



HAL
open science

**Le territoire est plus intéressant que le territoire.
Présentation du dixième numéro consacré au Territoire**

Michel Troper

► **To cite this version:**

Michel Troper. Le territoire est plus intéressant que le territoire. Présentation du dixième numéro consacré au Territoire. JURISdoctoria, 2013, 10. halshs-03281087

HAL Id: halshs-03281087

<https://shs.hal.science/halshs-03281087>

Submitted on 7 Jul 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le territoire est plus intéressant que le territoire

Présentation du dixième numéro consacré au Territoire

MICHEL TROPER

Parrain du Numéro

Professeur émérite à l'Université Paris Ouest.Nanterre – La Défense (Paris 10)

Le titre du magnifique roman de Michel Houellebeck « La carte et le territoire » dérive d'une formule célèbre de Korzybski, « la carte n'est pas le territoire », qui signifie simplement, comme celle non moins célèbre de Magritte « ceci n'est pas une pipe », qu'il ne faut pas confondre la représentation de la réalité avec la réalité elle-même, ce qui, soit dit en passant, est justement en quoi consiste le pêché d'idolâtrie, mais Houellebeck ajoute que « la carte est plus intéressante que le territoire ».

On ne peut pas la transposer facilement dans le langage du droit, ni même dans celui de la géographie ou de la zoologie, parce qu'il n'y a pas de carte qui soit distincte du territoire et qui le représente. C'est que le territoire n'est pas une réalité matérielle qui ferait l'objet d'une représentation. C'est seulement le produit d'une délimitation de l'espace opérée par les hommes ou les animaux.

Que le territoire présente un caractère entièrement artificiel, Rousseau l'a démontré mieux que quiconque : « Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne »¹.

Le territoire est lui-même une représentation, nécessairement déformée et intéressée de l'espace naturel, et le juriste pourrait prolonger l'idée de Houellebeck.

¹ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754).

Le territoire est en effet plus intéressant que l'espace naturel, car le droit est bien l'imposteur que Rousseau voudrait dénoncer, celui qui fait *comme si* le territoire était une réalité naturelle et qu'il était à lui, celui qui veut faire passer les mots pour des choses et qui y réussit.

On connaît l'anecdote de la commission mixte américano-canadienne, qui devait opérer une délimitation précise de la frontière entre les deux pays et se rendit sur le terrain. À un certain endroit, se trouvait une maison, à cheval sur la ligne tracée sur la carte. Aussi, pour éviter de faire passer la frontière à l'intérieur de la maison, on décida de demander à la vieille dame qui en était propriétaire, si elle préférerait être en territoire canadien ou américain, à quoi elle répondit : « En territoire américain, bien sûr. À mon âge, je ne supporte plus les terribles hivers canadiens ».

Si le territoire est pour le juriste – entendons celui qui s'efforce d'analyser le droit – plus intéressant que l'espace naturel, ce n'est ni parce qu'il serait victime de la même illusion que la vieille dame, ni parce qu'il nourrirait comme Rousseau celle de réussir à dénoncer l'imposture, mais parce qu'il voudrait en comprendre les ressorts. Sans doute n'est ce pas le seul cas d'un concept qui serait pris pour une chose, et les ressorts idéologiques et sentimentaux de l'illusion sont assez clairs, mais les concepts juridiques ont une relation non seulement avec l'idéologie, mais aussi avec le langage proprement juridique ; et c'est cette relation du concept de territoire avec le langage juridique qu'il s'agit de découvrir. Il est donc bien vrai que le territoire qui existe (le concept) est plus intéressant que le territoire (réel), qui n'existe pas.

Comme pour d'autres concepts qui n'ont pas de référence empirique, mais avec lesquels opère le droit, on ne peut pas espérer découvrir une quelconque nature juridique du territoire. On peut seulement rechercher l'usage que l'on fait de ce terme dans la langue des juristes et surtout la nécessité d'y recourir. Il n'est d'ailleurs pas certain que cet usage présente une quelconque unité.

On peut distinguer deux types d'usages, dans le langage du droit positif, dans le discours sur le droit, dans le métalangage de la science du droit ou celui de la théorie du droit et de l'État.

Il ne fait aucun doute que le langage du droit lui-même emploie le terme de territoire. La Constitution l'emploie parfois de façon explicite. Ainsi, selon l'article 1^{er} de la Constitution de l'an VIII : « La République française est une et indivisible. - Son territoire européen est distribué en départements et arrondissements communaux ». De même la Constitution de 1958 fait du Président de la République le « garant de l'intégrité du territoire », et l'une des conditions pour la mise en vigueur de l'article 16 est une menace grave et immédiate sur « l'intégrité du territoire ». On voit par ces deux exemples que le même terme réfère à deux concepts de territoire, parce qu'il a deux usages différents. Dans le premier cas, celui

du territoire européen et des territoires des départements et des communes, il permet de délimiter des domaines de compétences ; dans le second, le territoire est sans doute l'espace sur lequel s'exercent les compétences de la République, mais il s'agit ici non de définir ces compétences, mais seulement de justifier certaines actions par la nécessité de garantir l'intégrité physique de cet espace.

La Constitution peut naturellement employer le concept de territoire sans le mot correspondant. Proclamer, comme le fait l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, que cette organisation est décentralisée, n'est-ce pas dire que certaines normes auront une validité territoriale limitée (autrement dit, que certaines normes ne seront valides qu'à l'égard de certaines classes d'individus, définies par un lien au territoire), et que ces normes seront produites d'une certaine façon ? Mais elle peut aussi n'employer ni le mot, ni même le concept. C'est le cas si elle ne contient aucune règle relative à l'organisation administrative ou au système électoral et si elle laisse au pouvoir législatif le soin d'en produire.

En revanche, dès lors que toutes les normes qui appartiennent à l'ordre juridique n'ont pas une validité universelle, il est inévitable que certaines au moins aient un domaine de validité territoriale limité et il est donc évidemment impossible de poser des règles administratives, par voie législative par exemple, sans recourir au concept de territoire.

Comme le droit positif emploie le concept de territoire, la science du droit qui décrit ces règles – mais aussi celles qui relèvent d'autres branches du droit, le droit pénal ou le droit de la famille – doit décrire l'usage qu'il fait du concept de territoire et les variations de cet usage.

C'est justement ce que font les responsables de *Jurisdoctoria* et les contributeurs de ce numéro, lorsqu'ils constatent que les règles délimitent des territoires qui, tantôt coïncident avec le territoire étatique, tantôt sont plus étroits ou plus larges que lui, mais que l'État joue nécessairement un rôle dans leur définition. Ce rôle est d'ailleurs double : il produit ou coproduit avec d'autres États les règles qui délimitent les territoires, ainsi que celles qui déterminent les compétences des autorités qui à leur tour produiront des règles valides dans ces limites. Tous les mouvements de territorialisation, déterritorialisation ou transterritorialisation sont en ce sens définis par référence à l'État. Il en va de même de l'extraterritorialité, si celle-ci signifie ou bien qu'une portion du territoire est soustraite en tout ou en partie au pouvoir de l'État ou, au contraire, qu'un ordre juridique étatique contient des normes ayant pour objet des faits extérieurs au territoire.

Mais si le territoire est ainsi indissociable de l'État, l'État est-il lui-même indissociable du territoire ? Il est clair que le langage du droit positif et celui de la science du droit doivent nécessairement faire usage du concept de territoire, mais cette nécessité apparaît bien moins clairement si l'on considère le métalangage de la

Théorie générale du droit et de l'État. S'il s'agit en effet de définir l'État ou la norme juridique par leurs caractères essentiels, le territoire fait-il partie de ces caractères ?

La réponse à cette question dépend du type de définition recherchée. On peut vouloir capturer au moyen d'une définition anhistorique ce que l'on croit être la *nature objective* de l'État ou de la norme ou, au contraire, se borner à construire un métaconcept qui ne servirait qu'à refléter les usages du concept d'État dans certains contextes historiques et qui n'aurait donc pour références que les concepts d'un langage juridique historiquement situé.

S'agissant de la définition de la *nature* de l'État, le recours au territoire peut apparaître largement inutile ou source de confusion. On connaît la critique que fait Kelsen de la définition traditionnelle par les trois éléments dits constitutifs de l'État, le peuple, le territoire, la puissance publique. Il souligne que ces trois éléments n'ont pas d'existence naturelle et qu'ils ne peuvent jamais être définis que par le droit. C'est ainsi que, de même qu'on ne peut définir le peuple que comme l'ensemble des individus soumis à l'État, on ne peut définir le territoire que comme le domaine de validité de l'ordre juridique étatique, de sorte que la définition traditionnelle de l'État apparaît comme circulaire.

Il a sans doute parfaitement raison. Pourtant, lorsqu'il présente sa propre définition, il prend en compte lui aussi le territoire : « l'État, dont les éléments essentiels sont le peuple, le territoire et le pouvoir, se définit comme un ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatial et temporel, soumis immédiatement au droit international, et efficace, dans l'ensemble et généralement »².

Kelsen tombe ainsi sous le coup de sa propre critique. Non seulement les trois éléments traditionnels du *definiens* ne sont définis que par le *definiendum*, mais il en va de même de celui qu'il a ajouté, la soumission immédiate au droit international : comment peut-on affirmer qu'une forme politique est immédiatement soumise au droit international ? Sauf à adopter une posture normative, la théorie du droit peut seulement répondre qu'elle est soumise au droit international si et seulement si ce pouvoir politique lui-même ou le droit international considèrent qu'il y est soumis. La soumission au droit international ne peut pas alors servir de critère pour une définition de l'État, parce qu'elle signifierait seulement qu'est soumise au droit international une entité qui est soumise au droit international. Une telle définition serait donc elle aussi circulaire. Du point de vue du droit international, la soumission au droit international ne peut pas être le critère de l'affectation d'une entité à la classe des États, mais seulement sa conséquence.

² *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 383.

Kelsen pourrait sans doute objecter que sa définition, contrairement à la définition traditionnelle par les trois éléments, ne prend pas le territoire, le peuple ou le pouvoir pour des données naturelles, que la soumission au droit international n'en est pas une non plus et qu'il se borne à constater qu'il est dans la nature d'un ordre juridique centralisé d'être valide sur un territoire et un peuple donnés et de trouver le fondement de sa validité dans un autre ordre juridique.

Mais, comment peut-il découvrir cette nature ? Il la fait découler de la nature des normes qui composent l'ordre juridique : puisque toute norme a un espace de validité territoriale, autrement dit qu'elle s'impose sur un territoire donné, l'ordre juridique pris globalement aurait nécessairement lui aussi un espace de validité territoriale, et puisqu'une norme ne peut trouver le fondement de sa validité que dans une norme supérieure, alors l'ordre juridique tout entier doit trouver le fondement de sa propre validité dans un ordre supérieur. À la première idée, on a pu objecter à juste titre (Eisenmann) que, si une norme est une prescription, elle ne peut avoir pour destinataires que des hommes et jamais des choses. Si elle est valide sur un territoire, elle n'est pas valide ou obligatoire à l'égard de ce territoire, mais seulement à l'égard des hommes. Sans doute toute norme n'est valide qu'à l'égard d'une classe d'hommes qui en sont les destinataires et cette classe peut être définie par le territoire, celui sur lequel se trouvent ces hommes, celui sur lequel ils sont nés, celui sur lequel se trouve une institution avec laquelle ils ont un lien ; mais c'est là une propriété purement contingente. Certes, c'est très souvent le cas, mais il est parfaitement concevable qu'une norme ait pour destinataires tous les hommes ou des hommes définis par quelque autre trait que leur lien au territoire, voire qu'elle soit universelle.

L'insistance de Kelsen sur l'idée que les normes auraient par nature une validité territoriale comme une validité temporelle s'explique en réalité par sa volonté de transposer non pas seulement à la science du droit, mais malheureusement au droit lui-même les catégories *a priori* de la connaissance. Pourtant, le territoire n'est pas l'espace. Ce n'est pas une catégorie transcendante. Si le langage du droit fait un large usage du concept de territoire, c'est là un phénomène contingent et la Théorie générale du droit et de l'État peut parfaitement s'en passer.

Quant à l'idée qu'un ordre juridique doit nécessairement trouver le fondement de sa validité dans un ordre supérieur, elle présuppose que la validité n'est pas seulement un caractère constitutif de la norme, son mode d'existence, mais que c'est aussi celui de l'ordre juridique. Pourtant, s'agissant de la norme, la validité n'est qu'une notion relative : une norme est valide ou obligatoire relativement à une autre norme, mais pas absolument ou moralement obligatoire. La norme la plus élevée de l'ordre juridique, la Constitution, n'est ainsi pas valide comme le sont les autres normes. On présuppose seulement qu'elle est valide. Ce présupposé est logiquement

nécessaire, parce que si la Constitution n'était pas une norme valide, elle ne serait pas apte à fonder la validité des autres normes. La fameuse norme fondamentale est donc une fiction, la fiction que la Constitution est valide. Cependant, il n'est nul besoin de prétendre qu'elle est *réellement* valide et obligatoire, sauf, comme l'a bien montré Alf Ross, à formuler un jugement moral. Il en va de même de l'ordre juridique pris dans sa totalité, qui ne doit pas être considéré comme valide, sauf à prétendre qu'il y aurait une obligation morale de lui obéir. Par conséquent, si l'ordre juridique n'est pas nécessairement valide, il ne doit pas nécessairement trouver son fondement dans un ordre juridique supérieur.

Les tentatives pour inclure dans une définition de la nature de l'État ou de la norme juridique un critère tiré du territoire paraissent donc destinées à échouer.

Il en va de même d'une définition visant seulement à décrire l'usage du concept de territoire dans la définition donnée de l'État dans le langage du droit. Il est incontestable qu'il est fait usage de ce concept.

Aussi, une Théorie générale du droit et de l'État purement descriptive pourrait se borner à reproduire la définition traditionnelle par les trois éléments, sans tomber sous le coup de la critique de Kelsen, car, bien que cette définition soit tautologique, c'est un fait que le langage du droit, par exemple celui du droit international, considère que quelque chose est un État à la condition que les trois éléments, peuple, territoire et pouvoir, soient présents. Cette définition apparaît alors comme la généralisation de la définition résultant de la pratique du droit international. Il en va de même de la définition de Kelsen, qui fait de la soumission au droit international un élément de la définition de l'État.

Ainsi, cette définition, comme la définition traditionnelle et bien qu'elles soient présentées par leurs auteurs comme anhistoriques, ne porte pas réellement sur la nature de l'État, mais sur le concept d'État tel qu'il est utilisé dans le langage du droit depuis trois siècles, c'est-à-dire sur le concept d'État moderne. C'est le cas en particulier de celle de Kelsen : si l'État se définit par la soumission au droit international, alors il n'y a pas d'État tant qu'il n'y a pas de droit international, c'est-à-dire pas avant l'apparition de l'État moderne. Alors que les formes politiques antérieures pouvaient être caractérisées elles aussi par l'exercice du pouvoir sur une population et un territoire, seul l'État moderne est soumis immédiatement au droit international.

Le territoire n'est donc pas un concept nécessairement lié au droit, puisque la classe des destinataires de normes n'est pas nécessairement définie par référence au territoire, ni à l'État, puisqu'un pouvoir politique qui s'exerce sur un territoire et une population déterminés n'est pas toujours un État.

Son caractère contingent n'en interdit nullement l'usage par la Théorie générale du droit et de l'État. C'est au moyen du concept de territoire qu'elle peut

distinguer différents types d'États (unitaire, fédéral, autonome, centralisé, décentralisé) ou différents types d'organisation administrative, mais c'est seulement en associant au territoire, à la population et au pouvoir politique, la centralité de l'ordre juridique et la soumission au droit international, que l'on peut construire non pas le concept juridique d'État, mais celui d'État moderne.