l'État. Si Weber, dans son œuvre, n'a jamais mis en question la valeur de l'État et, plus précisément, de l'État national, il a logé dans le fait bureaucratique une sorte de fatalité, ce qui révèle les limites mêmes de sa vision du monde. À l'époque où il écrivait — et, *a fortiori* à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle — l'État ne se réduisait pas — et ne se réduit pas davantage aujourd'hui — à une institution bureaucratique toute-puissante en laquelle une administration omnisciente interviendrait pour organiser de manière exhaustive les différents domaines de l'activité des hommes. Raymond Aron, qui loue Weber d'avoir mis l'accent sur les mutations incontestables qu'a provoquées, au XX<sup>e</sup> siècle, le développement de la bureaucratie, lui reproche d'avoir vu en lui, comme les auteurs d'obédience marxiste, l'effet déplorable et irréversible de la rationalité des Lumières, celle-ci étant liée, de surcroît, à l'esprit du capitalisme et à l'éthique du protestantisme. Même si l'on se souvient que Weber décrivait des modèles idéal-typiques plutôt que la réalité, il convient de reconnaître que la dynamique étatique est, souligne Raymond Aron, autrement complexe et subtile : dans l'expansion de la sphère gouvernementale et de ses moyens technico-bureaucratiques, il y a autre chose qu'une planification du devenir, mais une « synthèse démocratique-libérale » qui, progressivement, s'efforce d'intégrer les revendications des citoyens dans les impératifs politiques du gouvernement. Il appartient aux régimes constitutionnels-pluralistes, poursuit R. Aron, non pas seulement de s'opposer, comme cela est évident, aux systèmes monopolistiques, mais de freiner la tentation absolutiste de la bureaucratie en étant attentif au pluralisme des groupes sociaux et des partis. Tandis qu'une bureaucratie aveugle se laisse emporter par son mouvement d'auto-croissance, l'administration d'un État constitutionnel pluraliste trouve toujours, avec plus ou moins de bonheur, la stratégie qui permet de surmonter les conflits internes et d'échapper au dogmatisme politique qui, lui, est toujours signe de dégénérescence.

De son côté, Jürgen Habermas a critiqué les thèses webériennes dans *La*

*Technique et la science comme idéologie* (1968), et dans *Raison et légitimité* (1973), en se plaçant du point de vue d'une philosophie rationaliste. Il montre que, jusque dans l'État, les problèmes pratiques que l'administration doit résoudre ne sont pas réductibles à des questions plus ou moins compliquées de technique. Le modèle techno-bureaucratique de la politique est donc erroné. Toutefois si, pour le réfuter, on adopte, en pariant sur les valeurs du volontarisme, un modèle « décisionniste », on fait également fausse route. Contrairement à ce que l'on pourrait attendre, Habermas voit dans Weber un tenant du « décisionnisme » puisque, selon lui, le charisme du chef est nécessaire et suffisant pour être l'antidote de l'administration bureaucratique. C'est en ce point que, selon Habermas, Weber se serait fondamentalement fourvoyé car il aurait méconnu la véritable nature de la raison qui œuvre dans la dynamique politique. Habermas ne reproche point tant à Weber, comme on le dit bien souvent, d'avoir mis une « raison instrumentale » au principe de la bureaucratisation des services étatiques, mais de n'avoir pas vu que les transformations de l'État en appellent à des modes diversifiés de l'activité rationnelle. En clair, cela veut dire que Weber n'aurait pas porté attention à la dimension pratique de la raison tendue tout entière vers un « agir communicationnel ». En somme, au paradigme de la conscience qui, depuis l'émergence de l'État au seuil des Temps modernes, en a jusqu'alors inspiré l'organisation et le fonctionnement, Weber aurait été incapable de substituer le paradigme de l'intersubjectivité et de la communication.

À la lumière de ces critiques, ne fussent-elles pas toujours convaincantes dans la mesure où elles servent surtout à étayer les philosophies propres de leurs auteurs, la théorie de Weber révèle assurément ses limites dès qu'on la projette dans le monde contemporain. Il reste que, en insistant sur les indiscutables transformations technico-bureaucratiques de l'État, Weber a mis en évidence l'affaiblissement de l'idée de souveraineté qui était au principe de l'État moderne. Le concept de la puissance souveraine de l'État serait en train de perdre toute pertinence et deviendrait, pour la compréhension de l'État d'aujourd'hui, un schème caricatural qui ne conserverait d'intérêt que dans la perspective d'une histoire des idées.

Si l'on admet que ce regard théorique est chargé d'intentions critiques excessives, il faut néanmoins reconnaître que les perspectives qu'il découvre contiennent le signe de l'érosion que subit à l'époque contemporaine l'institution

étatique. L'État d'aujourd'hui n'a plus la figure de l'État moderne. Ce constat accentue le caractère historique qu'il faut lui prêter et que Claude Lefort traduit en parlant de « l'historicité de la domination étatique ». Si, dans les grands siècles de la modernité, l'État fut la construction industrielle qui imposait au domaine public sa puissance et sa domination, il est en passe de devenir aujourd'hui une entreprise qui traite le problème politique comme une affaire socio-économique.

Dans cette vaste mutation, les promesses et les effets stabilisateurs de l'État se sont trouvés ébranlés au point que l'on assiste en cette fin de siècle à la déstabilisation de l'État lui-même.

### **3. De l'État stabilisateur à la déstabilisation de l'État**

En 1970, dans un opuscule intitulé *L'État*, Georges Burdeau opposait la rationalité des années soixante à la raison du siècle des Lumières et voyait dans l'institution étatique de cette époque, à cause du caractère éminemment fonctionnel qu'elle avait acquis, « un Léviathan téléguidé ». Quatre décennies ont passé qui, politiquement et juridiquement tumultueuses, ont suffi pour apporter un démenti — un double démenti même — à cette affirmation : de nos jours, l'État n'est plus un « Léviathan » ; et l'État n'est plus « téléguidé ».

#### **3.1. La dégradation de l'État**

Si l'on compare ce qu'était l'État au temps où, dans la voie du rationalisme, il avait atteint à la « conscience de soi », à ce qu'il est devenu dans le XX<sup>e</sup> siècle qui s'achève, c'est un constat de « malaise », voire de « crise » que l'on est conduit à effectuer, non sans remarquer qu'il vaut aussi, par-delà la sphère politique, pour toute la civilisation de l'Occident moderne.

##### **3.1.1. Ce qu'était l'État parvenu à la conscience de soi**

Le type d'État installé en Europe occidentale jusqu'au milieu de notre siècle était placé sous le signe de la *souveraineté de la loi* : n'était-elle pas, comme disait Rousseau, « l'expression de la volonté générale », elle-même porteuse,

comme le soulignait Sieyès, de la « souveraineté nationale » ? Si, bien entendu, obéir à la loi régulièrement promulguée était, pour le corps étatique, la condition de l'ordre public et, pour les citoyens, un gage de sécurité, cette même obéissance était aussi promesse de liberté. Montesquieu, Rousseau et Kant l'avaient dit en des paroles qui résonnent pour l'éternité : « La liberté est le droit de faire ce que les lois permettent » (*L'Esprit des lois*, XI, III) ; « L'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » (*Contrat social*, I, VIII) ; la contrainte, qui est le critère du droit, « fait obstacle à tout ce qui fait obstacle à la liberté » (*Doctrine du droit*, Introduction, § D). D'une part, sous la souveraineté de la loi, le caprice et la contingence étaient exclus de la politique et de la vie sociale. D'autre part, comme la liberté n'est pas l'indépendance, elle rejoignait l'ordre dans une synthèse qui signifiait que l'État était d'abord et avant tout un État stabilisateur.

De cette conception sortait l'idée de *l'obligation politique* qui commande le loyalisme et le civisme. Montesquieu parlait à cet égard de « vertu » ; Rousseau et Hegel, de « patriotisme » — ce qui laissait entendre le caractère sacré de l'État ou, à tout le moins, sa transcendance par rapport à la communauté puisqu'en lui s'exprimait cette convergence de volontés et d'aspirations que Montesquieu et Hegel ont appelée « l'esprit d'un peuple ». Ce rapport entre la loi et le devoir civique était, dans le cadre philosophique que lui offrait l'humanisme juridique, constitutif de la stabilité de l'État et de l'existence commune des citoyens. Un tel rapport était si fort que tous ceux qui, en s'embrigadant sous la bannière de l'anarchisme, ont combattu l'État, ont commencé par s'attaquer au lien qui unit la loi et le civisme, croyant retrouver, par ce rejet, la liberté naturelle de l'individu sans voir que celle-ci est simple licence.

L'autorité de l'État en sa figure moderne s'affirmait donc, à travers le dispositif qui va de la Constitution aux lois et aux règlements infra-législatifs, comme une puissance normatrice destinée à assurer l'assiette et la continuité de la vie politique et sociale. Or, la marche des choses a provoqué, après son triomphe au XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle, la déstabilisation de l'État stabilisateur. Comme l'écrivait Maurice Hauriou en 1910 dans ses *Principes de droit public*, « l'État est un sommet d'où l'on ne peut que descendre ».

### **3.1.2. Ce qu'est devenu l'État**

La dégradation de l'État commença à se manifester, non seulement en France

mais dans la plupart des pays d'Europe, entre les deux guerres mondiales. Bien évidemment, cette dégradation ne fut pas un surgissement *ex nihilo* et, depuis plusieurs décennies — mises à part les années de la Grande Guerre durant lesquelles l'union du peuple était le meilleur soutien des gouvernements —, des signes d'essoufflement de l'autorité étatique sont devenus de plus en plus nettement perceptibles.

La question que posait Ernest Renan dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle : « Qu'est-ce qu'une nation ? » résonne de manière significative. C'est moins l'institution étatique, artificielle et impersonnelle — où sont les « grands hommes » d'antan ? — que la réalité vivante d'un peuple qui est digne d'intérêt. Cela est si vrai que, déjà, l'économiste libéral Frédéric Bastiat pouvait écrire, préluant, sans le supposer, au « grand mépris » que dénoncera Nietzsche : « L'État est la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde. » Certes, le concept d'État ne semble pas avoir de connotation très précise en pareille assertion. Mais cet état de choses philologique est général comme en témoignent non seulement les dictionnaires mais aussi les revues et les journaux de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Il existe, bien entendu, des exceptions dont l'œuvre du juriste Édouard Laboulaye fournit, dans ses *Questions constitutionnelles*, l'un des meilleurs exemples. Pourtant, il faut se rendre à l'évidence : le terme État, à la différence de ce que l'on pouvait lire dans les œuvres de Hobbes, de Rousseau ou de Hegel, s'entoure d'un flou conceptuel général dont on ne semble guère, alors, se rendre compte. Ce flou sémantique procède du « dépérissement de l'État » (sans qu'il soit nécessaire de donner à cette expression son acception marxiste).

Ainsi Léon Duguit écrivait-il en 1913 dans l'Introduction de son ouvrage *Les Transformations du droit public* : « La notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande, il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. Les faits vont le démontrer. » En insistant sur l'importance prise dans l'État par le « service public » au détriment de la souveraineté, Duguit signalait l'une des mutations les plus frappantes du droit public pré-contemporain. La distinction de nature entre « État » et « société civile », qui était l'un des axes de la philosophie du droit de Hegel, n'existe plus telle quelle. D'un côté, les « services publics » se préoccupent du statut et de la condition des individus considérés désormais comme leurs usagers, ceux-ci étant

envisagés notamment en leur qualité professionnelle, mais aussi bien en leur dimension sociale. Tout « service public » se donne pour objectif de protéger leurs intérêts ; il est attentif à la qualité de vie et à la dignité des familles et des individus. D'un autre côté, les membres de la société civile se font revendicatifs et réclament, soit directement, soit le plus souvent par le truchement des syndicats ou des groupes de pression, des « droits » de plus en plus nombreux et des avantages de plus en plus substantiels. Or, si la mutation qui, dans les récentes décennies, a fait du service public le pivot du fonctionnement de l'État s'avère socialement et moralement bénéfique, si elle contribue à réaliser certaines espérances enserrées dans l'idéal démocratique, elle signifie aussi que le rôle régulateur et stabilisateur dévolu à l'État moderne est mis en question par l'expérience vécue elle-même : c'est « la révolte des faits contre le droit » — ce qui ne va pas sans difficulté pour renouveler et remodeler la conception de la puissance étatique.

En effet, nous avons mentionné plus haut les dangers que présente pour l'État la dérive inflationniste des droits de l'homme et à quel péril se trouvait exposée une administration de plus en plus technicisée et bureaucratisée. Mais il faut aller plus loin. L'effort normateur et normalisateur qui exprimait l'essentialité de l'État moderne risque de se briser sous le poids des requêtes fonctionnalistes qui font boule de neige dans une société civile de plus en plus exigeante. On assiste alors au mouvement incessant qui déforme, transforme ou emporte les structures ou les institutions établies et pèse sur les prises de décision. Loin de l'État du droit érigé par la rationalité moderne, s'est installé peu à peu, comme une marée montante, ce phénomène que l'on appelle « la crise du droit », prélude très probable au déclin de l'État.

Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, on assiste, précisément dans le cadre des services publics, à l'excès de la réglementation qui brouille la figure de la loi. Des mesures particulières se succèdent — décrets, arrêtés, circulaires, notes de service, recommandations, agréments... — qui, différentes les unes des autres dans un même domaine, forment un ensemble qui n'est pas toujours cohérent : son unité logique et organique se trouve compromise par la prolifération de normes dont certaines ont une faible valeur juridique. Toutes ces mesures constituent en tout cas un démenti à la souveraineté et à la généralité de la loi. Elles introduisent dans le droit des discontinuités qui sont d'autant plus fâcheuses qu'elles sont parfois appliquées, de manière peu orthodoxe, avec effet rétroactif. Ces mesures étant prises selon la demande de la conjoncture sociale et

sous la pression d'événements multiples et variés, le nombre des règles s'accroît de façon exponentielle, mais toujours considérable, de sorte qu'un réformisme permanent s'installe en des domaines comme ceux de la sécurité sociale, de l'éducation, de l'agriculture et du commerce, du travail, *etc.* Philosophiquement pensée, cette profusion des dispositions infra-législatives pour régir la société civile signifie bien la victoire du fait contingent, malléable et changeant, sur les règles abstraites et générales, tutélaires et relativement permanentes du droit de l'État. L'idée d'un droit « flexible » en est venue à faire autorité et l'on parla même, à l'entour des années 1980, d'un « droit sans l'État » qui, comme aux États Unis, serait « le fruit de l'auto-régulation de la société ».

Il semble bien en tout cas que la rationalité de « l'État du droit » qui est en même temps un « État de droit », telle que l'avait formulée la théorie constitutionnelle libérale de Benjamin Constant ou d'Édouard Laboulaye, et, tout autant, la systémativité d'un droit public régulateur qui, encore au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, s'imposait en matière d'éducation, de commerce, de finance..., soient ainsi mises au défi. Ce n'est plus le droit qui produit le droit. L'étatisme juridique est si généralement honni qu'il est devenu tabou. La rectitude juridique de la politique s'estompe et si l'État n'est pas encore devenu le lieu de ce que Julien Freund appelait « l'impolitique », du moins est-il perclus de crises qui, en s'accumulant, le dénaturent et le délitent en engendrant un profond malaise.

## **3.2. Le malaise dans l'État**

Le malaise qui s'est installé de manière chronique dans l'État pré-contemporain provient d'abord de la dénaturation de la loi — phénomène qui a un sens philosophique extrêmement troublant.

### **3.2.1. La dénaturation de la loi**

Bien souvent, la loi n'a plus, dans les sociétés actuelles, le caractère juridique d'une norme pleine et entière, c'est-à-dire rigoureuse, impérative et contraignante. Ainsi sont apparues, depuis quelques décennies, des lois « recommandationnelles », qui conseillent mais n'obligent pas et n'entraînent point de sanction en cas de non-observance. En outre, la loi est parfois votée dans l'urgence par le Parlement et sous le poids de lourdes pressions qui affaiblissent l'indépendance du corps législatif. On ne peut, en l'occurrence,

passer sous silence les influences syndicales, corporatistes, politiques, idéologiques... Enfin, l'importance sans cesse croissante de l'opinion publique, dont Tocqueville, déjà, en étudiant la démocratie, avait mesuré le danger, transforme la loi qui devient plus indicative que constitutive. Et, comme l'opinion publique est par nature changeante, les lois elles-mêmes se modifient sans cesse, soit qu'on prétende les amender, soit qu'on soutienne que leurs dispositions, contrairement ou laxistes (phénomène patent de nos jours en matière de droit de la famille) ou tatillonnes (comme dans le droit actuel du travail), correspondent aux « besoins » de la société. Alors, dans cette mouvance généralisée, on n'hésite pas, afin de sauver le principe de constitutionnalité des lois, à multiplier les révisions de la Constitution ! Ainsi les lois ne sont plus guère, ainsi que le remarque Friedrich Hayek (*Droit, législation et liberté*) que des instruments ou des règles d'organisation qui, faute de visées programmatiques réfléchies, n'ont qu'une applicabilité plus ou moins temporaire.

À cette labilité des lois, on donne pour justification qu'elles doivent répondre — au nom de la démocratie, dit-on — aux aspirations des populations ou de ce que l'on appelle « la justice sociale » (John Rawls, *Théorie de la justice*, 1971). Mais, pressé par l'opinion — ou, du moins, par une certaine opinion qui s'exprime dans des manifestes médiatiques ou des manifestations de rue —, le législateur travaille trop vite. Pour éviter le désordre de la place publique ou la colère de telle ou telle catégorie socio-professionnelle, les lois qu'il vote sont des textes de convenance vagues et insuffisants : ainsi en est-il des lois programmes, des lois d'orientation, des lois cadres... qui non seulement se multiplient mais ont besoin d'être complétées par des lois ultérieures dont on ignore si ou quand elles seront prises. Les textes de lois sont parfois aussi tellement mal rédigés que, cultivant l'ambiguïté, ils donnent lieu à de fâcheuses équivoques. Ils sont loin de conférer à l'appareil juridique de l'État la fonction régulatrice et stabilisatrice qui lui est nécessaire. Tout au contraire, ces textes, qui attestent la décadence de la pensée juridique, sont prêts à faire, contre l'unité de l'État, le jeu des pluralismes et des particularismes. Ils déstabilisent l'État et le dénaturent.

### ***3.2.2. La portée philosophique du malaise juridique***

Cet état de choses a une résonance philosophique : nombreux sont à notre époque les États occidentaux qui, ayant opté pour une politique socialisante,

entendent récuser l'idéologie libérale dont se réclamaient les institutions de l'humanisme juridique des siècles de la modernité et qu'ils accusent d'être « bourgeoise », « conservatrice », voire « rétrograde » — en tout cas non progressiste. L'idée selon laquelle, dans l'État du contrat tel que le pensaient Rousseau et Kant, la rectitude de la loi est exemplaire puisque la volonté générale, toujours droite, ne peut errer, a pris une tournure utopique et obsolète. La société d'aujourd'hui se détourne de tout horizon d'idéalité et, considérant avant tout le monde évolutif de l'expérience vécue, ne cherche plus de « modèles » dans les Idées pures *a priori* de la raison pratique. Dès lors, les règles du droit ne sont plus guère que des outils dont le nombre et la diversité s'accroissent pour mieux épouser, dans l'immanence, la versatilité des besoins — réels ou imaginaires — d'une société en laquelle le mouvement (ce qui est normal), mais aussi les excès de l'agitation et de la contestation (ce qui est moins normal) trouvent place. Il n'y a donc rien d'étonnant si, dans le relativisme et le laxisme qui inspirent des lois autorisant l'avortement jusqu'alors sévèrement réprimé ou conférant à l'homosexualité un statut juridique, la libéralisation des mœurs, bien plutôt que la liberté des citoyens, soit le projet et, aussi bien, l'effet de certaines mesures présentes de la législation des États. Dans ce même rejet de l'idéalité canonique des règles juridiques, on voit se multiplier, sous le poids des situations particulières ou singulières, les dérogations, les exceptions, les décisions contradictoires... L'instabilité des appareils juridiques de l'État, trouvant de surcroît l'une de ses raisons d'être dans des promesses électorales ou dans les stratégies carriéristes de certains hommes politiques, se cache bien souvent sous le voile du réformisme. Mais il s'agit généralement d'un réformisme qui, sans idée directrice, est le visage fripé de l'opportunisme idéologique à telle enseigne que, pour mieux assurer la réussite de tel ou tel parti, ses meneurs savourent l'enchantement que leur procure la pratique de la réforme des réformes.

Il apparaît ainsi que le concept d'État forgé par les hommes politiques et par les philosophes des grands siècles modernes se trouve profondément altéré. La normativité attachée aux institutions prestigieuses qu'étaient le Parlement et son pouvoir législateur, le Gouvernement et son pouvoir exécutif et administratif, les Tribunaux et leur pouvoir juridictionnel, se délite : leurs fonctions interfèrent, empiètent les unes sur les autres — devant les carences de la loi, le juge se fait parfois législateur, l'administration use d'un pouvoir discrétionnaire, le gouvernement multiplie les propositions de lois nouvelles, la révision de la Constitution devient de plus en plus fréquente... La confusion des pouvoirs que

dénonçait Montesquieu ressurgit, facilitée par l'influence accrue des facteurs sociologiques, économiques et idéologico-politiques. Elle se double d'un coefficient d'imprévisibilité puisque les normes sont peu stables et que les procédures perdent leur rigueur. Des auteurs américains, à l'entour des années 1930, voyaient déjà dans ce phénomène de transformation de l'État qui, depuis lors, n'a fait que s'accroître, la victoire que le *Legal Realism* remportait, disaient-ils, sur le *Legal Formalism* en s'imposant à la fois comme effet et comme instrument subséquent du changement social. Au bout du compte, aujourd'hui, dans ce contexte malléable et plurivalent où, il faut bien l'admettre, la législation est en crise, l'idée de l'État du droit ne semble plus très crédible. En France, les grands Codes napoléoniens, malgré des corrections et des ajouts, sont vieillissants et l'État de droit ne semble plus être vraiment au service d'une authentique liberté des citoyens.

Aussi bien, devant l'ampleur prise par les mutations de l'appareil étatique, est-il permis de voir dans le caractère composite et instable des mesures juridiques qui coexistent, parfois sans beaucoup de cohérence, dans l'État, une altération et une dévalorisation qui annoncent, comme l'avait prophétisé Nietzsche, la décomposition et l'éclatement de la puissance étatique conçue et édifiée par la pensée moderne.

### ***3.2.3. La résonance philosophique de l'État défiguré***

De la crise qui affecte un État en voie de déstabilisation, Nietzsche, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avait annoncé l'inexorable venue. Son analyse visionnaire est impitoyable.

Nietzsche disait constater partout, dans la société européenne, les symptômes d'une maladie qui minait l'État par ses toxines nihilistes. L'État, devenu « le plus froid de tous les monstres froids » (*Ainsi parlait Zarathoustra*) par la rationalisation qui s'est emparée de tous ses rouages, est tout près d'être, pensait-il, cette « maison des morts » où l'on ne peut rien voir d'autre que le triomphe dérisoire de « l'humain, trop humain ». Par le relâchement dont il est le lieu, l'État moribond révèle, estimait Nietzsche dans son prophétisme sans concession, une société d'épuisés que ronge l'esprit de lourdeur : il n'y aura bientôt plus dans l'État que le reflet évanescant des masses qui, dans un galimatias vulgaire de récriminations et de revendications, sont obnubilées par le souci de l'utilitaire et de l'argent. L'État, en ployant sous le poids de la

massification populaire, est devenu une odieuse machinerie qui sombre dans la médiocrité. La démagogie qu'il pratique rabougrit et rapetisse les hommes et les choses et, dans « le faux monnayage » des règles et des lois, s'exprime « l'idiosyncrasie des dégénérés » que sont devenus des êtres humains sans virilité.

Il est certain que le verbe enflammé dont use Nietzsche pour être, selon sa propre expression, « de la dynamite », finit par irriter, et que les « coups de marteau » répétitifs qu'assènent ses aphorismes ont quelque chose d'excessif. Pourtant, son regard visionnaire a découvert dans l'État qui se désagrège les signes de la décadence qui, telle une volonté de néant en tout point contraire à la « volonté de puissance » des hommes aux premiers matins du monde, est l'index d'une mort prochaine. Le message nietzschéen, iconoclaste et intempestif, annonce en effet le nihilisme européen et la démolition de l'État. Dans son anti-juridisme, la pensée agonale de Nietzsche véhicule surtout un anti-humanisme à la faveur duquel un vaste procès est intenté à la modernité tout entière qui parle le langage de l'*amor intellectus populi* : bien commun, peuple, volonté générale, justice, liberté, égalité, droits de l'homme... C'est au brigandage des valeurs de la vie que tous ces concepts — la gloire, dit-on communément, de l'État moderne ! —, travaillent : l'institution étatique est près d'en mourir.

En un sens, c'est ce que pensent aussi les anarchistes et, d'une certaine manière, les marxistes. Les premiers reprochent à l'État de commettre un attentat perpétuel à la liberté des individus. Dans leur opposition farouche à la rationalité de l'État, de ses institutions et de son droit, Bakounine, Georges Sorel ou Malatesta prônent la révolution et déclarent qu'il faut supprimer, au besoin par la violence des bombes et des attentats, tout ce qui, de près ou de loin, s'apparente à la puissance étatique. Quant aux marxistes, ils sont tellement certains que l'État est un phénomène purement bourgeois, capitaliste et mercantile, que leur anti-étatisme a pour ambition d'instaurer un autre type de société, ignorant des antagonismes de classes, donc, « communiste » et international. Le « dépérissement de l'État » signifie moins pour eux l'engagement révolutionnaire que la liquidation progressive par la classe ouvrière des sociétés différenciées et étatisées. Au bout du compte, pensent-ils, le phénomène historique qu'est l'État disparaîtra et la phase supérieure du communisme sera une société sans État.

Nietzsche réproche l'ambivalence et la perfidie meurtrière des anarchistes ; il raille les socialismes en quoi s'exprime, dit-il, « la lourde jubilation des

masses ». Ni les uns ni les autres n'ont compris pourquoi l'État se meurt. En revanche, Heidegger, quoique avec un tout autre style que Nietzsche, pénètre comme lui au cœur du déclin de l'État des modernes qu'il qualifie d'« historial » : il y rejoint le philosophe-prophète en son interprétation d'un monde politique défiguré.

De manière générale, Heidegger impute « la décadence spirituelle de la Terre » à la maîtrise technique dont le rationalisme cartésien aurait, selon lui, la paternité. L'homme est devenu un apprenti sorcier qui livre la planète aux forces maléfiques de la domination technicienne. Voilà pourquoi l'État est hanté, lors même qu'il se réclame de la démocratie pour justifier pouvoir et législation, par « la forme totalitaire ». La métaphysique traditionnelle aurait, selon lui, en son stade ultime, sécrété l'impérialisme politique en quoi la volonté de puissance se serait manifestée comme « volonté de la volonté ». En Europe et, plus encore, dans la Russie soviétique et aux États-Unis, « la même frénésie sinistre de la technique déchaînée et de l'organisation sans racines de l'homme normalisé » (*Introduction à la métaphysique*) a préparé, déclare-t-il, l'achèvement de la métaphysique qui coïncide avec le nihilisme européen. Ainsi, l'État moderne est le signe paroxystique du déclin qui ronge l'histoire occidentale : celle-ci, dominée par la subjectivité et, plus précisément, par « la raison centrée sur le sujet », a versé dans la banalité quotidienne. Dans l'État, le positivisme juridique est l'expression de « l'ustensilité » du droit. Il emprunte une pente intellectuelle qui conduit à « l'oubli de l'Être ». « Le nihilisme est le mouvement des peuples de la terre engloutis dans la sphère de puissance des Temps modernes. » C'est l'un des « chemins qui ne mènent nulle part ». Tous les grands concepts de l'État — souveraineté, citoyenneté, contrat social, Constitution, légalité, représentation, suffrage universel, parlementarisme, magistratures... — sont vidés de leur substance. Une malédiction pèse sur l'État. « L'ère du vide » (G. Lipovetsky) menace la modernité juridico-politique de l'État. Comme le dit un auteur contemporain, « la défaite de la pensée » (A. Finkielkraut) se déchiffre dans la défiguration de l'État moderne dont on peut craindre que la désagrégation, voire la disparition, soit le destin « historial » inéluctable qui se profile à l'horizon.

\*

Les « crises » qui, depuis un siècle, minent l'institution étatique en bousculant

les principes dont elle s'est réclamée, la structure organique qu'elle s'est donnée en ses heures les plus glorieuses, et les effets qu'elle a produits dans une société en voie de mutation, ont provoqué de telles métamorphoses du droit politique que si la mort de l'État, quoique bien haut prophétisée, n'est pas advenue, l'institution étatique présente dans le monde actuel, à ne s'en tenir qu'à son ordre interne, une silhouette défigurée.

Mais, en un temps où, de manière de plus en plus intense, s'affirme dans tous les domaines de l'existence le phénomène de la « mondialisation », l'État ne peut plus être considéré seulement à travers les transformations dont son ordre institutionnel interne est le lieu. Son concept trouve place dans un ordre élargi non seulement de plus en plus ouvert, comme depuis longtemps, à l'internationalité, mais soucieux — ce qui est nouveau — de supra-nationalité. Depuis le traité de Rome conclu en 1957, l'idée d'une communauté politique à l'échelle de l'Europe est à l'ordre du jour et prend peu à peu corps institutionnellement dans la construction d'une fédération européenne. Il ne suffit donc pas de remarquer que les normes de la vie internationale acquièrent dans la vie politique et, plus généralement, dans le commerce juridique des peuples, un relief et une force accrus. Tandis que se désagrègent les structures traditionnelles de l'État des Temps modernes, on assiste à l'intégration de ses catégories et de ses concepts dans les structures d'un ordre juridique supranational. Entre l'ordre étatique et l'ordre international que connaissait l'époque moderne et le phénomène juridique de la supra-nationalité qui se développe à la période contemporaine, il y a une différence de nature qui appelle réflexion.

Il faut donc se demander pourquoi et en quoi le délitement des formes modernes de l'État va de pair, depuis une date récente et dans un mouvement qui, aujourd'hui, s'accélère, avec l'avènement de cadres juridico-politiques supranationaux d'un autre type que ceux auxquels nous étions habitués depuis trois siècles. Ce phénomène, à notre époque, prend une importance qui va s'accroissant à un rythme rapide. Il traduit une nouvelle conception anthropologique : correspondant à un nouveau regard jeté à la fois sur la nature humaine et sur le cosmopolitisme, il rejaillit sur la philosophie du droit politique. Lors donc qu'aujourd'hui, l'État moderne est indubitablement défiguré, il importe de s'interroger sur l'avenir de l'État : les avatars de l'État dans l'histoire récente et présente signifient-ils, comme certaines philosophies l'ont prédit, la décadence mortelle de cette institution ou bien sommes-nous, à la veille du XXI<sup>e</sup> siècle, à *la croisée des chemins* qui, loin de ne mener « nulle part »,

annoncent, dans les métamorphoses du droit politique, le renouvellement et la recomposition de ce que les Temps modernes avaient considéré comme le « pouvoir d'État » ?

## Chapitre 5

### Les métamorphoses de l'État moderne

Au milieu des transformations dont les structures juridico-politiques de l'État sont l'objet depuis plusieurs décennies, certains des concepts et des catégories qui en constituaient la substance ont vu leur connotation évoluer en s'inscrivant dans un contexte philosophique aux dimensions et aux préoccupations nouvelles. Nous n'entendons pas, dans ce chapitre, parcourir le champ largement ouvert où se jouent, tout ensemble, l'obsolescence de la conception historique de l'État et l'émergence, déjà elle-même évolutive, d'une nouvelle image juridique et politique de l'Europe et, à brève échéance, par-delà l'Occident, du monde entier. Nous préférons nous attarder sur trois couples conceptuels qui, en marquant le passage de la modernité à un âge qu'il ne suffit probablement pas de désigner par l'expression de « post-modernité » (comme le fait la vague nietzschéo-heideggerienne dans le flot de laquelle M. Foucault, G. Deleuze ou G. Vattimo ont [ou ont eu] les faveurs d'une mode intellectuelle), nous paraissent significatifs du destin de l'institution étatique.

1) Comment et pourquoi le concept d'*État-Nation* s'est-il vu bousculer, au milieu des passions idéologiques, par l'idée d'une *Nation-État* ?

2) Comment le concept de l'*État unitaire*, au pouvoir souverain un et indivisible, peut-il se concilier avec les perspectives de plus en plus actuelles d'une *fédération d'États* ?

3) Comment l'État, dont, depuis Bodin, la *souveraineté* pensée comme puissance absolue a désigné l'essence, peut-il se concilier avec l'idée de « limitation » de la souveraineté ? et comment peut-il, à l'heure actuelle, quand il entre dans un système fédéral, réussir à préserver la plus grande partie de ses compétences, comme peut le laisser croire la place faite dans le cadre de la Communauté européenne à la notion de *subsidiarité* ?

Par leur ampleur et par leur complexité intrinsèque, ces questions sont vertigineuses. En les considérant d'un point de vue théorique et spéculatif plutôt que pratique — ce dernier aspect relevant de la technique juridique —, nous nous bornerons à esquisser quant à elles une épure réflexive qui nous permettra, chemin faisant, de jeter un regard philosophique sur la condition des hommes de notre temps.

## **1. De l'État-Nation à la Nation-État**

Les instruments intellectuels dont nous nous servons pour penser l'univers politique sont parfois si ambivalents et si flous qu'ils appellent des précisions si l'on veut écarter un fâcheux confusionnisme. Ainsi en est-il tout spécialement du terme de « nation », chargé, principalement depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, d'une équivocité qu'il est nécessaire de dissiper si l'on veut comprendre le rapport qu'il entretient avec le concept moderne d'État. Mais, surtout, l'entrée en scène de ce vocable dans l'espace catégoriel du droit politique a engendré, à la faveur des mouvements « nationalistes », des transformations de l'État qui ont suscité dans la politique pré-contemporaine des remous que l'activité juridique de notre époque tente de surmonter.

### **1.1. Les deux logiques de l'idée de nation**

Lorsqu'apparurent, au début des Temps modernes, les premières théorisations de l'État, la connotation du concept qu'en avaient forgé les différents auteurs s'appliquait à un territoire limité par les frontières que l'histoire d'un peuple donné avait tracées. Ainsi, le dessein que poursuivait Bodin lorsque, dans *Les Six Livres de la République*, il façonnait le schéma de l'État moderne, était de donner au royaume de France, ébranlé en son temps par de sévères crises politico-religieuses, une assise doctrinale qui en fortifierait les fondations et les rouages : la République qui est au cœur de son gros ouvrage est celle du roi de France. Et même lorsque, dans les siècles qui suivirent, Hobbes traitait de l'État-Léviathan puis Rousseau, de l'État du contrat, ces penseurs avaient beau chercher « dans l'abstrait » (Hobbes) les « fondements du droit politique » (Rousseau), l'institution de la société civile concernait, dans leurs philosophies, un peuple qui se cantonne sur un territoire borné par ses frontières politiques.

Cela explique en grande part d'ailleurs leurs réticences à l'égard du droit international dont les prémices, de Grotius à Vattel, commençaient pourtant à se dessiner avec de plus en plus de netteté et de précision. De manière générale, l'État, dans le rationalisme des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, était un État-nation.

On dira sans nul doute en ce point que l'émergence lexicale de l'idée de nation était alors extrêmement floue et qu'il était malaisé d'en déterminer précisément l'acception. Cela est tout à fait exact. C'est pourquoi, dans les deux siècles les plus « classiques » de la modernité, les deux termes d'État et de nation en sont venus à coïncidence.

### **1.1.1. Quand l'État incarnait la nation**

L'État, né des puissances constructivistes que porte en elle la notion de contrat social, apparaît alors comme l'œuvre de la volonté générale du corps public dont l'existence n'a de substance et de sens que sur le territoire national. Rousseau dit explicitement que la volonté générale est « le cœur de l'État » (C.S., III, XI) et que, par-delà la métaphore du corps public « un et indivisible », elle est « le principe juridique de la vie politique ». L'État du contrat coïncide ainsi avec la totalité du peuple dont la vie se déploie sur le territoire national. La théorie de Rousseau se répercuta, on le sait — avec plus ou moins de fidélité, mais c'est un autre problème — dans la pensée révolutionnaire. Elle culmina dans l'œuvre de Sieyès pour qui l'unité nationale, scellée par le contrat fondateur, est nécessaire, voire suffisante pour constituer le socle de l'État. « La nation, écrit Sieyès en 1789 dans *Qu'est-ce que le tiers état ?*, existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours égale ; elle est la loi elle-même. » L'autorité souveraine va ainsi de pair, comme le montrera Kant un peu plus tard, avec la citoyenneté qui implique l'adhésion volontaire et tout simplement rationnelle des ressortissants de la nation aux principes mêmes de l'institution étatique. Les hommes de la Révolution ne s'y étaient pas trompés qui, après un long travail préparatoire, avaient déclaré solennellement « les droits de l'homme et du citoyen ». Parce que, finalement, ils avaient mis l'accent sur la dignité que possède la citoyenneté dans l'État, ils déclaraient tout autant l'importance des droits civiques que la valeur des droits naturels. Par son inspiration civiliste (au sens où, au XVIII<sup>e</sup> siècle, « droit civil » et « droit politique » — ce que nous appelons le « droit public » — sont deux expressions synonymes qui s'opposent de même façon au « droit privé »), le célèbre texte du 26 août 1789 signifiait

profondément la coïncidence de l'État et de la Nation, même si l'on devine chez certains rédacteurs et si l'on décèle dans quelques-uns des articles un souci d'humanisme universaliste dont ne tardera pas à se réclamer le cosmopolitisme. Parce que la symbiose de l'État et de la Nation est parfaite, elle culmine dans une idéalité telle que la volonté générale du peuple-nation « ne peut errer ». En 1797, Fichte affirmait (*Fondement du droit naturel*, § 21), dans des termes analogues à ceux qu'employaient les Constituants de 1789, que l'État souverain qui s'appuie sur la nation est responsable devant elle : ainsi l'État n'a pas d'autre socle que le contrat qui le lie à la nation.

On pourrait donc penser que l'idée de l'État, ainsi rationalisée et élevée au niveau d'une parfaite intelligibilité, a atteint une transparence conceptuelle que résume le schème à la fois opératoire et constitutif de la souveraineté du peuple, potentiellement riche de sa prérogative législative. L'« État constitutionnel » qui trouvera sa forme achevée dans la philosophie de Hegel est bien, fondamentalement, la réalisation rationnelle du *Volksgeist* qui, en sa connotation générale, fait écho à « l'esprit général de la nation » dont parlait Montesquieu.

Mais, en ce point justement, l'ambiguïté couve dans le discours politique de la philosophie moderne. La rationalité qui porte l'État en sa figure historique et occidentale est loin d'être aussi limpide que l'ont dit les philosophes de la modernité, même les plus grands. Aussi le XIX<sup>e</sup> siècle at-il œuvré à la sourde relativisation du concept d'État-nation pour le transformer en l'image, souvent qualifiée de « romantique » et, en tout cas, affective voire passionnelle et parfois explosive, de la Nation-État.

### ***1.1.2. Quand la nation insuffle un nouveau sens à l'État***

Le retournement de la logique immanente aux notions connexes d'État et de nation ne s'est évidemment pas effectué d'un seul coup ni en toute clarté. Il serait intéressant d'en suivre la genèse chez les auteurs qui, tels Burke, Rehberg ou Gentz, ont critiqué l'esprit de la Révolution française au nom de la tradition et chez ceux qui, tels Savigny et les juristes de l'École historique du droit, ont dénoncé l'utopie positiviste pour enraciner le droit de l'État dans la coutume et l'historicité d'un peuple. Plutôt que de parcourir cette généalogie, retenons-en les effets, à savoir l'insistance sur l'idée d'une « Nation-génie » plutôt que sur l'idée d'un « État-contrat ».

L'éveil de cette nouvelle compréhension de l'idée de nation ressemble à un flot qui, d'abord lent, puis grossissant et plus rapide, contrarie le vouloir rationnel de l'État et s'oppose à la forme unitaire et indivisible de la volonté générale. Il ne s'agit assurément pas là d'une idée claire et distincte. Le concept de nation est plutôt, à sa naissance, une intuition encore pleine de pénombre qui frémit au niveau infra-rationnel de la pensée. Il se nourrit du sentiment d'appartenance à la tradition des siècles que, d'une certaine manière, prolonge l'amour de la patrie. Herder, par exemple, considérait chaque nation comme « une voix individuelle chantant dans une harmonie universelle ». Dès lors, et justement à travers le patriotisme dont Rousseau montrait les vertus, la coïncidence de l'État et de la Nation n'apparaît plus du tout comme le résultat d'un pacte conclu par l'artificialisme constructeur d'une raison calculatrice cherchant à asseoir, dans l'avenir et par l'appareil contraignant des lois, la sécurité d'un peuple et la liberté des citoyens. L'attachement à la nation provient des élans, que l'on qualifiera plus tard de « romantiques », qu'éprouve « l'âme collective » d'un peuple (Joseph de Maistre), dont les racines plongent dans le passé, se nourrissent de la substance des coutumes et des traditions (Hume, Burke), et sont même portés par l'unicité d'une langue ou d'une religion (Fichte). L'idée de nation connote ainsi, avec un évident coefficient de sensibilité, de lyrisme et de mythologie, la spiritualité spécifique et irréductible de l'âme d'un peuple, riche de ses souvenirs, de ses aspirations et de ses rêves.

Dès lors, parce que la nation vit du souffle qui anime une communauté et l'oriente vers l'ensemble des valeurs auxquelles elle accorde une sorte de foi, l'État national change de figure. À l'épure rationnelle qu'en a tracée Sieyès, il est indispensable, dit-on, d'insuffler la vie et le sentiment. L'État national en effet, loin d'être l'œuvre d'un entendement séparateur et constructeur qui, à tout prendre, est sans substance en son formalisme, est, ainsi que le montrait Hegel dans ses écrits de jeunesse, une production de la vie : le *Volksgeist*, plus profond que la réalisation rationnelle qu'en opère l'État, appartient au « corps organique d'une vie commune et substantielle ». Désormais, par conséquent, la pensée que l'on dit « nationalitaire », loin de se situer dans les marges de la philosophie politique, acquiert une dignité qui tend au refus du concept d'État comme entité juridico-politique abstraite et autosuffisante en son impersonnalité. L'idée que l'on se fait de la nation correspond au sentiment, voire à la passion, qui la nourrit. Elle est donc très loin de la rationalité qui, immanente à la souveraineté, caractérisait l'État, tout spécialement pour la plupart des hommes de la Révolution française.

Les effets de cette pensée nouvelle ne se firent pas attendre longtemps. Les élans de la sensibilité et de la vie l'emportant sur la stabilité des structures posées par l'intellect, l'hégémonie de la raison dans l'État fut rapidement mise en doute. Déjà pendant ses années du séminaire de Tübingen, Hegel était opposé à toutes les théories géométriques et mécanistiques du contrat ; l'État, disait-il, n'est pas une œuvre d'art, mais une unité organique — l'unité dialectique qui, pour réaliser l'union des contraires, a nécessairement besoin d'eux, c'est-à-dire des oppositions, des tensions, voire des guerres qui agitent l'âme des peuples. Hegel allait jusqu'à penser que le rationalisme individualiste et abstrait des Lumières ne pouvait conduire qu'à un échec politique car, estimait-il, si la Nation-État, concrète et vivante, est plus profonde et plus vraie que l'État-Nation en sa rationalité formelle et abstraite, elle est aussi plus vraie dans la mesure où elle reflète tous les mouvements contraires de la vie. Cependant, selon Hegel, il n'y a point d'antinomie entre le peuple en corps dont l'État des Lumières a édifié l'institution modèle et le *Volksgeist* en tant qu'âme nationale. Dans l'économie d'ensemble du système hégélien, la « dialectique des peuples » surmontera la scission et le malheur de l'homme moderne en réconciliant l'institution étatique avec le génie national.

Lorsque Fichte, durant l'hiver 1807-1808, prononça à Berlin ses *Discours à la nation allemande*, il n'était ni un défenseur du rationalisme politique de l'*Aufklärung*, ni comme le soutient une interprétation courante, à la fois rapide et erronée, un amoureux du romantisme. Le texte des *Discours* est assurément lourd d'équivoques et ne va pas sans zones de pénombre. Mais l'opacité se dissipe dès que l'on comprend que Fichte, comme Hegel, pense à l'éventuelle réconciliation du rationalisme éclairé et du naturalisme romantique dans l'État national qu'il appelle de ses vœux. Dès lors, dans ce que l'on nomme le « nationalisme » fichtéen, il semble indiscutable que l'État, quelle que soit la forme de gouvernement qu'il adoptera, soit et doive être un État que scelle l'unité nationale. Celle-ci, bien sûr, s'appuie sur des déterminations culturelles que privilégient les romantiques : la langue, l'histoire, la religion du peuple. Mais cela ne signifie pas que l'État, édifié sur le socle national, prend la silhouette d'un poème romantique : aux yeux de Fichte, en effet, la « Constitution républicaine » demeure pour l'État un modèle irremplaçable et indépassable. Lors donc qu'il harangue la nation allemande pour qu'elle scelle politiquement son unité, il ne renie en rien la thèse qu'il développait en 1800 dans *L'État commercial fermé* et que devait tout spécialement admirer Jean Jaurès (qui n'a rien d'un nationaliste romantique !). L'État, disait Fichte en 1800,

doit être conforme au droit et à la raison ; pour cela, il lui faut se replier sur lui-même afin d'éviter les influences contingentes venues de l'extérieur et, aussi bien, les élans intérieurs que pétrit la passion ; parce que les uns et les autres sont irrationnels, ils risquent en effet d'être perturbateurs et menaçants pour l'éducation et la liberté des individus. L'État rationnel demeure donc pour la nation la *norme* qui doit éclairer la genèse de ses institutions juridiques et de son comportement politique. Parce que l'idéal étatique œuvre comme en secret dans l'histoire du peuple national, il appartient à la nation de se transformer en État. En d'autres termes, la nation, en incarnant le concept rationnel de l'État idéal, travaille à sa réalisation. On est par conséquent fondé à parler d'une Nation-État : dans la terminologie de Fichte, celle-ci se distingue de « l'État de raison » (la norme juridique du droit constitutionnel pur) et forme « l'État réel » (« pris dans le mouvement d'instauration progressive de l'État de raison »). Autrement dit, la Nation-État de l'avenir prolongera, en lui donnant substance et vie, l'État-Nation qu'avait édifié la raison des Lumières.

Par conséquent, il serait artificiel et faux d'affirmer que les idées de l'*État-Nation* voulu par les hommes de la Révolution française et de la *Nation-État* vers laquelle s'orienteront, non sans détournements de sens et erreurs philosophiques, les doctrinaires nationalistes du XIX<sup>e</sup> siècle épuisent, par leur antagonisme, à l'heure crépusculaire des Temps modernes, la signification du champ politique. En tout cas, bien qu'elles modifient et nuancent le concept rationnel et « classique » de l'État, elles ne le ruinent pas.

Ainsi, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les paroles de Renan, loin de lancer l'anathème à l'État rationnel, tendent au contraire à lui insuffler un élan de spiritualité. Elles résonnent avec une force invincible quand il s'écrie : « Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis. » L'État, selon Renan, a besoin de la nation non pas parce qu'elle est le tiers état ou le peuple, mais parce que c'est en elle que la volonté du corps public puise sa chaleur et son potentiel d'effectivité. Avec des accents non moins pathétiques qui rejoignent ceux de Theodor Ranke, Friedrich Meinecke montrait en 1908 dans *Weltbürgertum und Nationalstaat (Cosmopolitisme et État national)* que « la réalité politique » des États donnerait corps, à plus ou moins brève échéance

dans le cours du XX<sup>e</sup> siècle, à la fondation individualiste de leur espace juridique et politique. Alors s'effectuerait en lui « l'accord symphonique » de l'idéalisme politique qui défend l'État de la raison et du réalisme politique qui défend les forces de la nation. L'individualité nationale des grands États sera le résultat de cette superbe synthèse.

Cependant, de cet horizon chargé d'espérance, dériveront bientôt les méfaits de l'exaspération nationaliste de l'idée de nation.

## **1.2. Les élans nationalistes**

Faut-il s'étonner de l'exaspération sémantique des thèmes « nationalitaires » qui provoquent les déviances du nationalisme ?

### **1.2.1. Les déviances du nationalisme**

Dans les figures diverses que prend la doctrine nationaliste en se développant, s'accroissent très souvent des références hétérogènes telles que le sang, la forme du crâne, la couleur des yeux ou des cheveux... en un mot, la « race », comme on le voit chez le comte Arthur de Gobineau pour qui la race, aux antipodes de la vulgarité et des valeurs universelles, éloigne de la lourdeur des foules. Mais les doctrinaires invoquent aussi, avec moins d'emportement, la terre, le patrimoine, le sol, les frontières naturelles, la coutume, l'usage, la religion des ancêtres... Souvent portés par une référence à Nietzsche — la philosophie nietzschéenne fût-elle en l'occurrence travestie —, ces thèmes, depuis la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, ont cristallisé pour déformer le noyau de l'idée de Nation. Par l'altération conceptuelle qu'ils lui ont fait subir, ils ont servi à ébranler, en certaines contrées d'Europe et du monde, l'idée courante de l'État national. Parce que celui-ci est issu de la philosophie rationaliste moderne, il est accusé de ne représenter qu'une forme nécrosée du Pouvoir. Il faut donc le combattre.

L'idéologie nationaliste, ayant ainsi perverti l'idée de nation, s'est parfois assortie d'un militantisme qui a voulu en fait, en se fondant sur le sentiment de la valeur raciale, incliner la nation vers son autonomisation politique. Ainsi, le national-socialisme, en arguant de « la volonté du sang », a prétendu justifier sa théorie de « l'espace vital », « la marche vers l'Est » et, à la veille de la Seconde

Guerre mondiale, la politique allemande des « annexions territoriales ». L'expansion ainsi opérée au nom de la certitude dogmatique selon laquelle la race aryenne est supérieure à tous les autres peuples fut l'audacieux et épouvantable défi lancé aux structures de l'État constitutionnel par l'idéologie globalisante qui a conduit au totalitarisme nazi.

La mise en pratique des thèmes nationalistes et, plus encore, de leurs déviances passionnelles, a donné lieu, depuis un demi-siècle et aujourd'hui même, à des phénomènes tristement connus : l'ostracisme aveugle, l'épuration ethnique, les systèmes concentrationnaires, le mépris de « l'autre », voire le crime et l'entreprise génocidaire... Par les coups de boutoir qu'ils assènent à l'État et à ce qu'ils considèrent comme son hypertrophie institutionnelle, les « nationalistes » prétendent lutter contre le juridisme politique et contre l'étatisme. Ils exaspèrent de multiples facteurs irrationnels et non rationalisables, évidemment prêts à s'enflammer dans la perversité des contradictions. L'État, en ses organes institutionnels aussi bien qu'en son fonctionnement gouvernemental et administratif, est frappé de plein fouet par ce déchaînement de forces qui s'auto-exacerbent par leur propre mise en mouvement. Et s'il est vrai qu'un peuple, en se prévalant de sa prééminence nationale, peut se replier sur lui-même dans le culte de sa singularité, il est toujours à redouter que cette prétendue autarcie explose et que, en exaltant le sentiment de sa supériorité, cette « nation » s'engage sur la voie de l'impérialisme.

Tel, assurément, n'est pas toujours le cas. Néanmoins, la politique et le droit ont à compter avec l'affirmation de la nation dans le mouvement de l'histoire et des idées.

### ***1.2.2. Les effets du thème nationaliste***

Il ne faut certes pas confondre les extrémismes de l'idéologie nationaliste avec les aspirations d'une nation à constituer un État. Il reste que la nation parvenue à la conscience d'elle-même comme unité spécifique d'histoire et de vie est prête à briser l'État plurinational qui l'englobe, à réclamer son indépendance, à faire entendre ses revendications au besoin par la guérilla et le terrorisme. Loin de l'État-Nation construit par les politiques modernes et dont la Constitution française de 1958 exprime encore les traits rationnels qui marquent la symbolique républicaine, la Nation-État cherche à faire triompher sa différence et ses particularismes.

Dans ce renversement, il est vrai que les fanatismes et l'intolérance guettent, agissant comme de puissants catalyseurs. Ils sacralisent les dogmes et l'arbitraire — ce que, précisément, combattait la philosophie qui porte l'institution et l'institutionnalisation de l'État moderne.

Cependant, l'idée nationale n'implique pas toujours une défense des positions extrêmes, toujours porteuses d'effets passionnels. Fût-elle ancrée dans de nombreux éléments affectifs, l'idée nationale, en prenant conscience d'elle-même, a provoqué pour l'État des modifications sensibles. Ainsi par exemple, l'idée selon laquelle un territoire étatique est borné par des frontières entraîne, dans le mouvement des nationalités, une modification de la carte politique : en effet, si l'existence d'un État plurinational (comme, par exemple, l'Espagne aujourd'hui ou, hier encore, la Yougoslavie) peut conserver une réalité, on assiste de plus en plus fréquemment de nos jours à son éclatement. À l'intérieur des frontières plus ou moins artificielles qu'il s'était données au fil de l'histoire, on voit se former des factions sécessionnistes qui revendiquent leur indépendance pour former de nouveaux États. Ceux-ci une fois formés, de nouvelles frontières se trouvent tracées, d'ailleurs sujettes à de multiples vicissitudes. De même, en matière économique, les frontières ne constituent plus les barrières douanières de l'État. En outre, le phénomène de l'immigration montre que les frontières d'un État sont devenues perméables, régulièrement ou irrégulièrement, et qu'en toute rigueur, elles ne le ferment plus sur lui-même.

Donc, si les élans nationalistes diffèrent par les moyens, soit modérés, soit extrémistes, qu'ils mettent en œuvre, ils se rejoignent toujours sur un point : lutter contre le rationalisme étatique dont ils jugent la pesanteur tyrannique. Même s'il n'est pas évident que la raison politique ait toujours raison, le risque de voir les nationalismes s'emballer dans un État demeure pour lui une menace grave.

Sans aller jusque-là, il est patent qu'en notre époque le développement de l'idée nationale entraîne la transformation morphologique et quasi physique de certains États. Ainsi, l'État national et constitutionnel de l'époque moderne se trouve-t-il plus ou moins soumis, sous l'influence des facteurs nationaux, voire nationalistes, avec lesquels il est forcé de compter pour la réalisation du droit, à son inévitable recomposition.

Dans le même temps, assez contradictoirement, l'État se trouve exposé à

l'aventure, de tout autre inspiration, et d'un tout autre type, qu'est le fédéralisme.

## 2. De l'État unitaire à la fédération d'États

Comme l'idée de nation, l'idée de fédération plonge ses racines dans un terreau dont les éléments sont hétérogènes.

### 2.1. Les lointaines prémices de l'idée « fédérative »

L'histoire de l'idée « fédérative » est longue ; elle remonte aux amphictyonies de la Grèce antique. Celles-ci répondaient à un modèle d'association qui permettait aux Cités, en concluant des accords en matière religieuse, monétaire, juridictionnelle..., d'atteindre, en aplanissant les différends et les conflits, à une existence commune harmonieuse. Dans les Temps modernes, nombreux furent les auteurs de « projets de paix perpétuelle » qui, tels Émeric de Crucé, William Penn, l'abbé de Saint-Pierre..., ont insisté sur les vertus pacificatrices d'une « fédération » des peuples conçue comme un simple groupement d'États. Montesquieu voyait dans « la république fédérative » une « société de sociétés » tout entière orientée vers un idéal de paix et de tranquillité. L'idée de « fédérer » des États a donc d'incontestables quartiers de noblesse, même si, dans la réalité de l'histoire, elle ne semble pas avoir eu d'efficacité remarquable : les guerres ont, depuis toujours, existé et leur violence empoisonne les rapports inter-étatiques. Rousseau, par exemple, ne taisait pas ses réticences devant l'idée d'une fédération des peuples, fût-elle limitée à l'Europe : l'idée, pensait-il, est sans doute généreuse et belle, mais elle est, en fait, vaine, voire déplorable. « On ne voit point de ligues fédératives s'établir, écrit-il en commentant les écrits de l'abbé de Saint-Pierre, autrement que par des révolutions, et sur ce principe, qui de nous oserait dire si cette ligue européenne est à désirer ou à craindre ? Elle ferait peut-être plus de mal tout d'un coup qu'elle n'en préviendrait pour des siècles. »

Pourtant, dans le temps même où s'établissait le statut constitutionnel de l'État moderne, l'idée fédérative trouvait elle aussi des défenseurs qui ne se bornaient pas à envisager, sous le ciel de l'Idéal, la félicité et la paix dont elle serait le creuset. Certes, des ouvrages comme ceux d'Émeric de Crucé (*Le Nouveau Cynée*, 1623), de William Penn (*Essai sur la paix perpétuelle et future de l'Europe*, 1693) et de l'abbé de Saint-Pierre (*Projet de paix perpétuelle*, 1713)

avaient élaboré des plans institutionnels susceptibles d'incarner et d'aménager une fédération des États d'Europe. Cependant, leur schéma juridique demeurerait succinct malgré le luxe des détails concrets qu'ils contenaient (lieu des assemblées, durée des sessions, formation d'une armée, financement...) et, surtout, leurs auteurs, qui n'avaient rien de philosophes du droit, ne s'interrogeaient pas de manière réflexive sur les assises fondatrices du projet « fédératif ». Kant devait pallier cette carence, non d'ailleurs sans laisser place en sa pensée à une évolution que traduisent sensiblement les divers textes au fil desquels il livre sa réflexion sur ce problème.

## 2.2. Kant et l'idée de fédération des peuples

Dès 1784, Kant, dans l'*Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, avançait l'idée d'une fédération des peuples. Mais sa pensée, sur ce point, a évolué d'une œuvre à l'autre de manière significative.

### 2.2.1. L'évolution de l'idée fédérative dans l'œuvre de Kant

Dans l'opuscule de 1784 qui avait pour titre *Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique*, la notion de fédération des peuples désignait pour Kant un *Völkerbund*, c'est-à-dire une « société des nations » dont la force unifiée, établie sur la base d'un *foedus*, serait pourvoyeuse de la « sécurité publique des États ». Puis, en 1793, dans *Théorie et Pratique*, Kant assimile l'idée de fédération des peuples à une Constitution cosmopolitique (*weltbürgerliche Verfassung*), c'est-à-dire à la norme juridique qui, en tant qu'horizon d'ordre, de sens et de valeur, subsume l'hypothèse rationnelle pratique de l'universelle philanthropie et joue ainsi le rôle de l'impératif catégorique de la paix. L'*Essai sur la paix perpétuelle* apporte, en 1795, des nuances importantes à ce schéma normatif. Kant pense alors que, seule, une fédération d'États libres (*Foederalismus freien Staaten*) — qui n'a rien d'un État fédératif (*Völkerstaat*) — est apte à rendre la paix « possible » ou légitimement pensable entre les peuples. Il repousse l'idée d'un État fédéral conçu comme un super-État imposant à tous les États qu'il engloberait des normes juridiques anéantissant purement et simplement leur souveraineté et risquant d'effacer leurs particularités nationales. Au contraire, une fédération d'États libres doit reposer, dit-il, sur des pactes et des traités scellés entre les États comme des alliances volontaires, aux termes desquels ils s'engagent réciproquement les uns envers

les autres. En 1796, dans la *Doctrine du droit*, Kant nuance à nouveau son analyse. Remarquant que l'expression couramment usitée alors de *jus gentium* ou « droit des peuples » (*Völkerrecht*) est peu correcte, et qu'il serait, en conséquence, préférable de parler d'un *jus publicum civitatum* ou « droit des États » (*Staatenrecht*), il insiste sur le « droit de confédération » (*Bundsgenossenschaft*) qui devrait permettre aux États de conclure entre eux une union exclusivement défensive. Une alliance contractuelle devrait ainsi, en s'élargissant de proche en proche par de nouvelles admissions, rendre possible une « union universelle des États ». Dans cette perspective qui, dans l'œuvre de Kant, a trouvé sa formulation définitive, le droit de confédération s'affirme comme l'impératif rationnel qui enjoint aux États de s'arracher à l'état de guerre attaché à leur coexistence naturelle, agonique et injuste : ce « droit de confédération » est une Idée de la raison, « évidemment irréalisable » comme l'est toute Idée de la raison dans le système kantien ; mais elle peut présider à l'institution d'un « Congrès permanent des États », dont les États généraux de 1709 et 1710 à La Haye et à Gertruydenberg donnent quelque idée. Ce Congrès serait un Conseil confédéral dans lequel siègeraient les ministres des États-membres avec mission d'examiner ensemble les problèmes ou les différends qui surgiraient entre eux. Dans la finitude de la raison humaine, ce Congrès traduirait l'exigence rationnelle du devoir de paix qu'il incombe aux États d'assumer entre eux.

En parcourant les textes kantien, il apparaît de manière incontestable que l'évolution de la pensée du philosophe quant à la notion de « fédération » est, en son mouvement même, révélatrice de la difficulté qu'il a toujours éprouvée, et qu'il n'a pas véritablement surmontée, pour l'élucider. Cette difficulté est d'ailleurs, comme nous allons le voir, non pas accidentelle, mais bel et bien intrinsèque.

### **2.2.2. La difficile élucidation de la notion de « fédération »**

L'hésitation de Kant, jusque dans ses derniers travaux, entre les termes de « fédération » et de « confédération » indique combien le problème soulevé est, pour les États, véritablement problématique. Il le demeurera d'ailleurs longtemps et il faudra attendre le droit contemporain pour distinguer clairement les deux concepts de *confédération* et de *fédération*.

Pour le droit contemporain, la *confédération* est un édifice juridico-politique

construit par l'association volontaire plus ou moins ample d'États qui, tout en devenant États-membres de la Confédération ainsi créée, conservent leur souveraineté propre : formule qu'illustrent pour nous les organisations internationales qui sont soit à vocation spécialisée comme le Fonds monétaire international (FMI) ou l'Organisation mondiale de la santé (OMS), soit à compétence générale comme l'Organisation des Nations unies (ONU). L'idée de fédération, entendue au sens juridique strict que nous lui attribuons aujourd'hui, désigne l'émergence d'un État fédéral dont les États-Unis ou le Brésil fournissent aujourd'hui des exemples : l'État fédéral est une institution supranationale qui superpose aux États de l'Union une instance centrale spécifique. Si l'État fédéral est issu d'un processus contractuel, donc, bilatéral dans la mesure où l'admission des États-membres implique leur candidature et l'acceptation de celle-ci, il se caractérise surtout par sa compétence normatrice, c'est-à-dire par sa capacité d'émettre des actes normateurs qui s'imposent unilatéralement et sans médiation à tous les États-membres : formule que, cette fois, illustre à notre époque, selon la logique politique et juridique qui l'anime, la construction de la Communauté européenne (CE).

Il ne nous appartient pas, dans le cadre de cet ouvrage, d'examiner, du point de vue juridique, les structures institutionnelles propres d'une part à la confédération qu'est l'Organisation des Nations unies, d'autre part, à la fédération qu'édifie la Communauté européenne. Bornons-nous à souligner que ce mode d'organisation de la vie des États met en question, à notre époque, la pertinence politique (plus que juridique) du concept d'État tel que la pensée moderne l'avait élaboré. Nous assistons en effet, à travers le « fédéralisme », à une mutation politique qui, du moins à l'échelle du continent européen, est considérable.

### **2.3. L'État et l'internationalisation du droit politique**

Si, de nos jours, l'internationalisation du droit politique en produit l'élargissement, il lézarde aussi simultanément les cadres juridiques traditionnels de l'État. N'entendons pas en cela qu'apparaît sur la scène politique un « État mondial » dont on a toujours redouté, depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, la volonté de puissance et les virtualités hégémoniques. Comprenons plutôt que des entités *supra-étatiques* ont été conçues et édifiées, qui provoquent une mutation profonde de la politique à l'échelle de l'Europe et même du monde.

### ***2.3.1. L'apparition d'un pouvoir supra-étatique***

Si nous nous en tenons à l'exemple de la Communauté européenne qui, aujourd'hui, est d'actualité, nous pouvons assurément remarquer que celle-ci s'est formée par un processus contractuel, donc sur la base d'un consensualisme dont l'envergure peut s'élargir chaque fois que de nouveaux États sont admis au sein de cette organisation. Mais le plus important se trouve ailleurs : les instances centrales de la Communauté européenne sont habilitées, en exerçant les compétences que les États-membres leur ont déléguées, à émettre des actes normateurs, ou, si l'on préfère, à édicter des normes ; ces actes sont non pas contractuels, mais unilatéraux et, comme tels, nous l'avons dit plus haut, ils imposent aux États de l'Union des liens juridiques de subordination. Il faut donc, dans le modèle supra-étatique du « droit européen », que les États-membres aient consenti, lors de la ratification des traités fondateurs, au transfert, au moins partiel, de leurs prérogatives (par exemple en matière policière, agricole, monétaire ou militaire) à l'autorité supra-étatique. Certains analystes n'ont pas hésité à déchiffrer cette transformation organisationnelle comme une « crise de la souveraineté », c'est-à-dire, au fond, comme une « crise de l'État ». Le terme de « crise » peut, en l'occurrence, être discuté. Il reste que le droit politique européen que l'on appelle le « droit communautaire » prime les législations et même les constitutions nationales, ce qui entraîne incontestablement une limitation de la souveraineté des États, c'est-à-dire de leurs initiatives propres dans les secteurs de la vie publique concernés, qu'il s'agisse des transports aériens, de la communication télévisuelle, des compagnies de téléphone, *etc.* Mieux vaut sans doute, en la circonstance, parler de « transfert » plutôt que de « crise » de la souveraineté étatique. Le concept de souveraineté, en effet, n'est pas en lui-même altéré, mais son lieu se trouve déplacé puisque chaque État membre de l'Union doit se plier à la discipline communautaire, celle-ci parût-elle en contradiction avec les intérêts nationaux.

La juridicité nouvelle qui sous-tend la vie politique des États-membres de la fédération européenne a besoin, de surcroît, d'une administration puissante dont les décisions émanent d'un aréopage de fonctionnaires dits, eux aussi, « européens ». L'« eurocratie » et la fonctionnarisation technocratique imposent leurs normes aux États, provoquant ainsi, puisque le droit communautaire a prévalence sur les droits nationaux, une érosion du principe de leur indépendance. Il n'est pas douteux qu'un tel phénomène suscite, sans aller, comme certains auteurs l'ont soutenu, jusqu'à une « crise » fatale de la

souveraineté normatrice et de l'État comme « personne morale », le malaise juridique et politique de l'institution étatique.

### ***2.3.2. L'état des lieux dans le droit politique présent***

Si l'on regarde aujourd'hui la situation des États, il est surtout frappant de voir qu'en eux se superposent deux phénomènes contradictoires qui conduisent à penser l'entité étatique selon des catégories jusqu'alors inédites.

À l'éveil du sentiment national au XIX<sup>e</sup> siècle, a succédé son exacerbation que manifestent, à notre époque, les passions revendicatives des nationalismes. Cet état d'esprit, pour n'être pas général, est néanmoins puissant : en invoquant des critères que l'État, en sa forme institutionnelle moderne, ne faisait pas entrer en ligne de compte, les meneurs « nationalistes » exigent haut et fort, parfois en recourant à la violence, la reconnaissance de leur « nationalité ». Ils réclament leur indépendance et la formation de leur propre État ou, à défaut, dans le cadre de leur autonomie, ils veulent se suffire à eux-mêmes et constituer une entité juridiquement autarcique.

En revanche, la mutation qui provoque l'intensification d'un droit communautaire, applicable sur l'ensemble des territoires des États-membres formant désormais le territoire européen, tend à éroder le principe de l'indépendance étatique. La vie des États s'inscrit géopolitiquement dans un cadre territorial qui les dépasse et, institutionnellement, sous des normes juridiques qui les forcent à une discipline hétéronomique.

L'accroissement des mouvements pluralistes d'inspiration différencialiste d'un côté, l'accroissement des mouvements communautaires d'inspiration unificatrice d'un autre côté conduisent à se demander s'il est possible de rendre compatibles ces deux tendances d'apparence antinomique qui, à tout le moins, écartèlent l'État. Sans affirmer qu'elles constituent une aporie, leur coexistence, qui condamne l'État à s'embourber parfois dans des marécages où il s'affaiblit, semble bien être l'index de l'obsolescence des cadres philosophiques et juridiques de l'État « moderne ». Cela explique le recours à des notions et à des catégories jusqu'alors peu connues qui s'avèrent nécessaires pour traduire l'effort de remodelage conceptuel de l'État.

D'une part, l'idée de la souveraineté comme essence de l'État, qui depuis la théorisation qu'en avait donnée Bodin au XVI<sup>e</sup> siècle, constituait la clef de

voûte de l'État moderne, a subi de la part des libéraux, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, de sérieuses critiques qui en ont modifié la compréhension politique en insistant sur sa nécessaire *limitation* constitutionnelle.

D'autre part, très près de nous, la résurgence de la notion de *subsidiarité*, venue du lointain des temps, s'est accompagnée de sa transposition dans le cadre d'une politique qui passe aujourd'hui les frontières de l'État. Elle a désormais pour but non plus de limiter le principe de souveraineté de l'État mais, dans la dynamique politique contemporaine, de faire échec, dans le cadre externe, à l'omnipotence des autorités supranationales. Dès lors, elle infléchit la théorie de l'État, sans révolution, vers des horizons nouveaux.

Il est nécessaire d'examiner les voies par lesquelles passe cette double modification de la souveraineté étatique afin de comprendre leur signification dans le destin de l'État moderne.

### **3. Les modifications de la souveraineté étatique**

Concept central de la doctrine politique depuis l'aube des Temps modernes, la souveraineté a été pensée de différentes manières : en effet, si la souveraineté est bien demeurée, depuis quatre siècles, l'essence de l'État, elle était conçue par Hobbes comme la « souveraineté du Pouvoir », par Rousseau comme la « souveraineté du peuple », par Sieyès comme la « souveraineté de la nation ». Elle conservait néanmoins ses critères traditionnels : absolue et sans limites, elle était une et indivisible. Or, au XIX<sup>e</sup> siècle, E. Laboulaye remarqua que « l'École révolutionnaire ou française » avait commis quant à ce problème tant d'« erreurs brillantes » qu'il était devenu urgent de redresser le sens dévié de l'idée de souveraineté. La « politique constitutionnelle » dont il élabore le schéma se dresse contre la thèse d'une souveraineté étatique sans limites.

#### **3.1. Contre la souveraineté illimitée de l'État**

Le « programme libéral » qu'expose Laboulaye n'est pas absolument nouveau. Mais, dans un texte de 1863 intitulé *L'État et ses limites*, puis, de nouveau, dans un opuscule datant de 1872 et intitulé « De la souveraineté » (in *Questions constitutionnelles*), il a fourni tous les éléments d'une thématique critique du problème de la puissance souveraine en l'État.

### 3.1.1. *L'État et ses limites*

Le court volume qui porte en titre *L'État et ses limites* enserme déjà toute la pensée politique d'E. Laboulaye. Celle-ci est dominée par l'antinomie de l'autoritarisme et du libéralisme qui déchire le droit public. Le programme libéral que cisèle Laboulaye traduit clairement son choix : avant de répondre à la question constitutionnelle qui fera de la France, enfin, selon lui, le pays de la liberté, ce programme est un plaidoyer critique contre la toute-puissance de l'État. Il s'agit de « défendre les droits imprescriptibles de la nature humaine contre l'arbitraire des gouvernements ».

L'arbitraire des gouvernements, remarque Laboulaye, n'appartient pas seulement aux régimes absolutistes. Il dénonce donc, comme Benjamin Constant avant lui, « l'horrible route de l'omnipotence parlementaire » : c'est là, dit-il, le malentendu le plus grave qui soit sorti de la pensée révolutionnaire française. La doctrine libérale de Laboulaye puise alors sa sève dans l'exemple américain, marqué par les théories de Locke et de Montesquieu. Comme Tocqueville, il n'a de cesse de l'opposer à l'exemple français, dans lequel il déchiffre principalement l'influence de Rousseau.

L'État, explique-t-il, doit, pour répondre à sa finalité essentielle, gérer les intérêts généraux de la communauté. Mais il ne lui appartient pas de dépasser les bornes du domaine public pour gérer aussi le domaine privé des droits et des libertés. Comprendre la *Déclaration des droits* du 26 août 1789 comme la proclamation solennelle de la vocation normativiste de l'État, repose, estime-t-il, sur une erreur de principe : celle même de l'idéalisme abstrait et dogmatique qui a eu cours au XVIII<sup>e</sup> siècle. L'État n'a pas à concéder à l'individu, par les normes qu'il édicte, des droits que celui-ci tient de la nature. Cependant, autorité et liberté ne sont pas étrangères l'une à l'autre : elles sont « deux éléments distincts d'un même organisme : tandis que la liberté représente la vie individuelle, l'État représente les intérêts communs de la société. Ce sont deux cercles d'action qui n'ont ni le même centre ni la même circonférence ». Par conséquent, ils ne doivent ni s'opposer ni se confondre, mais s'accorder l'un à l'autre de sorte que, d'une part, les droits de l'individu ne constituent point une entrave à l'action politique mais que, d'autre part, l'État ne franchisse pas les bornes du domaine public pour empiéter sur la sphère de l'existence privée.

En d'autres termes, il est grand temps de comprendre, dit Laboulaye, ce que les hommes de la Révolution française, eux, n'ont pas du tout compris : à savoir,

que « la souveraineté a des limites naturelles où finit son pouvoir et son droit ». On n'instaure pas la liberté en déclarant que les hommes sont libres et égaux en droits ni même en décrétant le suffrage universel. L'uniformisation et le nivellement social, fussent-ils inscrits dans une Constitution, ne sont pas la liberté. Celle-ci n'est possible que si, par une dialectique du privé et du public, sont définies « la part de l'État et la part de l'individu ». Certes, en tout État, les prérogatives du Pouvoir doivent être respectées, mais à la condition expresse que « l'administration reste sur son terrain et n'empiète pas sur le domaine du citoyen ». On ne force pas la nature des choses. L'État doit trouver son domaine d'action spécifiquement politique entre le rationalisme absolu qui régenté tout dans l'uniformité administrative et l'empirisme laxiste du laissez-faire. En retour, il faut que la liberté individuelle s'intègre dans l'État et coopère au fonctionnement de la société moderne.

Ce libéralisme, dont les *Questions constitutionnelles* exposeront les conditions et les mécanismes juridiques, ne se borne pas, comme celui des Constituants ou des doctrinaires du début du XIX<sup>e</sup> siècle, à proclamer que les droits des individus doivent être protégés par l'État. Il assigne des bornes à l'État, c'est-à-dire qu'il unit l'exigence de la liberté individuelle à la nécessité pratique d'une limitation constitutionnelle du pouvoir étatique. C'est ce que Laboulaye appelle « le mariage de raison » en politique.

### **3.1.2. Limitation constitutionnelle et liberté**

Laboulaye, qui n'établit pas de différence entre « souverain » et « souveraineté », rappelle que « le souverain est celui qui est au-dessus des autres et n'a personne au-dessus de lui » : jadis, le pape était le pontife souverain qui ne dépendait de personne ; puis le roi de France put se déclarer « souverain et empereur en son royaume ». Aujourd'hui (c'est-à-dire vers 1870), poursuit Laboulaye, il est grand temps de s'en convaincre : la souveraineté n'est pas, comme le laisse croire l'exemple français, la souveraineté du peuple, autrement dit la réalisation du « chimérique contrat social de Rousseau ». Pensée comme telle, la souveraineté ne pouvait conduire, par l'absolutisation de son concept — et c'est ce qui a eu lieu — qu'au centralisme étatique des Jacobins. Certes, dans ce pas politique, Rousseau a été trahi et « l'erreur révolutionnaire » fut de penser que l'Assemblée, donc, le corps des représentants, était souveraine : on a confondu, souligne Laboulaye, la possession de la souveraineté avec son

exercice. C'est ainsi que l'omnipotence du Parlement, déjà dénoncée par Benjamin Constant, constitua pour la politique française, au lendemain de la Révolution, le plus grave des malentendus.

L'idée selon laquelle la puissance souveraine définit l'essence de l'État n'est pas ici mise en question. Mais le caractère de pouvoir illimité et absolu qu'elle connotait dans la tradition moderne est mis en accusation parce qu'il est gros de toutes les dérives potentielles de l'arbitraire. Alors, Laboulaye montre que l'histoire, comme il n'en pouvait guère aller autrement, a dépassé la doctrine. Il se tourne vers l'exemple américain et souligne vigoureusement, toujours proche en cela des philosophies de Locke et de Montesquieu, qu'il est nécessaire, pour sauver la liberté des citoyens, de *limiter* la souveraineté de l'État. Seulement, il ne se borne pas à dire en 1872 comme en 1863, que « La souveraineté a des limites naturelles où finit son pouvoir et son droit » ; il façonne la *limitation constitutionnelle* de la puissance souveraine.

En se plaçant en effet sur le terrain de la politique constitutionnelle, donc en considérant pour l'essentiel la politique intérieure de l'État, Laboulaye, comme naguère Guillaume de Humboldt dans son *Essai sur les limites de l'action de l'État* (écrit en 1792), insiste sur un point essentiel à ses yeux : l'autorité de la puissance publique et les prérogatives administratives de l'État ne doivent ni porter atteinte à l'indépendance privée des citoyens ni la menacer d'aucune manière. Il dénonce la fonctionnarisation qui se déploie dans l'ombre de la souveraineté illimitée, donc le plus souvent dogmatique et arbitraire, de l'État. La puissance étatique, déduit-il de là, doit trouver son domaine d'action spécifiquement politique *entre* le rationalisme d'une souveraineté absolue qui régenté tout dans l'uniformité des mécanismes administratifs, et l'empirisme d'un laissez-faire paresseux qui incline vers une flexibilité déjà laxiste : telle est, selon Laboulaye, la signification du libéralisme véritable dans l'État qu'il détermine comme une « République constitutionnelle ».

Dans le même temps, l'histoire du XIX<sup>e</sup> siècle opposait à la doctrine libérale ainsi établie sur les bases juridiques de la limitation constitutionnelle de la puissance étatique, les séductions de la pensée socialiste. La question politico-sociale fut ainsi tirillée, pendant des décennies, entre les deux pôles de ce carcan idéologique : aux antipodes de l'auto-limitation de la souveraineté dans l'État libéral, l'égalitarisme de l'État socialiste engendrait un dirigisme

centralisateur. Toutefois, dans l'âpreté de la controverse et malgré les méandres des exposés théoriques du libéralisme et du socialisme, le concept de *souveraineté* demeurait encore le plus important sinon le critère exclusif de l'État. L'essentiel était, pour les théoriciens de la puissance publique, d'aménager, d'une manière ou d'une autre, les pouvoirs qui en faisaient la substance. Aussi remarqua-t-on à peine, dans la philosophie politique du XIX<sup>e</sup> siècle, les notions de « suppléance » et de « subsidiarité » que, implicitement du moins, des auteurs comme Humboldt et Hegel, mais aussi bien J. Stuart Mill et Tocqueville empruntaient à la vieille doctrine de l'Église catholique et appliquaient à l'État.

Quoique conceptuellement mal élucidées, ces notions de suppléance et de subsidiarité devaient pourtant concurrencer le principe de la souveraineté étatique en n'assignant désormais à l'État, en certains domaines, conformément à leur sens étymologique, qu'un rôle supplétif. De là est née, dans la politique contemporaine, l'expression d'« État subsidiaire ». Bien que ce vocable n'ait pas toujours une parfaite clarté, il permet néanmoins d'apercevoir les mutations qui s'opèrent dans la théorie contemporaine de l'État.

### **3.2. La notion de subsidiarité**

La notion de subsidiarité, étant donné ses racines lointaines, aurait pu paraître désuète à beaucoup. Pourtant, elle devait permettre de ne plus poser la question de l'État, à l'instar de la pensée politique moderne, en termes essentialistes de souveraineté et en termes fonctionnels d'institutions. Elle constituait en effet le pivot d'une interrogation sur la qualité, voire sur l'utilité du rôle social que doivent remplir les instances gouvernantes dans la société.

À tout bien considérer, faire appel à cette idée revenait à s'interroger sur l'usage pratique que l'État fait ou peut faire de sa puissance politique dans la vie quotidienne concrète de la société civile. Question apparemment banale aux yeux de tous ceux qui, depuis Hegel, distinguaient « l'État » et « la société civile ». Question non moins banale aux yeux de tous ceux qui éprouvaient quelque défiance aussi bien envers l'individualisme libéral qu'envers l'État-Providence des socialismes. C'est pourquoi, quand le terme de « subsidiarité » apparut en 1931 dans l'encyclique *Quadragesimo Anno*, l'idée qu'il recouvrait dans ce document pontifical fut à peine signalée en dehors du cercle doctrinal de l'Église.

Mais, depuis quelques années, la notion de subsidiarité a trouvé place dans le cadre conceptuel voire institutionnel de l'État et dans le droit politique de la Communauté européenne. Notion floue s'il en est, elle affecte pourtant, après une histoire longue et touffue, l'orthodoxie moderne du concept de la souveraineté étatique.

### ***3.2.1. Une histoire dépourvue de clarté conceptuelle***

L'idée de subsidiarité a ses lointaines origines dans la pensée politique d'Aristote. Hostile à « la supériorité nettement marquée [des rois] sur leurs sujets » (*La Politique*, VII, 1332 b 20), Aristote considère, à la différence de Platon, que, dans un « droit gouvernement », le pouvoir ne doit pas s'exercer au-delà du champ dans lequel il est nécessaire, c'est-à-dire utile ; il a donc besoin d'être partagé, ce qui entraîne sa limitation. Le Stagirite voit en cela une affaire de prudence, donc, de sagesse politique. Que cette prudence vienne à faillir : la catégorie politique se trouve gravement altérée par les excès du Pouvoir ; le despotisme est prêt à s'installer.

Du point de vue doctrinal, saint Thomas, en recevant l'héritage aristotélicien, a conservé l'idée maîtresse d'un pouvoir politique dont le but est « d'assurer, d'accroître ou de conserver la perfection des êtres dont il a la charge » (*Contra Gentiles*, III). De la sorte, le Pouvoir, loin de se griser de sa propre puissance, s'assigne pour but d'œuvrer au « bien commun » de la société. C'est dire que l'instance politique la plus haute — on ne parle pas encore d'État au XIII<sup>e</sup> siècle — ne se conçoit que mise au service du corps social tout entier. Elle doit y assurer l'ordre du tout et y protéger la dignité de toute personne. Or, le pouvoir politique est loin, au temps de saint Thomas, et pour des siècles encore, d'assumer cette tâche à lui seul. C'est la raison pour laquelle l'Église, à côté de lui, possède ce que l'on a appelé « un pouvoir indirect » : entendons qu'en cas de nécessité, elle intervient dans la vie sociale quotidienne pour pallier les carences de l'action du Prince ou endiguer les menaces qui risquent d'altérer le bien commun. Elle accomplit donc *de facto* une action de suppléance. Elle assume un rôle de secours là où le pouvoir politique ne peut pas ou ne sait pas agir. Sa vocation supplétive fait d'elle, bien qu'elle ne soit pas subordonnée au pouvoir politique, son plus précieux auxiliaire.

Toutefois, cette situation de fait ne donne lieu à théorisation ni dans l'œuvre de saint Thomas ni dans le cercle de l'Église. Aucune consécration juridique de

cette action de « suppléance » n'est non plus donnée par le droit canonique.

Peut-être — comme le suggère une étude récente (Ch. Millon-Delsol, *L'État subsidiaire*, 1992) — peut-on trouver dans la *Politica* (1603) de Johannes Althusius, le dernier des Monarchomaques, la première tentative pour hausser la réalité d'un pouvoir supplétif à la hauteur d'un concept. Encore cette tentative est-elle théoriquement bien timide. Elle nous semble en tout cas aborder la question de la subsidiarité de manière très oblique. Cela explique très probablement que l'histoire des idées n'ait guère retenu de l'œuvre énorme d'Althusius que l'intuition de la politique « fédéraliste » qu'enserme le monde « symbiotique » où de multiples communautés, corps et assemblées coexistent et coopèrent. On peut néanmoins remarquer que, selon Althusius, le pouvoir suprême n'intervient pas dans les affaires propres des communautés ; il vient seulement suppléer à leurs faiblesses ou à leurs incapacités afin que l'« harmonie » et la « concorde » règnent dans l'ensemble organique de la société. Il « ne doit faire que ce que la société ne peut accomplir » : tel est donc le rôle subsidiaire qui lui est dévolu.

Cette description n'est pas une théorisation conceptuelle. Toutefois, elle a le mérite de laisser entrevoir que le pouvoir politique, fût-il « suprême » ou même « souverain », n'est pas un pouvoir « total » et que le bien général auquel aspire la société se réalise par la solidarité de tous les corps et communautés et grâce à la complémentarité de leurs tâches. L'idée semble banale. Si, en outre, elle possède une évidente tonalité éthico-sociale, elle demeure politiquement faible et sa pauvreté juridique est patente. Il n'en fallait pas davantage pour qu'elle restât dans l'ombre.

Le voile commença à se déchirer lorsque la philosophie politique, dans la voie ouverte par Hegel, distingua, au sein de la *Sittlichkeit*, la « société civile » et l'« État ». La première (*Principes de la philosophie du droit*, § 142 sq.) est considérée comme le « système des besoins » ; elle est « la part non politique [économique et sociale] du vivre en commun des hommes ». Le second (*Principes...*, § 257 sq.) est « proprement politique » dans la mesure où il affirme « l'effectivité de l'idée éthique » (la liberté concrète) de manière institutionnelle. La déchirure fut accentuée par la controverse entre la doctrine libérale et les théories socialistes. C'est à la faveur de cette polémique que les notions de « suppléance » et de « subsidiarité » furent exploitées par la théorie de l'État. Le problème qui se logeait au cœur de la réalité socio-politique fut en effet mis en évidence tout particulièrement lorsque les adeptes du libéralisme se sont

demandé comment sauvegarder l'autonomie des groupements sociaux et des individus lorsque les institutions de l'État expriment par le centralisme politique la toute-puissance de la souveraineté.

Le problème étant ainsi posé dans le cadre politique *interne*, la notion de subsidiarité intervient — quoique de manière encore innommée — pour délimiter dans l'État le champ des fonctions politiques et le champ des fonctions sociales.

### ***3.2.2. La subsidiarité dans l'État***

Le sens de la notion de subsidiarité se dégage péniblement de sa longue histoire : cette notion signifie que chaque incapacité ou carence fonctionnelle doit trouver, au niveau d'une instance supérieure, une compensation ou une « suppléance ». Ainsi, lorsque les initiatives privées ne suffisent pas, dans la société civile, à l'accomplissement d'une tâche, l'État devra intervenir pour la remplir : il jouera alors un rôle supplétif. Par conséquent, ou bien à travers le « devoir d'ingérence » (l'État doit intervenir pour permettre aux individus de vivre dans la dignité, condition de la liberté), ou bien à travers le « devoir d'abstention » (l'État ne doit pas intervenir pour conduire les affaires de la société civile), l'appel à la notion de subsidiarité témoigne avant tout du refus du centralisme étatique de tradition jacobine. La subsidiarité vise, non pas à supprimer les pouvoirs de l'État, mais à les limiter afin de surmonter les conflits entre l'autorité du Pouvoir et la liberté des individus, voire afin d'établir entre elles un équilibre serein.

Pour la doctrine qui érige en principe ce mode de comportement conjoint des instances de l'État et des instances de la société civile, l'omnipotence d'un État souverain pourvoyant à tout — l'État-Providence des socialismes — se trouve récusée. Cependant, cette perspective libérale n'est pas l'expression d'un anti-étatisme : l'État subsiste mais, à raison de ses fonctions supplétives ou subsidiaires, il doit faire uniquement ce qu'il est présumé faire mieux que les individus ou les groupes privés.

Il apparaît de la sorte que l'intervention de la subsidiarité prive *de facto* le principe de la souveraineté étatique, notamment en matière sociale et, éventuellement, de manière conjoncturelle, de l'omnicompétence qui, dans l'État moderne, en avait été, depuis son émergence, l'attribut essentiel. Comme telle, cependant, l'idée de subsidiarité ne possède pas de statut juridique strict. Elle reflète encore largement l'inspiration ecclésiologique qu'elle a conservée de la

tradition thomiste (perpétuée par exemple par Jacques Maritain). En tant que telle, elle répond entre autres aux sentiments de justice et de charité sociale. Elle s'inscrit donc dans un contexte éthico-social où son acception « politique » est floue et fluente.

Mais on assiste aujourd'hui, à l'heure où se construit la Communauté européenne, à une autre manifestation de la notion de subsidiarité. Dans la perspective du fédéralisme qui infléchit la silhouette juridique des États unitaires de la modernité, cette notion prend une autre tonalité et possède une autre finalité.

### ***3.2.3. La subsidiarité dans le fédéralisme européen***

En 1957, le traité de Rome posait les bases d'une communauté englobant différents États de l'Europe. Le problème, dès lors, était d'organiser juridiquement la société pluri-étatique à venir. D'autres traités — l'Acte unique, le traité de Maastricht, le traité d'Amsterdam — sont venus, depuis, compléter l'acte fondateur de l'Europe et en préciser les structures juridiques. Or, en 1992, le traité de Maastricht fait mention explicite de la notion de subsidiarité.

Le problème est complexe mais, parce qu'il met en présence les deux notions de souveraineté et de subsidiarité, il faut éclairer le rapport qu'elles sont appelées désormais à entretenir entre elles dans la gestion des affaires européennes.

Dès le principe, la construction de l'Europe comme entité pluri-étatique impliquait que les États admis à en faire partie et qu'on appelle pour cela les États-membres de la Communauté, acceptent un transfert, au moins partiel, de leur souveraineté aux instances propres de l'Union. Une limitation de leur souveraineté résultait inmanquablement de ce transfert. Dans la nouvelle conception juridico-politique de l'institution communautaire, il fallait donc procéder au *partage* des compétences de la puissance publique : ainsi, les unes sont dévolues aux autorités « communautaires », les autres demeurent l'apanage des États-membres. Plus précisément, sont distinguées des compétences « exclusives » (c'est-à-dire qui appartiennent à telle autorité et n'appartiennent qu'à elle), et des compétences « concurrentes » (c'est-à-dire qui appartiennent à la fois aux autorités communautaires et aux autorités étatiques et peuvent donc être exercées ou par les unes ou par les autres — étant entendu que la décision de l'autorité communautaire, quand celle-ci est intervenue, prime les normes

nationales). Or, c'est en cette dernière catégorie de compétences normatrices qu'intervient l'idée de subsidiarité, cette fois, comme nous allons le voir, érigée — du moins dans l'esprit de ses promoteurs — en principe juridique.

En effet, comme les normes (règlements et directives) édictées par les autorités communautaires se caractérisent par leur applicabilité immédiate sur la totalité du territoire de « l'Europe » et à tous les individus, elles sont exécutoires directement dans tous les États-membres. Le problème est d'établir, dans la Communauté, un équilibre entre les compétences supra-étatiques et les compétences étatiques. Il importe par conséquent de trouver le critère d'après lequel sera fixée la ligne de partage entre les deux sortes de compétences afin qu'elles ne se portent pas mutuellement préjudice. Un raisonnement analogique permet de trouver dans le principe de subsidiarité le critère cherché. De même que l'idée de subsidiarité appliquée à l'État permettait, selon les doctrines libérales, de limiter les pouvoirs des autorités étatiques aux seules tâches qu'elles sont à même d'accomplir mieux que les individus ou les groupes, de même, dans une organisation de type fédéral comme celle que constitue l'Union européenne, ne doivent être considérées comme relevant des autorités fédérales que les affaires, questions et matières qui seront mieux traitées par elles qu'elles ne le seraient par les autorités nationales. Ainsi donc, sur la base d'une appréciation de convenance ou d'opportunité, le principe de subsidiarité a pour but et pour effet de prévenir l'omnicompétence des autorités supra-étatiques de la Communauté.

Dans le cadre organisationnel du pluri-étatisme européen, la subsidiarité est loin de supprimer l'intervention des États (qu'elle contribue même à perpétuer en certains cas et en certains domaines) : elle n'est pas véritablement une « arme anti-étatique ». Mais elle instaure le partage ou la répartition de la puissance publique, donc une distribution des tâches entre les organes de l'Union européenne et les organes des États-membres. Cela signifie d'une part, que les États, dès qu'ils entrent dans la Communauté, n'ont plus une souveraineté une et indivisible, et, d'autre part, que les instances communautaires, supra-étatiques, ne sont pas non plus détentrices d'une souveraineté une et indivisible puisqu'elles recourent, dans l'Union européenne, au partage des fonctions.

Faisons le point et établissons la balance entre subsidiarité et souveraineté.

Le recours au principe de subsidiarité, loin d'exclure l'intervention des États, implique et justifie le maintien d'une grande partie des pouvoirs étatiques

puisqu'il a pour but et pour effet d'éviter que les transferts de compétences ne soient excessifs. « Il ne faut pas remettre à une société plus grande ce qui peut être accompli par une société plus petite » (S. Rials, *Destin du fédéralisme*, 1987). Les États-membres, néanmoins, ont un « devoir d'abstention » dans les domaines que se réserve d'administrer le pouvoir communautaire, qui reste ainsi supérieur aux pouvoirs étatiques.

Philosophiquement considérée, le recours à l'idée de subsidiarité dans une organisation pluri-étatique comme celle, en cette fin du XX<sup>e</sup> siècle, de la Communauté européenne, tend à relativiser la catégorie politique de domination. De même que le libéralisme, en faisant appel à l'idée de subsidiarité, tendait à la limitation des pouvoirs de l'État, de même, la logique fédéraliste, en incluant le principe de subsidiarité, tend, chaque fois qu'elle laisse les États exercer leurs propres compétences, à faire pièce à la technocratie dévorante que risquerait de devenir à brève échéance un Léviathan européen. Cela signifie que la notion de domination, longtemps considérée comme le cœur de l'État, n'est qu'une expression historique du pouvoir et ne constitue nullement un horizon indépassable. L'affaiblissement de la souveraineté des États, qui doivent aujourd'hui partager leurs compétences avec des organismes supra-étatiques, est l'un des signes du retournement de la modernité contre elle-même. Le principe de souveraineté sur lequel se fondaient le centralisme, le légicentrisme et l'interventionnisme étatiques, loin d'avoir, dans le droit contemporain, la valeur d'un axiome de base, s'inscrit dans une logique pluraliste qui laisse place à des horizons plus vastes que ceux de la sphère publique étatique telle que la pensait la philosophie politique moderne.

Si donc le recours aux notions de suppléance et de subsidiarité rend aujourd'hui possible le respect, dans l'unité, des diversités qui règnent parmi les peuples, l'intrusion de ces principes dans le droit communautaire contemporain, d'inspiration fédéraliste — qu'on l'approuve ou qu'on le dénonce — montre que la postulation de l'État souverain se fissure. Sans verser dans l'historisme, on peut dire que l'avenir seul jugera de la pertinence ou de la non-pertinence de cette transformation des perspectives étatiques. Il n'en faut pas déduire que l'État est devenu une institution « seconde », voire « secondaire » comme l'indique l'expression d'« État subsidiaire ». Mais l'évolution politique, sinon juridique, du monde présent atténue la portée de la « puissance » étatique que la pensée moderne, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, tenait pour paradigmatique.

\*

De même que l'on a assisté, dans la dernière moitié de ce siècle, aux « transformations de la philosophie », de même l'on constate à notre époque les transformations de l'État qui, sous le signe du pragmatisme, l'éloignent du rationalisme fondateur de la pensée moderne.

Cette aventure, rapportée aux principes sur le socle desquels s'est édifié l'État dans les siècles de la modernité, peut passer, du point de vue de la rationalité constructrice qui en a sous-tendu l'avènement, pour un déclin : l'État, en effet, est apparu comme la puissance souveraine juridiquement organisée, « la puissance saisie par le droit ». Or, aujourd'hui, ce modèle, qui fut l'idéal d'une communauté nationale aspirant à se réaliser en totalité, est émoussé. Non point qu'il faille prétendre, avec l'outrance d'un Foucault ou d'un Lyotard, que les hommes de l'avenir préféreraient (ou devraient préférer) un modèle de société anti-institutionnel qui donne congé à toute espèce de contrainte légale. Mais il faut reconnaître que la politique du temps présent, sans récuser la catégorie juridique de la souveraineté étatique, en appelle, dans son mouvement même, à des catégories différentes et complexes où des considérations éthiques et axiologiques se mêlent aux concepts juridiques. Dans les faits, en tout cas, la construction de l'Union européenne et corrélativement du « droit communautaire » qui la régit, montre que, dans l'État, la puissance et le droit ne demeurent plus placés exclusivement sous le signe de la souveraineté qui, à sa naissance, en était le critère et en définissait l'essence.

Ni pour la théorie du droit ni pour la philosophie politique, une telle transformation n'est cependant une révolution. On a parlé de déclin et de crise de l'État, de fracture dans la puissance étatique, de dérive et de subversion du droit de l'État, de décadence et même de retrait de l'État... De telles affirmations, qui n'énoncent pas seulement de simples constats, mais sont bel et bien des jugements de valeur, impliquent référence à la postulation qui fut celle de la philosophie moderne et des Lumières. Nous voudrions nous demander dans quelle mesure les États de notre fin de siècle, dans lesquels certains auteurs croient détecter une désagrégation des conceptions « modernes », répondent, afin de rendre pensable la recomposition de leur concept, à un renouvellement axiomatique.

## Chapitre 6

### Le renouvellement axiomatique de l'État présent

Au début de ce siècle, Alain résumait le sens de l'État en une image éloquente : il est, disait-il, « l'agent au carrefour ». En interprétant cette métaphore, nous faisons de l'État un système impersonnel d'ordre et de régulation d'après lequel il a vocation à commander et à diriger en indiquant le bon chemin à emprunter. Il est difficile, aujourd'hui, pour symboliser l'État, de conserver le formalisme qui s'attache au sens de cette image. D'une part, l'expérience et l'histoire nous ont appris que, parfois, les commandements de l'État indiquent le chemin de l'enfer : pensons à ceux de l'Allemagne hitlérienne ou de la Russie communiste. D'autre part, les années qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale — appelées en France « les Trente Glorieuses » — ont si fortement intégré dans les lois et les règlements les requêtes économiques et sociales que le formalisme impersonnel de l'État auquel pensait Alain avait perdu une grande partie de sa pertinence. Il ne s'ensuit pas, comme un certain nombre d'analystes se sont pressés à le déclarer, que l'État ne serait plus que ruines. Plutôt que d'adopter ce jugement éminemment contestable, disons plutôt que l'État s'est transformé et qu'en ses modifications successives ou cumulatives, il s'est édifié sur d'autres postulats et se réclame aujourd'hui d'autres principes.

En scrutant la nouvelle axiomatique à partir de laquelle une autre configuration de la puissance étatique s'est dessinée, et tend, dans le monde contemporain, à renforcer des traits jusqu'alors secondaires et parfois même inédits, c'est une conception de la condition humaine, elle aussi nouvelle, que nous voyons se profiler. D'une part, à la vision élitiste du monde politique d'antan auquel les « grands hommes » et les « héros » voulaient inculquer ce qu'ils estimaient être la gloire, l'honneur et la vertu, s'est substituée l'avancée irrésistible d'une démocratie qui s'oriente de plus en plus vers l'égalisation des conditions. D'autre part, si la question de la légitimité de l'autorité étatique, traditionnelle surtout depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, continue de se poser, elle donne lieu à une problématisation si neuve que le souci de la « légitimation » du Pouvoir tient amplement compte aujourd'hui du contexte social et économique

dans lequel il s'inscrit. La trame philosophique du « contextualisme » contemporain dans lequel s'implante la politique ne demande plus grand-chose au rationalisme des « modernes » dont certains auteurs déclarent même franchement la « défaite ».

## 1. Des élites d'antan à la démocratie contemporaine

L'État dont la figure s'est imposée dans les siècles de la modernité était bâti, nous l'avons vu, sur une axiomatique rationnelle dont les « grands hommes d'État » ont tiré le plus ample profit. Autrement dit, le rationalisme de l'État moderne a eu pour corollaire une appréhension élitiste de la politique, de ses structures juridiques et de son fonctionnement gouvernemental et administratif. Ce n'est pas un hasard si Hegel, dont « l'État constitutionnel » a porté la rationalité juridico-politique à son point culminant, a brossé le portrait des « grands hommes » et si, selon lui, le « chef de l'État » aussi bien que les « serviteurs de l'État » appartiennent à cette catégorie supérieure ou participent d'elle. De même, la figure des « héros » a pris chez des auteurs aussi différents que Thomas Carlyle et Max Scheler une place importante dans leur conception de l'État.

### 1.1. Les « grands hommes » et les « héros » de l'épopée politique

Machiavel vantait déjà, dans l'État séculier dont il traçait la silhouette, les mérites des rares « grands hommes » dont la *virtù* était exemplaire : dynamique et naturelle, la *virtù*, chez eux, repoussait la *fortuna* et donnait à l'État au service duquel elle se déployait l'assurance de sa pertinence et de sa durée. Longtemps encore, la force d'âme et les qualités extraordinaires des hommes exceptionnels et des héros de la politique ont été célébrées en raison de l'altitude à laquelle ils savaient hausser l'État.

#### 1.1.1. Les « grands hommes » selon Hegel

Hegel a vanté les mérites des « grands hommes » qui, dans l'État, savent entendre et faire entendre la voix de la raison. Ils postulent l'objectivité de ses commandements afin d'en transporter la substance même dans la réalité du monde vécu. Ainsi l'État parvient-il grâce à eux à dépasser le règne de la

subjectivité pour atteindre à l'effectivité de la volonté substantielle et accéder au « rationnel en soi et pour soi ». À la différence des « masses », populace inorganisée, divisée et dépourvue de vertu politique, les hommes d'État les plus prestigieux, en exprimant la plus haute rationalité, ont porté le civisme et le patriotisme à son point culminant et ont ainsi acquis, aux yeux du peuple, une extraordinaire figure charismatique.

C'est pourquoi, au dire de Hegel, le tort de Rousseau est d'avoir pensé que, dans l'État, tous les citoyens devaient participer aux délibérations politiques. En effet, explique-t-il, « le grand nombre » n'a qu'une « pensée superficielle » et « insipide » qui s'en tient aux abstractions de l'opinion publique. Rousseau — et Kant ne représente à cet égard aucun progrès dans l'analyse philosophique — s'évertue à saisir l'homme en ses déterminations subjectives et ne voit pas qu'à ce niveau, c'est un être incapable de penser et de saisir, dans la moralité, autre chose que son être-pour-soi. La théorie de l'État du contrat que Rousseau s'est appliqué à ciseler de manière forte et spectaculaire en sa concision demeure néanmoins en deçà de l'esprit objectif. Bien que l'État, dans la pensée de Rousseau, prenne la silhouette d'un édifice qui porte la marque d'une fière rationalité, il ne manifeste pas l'objectivité vraie de l'esprit.

L'esprit objectif au niveau duquel Hegel situe l'État requiert autre chose que la socialité des individus, fussent-ils réunis par un contrat. Tout contrat, d'ailleurs, est une procédure de droit privé qui ne permet pas de penser adéquatement la vie publique. Pour que l'État discipline, par les institutions qu'il crée lui-même, tous les domaines de l'existence et du commerce des hommes, il faut qu'il s'élève au-dessus de la particularité, qu'il sache nier ce que la société civile comporte encore de négatif, et, ce faisant, soit ouvert à « l'intérêt de l'universel ». La tâche, convient Hegel, est difficile, à raison même de l'altitude qu'elle requiert pour être à la fois pensée et réalisée. Ni le libéralisme, qui considère l'homme abstraitement comme pur individu, ni le socialisme (celui qui, bientôt, caractérisera le marxisme), qui voit l'homme comme étant seulement l'élément de la société, ne peuvent se hausser au niveau de cette entreprise. Pour y parvenir, il est besoin de ces êtres d'exception que sont « les grands hommes ». Ils ne sont pas, contre toute attente, ceux qui possèdent cette vertu, encore subjective, qu'est le patriotisme mais ceux-là mêmes qui osent penser ensemble l'État en sa « nécessité » et l'État en sa « liberté » (*Principes de la philosophie du droit*, § 266). Ils s'élèvent au « droit absolu de l'Idée » et « ce droit est le droit des héros à fonder les États » (*Principes...*, § 350). Bien sûr, l'élitisme qui

caractérise les « héros » débouche parfois sur la guerre. Mais il ne suffit pas de voir dans les conflits armés l'affrontement dialectique d'individus indépendants ; dans la guerre, les citoyens renoncent à leur individualité personnelle contingente et à leurs intérêts privés ; c'est pourquoi la guerre est le lieu des actes d'héroïsme et les plus grands d'entre les grands capitaines savent que le combat exige parfois d'eux le sacrifice suprême. C'est ainsi que, dans leur dévouement volontaire qui, au milieu des désastres, va jusqu'à la mort, ils contribuent à la grandeur de l'État.

Ainsi, les « grands hommes » dont l'État a besoin ne sont pas ceux qui savent seulement mourir pour lui. Chez ces « hommes exceptionnels », la passion est une énergie créatrice : ils estiment que grandeur et pouvoir se confondent. Si leur dévouement à l'intérêt commun peut aller jusqu'à la mort, c'est que, pour les grands hommes, celle-ci dépasse une nécessité naturelle — tout homme mourra un jour parce qu'il est un être fini ; la mort porte en elle une signification qu'ils se font un devoir d'assumer : jusqu'au bout de leurs forces, ils savent servir la liberté. Ils forment ce que l'*Encyclopédie* (§ 545) appelle « la classe du courage », qui est aussi bien celle des dirigeants de la politique que celle des combattants de l'armée.

### **1.1.2. Les « héros » selon Carlyle et Scheler**

Quelques années après Hegel, Thomas Carlyle qui, sa vie durant, a exprimé son hostilité à l'égard des « fausses valeurs » de l'égalitarisme et de l'utilitarisme, a consacré plusieurs conférences au « culte des héros » (1840), ces grands hommes qu'il regarde comme les meneurs de l'épopée historique. Taillés dans une étoffe hors du commun, ils sont animés, dit-il, d'une extraordinaire énergie productrice et constructrice et ils dépensent le pouvoir de leur volonté pour servir la grandeur morale et spirituelle. Dans l'État, ces « hommes admirables » ménagent si peu leurs forces qu'ils sont comme des « saints temporels », ce qui explique, selon Carlyle, le culte qui leur est voué et que nul ne saurait leur disputer.

Plus près de nous, le portrait du héros que brosse Max Scheler (*Le Saint, le Génie, le Héros*, trad. 1944) s'inscrit en traits brillants dans la conception qu'il se fait de la vie de l'État. Le héros, en général, est, dit-il, l'homme de « grand caractère » qui se voue non point au bien-être ou au bien commun, mais « à la réalisation du noble ». Son activité provient de la concentration de son vouloir et

manifeste « une exubérance au-dessus de la commune mesure » qui, sans jamais verser dans la violence, demeure toujours maîtresse d'elle-même. Avant tout « homme des réalités », il a un sens aigu des responsabilités. Hardiesse, courage, vaillance, présence d'esprit, esprit de décision, esprit combatif, audace, mépris du danger, sens de l'honneur, capacité de souffrir, endurance... voilà les qualités éminentes du héros. Il est donc un être du type « expansif » que ses capacités désignent pour être un grand politique. Une telle conception présuppose, bien entendu, que l'on admette, à la différence des anarchistes et des marxistes, la réalité ontologique de l'État. Mais celle-ci admise, le grand homme d'État, poursuit Scheler, doit être de cette trempe virile : alors, il sera « un artiste de la politique considérée comme l'art de gouverner ». Au lieu de rechercher le succès et la popularité, comme le font les médiocres politiciens, il met sa puissance personnelle au service de la puissance de l'État car il est attentif à l'honneur, et non à la vaine gloire.

Aux antipodes du « parlementaire » qui, d'ordinaire, déclare Scheler, a peu d'envergure, et du « démagogue » qui, au lieu de conduire les affaires publiques, se laisse conduire par l'opinion publique, l'homme d'État soucieux de grandeur n'est pas un politicien à principes et à système : « il est au-dessus des partis et ne se laisse mener par aucun d'eux ». Son héroïsme consiste, parce qu'il se fonde sur une intuition concrète de ce qui est nécessaire et juste, à faire face, avec un sens profond de la responsabilité, à l'exigence de l'heure. En conséquence, il s'impose par la confiance qu'il suscite sans jamais flatter la masse. Comme tel, il mérite véritablement d'être reconnu comme un chef charismatique.

Le portrait du grand homme héroïque que brosse Max Scheler a, comme les types idéaux dessinés par Max Weber, les traits d'un « modèle ». Seulement, l'important réside en ceci que le chef (d'État) « doit *savoir* qu'il est chef et doit *vouloir* être chef ». Ainsi, il est clair que le « grand homme », le « héros » qui sait gouverner, n'est pas l'homme qui se borne à « commander » : il lui faut toujours une haute idée de la *valeur* qui est à l'horizon de ses entreprises.

Certes, de ces hommes exceptionnels, l'histoire ne nous offre pas, Scheler le sait, les figures parfaites et pures. Celles-ci sont, par-delà l'être, un devoir-être idéal. Mais ces « modèles » qui représentent une élite paradigmatique suscitent l'attente, voire l'espérance des peuples ; comme tels, ils exercent une action déterminante pour la grandeur d'un État et la qualité de la politique.

Aujourd'hui, les héros sont fatigués et l'élitisme, dont certains auteurs ont fait l'une des conditions de la grandeur de l'État, semble avoir reçu congé.

## 1.2. La fin des élites politiques

En 1930, Daniel Halévy n'hésitait pas à parler de « la fin des notables ». Son propos est suggestif.

D'une part, la vie politique se dépersonnalise et, en elle, c'est plutôt l'influence des partis qui se manifeste en de vastes joutes idéologiques (parfois pauvres en idées). D'autre part, les hommes prométhéens ont quitté les sphères du pouvoir politique et préfèrent exprimer leurs capacités dans la technique et l'économie. Certes, Max Weber soulignait encore le rôle spécifique que jouent les « hauts fonctionnaires » dans les États fortement institutionnalisés ; il a même montré l'importance d'un personnel politique hautement professionnalisé. Mais hauts fonctionnaires et politiciens ne s'identifient pas aux « grands hommes » ; ils ne sont pas des « héros ». Comme le montre Vilfredo Pareto dans son *Traité de sociologie générale* (1916 ; trad. 1965) en étudiant le phénomène socio-historique qu'il appelle « la circulation des élites », il est plus juste de reconnaître en eux des spécialistes et des technocrates que de grands « politiques ». S'il existe, admet-il, une élite que l'on peut encore dire « gouvernementale », elle n'est pas une élite proprement politique que distinguent les grandes vertus civiques ; elle utilise les compétences techniques qui font aussi bien les dirigeants du monde des affaires que les chefs militaires ou les ministres. Ce qu'un auteur américain, Wright Mills, appelle « l'élite du pouvoir » (1956) serait même constitué de ces « dirigeants » qui circulent d'une fonction à l'autre et imposent l'ascendant de leurs capacités techniques sur les masses sociales. Certes, d'autres auteurs, à notre époque, mettent l'accent, dans la ligne de la pensée webérienne, sur une conception pluraliste des élites. Robert Dahl, dans un ouvrage qui a eu quelque retentissement *Qui gouverne ?* (trad. 1971), a insisté sur le « caractère non cumulatif d'élites spécialisées et concurrentielles », ce qui signifie que, dans la « polyarchie » de l'État (*Polyarchy*, 1971), il n'y a pas vraiment de « classe dirigeante ».

Ce qui est sûr, c'est que l'État, en inclinant de plus en plus vers sa démocratisation, n'en appelle plus aux « grands hommes » que leur exceptionnel civisme vouait tout entiers à la vie publique. Ce sont des spécialistes qui interviennent tour à tour dans les prises de décision. Deux phénomènes concomitants rendent compte de cette transformation : d'une part, l'État incline vers une démocratisation irrésistible et sans retour ; d'autre part, la technocratisation des services publics dans lesquels règne une forte division du

travail confère à l'État, en faisant appel à d'autres axiomes de base, une silhouette démocratisée qui n'est plus celle de l'État rationnel pensé par la philosophie politique moderne.

## 2. L'axiomatique de l'État démocratique

Dans son développement même, l'État, par-delà la figure que lui avait donnée la rationalité moderne, a penché de plus en plus vers sa démocratisation et, ce faisant, s'est édifié à partir d'une axiomatique nouvelle. Du déplacement de la conscience politique des élites vers le peuple, Tocqueville, dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, fournissait une analyse dont la profondeur peut encore à la fois éclairer et troubler les hommes de notre temps.

### 2.1. Le déplacement de la conscience politique

D'une part, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le programme de systématisme rationnelle qui culminait dans la pensée politique de Hegel a peu à peu mais amplement perdu sa congruence avec la réalité historique au point que Marx déclarait dans sa *Critique du droit politique hégélien* : « La démocratie est l'essence de toute constitution politique. »

D'autre part, les « grands hommes » sont devenus de plus en plus rares et, laissant la place aux élites d'une politique technicienne, il est apparu que, dans ce phénomène de transformation et de transfert, la rationalité moderne élevée en « esprit absolu » était une erreur. Il n'est plus possible de soutenir aujourd'hui que « l'État est l'Esprit qui se tient dans le monde » tant, depuis plusieurs décennies, le décalage s'est avéré large entre la raison et l'histoire. Tout se passe donc comme si l'État ne pouvait plus ni se construire ni même se concevoir en faisant fond sur le socle principal à partir duquel il s'était originairement édifié.

Disons en d'autres termes que l'État présent, considéré dans la perspective du pouvoir et de la domination, c'est-à-dire selon le rapport de commandement à obéissance, ne s'identifie plus à la puissance souveraine et qu'il ne se présente plus comme un édifice normatif hiérarchique au sommet duquel brille l'étoile des grands hommes. La rationalité élitiste que les modernes projetaient dans le logicisme de l'État apparaissant, dans le mouvement de l'histoire, comme une fausse objectivité et comme une positivité illusoire, la conscience de soi du

monde politique s'est en quelque sorte déplacée des « grands hommes » vers le « peuple ». Il n'y a point en cela, comme un « retour du refoulé », le ressurgissement romantique de la sentimentalité mais le déplacement des grandes questions politiques vers la dimension concrète de la société. C'est là le fait — et l'on n'a jamais raison contre les faits — que révèlent, comme nous l'avons vu, l'importance, croissante parfois jusqu'au vertige, prise par le problème des droits de l'homme aussi bien que l'édification présente de la Communauté européenne dont les principes ne sont plus ceux de l'État rationnel unitaire des Temps modernes.

Cela dit, le véritable problème n'est pas, pour la philosophie politique de notre temps, de savoir si cette transformation est une déchéance ou un progrès. Il est de comprendre que d'autres axiomes de base sont désormais pris en considération, qui forment pour l'État un nouveau socle de principes philosophiques.

On pourrait, en ce point, insister sur la dignité acquise, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, par la « société civile » et, tout particulièrement par ses dimensions économique et humanitaire. Ce thème, qui consiste en un révisionnisme des catégories de la philosophie hégélienne, est banal et ressassé. Simplificateur et récupéré de surcroît par les idéologies, principalement de gauche, il appartient moins à la philosophie de l'État qu'à la théorie politique en tant qu'elle privilégie l'étude du « mouvement social » en se donnant pour mot d'ordre : « Non plus l'État, mais une société. » En demeurant dans le cadre que nous semble exiger spéculativement une réflexion philosophique sur l'État, nous préférons mettre l'accent sur l'aventure interne de la démocratie dont, après le temps des gloires de la modernité, l'institution étatique et même, aujourd'hui, les constructions pluri-étatiques sont le lieu.

Au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, Alexis de Tocqueville (*La Démocratie en Amérique*, tome I, 1835 ; tome II, 1840) constatait l'avancée « irrésistible » du « fait démocratique » et, à partir de ce constat, il était l'un des premiers à déchiffrer la problématique inhérente à la modernité politique. Sa pensée est fort éclairante pour la compréhension de l'axiomatique nouvelle que se donne l'État.

## **2.2. Tocqueville et la démocratie**

Tocqueville part d'un constat social : le recul de l'aristocratie — dont « les biens rares » : la naissance, le savoir, la vertu, le patriotisme..., avaient, au fil de l'histoire, fait une élite — est d'autant plus frappant que, de manière concomitante, les ordres et les classes se mélangent désormais dans une société qui tend à « l'égalisation des conditions ». Cette observation a aussitôt, pour Tocqueville, une incidence politique : le déclin de l'aristocratie est la montée de la démocratie. La sélection s'efface et, dans l'individualisme galopant où disparaissent les barrières entre les hommes, chacun, s'estimant l'égal de tout autre, est dévoré par l'ambition de commander. Si cette « grande révolution démocratique » est d'abord un phénomène social et psychologique, on ne saurait en mésestimer les effets politiques : ils sont si graves que, confesse Tocqueville, ils emplissent son âme « d'une sorte de terreur religieuse ».

### *2.2.1. Le travail de l'égalisation démocratique*

Il y a, à court terme et à long terme, un travail de l'égalisation des conditions qui, dans la démocratie, contribue puissamment à modifier les bases de l'État. Dans l'immédiat, ce travail, négateur, provoque des rejets : l'abolition de toute trace de féodalité, l'effacement de la tradition nobiliaire, le reniement des privilèges. L'œuvre dissolvante des forces égalitaires, en supprimant les rangs et les différences, signifie, dans la société nouvelle qui s'installe, le refus de l'altérité. À plus long terme, le travail de l'égalisation démocratique, cette fois constructeur, modifie les mœurs. Et comme la société politique devient l'image de la société civile, l'inévitable corollaire de l'égalisation des conditions est « le dogme de la souveraineté du peuple ».

Apparemment, Tocqueville ne dit rien de bien nouveau : Rousseau, Sieyès et même Benjamin Constant ont déjà, d'abondance, développé ce thème. Seulement, parce que Tocqueville a toujours l'exemple américain présent à la pensée, il montre que l'État qui se réclame de la souveraineté populaire inaugure moins « le crépuscule des idoles » que le règne de « l'opinion publique ». La démocratie parlementaire ne peut que s'amollir sous le poids de l'opinion des masses ; elle finira, prédit Tocqueville, par se déliter en devenant la caricature de l'idée de démocratie. En effet, l'axiome fondateur de l'État que transforme la vague démocratique montante, se réduit à une formule simple : il y a un « empire souverain de l'opinion publique ». L'État, en se démocratisant, s'appuie sur la conscience collective du peuple de sorte que la foi dans l'opinion commune

« devient une sorte de religion dont la majorité est le prophète ». Les gouvernants ne croient plus — ou font semblant de ne plus croire : mais qui peut voir la différence ? — en ce que rejette la masse ; les composantes plébiscitaires ou référendaires sont en train, pour eux, de devenir impératives ; et il s'avère très difficile, voire impossible, de décider en faveur de ce que condamnent les masses populaires. Tocqueville mesurait déjà les effets pervers du phénomène qu'est le blanc seing populaire quand il devient un facteur primordial de conformité ou de valeur politique. Et, comme il en prévoyait l'intensification à la faveur d'une domination tentaculaire « par le bas », il en redoutait les conséquences pathogènes.

La situation politique contemporaine donne raison à cette vision prophétique rapportée par Tocqueville avec une lucidité troublante : la « désobéissance civile », les manifestations, les pressions exercées par les lobbies et par les médias qui déclarent exprimer les idées du peuple prouvent d'abondance que le Pouvoir ne réside plus seulement dans les institutions officielles mises en place par l'État moderne. Lorsque, par l'amplification de ce phénomène, la politique de l'État est portée sur la place publique par la consultation permanente, les sondages, les débats, le dialogue ou les techniques de « l'agir communicationnel », elle cède à l'influence des groupes et des masses, et prépare à plus ou moins lointaine échéance le pouvoir de la rue.

Ainsi mesure-t-on tout ensemble la force et la fragilité des principes démocratiques dans l'État.

### ***2.2.2. Force et fragilité des principes démocratiques***

En raison du principe égalitaire et niveleur dont elle se réclame, la politique démocratique, à l'échelle étatique comme à l'échelle pluri-étatique, rejette le recours aux grands hommes et à une élite politique. On mesure la force de cet axiome implicite puisque l'opinion du grand nombre étant tenace, l'institution politique qui s'appuie sur lui peut y puiser un gage de stabilité, donc, de durée. Mais on en mesure aussi la fragilité car, dans la masse populaire, l'avenir n'est pensé que comme prolongement du présent ; alors, l'État et, plus largement, l'institution politique, incapable d'innovation, s'endort ; bientôt, guettent l'apathie et la sclérose.

Le jugement que portait Tocqueville sur la postulation démocratique dont se

réclamait l'État du XIX<sup>e</sup> siècle en croyant trouver en elle l'aiguillon du progrès, est désapprobateur. D'une part, explique-t-il en se plaçant d'abord d'un point de vue psycho-sociologique, le « fait démocratique » est lié à l'individualisme qui, dans la vie politique d'un État ou d'une fédération d'États, introduit des effets séparateurs : la démocratie brise « la longue chaîne » qui, jadis, remontait des paysans au roi puis, en une commutativité arithmétique qui fait qu'un individu devient tout uniment l'égal de tout autre, « elle met chaque anneau à part ». Les « hommes démocratiques » sont oublieux de leurs ancêtres et indifférents à leurs contemporains. Dans l'État qui se transforme, le pointillisme des individus enivrés de leur autosuffisance a supplanté l'idée de communauté : les hommes se fuient et se détestent. Dans de telles conditions et avec un tel état d'esprit, comment concevoir des institutions vraiment soucieuses du bien commun et de la tranquillité publique ? D'autre part et surtout, Tocqueville insiste sur l'aspect proprement politique d'une semblable situation : la souveraineté du peuple et la pression de l'opinion publique, répète-t-il souvent, risquent de dégénérer en tyrannie de la majorité. Alors, les consciences seront aliénées, la pensée perdra toute originalité dans une pseudo-volonté que l'on qualifiera de consensualiste alors qu'elle pataugera, fade et superficielle, dans des idées toutes faites, des poncifs atones et de vagues généralités.

De la critique que fait Tocqueville des transformations démocratiques auxquelles il assiste dans l'État de son temps, nous retiendrons moins les réserves et les craintes d'un aristocrate-né devant les manifestations d'une volonté populaire qui le déconcerte, qu'une idée qui nous semble beaucoup plus profonde, même s'il ne la développe pas. En effet, parce que, dans les formes nouvelles de l'État qui s'installe, une idée marginale à l'opinion publique n'a pas de légitimité — en quelque sorte, elle n'existe pas —, c'est que l'opinion fonctionne comme un facteur de légitimation du pouvoir d'État.

Cette idée-force, qui demeure tapie dans les replis des analyses de Tocqueville, a pourtant une étonnante prégnance dans le discours politique parce qu'elle renouvelle en ses prémisses le problème de la légitimité de la puissance publique. Ce renouvellement principal constitue même la pièce maîtresse de l'axiomatique sur laquelle l'État, en ses transformations principalement internes, mais aussi dans ses projets et ses réalisations fédéralistes, s'est appuyé depuis un demi-siècle.

### 3. La légitimation du Pouvoir

La question de la légitimité du Pouvoir est une très vieille question dont la philosophie politique a débattu avant même la naissance de l'État car jamais le Pouvoir (*Potestas*), qui se manifeste par l'autorité que l'on dit civile ou publique, n'est apparu comme une simple puissance (*potentia*) qui, elle, se mesure par la force. Dans le monde moderne, l'idée s'est clairement affirmée que l'autorité de l'État a besoin de légitimité pour être ce qu'elle doit être. Mais, depuis sa naissance, l'État a été et est encore, comme nous l'avons vu, le lieu de transformations qui, en tenant compte notamment du contexte socio-économique dans lequel se déploie la politique, ont affecté jusqu'aux axiomes fondateurs du Pouvoir. Dès lors, alors que le souci de ne penser la puissance publique qu'en fonction de son contexte prend, surtout outre-Atlantique, une large expansion dans certaines philosophies contemporaines, le problème de la légitimation du pouvoir de l'État se trouve formulé en des termes jusqu'alors inédits.

#### 3.1. Les différents modèles de légitimité

C'est, au fond, une idée très ancienne que celle selon laquelle la légitimité du Pouvoir ne se confond pas avec le fait de la domination. Autrement dit, depuis toujours, la philosophie politique, classique ou moderne, a considéré qu'il y a dans le Pouvoir quelque chose qui est au-delà du Pouvoir et qui le fonde en le justifiant. Philosophiquement entendue, cette idée trouva à s'exprimer dans différents modèles de légitimité dont chacun, *grosso modo*, correspondait au modèle culturel dont la politique du moment était le reflet.

Ainsi s'imposa dans la scolastique médiévale un modèle théologique de la légitimité. Certes, le substantif « légitimité » n'était pas encore usité à cette époque ; en revanche, l'adjectif « légitime » était couramment employé en s'appliquant à l'autorité politique. Celle-ci était dite légitime lorsqu'elle était assimilée à la prérogative que confère un mandat divin. Le pouvoir politique institué *de jure divino* et le roi considéré comme *imago Dei* avaient, selon l'expression de Ernst Kantorowicz, un caractère « crypto-théologique » — ce qui explique en grande part pourquoi Machiavel, dans le temps même où il inaugurerait la modernité politique, considérait avec une franche ironie les États qui se réclamaient d'un principe de légitimité.

Puis, au XVI<sup>e</sup> siècle, la conscience politique, en s'éveillant, commença la

désacralisation du Pouvoir dont le caractère divin devint quasiment inintelligible. Avec l'émergence de l'État, s'effectua une justification rationnelle de la validité de l'autorité politique. Son anthropologisation et sa sécularisation signifiant que la Cité terrestre n'a pas à refléter la Cité céleste, l'investiture populaire ne tarda pas à apparaître, notamment dès les premières intuitions contractualistes, comme la condition *sine qua non* du caractère légitime du Pouvoir. Dans l'illégitimité du pouvoir, se profilait toujours l'ombre portée de l'usurpation. Au XVII<sup>e</sup> et au XVIII<sup>e</sup> siècle, les philosophies de Hobbes et de Rousseau en rationalisèrent le concept. Un point de non-retour fut atteint lorsque les meneurs et les doctrinaires de la Révolution française affirmèrent qu'il ne peut y avoir d'autre légitimité de l'État que celle dont la volonté générale, née du contrat social, est le creuset. Ainsi, par la vertu de son pacte fondateur, la légitimité de l'État moderne se trouvait fondée en raison. Avant même que l'on ne songe à intenter procès à la monarchie, le modèle rationnel de la légitimité en apparentait le concept à celui d'une « démocratie originaire » : *Rex est populus*, disait Hobbes ; la souveraineté est celle du peuple, déclarait Rousseau ; et Sieyès insistait sur l'importance, dans l'État, de la volonté nationale. Ni les uns ni les autres ne réclamaient un « régime » démocratique ; mais, quelles qu'aient été les différences de leurs analyses, ils s'accordaient pour ne trouver que dans le « corps du peuple » les assises fondatrices et justificatrices d'un pouvoir d'État légitime, c'est-à-dire incontestable et inviolable.

Toutefois, au XVIII<sup>e</sup> siècle, cette perspective ne s'imposait pas sans réticences et, lors même que se développait le rationalisme des Lumières, des voix s'élevaient pour valider d'une autre manière la légitimité de l'État. Par exemple, Montesquieu soulignait l'importance de « l'esprit général des nations » aux sources de l'État et d'un « bon gouvernement » ; Hume dénonçait l'erreur, axiomatique et procédurale selon lui, de la postulation rationnelle, dogmatique et abstraite qui, par le truchement du contrat social, serait l'assise de la légitimité de l'État. Certes, ni Montesquieu ni Hume ne participent philosophiquement du courant rationaliste des Lumières. Mais leurs réserves et leurs critiques à l'égard de la pleine et entière rationalité qui ferait, en l'État, la légitimité de l'autorité politique sont significatives du flottement sémantique de ce concept. Leurs analyses ouvrent même, dans le rationalisme politique qui semblait s'imposer alors avec insistance, une brèche dans laquelle s'engouffreront des doctrines dont la tonalité est tout autre. Ainsi Hume, en estimant que la puissance de l'État trouvait sa consistance et sa valeur dans l'immense réservoir de l'expérience

historique et des croyances populaires, préluait aux conceptions traditionnalistes et romantiques que développeront Burke, Chateaubriand et Joseph de Maistre. Puis l'historicisme prendra le relais en faisant ressurgir au cœur de l'État un certain mysticisme providentialiste teinté de naturalisme. La notion de légitimité, interprétée comme une expression d'hostilité aux Lumières, à la Révolution française, à l'idéal républicain et même au libéralisme, connotera alors le conservatisme attaché aux idées et aux symboles de la France anté-révolutionnaire.

La trilogie présentant la légitimité du pouvoir étatique comme relevant d'un principe qui se serait tour à tour rattaché, dans l'histoire des idées, à des sources d'abord théologiques, puis rationnelles et enfin historico-empiriques est assurément schématique. Elle est néanmoins assez expressive, voire symbolique, pour que Max Weber l'ait retenue en ses grandes lignes et transposée en une théorie qui est demeurée célèbre.

## **3.2. L'analyse de Max Weber**

Dans *Économie et société* (1922), Weber distingue en effet trois figures de la légitimité : caractérisée par des « raisons internes », elle peut être soit « charismatique » et liée au prestige personnel d'un chef, soit « rationnelle » c'est-à-dire déduite d'une axiomatique purement logique, soit « traditionnelle » et enracinée dans les coutumes et les habitudes de « l'éternel hier ». En cette trilogie qui se superpose aux trois formes diachroniques qu'il a distinguées, Weber propose un schéma idéal-typique sur la portée duquel il convient de ne pas se méprendre.

### **3.2.1. Des types idéaux**

Le schéma idéal-typique proposé par Weber ne cherche pas, du point de vue méthodologique, à reproduire la réalité factuelle, mais à construire, à partir d'elle, des « modèles » canoniques de ce qui peut être. Néanmoins, qu'on les utilise pour comprendre l'évolution chronologique de l'idée de légitimité ou qu'on les inscrive dans une perspective doctrinale, les trilogies ainsi proposées révèlent la fluidité de la notion de légitimité. L'État a beau placer en cette idée la raison d'être de sa valeur et, partant, de sa crédibilité, elle se révèle comme

l'index des bifurcations et des conflits qui font se mouvoir la politique et qui, parfois, déchirent les institutions. Elle est le miroir dans lequel se reflète tout particulièrement l'image polémique de la politique des États.

Or, il est assez remarquable que, même si Weber entendait dessiner la modélisation pluraliste de l'idée de légitimité bien plus encore qu'il n'en voulait retracer l'histoire, les transformations qui se déroulent dans l'État depuis un demi-siècle mettent précisément en évidence les métamorphoses de son concept.

### ***3.2.2. Légitimité moderne et légalité***

Au lendemain de la Première Guerre mondiale, Weber faisait observer que, dans l'État, la légitimité, en sa rationalité fondamentale, avait rejoint la légalité. Il ne suffit pas, disait-il en substance, de remarquer que la légitimité, par la forme rationnelle qu'elle revêt dans l'État moderne, implique condamnation, comme l'ont déjà souligné, de La Boétie à Rousseau, toutes les philosophies contractualistes, de l'usurpation du pouvoir. Il ne suffit même pas de soutenir, comme le faisait Kant, que la légitimité du Pouvoir rend irrecevable, au nom de la cohérence logique, la contestation de l'action des gouvernements puisque le peuple l'a lui-même voulue telle qu'elle est. Le problème qui s'attache à la nature de la légitimité est, selon Weber, beaucoup plus profond parce qu'en lui se projette, non pas « la » raison, mais une certaine conception de la raison. En effet, dire que l'autorité politique est légitime signifie qu'elle s'inscrit dans le cadre formel de la régularité juridique de l'État ; par conséquent, puisqu'elle découle de l'axiomatique technico-rationnelle de l'ordre étatique, elle se caractérise, comme elle, par sa « neutralité axiologique ». De même que, à l'entour des années 1930, le refus de prendre en compte les valeurs dans le domaine politique explique, selon Weber, l'aspect procédural des décisions et de l'action gouvernementales, la fonctionnarisation du Pouvoir, la spécialisation de ses tâches, l'inflation administrative et la bureaucratie galopante, de même, l'absence de tout horizon axiologique explique le formalisme qui s'attache à la notion de pouvoir légitime. « Saint Bureaucratus », aimait à répéter Weber, est l'auxiliaire obligé de la légitimité. Alors, dans l'impersonnalité froide et glacée de ce système rationnel qui ne sait tracer que des voies techniques, il n'y a pas de différence entre ce qui est légitime et ce qui est légal, c'est-à-dire régulier, donc conforme en tout point à la règle posée. Dans l'État ainsi pensé, Weber, d'un regard lourd de pessimisme, voyait s'ouvrir le chemin sur lequel la

« démocratie de masse », aveugle, sans projet parce qu'elle n'a ni amour ni espoir, marchera d'un pas tout mécanique.

L'analyse webérienne fut loin de faire l'unanimité. En 1943, au cœur de la Seconde Guerre mondiale, Guglielmo Ferrero entendit même jeter un défi à Max Weber en sculptant la statue de la légitimité comme « génie invisible de la Cité ».

### **3.3. Les « génies invisibles » de l'État : la thèse de G. Ferrero**

À la différence de Weber, Ferrero distingue radicalement, jusques et y compris dans le monde moderne, la légitimité du Pouvoir et sa légalité.

#### **3.3.1. Les principes de légitimité**

Tandis que la légalité, explique Ferrero, est un concept juridique, la légitimité est, dans l'État, un concept politique. Les deux concepts diffèrent donc et en leur nature et en leurs principes.

Si le concept de légalité ne fait guère problème — est « légal » ce qui est conforme à la règle de droit positif en vigueur *hic et nunc*, ce qui implique la cohérence d'un ordre juridique rationnel —, il n'en va pas de même pour le concept de légitimité. Quatre principes en effet, selon Ferrero, fixent le titre du Pouvoir, de sorte que sa légitimité peut être élective, héréditaire, aristo-monarchique ou démocratique. Mais l'important réside moins dans la pluralité de ces principes que dans leur statut épistémologique et leur nature intrinsèque. Ces principes ne sont ni les axiomes d'un système hypothético-déductif, ni des postulats métapolitiques de l'ordre étatique, ni des dogmes affirmant la prévalence d'un régime. Ces principes sont en fait nés du consentement des différentes couches sociales aux traditions. En conséquence, un régime politique est viable, c'est-à-dire durable si ses formes sont en accord avec les structures et les opinions de la société. Inversement, l'instabilité politique, c'est-à-dire la succession de régimes hostiles les uns aux autres, provient du décalage entre les formes politiques et les structures sociales. Proche sur ce point de Montesquieu, G. Ferrero voit dans la légitimité de l'autorité étatique la concordance du pouvoir avec l'esprit général de la nation à un moment donné de son histoire. Donc, en un État, aucun régime n'est légitime en soi ou par soi. Il *devient* légitime si le temps confirme sa compétence pour satisfaire les requêtes de la

société qu'il gouverne. Autrement dit, le pouvoir de l'État est légitimé par la satisfaction et la confiance que lui accorde la communauté.

Par son analyse, Ferrero repousse l'idée d'une légitimité de la puissance étatique qui, placée sous le signe du formalisme et de la rationalité, coïnciderait avec la légalité de ses décisions et de ses actes. La légitimité, dont la nature en appelle, par ses plus profondes racines, aux « génies invisibles de la Cité », apparaît comme le reflet de tout ce que la culture d'un peuple a de fort et de vivant.

### ***3.3.2. Légitimité et culture***

Même au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, la légitimité, soutient Ferrero, ne vient pas « d'en haut », c'est-à-dire, pour lui, de la rationalité abstraite de la loi à laquelle Weber l'assimile dans le monde politique de son époque. Elle vient « d'en bas », c'est-à-dire du consentement et de l'approbation du plus grand nombre. En conséquence, sa nature se déchiffre aussi bien en son origine démocratique qu'en ses effets car il importe que la durée atteste sa validité. Il apparaît de la sorte que la légitimité est une catégorie normative qui, tout en fondant le pouvoir de l'État dans l'âme du peuple, est validée par ce que ce même peuple considère comme la réussite des entreprises de la puissance publique. Un pouvoir qui échoue voit sa légitimité s'effriter. Qu'est-ce à dire sinon qu'en exorcisant la peur qui hante la relation des gouvernés et des gouvernants, la légitimité rend possible le miracle de l'obéissance et d'une confiance renouvelée ? Elle permet, écrit Ferrero, une « cristallisation sentimentale », invisible mais forte qui provoque — Benjamin Constant l'avait déjà remarqué — l'extraordinaire transformation du fait en droit. Si donc une norme de légitimité est considérée dans l'État comme un principe de régulation et, par-delà lui, comme une condition de validation du pouvoir et de la politique qu'il conduit, elle n'est le privilège d'aucun régime. L'idée de légitimité n'est pas non plus un paradigme transcendant et absolu, donc méta-juridique ou métapolitique : elle appartient à la sphère de la culture.

La difficulté vient de ce que, comme tout fait de culture, la légitimité est vulnérable et fragile, le propre de toute culture étant de se modifier pour pouvoir se perpétuer. Dès lors, tributaire de l'opinion, du sentiment et des croyances populaires qui, dans la Cité, sont des « génies invisibles », la légitimité est, dans l'État et malgré les structures institutionnelles qu'il se donne, toujours chargée d'ambiguïtés et nécessairement ponctuée des discordes et des crises qui secouent

l'âme populaire.

La théorie de Guglielmo Ferrero est chaleureuse et attachante. Mais, avant tout historien, et marqué profondément par l'événementialité tourmentée de son époque, Ferrero se méprend lorsque, en refusant d'accorder à la légitimité de l'État une architectonique rationnelle, il croit se poser en adversaire ou en critique de Max Weber. Celui-ci, sociologue tout autant que juriste, n'ignorait point que la pratique politique réelle n'est pas purement rationnelle et qu'un décalage risque à tout moment de disjoindre dans l'État la légalité et la légitimité. Il savait qu'un ordre légal injuste peut exister, qu'un régime légalement institué peut s'avérer illégitime. Mais il décrit et dissèque des types idéaux. Et l'on ne saurait oublier que ces types idéaux n'épousent pas la réalité de l'expérience politique en ses multiples contours. En leur « idéalité », leur spécificité est d'accentuer des tendances, de souligner des lignes de force que la singularité empirique peut toujours infléchir. Max Weber n'aurait donc pas été surpris s'il avait vu, au fil des transformations dont, historiquement, l'État est le lieu et l'objet, la légitimité échapper en fait à la systématisation rationnelle que laisse pressentir le schéma idéal-typique qui l'assimile à la légalité. À cet égard, la thèse de Ferrero ne l'atteint pas.

Pourtant, au niveau même où Weber a situé sa propre démarche, nous décelons aujourd'hui une faille : on lui reproche volontiers de n'avoir pas su ajouter à la trilogie des « modèles » charismatique, rationnel et traditionnel de la légitimité qu'il a élaborée, un quatrième type idéal qui correspondrait à la situation des États de notre époque. Sans doute était-il trop tôt dans le mouvement de l'histoire politique pour qu'il ait pu le faire. Mais surtout, il importe de se demander si l'expression d'un nouveau type idéal de légitimité traduirait bien la situation des États du monde présent. Ne vaut-il pas mieux s'interroger d'une part sur les procédures intellectuelles qui ont provoqué l'échec (relatif d'ailleurs) de la légitimité rationnelle et, d'autre part, sur les démarches qui, dans le monde présent, pourraient produire la légitimation du Pouvoir ?

### **3.4. La légitimation du Pouvoir dans le monde présent : la thèse de Jürgen Habermas**

Une large zone de pénombre s'étend aujourd'hui dans l'État entre la légalité institutionnelle ou décisionnelle et la légitimité du Pouvoir et de son action. En

d'autres termes, on constate fréquemment que le rapport entre la légitimité et la légalité est loin d'être évident.

### ***3.4.1. La crise de la légitimation du Pouvoir***

On pourrait interpréter le décalage entre la légitimité et la légalité de la puissance publique en remarquant que tout État est le lieu des crises endémiques auxquelles la politique est toujours plus ou moins exposée. Mais il convient d'être plus précis car le rapport entre la légalité et la légitimité est, en lui-même, lesté d'une lourde ambiguïté. C'est ce qu'enseigne tout spécialement le phénomène révolutionnaire : lorsqu'une révolution installe un gouvernement hors des procédures constitutionnelles en vigueur, elle porte toujours en ses flancs les puissances d'une restauration. Elle révèle ainsi l'ambivalence du rapport entre la légalité rationnellement établie et la légitimité du pouvoir qui s'installe. Mais en portant cette ambivalence à son acmé, elle invite à réfléchir non plus sur la norme qu'exprime la légitimité du pouvoir, mais sur le mode de production de cette norme. Mieux vaut par conséquent, plutôt que d'interroger la nature de la légitimité, aborder le problème de la légitimation du Pouvoir dans l'État.

Si l'on admet que la force d'une légitimation dépend de la capacité de justification qu'elle enveloppe, c'est-à-dire du type de raisons qu'elle est susceptible d'avancer, on constate aujourd'hui que, à peu près dans tous les États, lors même qu'ils se prévalent de leur volonté de démocratie, un écart se creuse entre le crédit que réclame le Pouvoir et les justifications qu'il est susceptible d'apporter aux exigences qu'il impose au corps social. Ce que Paul Ricœur appelle « un écart de légitimation » montre qu'une crise endémique rôde dans ce qui fut naguère la « puissance d'État ».

Il est incontestable qu'un phénomène de crise se manifeste en notre fin de siècle dans de nombreux domaines de la vie publique. Le doute s'insinue, qui conduit à mettre en accusation à la fois les procédures rationnelles qui, il y a peu de temps encore, constituaient les assises d'une autorité politique estimée légitime, et l'existence de valeurs assez largement partagées pour qu'un consensus puisse s'établir sur leur base. La crise naît par conséquent du fait que les impératifs structurels internes du système étatique sont bousculés par d'autres impératifs, inconciliables avec les premiers. Il ne s'agit pourtant pas d'une difficulté logique, mais d'une difficulté concrète et vécue. La preuve en est qu'en

un tel climat, il n'est pas rare que surgisse une contestation des décisions de l'État ; celle-ci, sous la pression de certains groupes, peut conduire à une explosion sociale, comme si le Pouvoir étatique avait perdu son identité. En pareille situation, se pose, selon l'expression de J. Habermas (*Raison et légitimité*, 1973, trad. 1978), « un problème de régulation ». Entendons que l'opinion publique, dont on sait l'importance dans les États démocratiques contemporains, est ébranlée en ses croyances les plus fermes et ne peut plus, ou ne veut plus donner son adhésion aux régulations que formalise le droit constitutionnel et législatif de l'État. Parce que les aspirations ou les motivations des individus et des groupes sont bouleversées, il y a un déplacement de la régulation, c'est-à-dire tout ensemble érosion du système des règles établies et besoin de règles nouvelles. Alors, ou bien l'opinion en appelle à un travail inventif qui, sous l'impulsion de meneurs, peut aller jusqu'à la révolution, ou bien elle puise dans les réserves de la tradition pour échapper aux règles du moment et se réfugie dans un conservatisme qui prend figure de réaction ou de restauration.

En l'occurrence, il ne suffit pas d'interpréter une telle crise comme le reflet de cette tendance qui, bien ancrée dans l'opinion publique contemporaine, l'oriente vers une « planification idéologique » susceptible de déplacer la légitimité d'un appareil d'État à un autre appareil d'État. Bien plus significatif de ce déplacement (souvent présenté comme un dépassement de la situation présente), est le blocage des institutions en place par lequel la crise se traduit. Ce blocage signifie que les structures normatives que représentent les institutions de l'État ne sont plus congruentes aux besoins et aux idéaux de la société.

### ***3.4.2. Comment pallier l'échec de la légitimation rationnelle***

Les sociétés présentes, régies, du moins dans le monde occidental, par le capitalisme avancé, vivraient une crise d'identité due à l'échec de la légitimation rationnelle, incapable d'assumer le capital accumulé par la culture traditionnelle. Entendons : dans les sociétés industrialisées, un consensus relatif aux valeurs éthiques, aux idéaux politiques et même aux intérêts sociaux, n'existe plus. À la place du système des valeurs traditionnelles, le jeu de la concurrence s'est installé, irrationnel, pluraliste, individualiste, voire égoïste. La hantise de l'efficacité a engendré une désintégration axiologique. L'héritage moral a perdu son sens... Ainsi que Husserl le pressentait déjà dans sa conférence du

*Kulturbund* de Vienne en 1935, le pluralisme des idées, des croyances, des intérêts et des valeurs engendre un processus de décomposition, particulièrement visible dans les rouages de l'État. De manière générale, le monde est boiteux. La politique est éclatée. Et s'il est vrai qu'une force légitimante a besoin, non pas d'un consensus forcé, mais de l'adhésion libre de tout un chacun à des règles communes, alors, la légitimation du pouvoir étatique — comprenons : le processus suivi par l'opinion générale pour donner à l'autorité politique un fondement solide — devient, *de facto*, une espèce de quadrature du cercle.

On ne saurait pour autant se borner au constat d'échec auquel nous accule la complexité parfois chaotique de la politique des États dans le monde contemporain. En prenant quelque altitude, le philosophe politique peut adopter l'idée selon laquelle, un principe étant une méta-norme qui permet dans l'État de produire des normes, il apparaît que, par-delà les normes juridiques formelles sur lesquelles s'édifie le Pouvoir et à partir desquelles il fonctionne, il existe des principes fondateurs méta-juridiques qui s'expriment à travers la culture et les valeurs des différents peuples. Cela veut dire, selon une formule heureuse de J. Habermas, qu'« une procédure ne peut à elle seule fournir une légitimation ». Lors même que la politique tend, comme le montrait Weber, à se rationaliser dans l'État et, aujourd'hui, jusque dans les organismes supra-étatiques, le Pouvoir puise moins sa légitimité, comme le pensait Weber lui-même, dans une légalité axiologiquement neutre que dans l'adhésion de l'opinion et, par-delà elle, dans des maximes d'action qui, insusceptibles d'une justification rationnelle, correspondent aux normes dont les peuples, au tréfonds de leur âme, estiment avoir besoin.

C'est pourquoi sans doute la philosophie politique insiste si fortement aujourd'hui, outre-Atlantique, sur la nécessité de l'interprétation « situationnelle » du pouvoir de l'État. La légitimation dont ont besoin les instances étatiques pour asseoir leur autorité et faire accepter leurs décisions normatives comme des moyens efficaces de régulation de la société, doivent répondre, disent nombre d'auteurs nord-américains, à un « relativisme intelligent » que caractérise une objectivité « contextuelle ». Nous préfererions sans doute, en Europe, parler d'une relation entre la légitimation du Pouvoir et la *Weltanschauung* ou la « conception du monde » de notre temps. Mais, par-delà la différence des vocabulaires, la même idée se profile qui tend à souligner que la politique contemporaine ne s'enracine plus, comme il y a deux siècles, dans les axiomes d'un système rationnel (ou rationalisé) *interne* à l'État. Elle se

réclame, en de nombreuses situations, d'un engagement pragmatiste qui porte la marque du pluralisme et du relativisme de conditions *externes* qui, étrangères aux règles constitutionnelles, expriment les préférences et les inflexions que manifeste « l'espace public ». Le débat qui a lieu outre-Atlantique entre l'« internalisme » (qui opte pour l'explication et la justification rationnelles du Pouvoir) et l'« externalisme » (qui cherche plutôt dans la situation globale et l'environnement d'un peuple les facteurs diversifiés qui rendent compte de la marche politique des choses) ne fait guère que rénover, nous semble-t-il, un dualisme peu éclairant pour la philosophie politique. Il suggère néanmoins qu'à « la fin de la métaphysique » et aux « transformations de la philosophie », répondent en écho, dans la manière de penser les structures de la société étatique, l'ébranlement ou, peut-être, demain, la dissolution des dogmes fondateurs de la modernité et, en tout cas, la fin du concept de la légitimité purement rationnelle de l'État.

À partir de là, on voit l'erreur consistant à croire que, si Weber avait pu ou su compléter le tableau des types idéaux de la légitimité de l'État, il aurait par avance rendu compte des conditions de validité du Pouvoir dans le monde actuel. Forger un schème dans lequel l'irrationnel remplacerait le rationnel, aujourd'hui réputé inadéquat, ne suffit pas à la légitimation du mode d'être présent du Pouvoir des États. Le phénomène du Pouvoir ne se laisse pas, en l'État, enfermer dans cette vision dualistique des choses. Et si l'on admet qu'un type idéal nouveau peut être défini, il doit être replacé — du moins pour les Européens que nous sommes — dans le cadre philosophique de la raison pratique qui, comme telle, renvoie à la contingence des choix initiaux que suppose son fonctionnement. En matière politique, la raison est toujours une raison qui « prend parti ». C'est là, sans nul doute, ce qui, à notre époque plus que jamais, fragilise l'État mais ne saurait constituer un motif suffisant de désespérer de lui.

\*

Les métamorphoses dont l'État, depuis son acte de naissance, a été et est encore aujourd'hui le lieu, ne signifient pas une décadence irrésistible annonciatrice de la mort prochaine des peuples. Le « déclin » des formes étatiques construites par l'humanisme juridique et libéral que les modernes adossaient à leur rationalisme est à coup sûr l'indice des multiples

transformations, organiques et fonctionnelles, de la politique que, par un effet linguistique, l'on déclare volontiers « post-moderne ». Mais le phénomène est assez grave pour que l'on ne se borne pas à l'enclorre dans une formule à la mode.

La politique du monde présent prend assurément ses distances par rapport aux critères forgés par la philosophie rationnelle, en ses siècles les plus glorieux. Elle avait élaboré rationnellement les conditions d'acceptabilité des structures institutionnelles de l'État. Aujourd'hui, cette rationalité paraît en défaut, du moins de manière partielle, tant dans les structures internes de l'État que dans l'élargissement pluri-étatique et international de la politique. Certes, ni dans les pratiques du Pouvoir ni dans la doctrine, la politique n'a la prétention d'atteindre à une vérité plus forte que celle à laquelle aspirait la politique antérieure de l'État moderne sous son paradigme monologique. Il n'est pas faux néanmoins de soutenir que le passé est, d'une certaine manière, dépassé et que, parfois, la politique rationnelle de l'État fut mystificatrice. Dès lors, l'important est que, à partir de cette prise de conscience, l'État, en s'appuyant sur des postulats que l'on estime à notre époque plus réalistes que les modèles canoniques d'antan, doit se conduire autrement. Ce réformisme, toutefois, n'a rien de révolutionnaire. Il n'introduit pas au monde actuel en rompant radicalement avec les paradigmes du temps de la « modernité ». Dans le renouvellement des axiomes de base de l'État, changement et permanence se superposent et se complètent en se corrigeant.

Sans doute convient-il, en l'affaire, de ne pas confondre vérité et justification : l'État des Temps modernes ne saurait être jugé « faux » par la théorie politique qui prendrait en compte les modifications et les révisions que justifie pratiquement le mouvement de l'histoire. Le souci pragmatique qui inspire de nombreuses transformations du droit politique contemporain n'implique pas nécessairement que l'État doive se détourner de manière radicale des voies et des procédures rationnelles. Le rajeunissement des structures de l'État semble plutôt relever des capacités de la raison « infiniment perfectible » qui est l'ouvrière des plus grandes entreprises humaines.

Il ne faut point toutefois se cacher que l'étonnant privilège rationnel de l'homme ne va pas sans rançon. La question est en effet de savoir si cette « perfectibilité », comme celle que décelait Rousseau au tréfonds de la nature humaine, n'est pas fondamentalement ambiguë : nul ne sait d'avance si elle inclinera la politique du monde contemporain vers le meilleur ou vers le pire.

Nous sommes seulement fondés, en la matière, à dire que les critères de l'État d'aujourd'hui sont solidaires d'un horizon culturel et philosophique qui n'est plus tout à fait le même que celui d'hier. Dans la dynamique de la communauté humaine, la rationalité de l'État moderne n'est pas niée mais elle se trouve corrigée, parfois en un dialogue tendu, par d'autres considérants.

Est-ce un bien ? Est-ce un mal ? Au soir du XX<sup>e</sup> siècle, faut-il être optimiste ? Faut-il être pessimiste ? Ces questions dépassent la problématique philosophique de l'État. Nulle solution prophétique ne peut leur être apportée. La seule réponse possible à de telles interrogations implique référence aux critères axiologiques d'une culture authentiquement humaniste.

# CONCLUSION

Renouvellement et permanence de l'État

Nombreuses sont les voix qui s'élèvent à notre époque ou bien pour intenter procès à l'État, accusé de toutes les turpitudes et d'une coupable incapacité, ou bien même pour déclarer que l'État, institution dorénavant « détrônée », est proche de son trépas. Le pronostic est-il fondé ?

1. Qu'il y ait, alors que s'achève le XX<sup>e</sup> siècle, un recul de l'idée d'État et des vertus civiques qu'elle appelait dans les grands siècles de la « modernité », que le rôle de certaines institutions étatiques soit émoussé ou modifié à l'heure où grandissent les perspectives d'un fédéralisme européen, et même que l'on puisse travailler à la réalisation, à très long terme, de l'universalisme politique dont le cosmopolitisme des Lumières ne pouvait que rêver, sont des faits que l'on ne saurait ni contester ni mettre entre parenthèses. On peut même admettre que « l'Europe mentale » de notre temps n'est plus celle qui inspirait l'humanisme rationnel et libéral de l'État moderne. Mais de tels constats ne peuvent aller sans interprétation.

Or, le plus souvent, le travail critique de la philosophie s'est jusqu'alors borné à déplorer en termes pathétiques le déclin de l'État et à dénoncer avec véhémence, dans la trajectoire qu'il a suivie depuis sa naissance à l'aube des Temps modernes, les illusions qu'il a véhiculées et les « mensonges » qu'il a faits. En se haussant parfois à une formulation plus philosophique, certains auteurs contemporains opposent aux vagues déferlantes de l'individualisme qui s'est développé dans l'ombre du rationalisme des « grands siècles » modernes les certitudes d'un esprit objectif qui, reflétant la réalité globale d'une société composite, en rendrait la gouverne plus adéquate. Ainsi vilipendé en son contenu et en son esprit à cause du rationalisme et de l'individualisme libéral qu'expriment ses institutions, l'État, soutient-on volontiers aujourd'hui, est une figure politique transitoire, condamnée à disparition par la dynamique politique. Autrement dit, la rationalisation de la vie politique effectuée par l'État moderne est un échec. L'État n'est plus qu'un mythe. Et la démythification de l'État implique la critique démythificatrice de la rationalité.

Il n'en fallait pas davantage pour que la pensée qui se qualifie de « postmoderne » s'oppose à tout ce qui, de près ou de loin, se rattache à l'État : à la Constitution, aux lois, à l'administration, aux codes..., en un mot, au pouvoir de contrainte du droit moderne. Une certaine « philosophie » politique a donc,

dans les dernières décennies du siècle, exhalé une critique de l'État qui, malgré des accents différenciés, procède de la même radicalité non seulement pour dénoncer le caractère moribond d'une institution devenue, dit-on, obsolète et intempestive, mais pour proclamer la nécessité d'une conversion complète et fondamentale de la politique.

Ne mentionnons ici que quelques exemples.

Horkheimer et Adorno, dans leur *Dialectique de la raison* (ouvrage achevé en 1944), instruisaient le procès des Lumières et dénonçaient le processus autodestructeur qui, avant même le milieu du siècle, avait déjà conduit, à leur dire, à la faillite de l'État. – Heidegger, à son tour, entreprit la critique fondamentale de l'idéalisme et, s'il ne s'est pas appesanti sur la question de l'État, a laissé entendre que, lorsque le kantisme portait cette institution de la raison à son point culminant, il aboutissait à une philosophie de la réflexion sans rapport avec la réalité du monde de l'existence politique. C'est pourquoi Heidegger estimait que les critères normatifs de l'État moderne ont perdu leur crédit : en s'absolutisant, ils ont conduit en fait — Hannah Arendt le répétera — à ce « combat pour la domination de la terre » qu'est le totalitarisme. – Michel Foucault a, quant à lui, vilipendé la « monarchie juridique » qu'il déclare intolérable dans la conception légaliste de l'État : elle fait peser sur la quotidienneté des règles de contrainte qui, dit-il, sont écrasantes et qui effacent les différences. – Gilles Deleuze, en faisant l'apologie des élans de vie sans lesquels le phénomène du pouvoir n'existerait pas, a dénoncé « les naïvetés de l'humanisme juridique », autrement dit, a prétendu, contre le droit, défendre la force. – À en croire le sociologue Pierre Bourdieu, toute philosophie, dans le monde contemporain, serait morte. En conséquence de quoi une théorisation philosophique de l'État serait tout simplement nulle et non avenue et ne mériterait qu'un souverain mépris...

Ces quelques exemples tendent à indiquer qu'un profond bouleversement se serait produit dans le dernier demi-siècle ; en s'accélégrant depuis deux décennies, il témoignerait que l'heure du « grand refus » de l'État moderne annoncé par Nietzsche a bel et bien sonné. Un seul motif, mais dont la radicalité est terrifiante, justifierait ce rejet : la raison qui, après avoir présidé à la naissance de l'État, a œuvré à son organisation et au fonctionnement de son appareil juridique, aurait détruit l'homme au lieu de contribuer à sa promotion comme elle semblait le promettre. Dès lors, il n'est pas suffisant de considérer, comme les marxistes, que l'État rationnel bourgeois est acculé à la faillite. En

effet, parce que la raison des Lumières se serait autodétruite en ne produisant que désillusions dans la politique et « désolation » dans la condition humaine, le glas de la modernité sonnerait avec une tonalité si funèbre qu'elle bannit tout espoir de rédemption et de retour.

La conclusion de ces penseurs du temps présent est nette : puisque l'autodestruction de la raison a presque déjà réduit le monde en cendres, il faut entrer résolument dans la « post-modernité » en donnant un congé définitif à la raison moderne qui fut la clef de voûte des grands systèmes philosophiques auxquels, jusque dans ses transformations, répond le juridisme de l'État.

2. Quelle que soit l'audience qu'ont suscitée les courants de pensée à la mode que nous venons d'évoquer, c'est une simple question de prudence intellectuelle de les considérer avec circonspection. D'abord, d'un point de vue général sur lequel nous n'avons pas, ici, à nous appesantir, la « post-modernité » ne se peut concevoir que rapportée à la « modernité » dont, qu'elle le veuille ou non, elle est tributaire ; par conséquent, elle ne peut, en toute logique, en réduire le rôle à néant. Ensuite, du point de vue spécifique qu'implique la réflexion sur l'État que nous avons conduite, la postulation qui consiste à faire surgir les « apories » du pouvoir de l'État moderne est éminemment sujette à caution.

Quand les philosophies du XX<sup>e</sup> siècle finissant, pessimistes jusqu'au nihilisme, dénigrent la raison, elles oublient que les modèles et les schèmes qu'elle a forgés sont ceux-là mêmes à partir desquels les transformations du monde contemporain sont possibles. Les mutations culturelles, sociales, juridiques et politiques qui se sont produites au fil du temps ne sont pas une révolution, mais un renouvellement ou un rajeunissement des structures et des cadres que la modernité avait édifiés et peu à peu ciselés. Elles n'engendrent ni ruptures ponctuelles ni *a fortiori* une brisure radicale avec le passé. Elles résultent plutôt d'un ajustement ou d'une réadaptation aux besoins d'une société dont l'évolution est comparable à celle d'un organisme vivant. Ce renouvellement, nous le savons, ne s'effectue pas sans laisser place, parfois, à des dérapages et à des dérives. Mais cela prouve bien que le renouveau de l'État s'opère, dans la continuité de son concept, par des corrections successives qui impliquent essais et erreurs, et non point par les rejets drastiques et radicaux qui créent une rupture dans le cours de l'institution étatique au point de la renier. De même que la post-modernité ne prend sens que rapportée à la modernité, les

métamorphoses que nous percevons dans l'État de notre temps auraient été impossibles et même inconcevables sans référence, jusque dans la critique et les refus, à la normativité de l'État moderne.

Si donc, lorsque se pose aujourd'hui le problème de l'État, on ne peut nier les métamorphoses structurelles et fonctionnelles dont il a été le lieu et l'objet depuis son émergence sur la scène politique, on ne peut non plus en comprendre le destin actuel — qui n'est pas un destin de mort — sans se référer au statut que l'humanisme rationnel lui a donné. L'État moderne s'est construit à partir d'un corps de principes qui, nonobstant l'évolution de la politique et du droit, conserve une remarquable permanence.

Aujourd'hui comme hier, il est clair que, sans l'État, une société sombrerait dans l'anarchie, en tout point comparable aux rapports de forces qui se déchaînent dans l'état de nature ; parce que régnerait alors un pouvoir sauvage et sans lois, la différence entre les hommes et les bêtes serait abolie. À l'opposé, une communauté qui prétendrait n'avoir besoin ni de structures organisationnelles ni de règles de fonctionnement serait pure utopie ; l'angélisme des hommes est une illusion dangereuse. Dans un cas comme dans l'autre, il apparaît que l'apolitisme est impossible.

Seulement, la vie de l'État répond à l'entrecroisement de deux principes recteurs : en premier lieu, sa survie dans le cours des vicissitudes du monde est tributaire de sa capacité d'adaptation aux requêtes de l'histoire ; en second lieu, la dignité de l'État dépend du respect qu'il accorde aux grands principes qui ont fondé son institution. Insistons sur ces deux axes principiels.

D'une part l'État, en la nécessité de son concept, ne se réduit pas aux structures d'une rationalité constructrice qui aurait à tout jamais figé le système normatif qu'elle produit. L'histoire de l'institution étatique porte la marque d'un réformisme qui en ponctue les diverses expressions. Néanmoins, que les innovations du réformisme institutionnel répondent, sur le plan interne, à l'éveil des nationalités, à la volonté d'édicter des lois plus justes, à des impératifs socio-économiques..., ou qu'elles inscrivent l'État dans une construction fédéraliste élargissant la politique et le droit par-delà les frontières territoriales, l'illusion est de croire, comme on le répète à satiété en notre temps, qu'elles tracent le chemin d'une désétatisation, voire d'une dépolitisation de la vie publique. Les changements qui interviennent dans les sociétés humaines au fil du temps et qui affectent l'État jusques et y compris dans ses formes juridiques internes, dans son action politique ou dans ses relations avec d'autres entités institutionnelles,

tendent seulement à montrer que, pas davantage à notre époque qu'au XVI<sup>e</sup> siècle ou à l'époque des Lumières, l'État n'est une fin en soi. Parce qu'il est le lieu d'excellence de la vie politique et parce qu'il a charge de régir la vie sociale, il doit répondre aux exigences de l'heure sur le plan interne comme dans les rapports internationaux. C'est même l'adaptabilité de ses divers organes et de son système de règles qui rendent possibles sa durée et sa dignité. Tout particulièrement, celle-ci réside dans le potentiel normatif qu'il est capable de produire et d'actualiser. Donc, l'État ne se clôt pas sur lui-même ; il est appelé au contraire à s'inscrire dans la marche des choses en renouvelant ses règles en fonction des problèmes que fait naître la dynamique des sociétés. Lieu d'une adaptation dialectique qu'appelle le mouvement de l'histoire, il ne manifeste en rien les symptômes d'épuisement qui ne manqueraient pas d'apparaître dans un système de règles intangibles en décalage avec les besoins des sociétés *hic et nunc*.

D'autre part, cependant, les mutations qui se sont opérées dans l'État n'ont pas surgi *ex nihilo*. Elles ne procèdent pas, comme certains le prétendent, de principes faisant antithèse avec les paradigmes rationnels qui lui ont conféré sa forme moderne. L'évolution de l'État n'est pas antinomique à la permanence de ses maximes fondatrices que rien n'autorise à déclarer aporétiques. Le réformisme, qui appartient à la nature même de l'État (et que, par conséquent, on ne saurait placer sous la bannière de l'historisme), procède de la perfectibilité propre à la raison. Ce processus d'ouverture de l'ordre normatif de l'État n'a rien des pesanteurs autodestructrices que dénoncent dans la raison les contempteurs de la modernité. Les mutations qui surviennent en l'État ne provoquent ni les lézardes ni les ruptures que l'on dit annonciatrices d'une mort prochaine. Tout au contraire, ces changements ne sont possibles que sur la base du respect de l'axiomatique qui permet la fondation de l'État : ils développent en effet les ressources enserrées dans les principes rationnels qui furent instituteurs de l'État moderne. De quelque aménagement qu'ils soient l'objet, ces principes — par exemple l'humanisme laïque et séculier, l'ordre public, l'architecture constitutionnelle, la légalité, la souveraineté, la citoyenneté, la légitimité du Pouvoir, la distribution des fonctions, la coopération des différents organes, l'exigence de publicité inhérente au républicanisme, le respect du pluralisme, la protection des droits... — sont des impératifs rationnels pratiques que l'État, sous peine d'une déviance fatale ou vers l'anarchisme ou vers le totalitarisme, ne peut pas bafouer.

On peut assurément admettre que l'anti-juridisme et l'anti-rationalisme au gonflement desquels cède fréquemment la littérature politique contemporaine traduisent l'inquiétude qui accompagne les aspects tragiques de la condition humaine. Mais il est urgent de dénoncer la cécité dont ils résultent et qui est source de contresens. L'anti-étatisme sécrété par ces courants en vogue vient à la fois de leur inaptitude à voir qu'il existe dans les principes rationnels fondateurs de l'État des requêtes permanentes, et de leur refus de comprendre qu'il appartient à la pensée critique non pas de les rejeter mais de les moduler pour les rendre efficaces.

3. L'État du droit édifié par la raison est, en même temps que la figure moderne de la politique et plus profondément qu'elle, cette structure fondamentale de la coexistence humaine qui est susceptible d'en devenir la forme universelle. Contre tous les anathèmes lancés à l'État par les adeptes de la « post-modernité », la validité objective des institutions de l'État moderne mérite d'être défendue : l'État est l'œuvre non pas d'une raison qui s'autodétruit mais d'une raison critique qui, dans les limites qu'elle se reconnaît à elle-même, s'efforce de répondre aux exigences idéales qu'elle porte en elle aussi bien qu'aux demandes d'une société qu'emporte le mouvement de l'histoire.

Que l'État ait traversé des crises entraînant un réaménagement de son appareil normatif, est un fait indéniable : l'État offre une silhouette mouvante en laquelle ne se répètent pas ses formes originelles. Mais il n'en résulte pas que son évolution soit le fruit d'une volte-face qui en ait brisé l'épure rationnelle. Le renouvellement normatif de l'appareil étatique participe de la tâche infinie qu'il incombe à la raison humaine de conduire. Cela explique, à l'évidence, qu'il y ait une historicité des cadres et des règles de l'État. Mais, philosophiquement pensée, la raison critique à l'œuvre dans l'État est le creuset de principes universels et permanents qui font pièce à tous les relativismes historico-culturels, inévitablement exposés à la fadeur de dérives pragmatistes inconsistantes.

Devant l'évolution des formes de l'État, la tentation nihiliste de la pensée « postmoderne » ne passe pas. Les principes sur lesquels la raison a fondé l'État en tant que figure moderne de la politique ne sont pas renversés par les métamorphoses qui ponctuent son histoire. Il n'y a pas de désétatisation. Et, si les chemins de l'État apparaissent parfois complexes et sinueux en ce temps de l'histoire du monde marquée par le rythme rapide de mutations existentielles, il n'en résulte pas que le destin de l'État se réduise à une « mission historique » que

certaines vont jusqu'à prétendre achevée. Nous n'assistons pas à la « déconstruction » anti-moderne, c'est-à-dire anti-humaniste et anti-légaliste, de l'État du droit. Le « discours philosophique de la modernité » n'est pas condamné au silence. L'État, entre la factualité empirique de ses changements et la pure intelligibilité d'un Idéal *a priori*, continuera longtemps à puiser dans la raison le noyau inébranlable de la validité normative que lui a conférée la pensée moderne.

## Bibliographie

### Les grands textes d'hier et d'aujourd'hui relatifs à la philosophie de l'État (par ordre chronologique)

MACHIAVEL Nicolas, *Le Prince*, 1513 ; *Discours sur la première décade de Tite-Live*, 1513-1529.

MORE Thomas, *L'Utopie*, 1516.

LA BOÉTIE Étienne de, *Discours sur la servitude volontaire*, 1548.

BODIN Jean, *Les Six Livres de la République*, 1576.

BOTERO Giovanni, *Della Ragione di Stato*, 1589.

CAMPANELLA Tommaso, *La Cité du Soleil*, 1602.

LOYSEAU Charles, *Traité des Offices*, 1609 ; *Traité des Seigneuries*, 1614.

SUAREZ Francisco, *De legibus*, 1612.

RICHELIEU, *Testament politique*, 1632-1639.

CARDIN LE BRET Pierre, *De la souveraineté du Roi*, 1632.

HOBBS Thomas, *Elements of Law*, 1640 ; *De Cive*, 1642 ; *Léviathan*, 1651.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, 1690.

CASTEL DE SAINT-PIERRE Charles Irénée, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, 1713.

HUME David, *Essais politiques*, 1741-1742.

MONTESQUIEU Charles Secondat de, *L'Esprit des lois*, 1748.

BURLAMAQUI Jean-Jacques, *Principes du droit politique*, 1751.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du contrat social*, 1762.

SIEYÈS Emmanuel, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, 1789.

BURKE Edmond, *Réflexions sur la Révolution de France*, 1790.

HUMBOLDT Guillaume de, *Essai pour définir les limites de l'action de l'État*, 1792.

KANT Emmanuel, *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, 1784 ; *Théorie et pratique*, 1793 ; *Essai sur la paix perpétuelle*, 1795 ; *Doctrine du droit*, 1796.

FICHTE Johann G., *Fondement du droit naturel*, 1796 ; *Discours à la nation allemande*, 1807.

CONSTANT Benjamin, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements*, 1806.

MAISTRE Joseph de, *Essai sur le principe générateur des Constitutions politiques*, 1814.

HEGEL G.W. Friedrich, *La Constitution de l'Allemagne*, 1802 ; *Phénoménologie de l'esprit*, 1807 ; *Principes de la philosophie du droit*, 1821.

TOCQUEVILLE Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, 1835 et 1840.

MARX Karl, *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, 1844 ; *Thèses sur Feuerbach*, 1845.

MILL John Stuart, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, 1860.

PROUDHON Pierre Joseph, *Du principe fédératif*, 1863.

LABOULAYE Édouard, *L'État et ses limites*, 1864 ; *Questions constitutionnelles*, 1872.

SPENCER Herbert, *L'Individu contre l'État*, 1884.

NIETZSCHE Friedrich, *Ainsi parlait Zarathoustra*, 1883-1885 ; *La Généalogie de la morale*, 1887.

CARLYLE Thomas, *Le Culte du héros*, 1898.

BOSANQUET B., *The Philosophical Theory of the State*, 1899-1910.

JELLINEK Georg, *L'État moderne et son Droit*, 1900.

PARETO Vilfredo, *Les Systèmes socialistes*, 1903.

BAUER Otto, *La Question des nationalités et la social-démocratie*, 1907.

SPENGLER Octave, *Le Déclin de l'Occident*, 1915.

WEBER Max, *Le Savant et le Politique*, 1919.

KELSEN Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1919.

CARRÉ DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1922.

SCHMITT Carl, *Théologie politique*, I, 1922 ; *Théorie de la Constitution*, 1928.

CHARTIER Émile (dit Alain), *Propos de politique*, 1934.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, 1934 ; *General Theory of Law and State*, 1945.

HORKHEIMER Max, *L'État autoritaire*, 1942 ; *Éclipse de la raison*, 1947.

POPPER Karl, *La Société ouverte et ses ennemis*, 1942.

JOUVENEL Bertrand de, *Du pouvoir*, 1945 ; *De la souveraineté*, 1955.

HEIDEGGER Martin, *Lettre sur l'humanisme*, 1946 ; *Écrits politiques (1933-1966)*.

CASSIRER Ernst, *Le Mythe de l'État*, 1946.

ADORNO Theodor, *La Dialectique de la raison*, 1947.

MARITAIN Jacques, *L'Homme et l'État*, 1954.

STRAUSS Leo, *Droit naturel et histoire*, 1949 ; *La Cité et l'homme*, 1964.  
ARENDR Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, 1951.  
HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, 1973, 1976, 1979.  
ARON Raymond, *Démocratie et totalitarisme*, 1965.  
NOZICK Robert, *Anarchie, État, Utopie*, 1974.  
HABERMAS Jürgen, *Raison et légitimité*, 1973 ; *Le Discours philosophique de la modernité*, 1985 ; *Faktizität und Geltung* (trad. *Droit et démocratie*), 1992 ; *L'Intégration républicaine*, 1996.

## **Bibliographie complémentaire (par ordre alphabétique)**

ADORNO Th., *Dialectique négative* (1966), trad. Payot, 1978.  
AKZIN B., *State and Nation*, Londres, 1964.  
APEL K. O., *Transformation der Philosophie*, Francfort, 1973.  
ARENDR H., traduction française de *The Origins of Totalitarianism* (1951) : *Le Système totalitaire*, Le Seuil, 1972 ; *L'Impérialisme*, Fayard, 1982 ; *La Condition de l'homme moderne* (1958), trad. fr. Calmann-Lévy, 1961 ; *La Crise de la culture*, trad. Gallimard, 1972.  
ARON R., *Machiavel et les Tyrannies modernes*, Éditions de Fallois, 1993.  
AUROUX S., *Barbarie et philosophie*, PUF, 1990.  
BASTID P., *L'Idée de Constitution*, Economica, 1985.  
BEAUD O., *La Puissance de l'État*, PUF, 1994 ; « L'honneur perdu de l'État », in *Droits*, n° 15, 1992 ; « Le souverain », in *Pouvoirs*, n° 67.  
BIRNBAUM P., *Les Sommets de l'État. Essai sur l'élite du pouvoir en France*, Le Seuil, 1977 ; « La fin de l'État », in *Revue française de science politique*, 1985.  
BÉNÉTON Ph., *Les Régimes politiques*, PUF, 1996 ; *De l'égalité par défaut*, Critérian, 1997.  
BLOOM A., *L'Âme désarmée*, trad. Julliard, 1987.  
BOUDON R., *Effets pervers et ordre social*, PUF, 1977 ; 1989 ; *Le Sens des valeurs*, PUF, 1999.  
BOURGOIS B., *La Pensée politique de Hegel*, PUF, 1969 ; *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*, PUF, 1990.  
BREDIN D., *Sieyès, la clef de la Révolution française*, Éditions de Fallois, 1988.  
BRUNEL P., *L'État et le Souverain*, PUF, 1978.  
BURDEAU G., *L'État*, Le Seuil, 1970.

BUSINO G., *Élites et bureaucratie. Une analyse critique des théories contemporaines*, Droz, 1988 ; *Les Théories de la bureaucratie*, PUF, 1993.

CAILLÉ A., *La Démission des clercs. La crise des sciences sociales et l'oubli du politique*, La Découverte, 1993.

CASSIRER E., *Le Mythe de l'État* (1946), trad. Gallimard, 1993.

CASTORIADIS C., *Les Carrefours du labyrinthe. La montée de l'insignifiance*, Le Seuil, 1996.

CLASTRES P., *La Société contre l'État*, Éditions de Minuit, 1974.

COHEN-TANUGI L., *Le Droit sans l'État*, PUF, 1985.

COLLIOT-THÉLÈNE C., *Le Désenchantement de l'État*, 1992.

DAHL R., *Qui gouverne ?*, A. Colin, 1971.

DAVID M., *La Souveraineté du peuple*, PUF, 1996.

DERATHÉ R., « État, souverain, gouvernement », Appendice à *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, PUF, 1950.

DROZ J., *Le Romantisme allemand et l'État*, Payot, 1966.

DUGUIT L., *L'État, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1901.

DUMONT L., *Essai sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, 1983.

DUVERGER M. (dir.), *Dictatures et légitimité*, PUF, 1982.

EISENMANN Ch., « La Cité de Jean-Jacques Rousseau », in *Études sur le Contrat social*, Belles Lettres, 1964.

EWALD F., *L'État-Providence*, Grasset, 1986.

FERRERO G., *Pouvoir. Les génies invisibles de la Cité*, Pion, 1944.

FINKIELKRAUT A., *La Défaite de la pensée*, Gallimard, 1987.

FRIEDRICH C., *La Démocratie constitutionnelle*, trad. PUF, 1958.

GALBRAITH J.K., *Le Nouvel État industriel*, Paris, 1968.

GAUCHET M., *Le Désenchantement du monde*, Gallimard, 1985 ; *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté du peuple et la représentation, 1789-1799*, Gallimard, 1995.

GLUCKSMANN A., *La Cuisinière et le Mangeur d'hommes. Essai sur l'État, le marxisme, les camps de concentration*, Le Seuil, 1975.

GOYARD-FABRE S., *Les Fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992 ; *Éléments de philosophie politique*, A. Colin, 1996 ; *La Philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996 ; *Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, PUF, 1997.

HEIDEGGER M., *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. Gallimard, 1962 ; *Lettre sur l'humanisme*, in *Questions III*, Gallimard, 1966.

HOBHOUSE L.T., *The Metaphysical Theory of the State*, Londres, 1918.

HÖFFE O., *L'État et la Justice* (John Rawls et Robert Nozick), Vrin, 1988.

HORKHEIMER M., *L'État autoritaire* (1942), in *Théorie critique*, trad. Payot, 1978 ; *Kritik der instrumentellen Vernunft* (1967), trad. *Éclipse de la raison*, Payot, 1974.

HORKHEIMER M. et ADORNO Th., *Dialectik der Aufklärung* (1947), trad. *La Dialectique de la raison*, Gallimard, 1974.

JOUVENEL B. de, *Les Origines de l'État moderne*, Fayard, 1976.

KERGVÉGAN J.F., *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, PUF, 1992.

LESSAY F., *Souveraineté et légitimité chez Hobbes*, PUF, 1988.

LIPOVETSKY G., *L'Ère du vide*, Gallimard, 1983, 1993 ; *Le Crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Gallimard, 1992.

LYOTARD J.-F., *La Condition post-moderne*, Éd. de Minuit, 1979.

MANENT P., *Naissances de la politique moderne*, Payot, 1977 ; *La Cité de l'homme*, Fayard, 1994 ; Flammarion, 1997.

MANIN P., *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Lévy, 1995.

MANSFIELD H., *Le Prince apprivoisé*, trad. Fayard, 1994.

MATTÉI J.-F., *La Barbarie intérieure. Essai sur l'immonde moderne*, PUF, 1999.

MEINECKE Fr., *Weltbürgertum und Nationalstaat*, München, 1908 ; *L'Idée de la raison d'État dans l'histoire des Temps modernes*, trad. Droz, 1973.

MILLON-DELSOL Ch., *L'État subsidiaire*, PUF, 1992.

NEGRI A., *Le Pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, trad. PUF, 1997.

NOZICK R., *Anarchie, État, Utopie* (1974), trad. PUF, 1988.

PASSERIN d'ENTRÈVES A., *La Notion de l'État* (1967), trad. Sirey, 1969.

PITKIN H., *The Concept of Representation*, Berkeley U.P., 1967.

POCOCK J.G.A., *Le Moment machiavélien* (1975), trad. PUF, 1997.

POLIN R., *Éthique et politique*, Sirey, 1968 ; *L'Obligation politique*, PUF, 1971 ; *L'Ordre public* (dir.), PUF, 1996.

QUARITSCH H., *Staat und Souveränität*, Francfort, 1970.

RAYNAUD Ph., *Max Weber et les dilemmes de la raison moderne*, PUF, 1987.

REDOR M.J., *De l'État légal à l'État de droit*, Economica, 1992.

RENAUT A., *Le Système du droit. Philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, PUF, 1986 ; *L'Individu. Réflexions sur la philosophie du sujet*, Hatier, 1995.

RIALS S., *Destin du fédéralisme*, LGDJ, 1987 ; « La puissance étatique et le droit dans l'ordre international », in *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987 ; *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988.

RICŒUR P., *Idéologie et utopie*, (1986), trad. Le Seuil, 1997.

RORTY R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge U.P., 1989.

ROSANVALLON P., *La Crise de l'État-Providence*, Le Seuil, 1981 ; *Le Sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, 1992.

ROSENZWEIG F., *Hegel et l'État*, trad. PUF, 1991.

ROSENFELD D., *Politique et liberté*, Aubier, 1984.

SCHULER M., *Vorbilder und Führer*, trad. *Le Saint, le Génie, le Héros*, Vitte, 1958.

SCHNAPPER D., *La Communauté des citoyens*, Gallimard, 1994.

SÉNELLART M., *Machiavélisme et raison d'État*, PUF, 1989.

STRAUSS L., *Qu'est-ce que la philosophie politique ?* trad. PUF, 1992.

TAYLOR Ch., *Le Malaise de la modernité*, trad. Le Cerf, 1994.

TENZER N., *La République*, PUF, 1993.

TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.

VATTIMO G., *La Fin de la modernité* (1985), trad. Le Seuil, 1987.

VINCENT J.-M., *Les Mensonges de l'État*, Le Sycomore, 1979.

WEBER M., *L'Éthique protestante et l'Esprit du capitalisme*, trad. Plon, 1964 ; *Économie et société*, 1922.

WEIL E., *Hegel et l'État*, Vrin, 4<sup>e</sup> éd., 1974 ; *Philosophie politique*, 4<sup>e</sup> éd., Vrin, 1984.

## Ouvrages collectifs

*Genèse et déclin de l'État*, *Archives de philosophie du droit*, t. 21, Sirey, 1976.

*La Constitution et l'Europe*, Actes du Colloque sur l'Europe, Montschrestien, 1992.

*L'État*, *Droits*, n° XV et XVI, PUF, 1992.

*Cahiers de philosophie politique et juridique*, PUC : - n° 4, « Souveraineté et citoyenneté », 1983 ; - n° 14, « État et nation », 1988 ; - n° 24, « L'État de droit », 1993.

*L'État baroque, 1610-1652* (sous la direction de H. Méchoulan), Vrin, 1985.

*L'État classique, 1652-1715* (sous la direction de H. Méchoulan et J. Cornette), Vrin, 1996.

*L'État moderne, 1715-1848* (sous la direction de S. Goyard-Fabre), Vrin, 1999.

## Index des noms

Les numéros de page apparaissant dans les index correspondent à ceux de l'édition papier.

### A

Adorno Th., 94, 166, 174, 175.

Akzin B., 175.

Alain (E. Chartier), 143.

Althusius J., 136.

Apel O., 175

Aquin Th. d', 7, 14, 32, 135, 136.

Arendt H., 81, 168, 174, 175.

Aristote, 7, 23, 30, 41, 52, 135.

Aron R., 102, **103-104**, 174, 175.

Augustin (saint), 7, 22.

Auroux S., 175.

### B

Bacon F., 13.

Bakounine, 113.

Bastiat F., 107.

Bastid P., 175.

Bauer O., 174.  
Beaud O., 81, 175.  
Bell D., 103.  
Bénéton Ph., 175.  
Bèze Th. de, 9.  
Bloom A., 175.  
Bodin J., 9, 11, 12, 13, 14, 20, 21, **22-26**, 28, **31-32**, 33, 34, 35, **39-40**, 98,  
118, 131, 173.  
Birnbaum P., 175.  
Bolingbroke R., 65.  
Bosanquet B., 174.  
Botero G., 13, 15, 173.  
Boudon R., 175.  
Bourdieu P., 168.  
Bourgeois B., 175.  
Bredin D., 81, 175.  
Brunel P., 175.  
Burdeau G., 49, 100, 106, 175.  
Burke Ed., 120, 121, 154, 173.  
Burkhardt J., 34.  
Burlamaqui J.J., 41, 173.  
Busino G., 175.

## C

Caillé A., 175.  
Campanella T., 13, 173.

Cardin Le Bret P., **15-16**, 173.  
Carlyle Th., 144, 146, 174.  
Carré de Malberg R., 32, 47, 50, 51, 56, 82, 92.  
Cassirer E., 11, 174, 175.  
Castel de Saint-Pierre, 126, 173.  
Castoriadis C., 175.  
Caton d'Utique, 41, 42.  
Chateaubriand R. de, 154.  
Cicéron, 7.  
Clastres P., 175.  
Cohen-Tanugi L., 175.  
Colliot-Thélène C., 175.  
Constant B., 74, 76, 109, 132, 133, 150, 157, 173.  
Crucé E. de, 126.

## **D**

Dahl R., 93, 148, 175.  
Dante, 7.  
David M., 175.  
Deleuze G., 117, 168.  
Derathé R., 175.  
Descartes R., 15, 16.  
D'Hondt J., 72.  
Diderot D., 41.  
Droz J., 175.  
Duguit L., 34, 82, 108, 175.

Dumont L., 176.  
Duverger M., 73, 176.

## E

Eisenmann Ch., 56, 176.  
Ewald F., 176.

## F

Ferrero G., **156-158**, 176.  
Fichte J., **58-60**, 72, 91, **120-122**, 173, 177.  
Finkielkraut A., 114, 176.  
Foucault M., 96, 117, 140, 168.  
Freund J., 109.

## G

Galbraith J.K.G., 103, 176.  
Gauchet M., 176.  
Gentz Fr., 120.  
Glucksmann A., 176.  
Gobineau A., 123.  
Grotius H., 14, 85, 119.

# H

Habermas J., 97, 102, 103, **105**, **158-161**, 174.

Halévy D., 147, 148.

Hauriou M., 49, 73, **82**, 107.

Hayek Fr., 110.

Hegel G.W.F., 34, 42, **43-44**, 48, 50, 64, 67, **69-72**, 76, 79, 81, 82, 85, 89, 90, 98-99, 107, 108, 120, 121, 122, 134, 136, **144-146**, 149, 173, 176, 177.

Heidegger M., 95, **113-114**, 117, 168, 174, 176.

Heineccius, 41.

Herder J.G., 82, 120.

Hobbes Th., 10, 22, **26-36**, 37, 38, **39-41**, 66, 90, 98, 108, 118, 119, 131, 153, 154, 173.

Hobhouse L.T., 176.

Höffe O., 176.

Horkheimer M., 94, 168, 174, 176.

Hotman F., 9.

Humboldt G. de, 90, 91, 133, 134, 173.

Hume D., 121, 154, 173.

Husserl E., 160.

# J

Jaurès J., 122.

Jellinek G., 32, 174.

Jouvenel B. de, 174, 176.

## K

Kant E., 5, 38, 42, 43, 58, **59-60**, 64, **67-69**, 70, 72, 73, 74, 79, 84, 85, 89, 90, 91, 106, 111, 119, **126-128**, 145, 155, 173.

Kantorowicz E., 9, 153.

Kelsen H., 34, 45, 49, 51, 74, 79, 82, 174.

Kervégan J.-F., 176.

## L

La Boétie E. de, 36, 85, 115, 173.

Laboulaye E., 108, 109, **131-134**, 174.

Laski H., 34.

Lefort C., 106.

Lessay F., 176.

Lipovetsky G., 114, 176.

Locke J., 10, 58, 65, **79-80**, 85, 90, 98, 132, 133, 173.

Loyseau Ch., 12, 22, 173.

Liotard F., 140, 176.

## M

Machiavel N., 8, 10, 11, 12, 14, 21, 26, 28, 64, 144, 153, 173, 177.

Maistre J. de, 121, 154, 173.

Malatesta, 113.

Manent P., 43, 176.

Manin B., 176.  
Mansfield H., 176.  
Maritain J., 137, 174.  
Marsile de Padoue, 7, 32.  
Marx K., 72, 73, 113, 145, 149, 174.  
Mattéi J.-F., 176.  
Mazarin (cardinal), 15.  
Meinecke Fr., 123, 176.  
Mill J. Stuart, 134, 174.  
Millon-Delsol Ch., 136, 176.  
Mills W., 148.  
Mirabeau H.G., 43.  
Montesquieu Ch. de, 41, 53, **56-60**, **64-67**, 72, 73, 77, 84, 85, 90, 106, 107, 112, 120, 126, 132, 133, 154, 157, 173.  
More Th., 13, 173.

## N

Naudé G., 15.  
Negri A., 83, 176.  
Nietzsche Fr., 95, 107, **112-113**, 117, 123, 168, 174.  
Nozick R., 174, 177.

## P

Pareto V., 148, 174.  
Passerin d'Entrèves A., 10, 177.

Penn W., 126.  
Pitkin H., 177.  
Philippe de B ethune, 15.  
Platon, 7, 32, 63, 135.  
Pocock J.G.A., 177.  
Polin R., 177.  
Popper K., 81, 174.  
Postel G., 14.  
Powell B., 93.  
Proudhon P.-J., 174.  
Pufendorf S., 14, 41.

## R

Ranke Th., 123.  
Rawls J., 110.  
Raynaud Ph., 103, 177.  
Redor M.J., 177.  
Rehberg, 120.  
Renaut A., 177.  
Renan E., 107, 123.  
Rials S., 139, 177.  
Richelieu (cardinal de), 14, 15, 16, 21, 173.  
Ric œur P., 159, 177.  
Rorty R., 18, 177.  
Rosanvallon P., 96, 177.  
Rosenfield S., 177.

Rosenzweig F., 177.

Rousseau J.-J., 33, 35, **36-38**, **41-43**, 53, 60, 61, 64, 67, 68, 72, **74-79**, 80, 81, 85, 90, 91, 98, 106, 107, 108, 111, 119, 121, 126, 131, 133, 145, 150, 153, 154, 155, 163, 173.

## S

Savaron J., 15.

Savigny K. von, 120

Scheler M., 144, **146-147**, 177.

Schmitt C., 7, 28, 29, 34, 49, 51, 79, 82, 102, 176.

Schnapper D., 177.

Sénellart M., 177.

Seyssel C. de, 9.

Sieyès E., 42, 43, 47, 48, 51, 79, **80-81**, 106, 119, 121, 131, 150, 154, 173.

Silhon J. de, 15.

Socrate, 18.

Sorel G., 113.

Spencer H., 174.

Spengler O., 174.

Spinoza B., 40, 85.

Strauss L., 8, 33, 192, 174, 177.

Suarez F., 13, 14, 173.

## T

Taylor Ch., 177.

Terrevermeille, 32.

Tocqueville A. de, 43, 110, 132, 134, **148-152**, 174.

Troper M., 174.

## V

Vattel E. de, 119.

Vattimo G., 117, 177.

Vincent J.-M., 177.

Vitoria F. de, 13.

## W

Weber M., 29, 78, **100-105**, 147, 148, **155-158**, 161, 174, 177.

Weil E., 72, **99-100**, 177.

Wolff Ch., 41.