



HAL
open science

Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Le moment 1900-1925. Eléments pour une généalogie de l'Institution chez Hauriou. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 2012, 32, pp.359-371. halshs-00936617

HAL Id: halshs-00936617

<https://shs.hal.science/halshs-00936617v1>

Submitted on 27 Jan 2014

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 moment 1900-1925. Éléments pour une généalogie de l'institution chez Hauriou

1- Introduction.

Le mot institution est évidemment marqué d'une forte indétermination, et il prend des sens très divers selon le contexte de son emploi : en droit public interne notamment, il renvoie à des organes généralement collectifs, mais quelques fois aussi individuels, institués par l'ordre juridique comme des autorités ; donc des titulaires de compétences. Il est tentant en abordant Hauriou de tirer parti de sa place dans l'histoire du droit administratif, dont il contribua en France avec quelques autres à systématiser les règles naissantes et à conceptualiser les mécanismes, pour considérer que sa théorie de l'institution est une théorie des institutions publiques. C'est en partie vrai, si l'on s'en tient à l'objectif premier affiché d'Hauriou, qui était de rechercher une compréhension des fondements de ces institutions, et en premier lieu de l'Etat ; mais c'est aussi en partie erroné si l'on suit la méthode qu'il développe, et qui le conduit à s'attacher au phénomène institutionnel en lui-même, débordant largement le cadre des seules institutions publiques.

Ce faisant, Hauriou n'est pas totalement novateur. Il s'inscrit dans une ligne d'analyse qu'il s'approprie et poursuit. Mais dans l'histoire des théories juridiques, il marque un moment essentiel, celui où l'institution cesse d'être un objet juridique à comprendre pour devenir un outil de compréhension du droit. En ce sens, mais en ce sens seulement, il inaugure l'approche institutionnaliste, qui va ensuite se déployer dans des sens très divers.

Dans la théorie du droit à partir d'Hauriou, l'institutionnalisme renvoie à des approches plurielles qui ont en commun de mobiliser l'institution en tant que concept pour saisir les phénomènes juridiques : les décrire, les expliquer, les fonder ; et cette mobilisation ou conceptualisation génère une vision du droit qui peut être caractérisée par trois ordres d'idées :

- a) la dimension immédiatement sociale et collective du droit, qui va au-delà de la sphère politique et des institutions que cette sphère au moyen de ses normes institue ;
- b) l'hypothèse d'un pluralisme normatif ;
- c) l'inscription du phénomène juridique dans une analyse de la dynamique sociale (le mouvement et l'équilibre) que traduit la dialectique entre l'instituant et l'institué.

Comme on le perçoit spontanément, l'institution des théories de l'institution fait alors porter

l'accent non sur l'institution comme objet achevé d'une action (les institutions au sens du droit public) mais plutôt sur l'action elle-même qui institue ces objets.

Approches plurielles : si la théorie de l'institution d'Hauriou a été reçue, c'est d'une manière tout à fait particulière.

Elle a d'abord été très peu reçue dans le champ qu'elle visait à faire comprendre, qui est celui du droit administratif : ici, elle a donné lieu à davantage de confusions qu'elle n'a permis de clarification, et les potentialités explicatives de la théorie, qui devraient être soumises à la critique, ont été occultées par des débats largement biaisés par la discrimination construite entre un Hauriou administrativiste (brillant), que l'on discute, et un Hauriou philosophe du droit (confus), que l'on accepte sans le discuter et surtout sans le convoquer sur le terrain du droit positif (et sans convoquer ses thèses de philosophie du droit en droit positif). Dès lors évidemment, ne pouvant comprendre sur le seul terrain du droit positif ses choix conceptuels et les analyses qui en découlent, on est plus à l'aise pour les reformuler dans un sens qui les rend inacceptables, pour l'essentiel, et pour les réfuter.¹

Elle a ensuite été très imparfaitement reçue dans le champ de la philosophie du droit qu'elle inaugure : celui d'un idéalisme juridique sociologisant. Hauriou a des disciples, et la théorie de l'institution telle qu'il la formule a des disciples. Mais il y a autant de lectures de cette théorie de l'institution qu'il y a de lecteurs, d'autant qu'il n'y a pas une seule théorie de l'institution chez Hauriou. Chacun finalement y trouve ce qu'il y cherche, ce qui par ailleurs peut permettre de formuler des théories intéressantes en soi, mais il n'est pas toujours sûr que ce que l'on y trouve y soit, et il est toujours certain que divers aspects d'Hauriou sont laissés au bord de la route, soit qu'ils paraissent secondaires, confus ou incohérents, soit qu'ils sont tout simplement inacceptables pour la posture politique ou théorique dans laquelle Hauriou est convoqué.²

1 Voir notamment : *Maurice Hauriou et le droit administratif*, ann Toulouse, 1968 ; Ch. Eisenmann, *Cours de doctorat*, LGDJ 1982, not. t. II, p. 743 et s. ; Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Hauriou et Duguit », *Revue philosophique* 1930 p. 278 ; L. Sfez, *Contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966. Sur cette question, voir Eric Millard, Les disciples administrativistes d'Hauriou, *Revista Opiniao Juridica*, n° 6, 2005, pp. 373 et s., consultable en ligne : http://www.faculdadechristus.com.br/downloads/opiniao_juridica/revista_opiniao_juridica_06_edt.pdf.

2 Voir par exemple au sein d'une littérature considérable : J. Chevallier « L'analyse institutionnelle » in CURAPP, *L'institution*, PUF, 1981 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957 ; M. Doat, *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, LGDJ, 1995 ; P. Dubouchet, « Pour une théorie normative de l'institution », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993, n° 3, p. 739 s. ; P. Durand et al., *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1956 ; D. Espagno, *La refondation de la notion de service public en droit administratif français*, Thèse Toulouse 1998 ; N. Foulquier, « Hauriou Constitutionnaliste », *Jus Politicum* n° 2 (http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2_Foulquier_Maurice_Hauriou.pdf) ; M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, 1978 ; F. Linditch, *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, 1995 ; G. Marty, « La théorie de l'institution », in *La pensée du doyen Hauriou et son influence*, Pédone, 1969 ; J.-A. Mazères, « La théorie de l'Institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant 1998, pp. 239 et s. ; J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967 ; St. Pinon, « Le pouvoir exécutif chez Maurice Hauriou », in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n° 24, p. 119-164 ; G. Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930 ; Y. Tanguy, « L'institution dans l'œuvre de Maurice

Elle a enfin été reçue comme simple hommage dans le champ de la théorie générale du droit, et dans les sciences humaines et sociales. Les théories institutionnalistes qui s'y déploient – j'appelle toutes ces théories théories institutionnalistes, quel que soit le nom qu'elles se donnent, et sans connotation évaluatrice, pour distinguer clairement cette démarche de la théorie de l'institution d'Hauriou – se réfèrent toutes, formellement, à la démarche d'Hauriou, mais pour immédiatement en dire deux choses : a) qu'elle n'aurait pas pu être formulées sans le « précédent » de la théorie institutionnelle d'Hauriou et b) que malgré ce précédent elles s'en éloignent considérablement, ne reprenant pas à leur compte la démarche d'Hauriou. Apparaît alors clairement l'idée que le moment Hauriou est un moment de rupture paradigmatique, mais certainement pas épistémologique : rupture paradigmatique par l'intuition qu'il contient du déplacement de l'interrogation sur le droit ; absence de rupture épistémologique par l'échec (sous-entendu ou affirmé) prêté à sa théorisation.

La théorie générale du droit connaît de ce fait trois grands ordres d'approches institutionnalistes, dont aucune ne peut se revendiquer de la théorie de l'institution substantiellement ou méthodologiquement, quand bien même chercherait-elle à le faire.

En premier lieu, un institutionnalisme idéaliste ou classique, s'est construit autour de l'idée d'institution comme équilibre, qui est le plus proche de la théorie de l'institution d'Hauriou, mais qui est toujours une reformulation incomplète et infidèle, une relecture constructive.³ En second lieu, un institutionnalisme positiviste rapproche la théorie de l'institution du normativisme (pré)kelsénien, en s'attachant à l'intégration des institutions pour reconstruire l'unité de l'ordonnement juridique⁴ : une tentative historiquement marquée, donc une variation de l'institutionnalisme classique, dont Bobbio notamment a montré qu'elle n'était possible et justifiée que par une insuffisance corrigée des outils conceptuels du positivisme (concepts de norme de production de normes).⁵ En dernier lieu un néo-institutionnalisme contemporain développe au sein de la philosophie morale d'inspiration analytique une réflexion à partir des institutions de l'usage linguistique,⁶ et aborde le droit au travers du concept de règles institutionnelles que la philosophie analytique conçoit.⁷ D'un autre côté, des démarches sont proposées en dehors de la théorie du droit qui se réclament de la même rupture

Hauriou. Actualité d'une doctrine », *Revue du droit public et de la science politique*, 1991, p. 61–79.

3 Comme exemple de deux formulations radicalement différentes : J.-A. Mazères, « La dialectique de l'un et du multiple » in B. Stern (dir.), *Marché et Nation, regards croisés*, Montchrestien, CEDIN Paris I Perspectives internationales, 1995. ; G. Renard, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930

4 Santi Romano, *L'Ordre Juridique*, Dalloz, 2002 ; G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990 ; E. Millard, *Famille et droit public, Recherches sur la construction d'un objet juridique*, LGDJ, 1995.

5 N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in C. Perelman, *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 104–122.

6 L. Wittgenstein, *Recherches Philosophiques*, PUF, 2005.

7 N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992 ; M. La Torre, *Law as Institution*, Springer, 2010. Sur ce dernier auteur, voir E. Millard, « Sur les théories italiennes de l'Institution », in B. Basdevant et M. Bouvier (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, pp. 31-46.

paradigmatique, en pédagogie⁸, en psychiatrie,⁹ en philosophie¹⁰ ou en sociologie¹¹ notamment.

Il résulte de cet ensemble de ramifications qu'il est impossible de désigner clairement un concept partagé d'institution au sein de la nébuleuse institutionnaliste, théorie de l'institution incluse. Mais il est intéressant de chercher à comprendre pourquoi, malgré cela, le moment de la théorisation de l'institution par Hauriou est revendiqué de toute part comme une rupture paradigmatique de manière univoque (en supposant donc que l'hommage ne soit pas un exercice imposé, ce qu'il peut aussi être, mais bien une affirmation assumée de généalogie). Désigner la théorie comme un moment, et non comme une substance, c'est bien entendu insister sur une démarche : précisément cette démarche de rupture. Et cette démarche intéresse en deux points. Le premier qui ne sera pas ici étudié se rapporte à la généalogie de l'institutionnalisme en général, sous toutes ses formes et sans plus de précisions ; le présupposé est que cette généalogie tient à la démarche de refus et d'intuition mobilisée par Hauriou, et à partir de laquelle tout l'institutionnalisme peut se fonder. Le second est la démarche elle-même car l'institution d'Hauriou n'est pas donnée, la théorie n'est pas figée (si ce n'est par la personnalité et la vie de son auteur, qui ré(tro)agit sur elle, et qui oriente, teste, renonce, n'achève pas...). La théorie de l'institution est à la fois une construction d'Hauriou, et le moyen de cette construction : elle est perpétuellement travaillée, redessinée, au point qu'en dernière analyse on pourrait être tenté de voir la théorie elle-même comme la généalogie d'un néant ; ramenée à une méthode de la réflexion, elle fait disparaître son objet désigné. Le moment 1900-1925 n'est donc pas seulement le moment d'une rupture paradigmatique ; il est aussi et surtout un mouvement qui fait rupture, une rupture en mouvement, qui se déploie dans la temporalité de l'auteur, au point que la rupture elle-même devient paradigme.

Suivre ce moment n'est pas aisé, d'autant que Jean-Arnaud Mazères, lecteur infatigable d'Hauriou, en a tracé une lumineuse interprétation, de laquelle je ne peux ni ne veux m'éloigner, en reconnaissant ce que je lui dois dans la compréhension des textes.¹² Je lui emprunterai à nouveau la distinction de la métaphore (3) et de la métonymie (4), comme réponses à la question originelle (2).

2 – Origine (1900-1906).

Si le premier texte d'Hauriou explicitement consacré à la théorie de l'institution date de 1906

8 F. Oury et A. Vasquez A., *Vers une pédagogie institutionnelle*, Maspero, 1967.

9 F. Tosquelles *Education & psychothérapie institutionnelle*, Ed. Matrice, 2001

10 J.-P. Sartre, *Critique de la raison dialectique, tome 1 : théorie des ensembles pratiques*, Gallimard, 1960.

11 R. Lourau, *L'analyse institutionnelle*, Ed. de Minuit, 1970

12 J.-A. Mazères, « La théorie de l'Institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », *in Pouvoir et Liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant 1998, pp. 239 et s. ; voir également E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *in Droit & société*, 1995, n° 30-31.

(*L'Institution et le droit statutaire*¹³), ce concept n'apparaît pas *ex nihilo*, soudainement, dans la première décennie du siècle dernier. Ni chez Hauriou, ni dans la pensée autour du droit. Par ses études de droit romain, Hauriou est sensibilisé dès sa formation à une conception du *Corpus Iuris Civilis* transmise par les *Institutes*, et son appétence pour l'histoire renforce cette approche. Frédéric Audren et Marc Milet, dans leur éclairante préface au recueil réunissant certains *Ecrits Sociologiques* d'Hauriou¹⁴, font état d'une correspondance entre Hauriou et Duguit dans laquelle Hauriou, plaidant pour une science du droit, estime que seul un cours d'histoire « générale » du droit permettrait d'en approcher le programme. Par « Histoire générale », il s'agit cependant de dépasser la simple description des institutions dans un cas restreint (le droit français) pour se saisir de « l'ensemble des matériaux qui permettent de définir les lois tendanciennes qui valent pour l'ensemble des sociétés »¹⁵ et c'est bien pour cette quête qu'il élabore le concept d'institution : pour dépasser la simple description des mécanismes du droit positif en déployant une analyse sociale du droit. Le projet de plan adressé à Duguit¹⁶ est à cet égard révélateur de l'ambition : l'accent y est mis sur une conception organiciste et évolutionniste faisant du droit un élément de l'équilibre social dans la durée. Hauriou d'ailleurs indique à Duguit ses lectures sociologiques qui ne surprendront pas : Spencer et Summer Maine notamment, tout en lui demandant de lui en indiquer d'autres qui seraient utiles.

Une généalogie de la généalogie commanderait une reconstruction affinée des lectures du jeune Hauriou, jusqu'au tournant du siècle. On ne peut guère ici dépasser le stade d'un *name dropping* autour de 4 axes.

a) Thomisme d'abord : sans se cacher ni jamais y renoncer, c'est dans une réflexion marquée par l'idée religieuse et les philosophies thomistes que Hauriou inscrit ses analyses, dont la *Science Sociale Traditionnelle*¹⁷ définit le cadre.

b) Histoire sociologisante ensuite : Fustel de Coulanges bien sûr. On a vu de quelle manière Hauriou considère que cette Histoire générale du droit est seule en mesure de rendre compte des lois sociales. Et l'institution est pointée comme phénomène dès la *Science sociale traditionnelle*.¹⁸

c) Sinon épistémologie, du moins scientisme : Hauriou est un spectateur assidu des débats scientifiques et il inscrit sa science du droit dans la perspective de la philosophie positive de Comte, en convoquant les théories physiques au fondement de sa philosophie sociale, particulièrement dans les *Leçons sur le Mouvement Social*¹⁹. Je ne discuterai pas ici l'idée qu'une telle démarche soit ou

13 M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation*, 1906, p. 134–182

14 M. Hauriou, *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008.

15 Cité par F. Audren et M. Milet, « Préface » aux *Ecrits sociologiques de Maurice Hauriou*, Dalloz, 2008 p. X

16 *Ibid.*, p. XV

17 M. Hauriou, *La Science Sociale Traditionnelle* (1896), in M. Hauriou, *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008

18 M. Hauriou, *La Science Sociale Traditionnelle* (1896), in M. Hauriou, *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008

19 M. Hauriou, *Leçons sur le Mouvement Social* (1898), in M. Hauriou, *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008

non une démarche scientifique, mais il existe de bonnes raisons épistémologiques d'en douter.

d) Philosophie vitaliste : Bergson évidemment, qui inspire sa vision de l'institution et lui fournit des métaphores explicatives (et le sous-titre de l'essai de 1925)²⁰. Hegel peut-être qu'il ne cite pas mais dont la construction des *Principes de la Philosophie du Droit*²¹ appelle à une lecture parallèle de la théorie de l'Institution, au moins dans ses dernières versions²².

Toutes ces influences se retrouvent au profit d'une affirmation : la place de la sociologie dans la compréhension du droit. On connaît le Manifeste dans Les Facultés de Droit et la Sociologie : « *un peu de sociologie éloigne du droit, beaucoup de sociologie y ramène* ». ²³ Mais on en oublie souvent les conditions que pose Hauriou : une sociologie qui permet des « *conclusions vraiment scientifiques* », c'est à dire qui s'éloigne des « *systèmes philosophiques marqués par l'exclusivisme* »²⁴. Est-ce là la raison qui le pousse à occulter Hegel ? C'est en tout cas ce qui le conduit à suivre pour l'essentiel Tarde et à ne pas totalement recevoir Durkheim.²⁵ Et à voir dans les institutions la structure sociale ; mais à revoir l'évolutionnisme dans un sens plus complexe qu'un progrès linéaire : une succession des institutions dans une alternance des formes sociales entre progrès (les renaissances et la puissance de l'Etat) et réaction (les moyen-âges et la force cohésive de la religion).

Pour autant il y a chez Durkheim l'intuition, l'idée sur laquelle Hauriou construira ; en la remodelant à la lumière de Fustel de Coulanges ou de Tarde certes. Dans la *Préface à la 2^{de} édition des Règles de la Méthode Sociologique*,²⁶ reprenant l'article fameux de Marcel Mauss et Paul Fauconnet consacré à la sociologie à la *Grande Encyclopédie* en 1901²⁷, Durkheim écrit : « *il y a un mot qui, pourvu toutefois qu'on en étende un peu l'acception ordinaire, exprime assez bien cette manière d'être très spéciale : c'est celui d'institution. On peut en effet, sans dénaturer le sens de cette expression, appeler institution, toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité ; la sociologie peut alors être définie : la science des institutions, de leur genèse et de leur fonctionnement* ».

Jusqu'alors, Hauriou développe ses recherches dans deux champs dont la jonction n'est pas faite : celui du droit administratif par les notes d'arrêts, par les articles et par la publication du

20 M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 (réimprimé Université de Caen, 1990).

21 G.W.F. Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*, trad. J.-Fr. Kervégan, PUF, 1998.

22 M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1910 (1^{ère} éd.) et 1916 (2^{de} éd.) ; M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 (réimprimé Université de Caen, 1990).

23 M. Hauriou, « Les Facultés de droit et la sociologie » (1893), *in* *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008 p. 4

24 *Ibid.*, p. 3 et 4

25 M. Hauriou, « La crise de la Science sociale » (1894) *in* *Ecrits sociologiques*, Dalloz, 2008, p. 294 et s.

26 E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1993.

27 M. Mauss et P. Fauconnet, « V^o Sociologie », *La grande Encyclopédie française*, 1901.

Précis de droit administratif qui, l'incident de la première édition passé, s'installe comme référence ; et ses textes consacrés à cette science du droit comme science sociale. C'est sans doute en 1904 que le lien est établi entre les deux corpus : lorsque dans la 6^e édition du *Précis de droit administratif* Hauriou abandonne le service public comme concept explicatif du droit administratif au profit de l'institution. On sait que dès les dernières années du 19^e siècle Hauriou avait développé une théorie du service public comme théorie descriptive-explicative de la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁸, et qu'il était assez isolé en ce sens (et précurseur de ce qui se passera dans la première décennie du XX^e siècle, avec Teissier notamment ²⁹) : Duguit notamment ne s'emparera du service public que plus tard³⁰, une fois la notion relativisée par le Conseil d'Etat, ce qui explique en grande partie la nature prescriptive-justificative de sa doctrine. Mais cette substitution de 1904 ne va pas de soi. On pressent ce que veut faire Hauriou en comprenant la méthodologie de Durkheim ; mais il reste que ce mot d'institution est plus un programme qu'un concept, et Hauriou ne peut faire l'économie de proposer le concept, aux fins qui l'intéressent : à la fois la constitution d'une science du droit comme sociologie scientifique, à la fois le maintien d'une philosophie morale, à la fois enfin le compte rendu des développements du droit administratif positif.

3 – Le moment métonymique (1906-1916).

La question première chez Hauriou est celle de l'Etat. Là encore, une généalogie de la généalogie devrait s'attacher à rechercher l'influence du contexte, politique notamment, et la nécessité de conjuguer au moment de la Séparation de l'Eglise et de l'Etat une position catholique et Républicaine. On sait d'ailleurs que pour Santi Romano, dans une autre conception de l'institutionnalisme, la question du Saint-Siège fut centrale. Mais pour Hauriou, si cette problématique est sans doute à ne pas négliger en ce qu'elle trace aussi une préconception du monde (l'est-elle pour quelque théorie?), l'enjeu est d'abord celui de la cohérence conceptuelle. Comment comprendre l'Etat entre subjectivisme et objectivisme, comment rendre compte de l'Etat dans sa compréhension historique et sociale ?

Une métonymie consiste en une figure de style dans laquelle le tout est désigné par un de ses éléments. Et l'institution, d'abord, est pour Hauriou un élément constitutif de l'Etat. L'Etat n'est pas qu'un résultat pour le droit : la personnalité juridique ; il est l'institution des institutions. Voilà qui définit deux questions : celle de la recherche de l'origine de l'Etat et celle de la permanence

28 J. Rivero, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *in Mélanges Mestre*, Sirey, 1956

29 Georges Teissier, *La Responsabilité de la Puissance Publique*, Paul Dupont éditeur, 1906.

30 Leon Duguit, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.

d'éléments pré-juridiques dans les Etats modernes.

L'institution dans ce moment désigne ainsi les groupes qui préparent à l'émergence de l'Etat comme organisation juridique (Histoire générale) et qui subsistent dans l'Etat ; toutes choses qui renvoient à ces croyances et modes de conduite institués par la collectivité (corporation, commune, famille par exemple).

La distinction dès 1906 entre droit statutaire et droit disciplinaire³¹ permet de mettre en évidence les modalités spécifiques d'exercice du pouvoir, et l'équilibre entre les moyens de la durée organisationnelle et les droits liés à l'objet des organisations.³² Le droit administratif, pour l'Etat d'Hauriou, se comprend par cet équilibre entre une forme politique libérale et les nécessités de l'intérêt général. Le droit disciplinaire est alors : « *« l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose »* ».³³

Dès cette définition, il est clair que l'Institution ne se réduit pas à l'organisation. Et que si l'Etat est l'organisation qui retient l'attention d'Hauriou, pareille analyse vaut pour d'autres collectivités. Dans chaque collectivité organisée, des phénomènes juridiques se trouvent, qui traduisent un équilibre entre la puissance et le consentement : « *Il n'y a pas pour l'individu exposé à l'effet du pouvoir disciplinaire obligation préétablie de le subir, du moins il n'y a pas obligation juridique, il n'y a qu'un devoir moral ou un devoir professionnel ; le pouvoir disciplinaire se présente comme une force à laquelle on obéit ou à laquelle on résiste à ses risques et périls. L'obligation préétablie d'obéir existe dans le droit légal parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets de l'Etat sont censés y avoir consenti. Mais il n'y a rien de tel pour le droit disciplinaire ; il s'impose quoique non consenti et il s'impose et s'oppose à la façon d'un fait »* ».³⁴

En travaillant donc la question de l'institution et de l'Etat, particulièrement dans les deux éditions des *Principes de droit public*,³⁵ Hauriou affine le concept d'institution de telle manière qu'il rencontre immédiatement les limites d'une conception métonymique. Que veut dire : institution des institutions. S'agit-il d'un méta concept, d'une méta institution (pour laquelle l'aporie de l'ontologie de Renard³⁶ paraît rédhibitoire : *primus inter pares*) et qui commanderait pour le moins d'user de

31 M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation*, 1906, p. 134–182

32 Voir E. Millard, « Théories de l'institution et disciplines », in P. Ancel et J. Moret-Bailly, *Vers un droit commun disciplinaire ?*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, pp. 29-40

33 M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, Sirey, 1916, p. 128

34 *Ibid.* P. 131.

35 M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1910 (1^{ère} éd.) et 1916 (2^{nde} éd.)

36 G. Renard, *L'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930.

deux concepts différents ? Ou s'agit il d'un même concept, réduisant à néant la nature différente de l'Etat, sa souveraineté juridique, débouchant aussitôt sur une autre aporie, celle rencontrée par Sartre³⁷ quand il s'agit de poser la question du rapport institutionnel entre institutions.

Sans doute pour Hauriou ces apories théoriques rejoignent une question fondamentale de l'époque, qui joue son rôle : celle du rapport de l'Etat à la Nation, dont Renan avait donné une lecture.³⁸ Jean -Arnaud Mazeères avait d'ailleurs saisi les potentialités d'une telle analyse des rapports entre les idéologies et le droit pour les couples Etat/Nation et Marché/contrat.³⁹ Loin d'une analyse critique qui voit l'Etat comme constructeur de l'idée nationale, Hauriou recherche au contraire le mouvement qui s'équilibre dans les deux faces de l'institution, l'idée de Nation et de droit dans l'Etat, qui marquent la seconde édition du *Précis de droit constitutionnel*.⁴⁰ Mais cet équilibre, qui sonne comme un écho à Le Play, est déjà un renoncement qu'Hauriou ne comprend pas à la fin de sa théorie de l'Etat, ou du moins qu'il n'est pas prêt à accepter comme tel à la fin de cette théorie.

4 - Le moment métaphorique (1916-1925).

Si le moment métonymique est marqué par la recherche d'une théorie de l'institution explicative, et la formalisation d'un concept afférent, le moment métaphorique marque la recherche d'une ontologie. La question n'est plus de savoir de quoi l'Etat vient et de quoi il est constitué : il est de savoir ce qu'est une institution. Toute institution donc.

L'article qu'Hauriou consacre à ce sujet en 1925⁴¹ est connu de tous, au point souvent d'occulter la démarche dont il est une étape au profit d'une prétendue représentation achevée. Or rien n'est achevé dans cet article. Les distinctions proposées ne sont pas déclinées (par exemple la distinction entre institutions-personnes et institutions-choses, qui restent à l'état embryonnaire). Davantage qu'une conclusion (ce qu'il est historiquement de fait, état le plus avancé et dernière formulation d'une théorie de l'institution en construction), cet article est une tentative d'approfondir la réflexion conceptuelle, un test si l'on préfère de l'outil mobilisé, mais qu'Hauriou semble avoir jugé non concluant puisque ces travaux ultérieurs abandonnent l'approche métaphorique pour revenir au moment métonymique. Il y a donc une forme d'ironie cruelle à voir Hauriou réduit à ce moment (la citation de la définition ontologique de 1925 étant un exercice imposé de toute étude de

37 J.-P. Sartre, *Critique de la raison dialectique, tome 1 : théorie des ensembles pratiques*, Gallimard, 1960.

38 E. Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation ?* Flammarion, 2011.

39 J.-A. Mazères, « La dialectique de l'un et du multiple », in B. Stern (dir.), *Marché et Nation, regards croisés*, Montchrestien, CEDIN Paris I Perspectives internationales, 1995.

40 M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

41 M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 (réimprimé Université de Caen, 1990

la théorie de l'institution), comme si l'on réduisait Carnap à l'*Aufbau der Welt*.⁴² Moment d'une démarche, nécessaire à la compréhension de la démarche elle-même, il ne saurait épuiser la démarche ou en fournir un aboutissement.

La prétendue définition de 1925 n'en est d'ailleurs pas une, au sens ontologique : « *Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures.* »⁴³. Elle procède par énumération d'éléments caractéristiques d'une institution, qui désignent autant de questions : la question du mouvement (entre l'activité de l'idée et la réactivité de l'organisation) ; la question des pouvoirs et de leur organisation/séparation ; la question de la durée.⁴⁴ Et ces questions circonscrivent l'approche : idéalisme, vitalisme, sociologisme. Le droit ne crée pas l'institution : le droit ne crée rien, seule l'idée et l'action au service de l'idée sont créatrices de l'institution. Mais chaque institution génère du droit par le processus qui crée l'*institué* contre la tendance de l'*instituant* à se dissoudre dans la durée. Chaque institution génère du droit, et non le droit, réduit au droit de l'Etat : l'hypothèse du pluralisme juridique est assumée, affirmée. Pour autant, point de recherche d'une analyse dialectique et critique, ni de place pour la contradiction entre l'instituant et l'institué ; pas de théorie de la bureaucratie, pas de sociologie critique possible sur les instruments de la domination. La dissolution conceptuelle de l'Etat dans l'institution ne s'accompagne pas d'une dissolution comparable de la philosophie de l'Etat dans la sociologie.

La métaphore est limitée, mais elle est signifiée déjà trop pour Hauriou. L'hypothèse que l'Etat est comme une institution, et non pas seulement formée d'institutions, et à partir d'elle, ne saurait conduire ni à accepter la perte de la spécificité de l'Etat comme forme historique de l'organisation, ni à son analyse comme révélateur d'un instrument historique de construction de la domination. La théorie proposée s'arrête aux portes qu'elle contribue à ouvrir. Hauriou n'interroge pas la légitimité du pouvoir, qu'il pose comme réalisée par la mise au service de l'idée des gouvernements, et par les phénomènes de consentement : les capacités explicatives de la mobilisation de l'idée pour obtenir le consentement au pouvoir, que sans attendre le perfectionnement méthodologique de Weber ou des sociologies critiques les philosophies politiques libérale ou socialiste avaient saisies sur le terrain des possibilités sont négligées. Il n'interroge pas non plus l'idée même d'une spécificité de l'Etat. Prise comme évidence dans le moment métonymique, mais réfutée par le moment métaphorique, cette spécificité n'est pas questionnable

42 Rudolf Carnap, *La construction logique du monde*, Vrin, 2002 (*Der logische Aufbau der Welt*, Berlin, 1928).

43 M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23 (réimprimé Université de Caen, 1990), p. 96

44 Voir E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », in *Droit & société*, 1995, n° 30-31.

pour Hauriou qui se refuse à la travailler pour abandonner tout simplement le moment métaphorique et revenir à l'évidence métonymique (et à l'aporie à laquelle elle conduit).⁴⁵ Le moment s'achève, par abandon d'une démarche qui n'est pas présentée comme un échec : simplement parce que la conceptualisation appelle une cohérence dont Hauriou ne peut accepter les conditions. D'une certaine manière, on peut alors présenter les autres formes d'institutionnalisme comme le plus souvent des tentatives d'introduire d'autres cohérences à partir de l'intuition d'Hauriou, plus rarement comme une acceptation de cette cohérence qu'Hauriou a refusée. Mais ces théories doivent être analysées et évaluées en elle-même, car elles échappent au moment que constitue la théorisation imparfaite d'Hauriou.

Eric Millard
Centre de Théorie et Analyse du Droit
UMR 7074 Université Paris Ouest Nanterre La Défense
eric.millard@u-paris10.fr

45 M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.