

100 %
DROIT



HISTOIRE DE LA CONSTRUCTION DE L'ÉTAT

OSCAR FERREIRA



*Illustré par
des extraits de texte
et de nombreux
repères chronologiques*

ellipses

INTRODUCTION

Une présence familière, pourtant récente et méconnue

Depuis le XVIII^e siècle, les formes principales du politique sont les formes étatiques, le monde étant aujourd'hui divisé en États. Le succès de ce modèle, initialement européen¹, semble sans limite : l'Organisation des Nations unies (ONU) en reconnaît aujourd'hui 197, dont 193 membres, démontrant si besoin était sa vivacité. Les quatre pays manquants sont d'ailleurs des cas particuliers. Il s'agit du Vatican (qui dispose toutefois du statut d'observateur), de la Palestine (également observateur) et enfin de deux îles en libre association avec la Nouvelle Zélande : les îles Cook et Niue. Ces situations ne sont pas nécessairement transitoires ; elles répondent parfois à des considérations politiques : la Suisse a ainsi longtemps refusé d'adhérer à l'ONU en vertu de sa neutralité ; elle s'y résigna finalement en 2002 – soit la même année que l'intégration du Timor oriental, libéré du joug de l'Indonésie.

Nous remarquons ainsi que le principe d'autodétermination des peuples (ou droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) consacré par le droit international² a abouti à de mêmes revendications dans le monde, surtout au moment de la décolonisation³. Les peuples ainsi libérés de la souveraineté d'un État cherchent à fonder et à faire reconnaître le leur. Non sans mal, malheureusement, en particulier dans des contrées dénuées d'infrastructures et d'éducation constitutionnelle et politique. Dans de nombreux cas, cela facilita l'accaparement des ressources par une oligarchie, tantôt civile, tantôt militaire : nous assistons alors à une privatisation progressive de « l'État », couronnant trop souvent un système de domination clientéliste⁴.

Quoi qu'il en soit, l'idée perdure, prouvant au passage que la collectivité étatique suppose une reconnaissance internationale de la part... d'autres États. Le procédé peut sembler étrange avec le recul, mais motive cependant les récentes naissances de l'Érythrée (1991 – après séparation de l'Éthiopie), du Timor oriental (2002) ou encore du Soudan du Sud (2011), sans évoquer les revendications de plusieurs peuples sans État, à l'image des Kurdes.

1. J. Picq, *Une histoire de l'État en Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

2. V. Huet, *Le principe de l'autodétermination des peuples*, Paris, L'Harmattan, 2013.

3. B. Droz, *Histoire de la décolonisation au XX^e siècle*, Paris, Seuil, 2009.

4. Voir *Politique africaine*, n° 73, 1999, un numéro consacré à « l'État en voie de privatisation ».

Signalons enfin l'existence d'États *de facto*, un terme désignant ces régions séparatistes dont l'indépendance, proclamée unilatéralement, n'est pas reconnue par la communauté internationale et encore moins par l'État officiel dans lequel elles se trouvent. Le démembrement de l'URSS en a produit plusieurs, de l'Abkhazie (« indépendante » de la Géorgie depuis 1992 et reconnue en tant que telle par une poignée d'États seulement) à la Transnistrie (officiellement attachée à la Moldavie), ce sans oublier les Républiques populaires de Donetsk et de Lougansk, théoriquement toujours liées à l'Ukraine¹ et enjeu de l'actuel conflit militaire.

Signe des temps : même les doctrines politiques qui lui étaient initialement hostiles ont fini par l'adopter, sans doute dans l'espoir de le dompter. À ce titre, le socialisme, le communisme et l'anarchisme ont connu des variantes se greffant ou rêvant de se greffer à l'État².

Ce qui nous paraît aujourd'hui banal se présente pourtant comme une nouveauté dans l'histoire de l'humanité. Le mot « État », au sens moderne du terme, est apparu au xv^e siècle, vraisemblablement sous la plume de Nicolas Machiavel (1469-1527). Son concept, émergeant progressivement, a permis de requalifier les institutions publiques qui lui étaient antérieures, étant entendu que l'État n'est qu'un des modèles possibles d'organisation des rapports humains au sein d'une société – et sans doute pas le dernier modèle imaginable, bien qu'il ne soit pas encore totalement dépassé. Cependant, le phénomène de la mondialisation a démontré, si besoin était, qu'il existait une vie, y compris politique, en dehors de l'État, qui tend par certains aspects à lui contester sa souveraineté. En ce sens, Susan Strange a pu annoncer un retrait ou plutôt un évidement de l'État, au point de devenir creux (*hollow State*)³. Perdant ses moyens d'action sur la société civile, et plus encore sur les groupes commerciaux de type GAFAM, auxquels il délègue volontiers plusieurs responsabilités, l'État se transformerait peu à peu en un simple relais d'un nouveau système mondial de domination, qui se mettrait en place au xx^e siècle. Autant dire que l'État, tel que nous le connaissons, serait entré dans le crépuscule de son existence ; sa mort serait actée, nonobstant les soubresauts constatés ici ou là, notamment des suites de la crise sanitaire de 2020/2022⁴, et en dépit de l'augmentation considérable des dépenses et du contrôle publics.

Que cette thèse se confirme ou non à l'avenir ne doit pas faire oublier que l'État est une construction à la fois neuve et fragile. Nous l'omettons car l'État occupe aujourd'hui une place centrale, sans être exclusive : il tolère des formes de

1. M. Dembińska, *La fabrique des États de facto*, PU Montréal, 2022.

2. *Réflexions idéologiques sur l'État. Aspects de la pensée politique méditerranéenne*, PUAM, 1987.

3. S. Strange, *Le retrait de l'État. La dispersion du pouvoir dans l'économie*, Paris, Temps présent, 2011.

4. N. Rousselier, « L'État français à l'âge de la crise sanitaire », *Études*, n° 4274, 2020.

groupements inférieurs comme la famille, les syndicats (loi du 21 mars 1884), les associations (loi du 2 juillet 1901), mais peut aussi admettre une soumission à des entités supérieures, à l'image des fédérations¹.

L'État est surtout devenu le principal créateur du droit. Bien qu'il n'en ait pas le monopole, nonobstant les tentations et les affirmations antérieures², il faut rappeler que les sources du droit n'émanant pas directement de l'État sont tributaires du consentement étatique, qui suppose celui de son corollaire indissociable : la Nation. Deux cas suffiront pour l'illustrer :

- Les particuliers peuvent créer du droit. Selon l'art. 1103 du Code civil, « les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ». Cette faculté est cependant accompagnée de restrictions considérables (ordre public, bonnes mœurs, clauses illicites...), qui démontrent bien qu'il s'agit plus d'une faculté offerte et encadrée par l'État que d'un pouvoir normatif autonome.
- Certaines entités supra étatiques ou ententes entre États peuvent aussi créer du droit par le biais de traités et d'accords internationaux. Toutefois, pour prendre effet sur le territoire, ils doivent, comme en France, avoir été ratifiés ou approuvés en vertu d'une loi interne (art. 53 de la Constitution de 1958). Le droit international a, de toute manière, consacré de longue date ce principe : dans un arrêt du 7 sept. 1927 relatif à l'affaire du Lotus, la Cour permanente de Justice internationale précise bien que « les règles de droit liant les États procèdent [...] de la volonté de ceux-ci [...] »³.

Le phénomène étatique se présente en même temps comme le fruit d'un processus historique et social visant à réguler tous les comportements humains (religion, économie, société, famille...), et comme une institution juridique primaire qui a su, à terme, se soumettre lui-même au droit, y compris à celui qu'il a créé. Là réside sa singularité : l'État est à la fois auteur et sujet du droit.

Toutefois, cela peut sembler être une vue de l'esprit : comment croire en la force d'une autolimitation ? Ne risque-t-on pas d'aboutir à des monstres terrifiants, à l'image du Léviathan de Thomas Hobbes, une créature puisée dans l'Ancien Testament, ou de l'Argos des premiers constituants brésiliens, ce berger mythologique aux 100 yeux qui semble préfigurer le *Big Brother* de Georges Orwell ? Il existe en effet un monde entre l'État de droit et l'État totalitaire, en n'omettant pas les États militaires qui ont pullulé en Amérique latine⁴... Les modèles d'États sont

1. O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2007.

2. O. Ferreira, *Histoire contemporaine des sources du droit*, Paris, Ellipses, 2019.

3. CPJI, arrêt du 7/9/1927, *France contre Turquie* (dit affaire du Lotus), série A, n° 9, p. 18.

4. A. Rouquié, *L'État militaire en Amérique latine*, Paris, Seuil, 1982 ; J.-Y. Dormagen, *Logiques du fascisme. L'État totalitaire en Italie*, Paris, Fayard, 2008.

en effet nombreux, bien que certains aient cru assister à la « fin de l'histoire » après la chute de l'URSS¹ : cet événement ne devait laisser sur pieds que le modèle libéral et occidental d'État, soigneusement étendu par les États-Unis dans le monde afin de servir leurs propres intérêts².

Si le propos du présent livre s'en tiendra à la construction de l'État en France, il convient de rappeler en introduction que d'autres approches existent, liées à l'histoire, à l'idéologie et aux mœurs des habitants de tel ou tel territoire – que nous adhérons ou non à la thèse polémique de Samuel Huntington sur le « choc des civilisations »³ ou au constat désabusé de Robert Kagan sur la « fin des rêves »⁴. Loin d'être uniforme, le modèle étatique peut ainsi accueillir des régimes bien peu libéraux, qui prolifèrent depuis le début du XXI^e siècle. La profusion d'études sur les démocraties le laisse entendre⁵, étant entendu que le modèle occidental de l'État de droit ne saurait plaire, ni même convenir, à toutes les contrées du monde, du moins sans le respect d'étapes intermédiaires (pour reprendre une expression de Benjamin Constant) et sans un apprentissage politico-constitutionnel de chaque instant. Disons-le haut et fort : sans éducation civique poussée et régulière, inspirée fut un temps par la *paideia* des Grecs de l'Antiquité, les États de droit ne résisteraient pas longtemps.

Quoi qu'il en soit, l'autolimitation seule, qu'elle soit ou non caricaturée, n'a jamais donné satisfaction. Au XIX^e siècle, déjà, la doctrine allemande était mesurée dans son analyse des octrois de chartes ou de constitutions par plusieurs monarques européens, notamment Louis XVIII en France et D. Pedro IV au Portugal : peut-on accorder du crédit aux limites juridiques qu'un pouvoir, qui se veut toujours législatif voire constituant, s'impose à lui-même⁶ ? En d'autres termes, peut-on croire au cantonnement de la puissance de l'État en l'absence de toute hétérolimitation, c'est-à-dire de limitation issue d'une autorité extérieure, supérieure voire antérieure à l'État ? À moins de revenir à des conceptions jusnaturalistes plus ou moins avouées, reconnaissant ainsi l'existence d'un ordre supérieur (Dieu, droit naturel...) qui a posé les bases de différents droits, généralement subjectifs, que l'État est tenu de déclarer et de garantir : tel sera le propos de ce qui fut un temps nommé le « constitutionnalisme octroyé »⁷.

1. Fr. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 2009.

2. Z. Brzezinski, *Le grand échiquier. L'Amérique et le reste du monde*, Paris, Hachette, 2011.

3. S. P. Huntington, *Le Choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2000.

4. R. Kagan, *Le retour de l'Histoire et la fin des rêves*, Paris, Plon, 2008.

5. Voir le numéro 169 de la revue *Pouvoirs* dédié aux démocraties.

6. J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918)*, Paris, PUF, 2002.

7. O. Ferreira, *Le constitutionnalisme octroyé*, Paris, Eska, 2019.

Le propos d'une histoire de la construction de l'État vise donc à prendre en considération les aspects historique et juridique afin de dévoiler les soubassements de l'État moderne, en accueillant les fruits d'une rencontre nécessaire entre histoire et théorie du droit¹. L'État français présente ainsi ses particularités, ses heures de gloire, ses épisodes plus sombres aussi, une histoire en somme, à la fois politique, sociale, économique, militaire, idéologique et religieuse, qui lui ont donné ses principaux traits et ses valeurs. Il conviendra de les exposer en temps voulu afin de mieux comprendre cette construction, qu'elle se poursuive ou qu'elle se vide.

Définition juridique de l'État : une réunion de quatre critères

Avant de débiter, une définition générale s'impose ; elle sera classique, bien que faussement ancienne et internationale. Bien que des signes avant-coureurs peuvent se trouver dès le XVII^e siècle², nous la devons surtout aux travaux des publicistes allemands du XIX^e siècle, à commencer par Karl von Rotteck (1775-1840) et Karl Theodor Welcker (1790-1869). Ces deux auteurs sont à l'origine de la première encyclopédie allemande de droit et de sciences politiques en 15 volumes : le *Staats-Lexikon* (1834-1848)³, c'est-à-dire le « Dictionnaire de l'État ». Leurs contemporains, à l'instar de Robert von Mohl (1799-1875), et plus encore leurs successeurs, en particulier Rudolf von Jhering (1818-1892), Paul Laband (1838-1918) et Georg Jellinek (1851-1911), ont forgé la théorie de l'État et notamment celle de l'État de droit, dégagant au passage le concept d'autolimitation comme nous l'avons vu⁴. Leurs travaux seront lus, commentés, critiqués mais aussi prolongés en France par les grands constitutionnalistes de la III^e République : citons notamment Adhémar Esmein (1848-1913), Maurice Hauriou (1856-1929), Léon Duguit (1859-1928) et Raymond Carré de Malberg (1861-1935), auteur d'une monumentale *Contribution à la théorie générale de l'État* (2 volumes, 1920 et 1922)⁵.

-
1. P. Bonin/P. Brunet/S. Kerneis (dir.), *Formes et doctrines de l'État. Dialogue entre histoire et théorie du droit*, Paris, Pedone, 2018.
 2. C. Regad, *Les juristes de Louis XIII et de Richelieu, théoriciens de l'État*, Paris, LGDJ, 2018, p. 168-173.
 3. I. Rademacher, « La première encyclopédie politique allemande : le *Staats-Lexikon* de Rotteck et Welcker (1834-1848) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 24, 2006, p. 255-297.
 4. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002 (soulignant, p. 348, que les juristes français ne se préoccupent pas de la théorie de l'État avant les grands noms de la III^e République) ; O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, PU Strasbourg, 2001 ; J. Chevallier, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, 2017, 6^e éd.
 5. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914)*, PUAM/Economica, 1992. Sur les juristes français mentionnés dans ce livre, voir les notices contenues dans le *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, Paris, PUF, 2015, 2^e éd.

Leur définition fait foi en vertu de sa consécration plus ou moins complète par la Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États de 1933, qui fait aujourd'hui partie du droit international coutumier. Selon l'art. 1 de cette Convention, « l'État comme personne de droit international doit réunir les conditions suivantes : 1) Population permanente ; 2) Territoire déterminé ; 3) Gouvernement ; 4) Capacité d'entrer en relations avec les autres États ».

En droit¹, la formation d'un État suppose donc, en plus de la reconnaissance internationale lui permettant d'entrer en relations avec d'autres États considérés comme ses « égaux », la réunion de trois critères qui lui servent de support définitionnel :

1°) *Un critère organique tout d'abord* : la présence d'une population permanente, qui n'est autre que la composante humaine de l'État, son fondement social en quelque sorte. Elle se présente souvent sous un front uni, que l'on nomme aujourd'hui « nation », même si ce terme présente deux définitions différentes et en apparence antinomiques qui vont principalement se confronter au XIX^e siècle². Une approche française s'opposerait ainsi à la conception germanique de la nation³ :

a) L'idée française fut exposée avec clarté par Sieyès en 1789 dans *Qu'est-ce que le Tiers État ?* : « Qu'est qu'une Nation ? un corps d'associés vivant sous une loi commune et représentés par une même législature etc. »⁴. Elle sera reprise et développée par Ernest Renan en 1882, pour qui la nation est « un plébiscite de tous les jours ».

-
1. La définition des sciences humaines et sociales est un vaste débat, qui tient du « terrain miné » selon J. Lamy et A. Saint-Martin, « L'État dans tous ses états. Esquisse de définition », *Cahiers d'histoire*, n° 134, 2017, p. 11-20.
 2. Parmi une vaste bibliographie : A. Slimani, *La modernité du concept de nation au XVIII^e siècle (1715-1789)*, PUAM, 2004 ; D. Schnapper, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 1994 ; P. Ory, *Qu'est-ce qu'une nation ? Une histoire mondiale*, Paris, Gallimard, 2020.
 3. L'opposition aujourd'hui classique mérite pourtant bien des nuances, les deux approches étant plus proches qu'on ne le croit, en particulier eu égard à leur objectif : celui de donner sens et légitimité à l'État-nation. Voir R. Cahen/Th. Landwehrle, « De Johann Gottfried Herder à Benedict Anderson : retour sur quelques conceptions savantes de la nation », *Sens public*, 2010.
 4. *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, in E.-J. Sieyès, *Écrits politiques*, Paris, Archives contemporaines, 1994, p. 121.

Les Français sont avant tout intéressés par l'idée de pacte : une nation est une association politique, qui décide de s'unir autour d'un projet commun porté par un certain nombre de valeurs, véhiculés et garantis par la loi. En ce sens, la Constitution et le Code civil des Français vont longtemps être perçus comme des pactes nationaux. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire Portalis, l'un des quatre rédacteurs du Code civil des Français (son nom d'origine) de 1804 :

« Nous ajouterons que les hommes qui dépendent de la même souveraineté, sans être régis par les mêmes lois, sont nécessairement étrangers les uns aux autres ; ils sont soumis à la même puissance, sans être membres du même État. Ils forment autant de nations diverses qu'il y a de coutumes différentes ; ils ne peuvent nommer une patrie commune. Aujourd'hui une législation uniforme fait disparaître toutes ces absurdités et ces dangers ; l'ordre civil vient cimenter l'ordre politique. Nous ne serons plus Provençaux, Bretons, Alsaciens, mais Français »¹.

b) Pour sa part, la version germanique fut dégagée par les romantiques allemands comme Fichte (*Discours à la nation allemande*, 1808) et par leurs précurseurs du *Sturm und Drang* (« tempête et élan », d'après le titre d'une tragédie de Klingler), un mouvement artistique et politique des années 1770-1780 mené par Goethe, Schiller et Herder. Ce dernier, en particulier, cherchait plutôt à déceler un « esprit du peuple » (*volksgeist*), une âme, qui parcourt les siècles ; ce type de définition place l'accent sur l'histoire commune qui identifie et démarque « objectivement » une nation par opposition à d'autres, mais se confondra bientôt avec l'identité physique d'une population, pour ne pas dire sa « race » ... Inutile de dire que cette approche, recevable d'après ses postulats d'origine, a été totalement détournée de son objet aux XIX^e et XX^e siècles et pas uniquement par des Allemands : il n'est que de rappeler son usage par Arthur de Gobineau, dans son *Essai sur l'inégalité des races humaines* (1853), pour ne prendre qu'un exemple français qui aura beaucoup inspiré les théoriciens allemands en retour².

Le critère de l'homogénéité de la population, que suppose la version extrême de la définition germanique, n'a pas été retenu par le droit international pour d'évidentes raisons historiques qui ont vu la question de la nation glisser vers le thème du nationalisme. Cela dit, l'appartenance de populations lointaines à l'humanité suscita

1. Exposé des motifs devant le Corps législatif du 28 ventôse an XII in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil par P.A. Fenet*, Paris, 1827, t. I, p. CII. Voir A. Desrayaud, « Le sentiment patriotique dans le discours des législateurs de 1801 », *Napoleonica*, n° 9, 2010, p. 32-90.

2. J. Buenzod, *La formation de la pensée de Gobineau et l'Essai sur l'inégalité des races humaine*, Paris, Nizet, 1967.

de sombres débats. Le pape Paul III a certes tenu à éteindre toute polémique dans sa bulle *Sublimis Deus* (1537), où il rappelle le principe d'unité du genre humain, mais celle-ci peut se reposer à l'avenir sous des angles différents : le transhumanisme nous guette à la fin du siècle, accompagné de problèmes éthiques et bioéthiques¹. La controverse de Valladolid, opposant Sepulveda à Las Casas en 1550 et 1551, doit être mentionnée car elle pose plusieurs problématiques, notamment celle de l'acceptation d'une évaluation et d'une hiérarchie des civilisations, et *in fine* des populations qui les ont enfantées².

La population à la base d'un État n'a aujourd'hui pas à être nombreuse, cultivée, développée ; mais rien ne dit que ce premier critère soit destiné à être immuable : après tout, le refus d'une reconnaissance internationale se fonde parfois sur des données subjectives qui tendent à nier le caractère étatique de tel ou tel groupement que la communauté internationale qualifiera plus volontiers de « bande de brigands » en souvenir des critiques acerbes formulées par saint Augustin contre toute entité publique ne respectant pas la justice³...

2°) *Un critère géographique ensuite* : l'existence d'un espace déterminé, que l'on nomme habituellement territoire. Ce critère, appelé à compléter le premier, est compris de façon assez lâche : il suffit que les contours du territoire soient suffisamment précis, grâce à des frontières maîtrisées⁴. Cela ne signifie pas qu'elles doivent être posées à jamais – l'histoire de France démontrant aisément l'inverse⁵. Les guerres et les paix ont ainsi souvent redéfini leurs contours, consacrés par des accords internationaux à l'image de la paix de Westphalie (1648) ou du congrès de Vienne (1815) : ces traités majeurs de l'histoire européenne devaient précisément reconnaître les États nouveaux et leurs frontières, au point que le « tournant westphalien » ait parfois été considéré comme l'acte de naissance officiel de l'État⁶.

Toutefois, les frontières doivent au moins être tenues. Il convient d'ajouter que le territoire ne se limite pas à une question de lignes de démarcation : il s'agit aussi de délimiter un espace de juridiction, où s'applique le droit de l'État par le biais de ses juges qui ont compétence pour y rendre la justice. La frontière marque donc la limite de la compétence d'un État dans l'exercice de ses droits régaliens.

-
1. X. Labbé, *La confusion juridique des personnes et des choses*, Paris, L'Harmattan, 2021 ; Y. Flour/P.-L. Boyer (dir.), *Transhumanisme : questions éthiques et enjeux juridiques*, Paris, Parole et Silence, 2020.
 2. J. Dumont, *La vraie controverse de Valladolid. Premier débat des droits de l'homme*, Paris, Critérian, 1995.
 3. A. Schütz, « Saint Augustin, l'État et la « bande de brigands » », *Droits*, n° 16, 1992, p. 71-82.
 4. M. Lafourcade (dir.), *La Frontière des origines à nos jours*, PU Bordeaux, 1998.
 5. D. Nordman, *Frontières de France. De l'espace au territoire XVI^e-XIX^e siècles*, Paris, Gallimard, 1998.
 6. Ce qui n'en demeure pas moins une vue de l'esprit, fruit d'une longue histoire : voir Cl. Gantet, « Le « tournant westphalien ». Anatomie d'une construction historiographique », *Critique internationale*, n° 9, 2000, p. 52-58.