

LE POUVOIR EXÉCUTIF DANS L'ŒUVRE CONSTITUTIONNELLE DE MAURICE HAURIUO (1856-1929)

De Maurice Hauriou, on connaît les grands traits de son œuvre administrative, on connaît l'école de Toulouse dominée par le thème de la « puissance publique », une réédition de son fameux *Précis de droit administratif et de droit public* a même eu lieu récemment¹. En revanche, il faut admettre que le volet constitutionnel de son œuvre demeure beaucoup plus méconnu. Celui-ci figure essentiellement dans le *Précis de droit constitutionnel* édité pour la première fois en 1923 (éd. Sirey) et réédité l'année de la disparition du Doyen, en 1929². Certes, Achille Mestre s'inspirait fidèlement des enseignements constitutionnels de son maître, mais ses travaux sont aujourd'hui oubliés³. André Hauriou a, il est vrai, voulu préserver l'héritage de son père en accordant un large écho aux thématiques du *Précis de droit constitutionnel* dans son manuel⁴. Mais sa position est restée isolée comme l'est aujourd'hui celle de Jean Gicquel qui continue de faire vivre la pensée de Maurice Hauriou⁵. L'un des rares

¹ Réédition de la 12^e éd. de 1933, Dalloz, 2002.

² On notera que seule la seconde édition a fait l'objet d'une réédition (par le CNRS en 1965) tandis que la première demeure aujourd'hui presque introuvable. On peut le regretter tant les développements qui y figurent sont sur certains points – notamment sur l'institution du chef de l'État – plus riches qu'en 1929.

³ Pour en savoir plus sur la « stricte orthodoxie » d'Achille Mestre, voir G. Sicart, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, Thèse, Paris II, 2000, pp. 76-78.

⁴ Cf. A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1966. L'auteur déclare se placer « dans la ligne de la pensée de Maurice Hauriou. Je tiens donc à signaler, d'une façon générale, au début de cet ouvrage, que je me considère comme un disciple de mon père et que j'ai utilisé, à diverses reprises, des thèmes déjà développés ou esquissés par lui... » (p. 23, note 1). Après la mort d'André Hauriou, son manuel sera mis à jour par Jean Gicquel et Patrice Gélard, avant que J. Gicquel n'assure seul les rééditions.

⁵ Son manuel est, à notre connaissance, le seul à accorder une part aussi importante aux travaux constitutionnels de Maurice Hauriou. J. Gicquel n'hésite pas à compter le Doyen parmi les « pères spirituels » de la V^e République (Cf. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 19^e éd., 2003, p. 466). Dans l'introduction de son chapitre intitulé « Le pouvoir délibérant ou le Parlement », J. Gicquel déclare préférer « utiliser la terminologie du doyen Hauriou – le *pouvoir délibérant* – pour désigner le Parlement, « que d'évoquer le *pouvoir législatif* afin de respecter la spécificité de son mode d'opération » (*ibid.*, p. 613). La référence à la

à s'y être intéressé, Lucien Sfez, parlera même d'une fâcheuse tendance à opposer « la richesse luxuriante » des analyses de droit administratif du doyen de Toulouse à ses considérations « fumeuses » en droit constitutionnel⁶. Comment expliquer un tel décalage ?

Une première explication pourrait consister à dire que Maurice Hauriou n'a porté qu'une attention superficielle à la discipline. Une autre pourrait faire valoir une certaine « fatigue » du juriste, une « usure » de ses capacités d'analyse étant donné l'époque tardive où son *Précis de droit constitutionnel* a été publié. Ces deux explications ne sont pas valables.

D'une part, parce que le droit constitutionnel a toujours occupé une place importante dans les travaux d'Hauriou. De longs développements théoriques lui sont par exemple consacrés dès la première édition des *Principes de droit public* en 1910⁷. En 1920, il héritera de la chaire de droit constitutionnel à l'Université de Toulouse. Et puis, retraité et malade, il continuera même à assurer un cours, dans son appartement, où il y reçoit notamment le jeune Georges Vedel⁸. D'autre part, il serait faux d'évoquer le déclin du Doyen au moment où il rédige son fameux *Précis*. La densité théorique de l'ouvrage le prouve. Hauriou y apparaît toujours comme un grand remueur d'idées, accordant à la doctrine juridique et au maniement des concepts les premiers rôles. À une époque où la doctrine constitutionnelle se délite quelque peu au profit d'une approche plus empirique des institutions, à une époque où se décèle le grignotage progressif de la discipline par la science politique⁹, peut-

notion de « légitime défense » pour expliquer les pouvoirs exceptionnels de l'Exécutif apparaît également comme un emprunt direct au *Précis* du doyen de Toulouse (*ibid.*, p. 563). Le manuel de J. Gicquel réserve enfin une place de choix à la théorie des cycles constitutionnels bâtie par le Doyen. Sur l'importance accordée à M. Hauriou dans la genèse de la V^e République, voir également, « La réforme de l'État pendant les années 30 », in *Le Discours d'Épinal, rebâtir la République*, Economica, 1998, pp. 27-31.

⁶ L. Sfez, « Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, tome XVI, fascicule 2, mai 1968, p. 111. En dehors de cet article, on constate en effet que le versant constitutionnel de l'œuvre du doyen Hauriou a fait l'objet de bien peu d'études d'ensemble. On a seulement relevé l'existence d'une thèse de doctorat soutenue par Méliana Fath-Kurkdjian, *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République* (Université Nancy II, 2001).

⁷ Paris, Recueil Sirey. Une deuxième édition interviendra en 1916. Maurice Hauriou avait déjà montré tout son intérêt pour le droit constitutionnel dans le commentaire critique qu'il fit avec Achille Mestre de l'ouvrage de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive* (Fontemoing, 1901). Cf. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1902.

⁸ Sur la filiation intellectuelle entre M. Hauriou et G. Vedel, voir P. Delvolvé, « Georges Vedel et l'école de Toulouse », *R.F.D.C.*, numéro hors série 2004 « Georges Vedel (1910-2002) », p. 37 et s.

⁹ Cf. H. Nézard, « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 397 et s. Pour l'étude de ce phénomène, voir O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, n° 32, 2000, pp. 89-108.

on concevoir retour plus réussi à la dogmatique constitutionnelle ? Les raisons de cet injuste traitement réservé à la pensée constitutionnelle de Maurice Hauriou doivent donc être cherchées ailleurs.

On a parlé d'une œuvre théorique. Cela en rend incontestablement l'étude difficile. Les analyses constitutionnelles d'Hauriou auraient été rarement utilisées car mal comprises. Il est vrai que l'obscurité de son langage, qualifié avec euphémisme de « coloré » par Jean-Marie Auby¹⁰, que son habitude à inventer des concepts et des mots – quand il ne décidait pas au fil des éditions de les réviser – ont dû en rebuter plus d'un. Il faut également reconnaître qu'il n'est jamais facile de se réclamer d'un auteur qui refuse d'évacuer Dieu et le droit naturel de son système juridique. Charles Eisenmann évoque à juste titre les « dogmes judéo-chrétiens ou les croyances morales » qui jalonnent son œuvre¹¹. Ils sont particulièrement perceptibles dans le volet constitutionnel de sa réflexion où l'origine comme la nature du pouvoir politique ne se départissent jamais du souffle théologique¹².

Plus sûrement encore, pour expliquer le relatif désintérêt qui touche l'œuvre constitutionnelle d'Hauriou, on peut aussi évoquer l'impression d'une dérive réactionnaire ou bonapartiste qu'une lecture superficielle du *Précis de droit constitutionnel* a pu donner. Les raisons sont nombreuses. Parmi elles figurent la répétition des diatribes contre l'esprit révolutionnaire, le penchant à réhabiliter l'œuvre constitutionnelle de l'Empire¹³ et surtout, l'attachement du Doyen au principe d'un Exécutif fort.

En quelque sorte, Maurice Hauriou aspirait à une normalisation de l'idée d'autorité en République. Cela a peut-être suffi à le placer au ban de la pensée constitutionnelle dominante. La position était en effet courageuse. Car au cœur des années 20, bien peu osent lutter « contre la fatalité d'une histoire

¹⁰ J.-M. Auby, « La théorie du pouvoir de suffrage en droit constitutionnel français », *Politique*, 1958, p. 306. Pour M. Halbecq (L'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962), L.G.D.J., 1965, p. 546), « en raison de ses difficultés logiques, de ses contradictions et des variations de livre à livre, voire d'édition à édition, la pensée de Maurice Hauriou ne pouvait initier un groupe quelconque d'esprits à un système cohérent... ».

¹¹ Ch. Eisenmann, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, pp. 249-250. Texte repris in Charles Eisenmann. *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Éd. Panthéon-Assas, coll. Les Introuvables, 2002, pp. 13-47. (Textes réunis par Ch. Leben).

¹² Cf. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 2^e éd., p. 29 et s. Le paragraphe intitulé « Le pouvoir de fait et la justification théologique du pouvoir ».

¹³ « Bonaparte remit brutalement le pouvoir minoritaire du gouvernement exécutif à sa véritable place, qui est la première, et le pouvoir législatif à la sienne, qui est la seconde. Du coup, l'ordre se rétablit et la confiance reparut ». À côté des « fautes » du régime consulaire et impérial, précise M. Hauriou, « la restauration du pouvoir exécutif devait lui survivre et restaurer son honneur » (*ibid.* p. 172).

nationale assimilant la lutte pour la République à la lutte contre l'autorité »¹⁴. La démission forcée d'Alexandre Millerand en 1924 témoignait combien il était périlleux de vouloir changer la République dans le sens d'un *leadership* présidentiel. Une fois de plus, la tradition républicaine s'était dressée avec succès contre toute velléité de pouvoir personnel. Une fois de plus, elle intervenait comme force conservatrice, hostile à une forme de parlementarisme capable de concilier autorité et liberté¹⁵. Si on a pu parler du « suicide politique »¹⁶ des défenseurs d'un État démocratique fort (voir l'itinéraire d'Alexandre Millerand, de Gaston Doumergue ou d'André Tardieu), on peut aussi considérer que les juristes s'exposaient sous la III^e République à un même ostracisme. Maurice Hauriou a pu faire partie de ceux-là.

D'autant qu'avec son *Précis de droit constitutionnel*, il se plaçait aux antipodes de cette République du juste milieu, de la « démocratie moyenne »¹⁷, rétive devant toute forme de pouvoir, la République du parti radical, avant tout négative. « Exercer donc un contrôle clairvoyant écrit le philosophe Alain, résolu, sans cœur, sur les actions et encore plus sur les discours du chef ; communiquer à ses représentants le même esprit de résistance et de critique, de façon que le pouvoir se sache jugé. Car si le respect, l'amitié, les égards se glissent par là, la justice et la liberté sont perdues, et la sécurité elle-même. Tel est l'esprit radical, très bien nommé, mais encore mal compris par ces âmes faibles qui ne savent point obéir sans aimer »¹⁸. Et comme cette République allait trouver dans le monde universitaire un relais de poids en la personne du professeur Adhémar Esmein, c'est à contre-courant de la doctrine constitutionnelle naissante – mais déjà bien vérouillée – que Maurice Hauriou se positionne. Tandis qu'Esmein, en héritier fidèle des Lumières, venait d'établir un lien consubstantiel entre séparation des pouvoirs et régime des libertés¹⁹, qu'il avait fixé le constitutionnalisme républicain sur le fondement d'un compro-

¹⁴ F. Monnet, *Refaire la République, André Tardieu, une dérive réactionnaire (1876-1945)*, Fayard, 1993, p. 536. Il en ira différemment au cours de la décennie suivante. Pour plus de détails sur ce point, on nous permettra de renvoyer à notre thèse sur *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, L.G.D.J., 2003, p. 293 et s.

¹⁵ Sur la dénonciation de ce conservatisme dans les années trente, voir par exemple O. Beaud, « La crise de la III^e République sous le regard du jeune René Capitant », in C.-M. Herrera, (dir.), *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Éd. Kimé, 2003, p. 183.

¹⁶ F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Flammarion, coll. « Droit », 2002, p. 278.

¹⁷ Voir P. Rosanvallon, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Bibliothèque des histoires, éd. Gallimard, 2000, p. 227 et s.

¹⁸ Alain, note de décembre 1923, reprise dans *Politique*, P.U.F., 1952, p. 110.

¹⁹ Sur Adhémar Esmein et l'ossification de la doctrine constitutionnelle française autour du concept de « séparation des pouvoirs », voir A. Le Pillouer, « La notion de « régime d'assemblée » et les origines de la classification des régimes politiques », *R.F.D.C.*, n°58, 2004, p. 325 et s.

mis entre « les emportements populaires et l'absolutisme monarchique »²⁰, le doyen de Toulouse – jusqu'alors connu pour ses analyses de droit administratif – révèle que le pouvoir se conjugue avec la liberté, qu'« il n'y a plus de principe de séparation des pouvoirs, c'est une idée surfaite et, au surplus, une idée fausse »²¹, que le plus judicieux serait d'établir une distinction entre pouvoir « juridictionnel » et pouvoir « politique » etc. Voilà aussi pourquoi on a trop considéré la lecture de Maurice Hauriou comme difficile, car elle bouscule. Elle bouscule les idées reçues, enseignées depuis Esmein. L'œuvre constitutionnelle du Doyen n'aurait donc pas eu l'écho qu'elle méritait en raison de son irrévérence par rapport à la pensée du père fondateur de la discipline²². Il est vrai que la réhabilitation de l'Exécutif propre au « modèle néo-monarchien » écartait Hauriou du constitutionnalisme révolutionnaire²³ et contribuait à l'aimer au pôle antirépublicain. L'écho que certaines de ses analyses trouvera chez le très controversé Carl Schmitt – notamment dans son « décisionnisme politique »²⁴ – n'était évidemment pas de nature à inverser la tendance. Porteur d'une pensée constitutionnelle trop ambiguë, trop déviante par rapport aux canons de la discipline, on préféra ne pas se référer à Hauriou.

Il faut le regretter tellement l'œuvre constitutionnelle du doyen de Toulouse renouvelle la discipline constitutionnelle par « l'abondance et par l'originalité des points de vue »²⁵, par la richesse des matériaux utilisés (histoire

²⁰ D. Chagnollaud, « Préface » à la réédition des *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (Sirey, 8^e éd. 1928), L.G.D.J., Panthéon-Assas, 2001.

²¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 348.

²² Un même phénomène affecte la mémoire de Boris Mirkine-Guetzévitch, voir notre étude à paraître (premier trimestre 2005) intitulée « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch » in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique*, Paris, éd. Kimé.

²³ Voir S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, n°50, 1989, pp. 81-95. Il est vrai qu'avec Maurice Hauriou, la tendance est aussi (comme dans le constitutionnalisme « néo-monarchien ») d'opérer « un dépassement inventif de la contradiction de l'Ancien et du Nouveau, de marier les acquis de la Révolution avec les nécessités supposées éternelles du Pouvoir » (p. 90).

²⁴ Sans rentrer dans le détail d'une pensée pour le moins foisonnante, il faut simplement dire qu'aucun cadre juridique préalablement conçu n'est, selon Schmitt, capable de cantonner la politique au silence. O. Beaud (Voir la préface – « Carl Schmitt ou le juriste engagé » – à la réédition de l'ouvrage de l'auteur allemand *Théorie de la Constitution*, Léviathan, P.U.F., 1993, p. 31) évoque son « penchant » à se tourner vers « le cas d'exception », lequel ressort « dès que les éléments posés en dehors du contenu de la loi positive ébranlent la pratique ». Dans ces cas limites, apparaît « dans toute sa pureté » la nécessité de la décision. Finalement, la force d'un système ne se mesure pas à la rigidité de ses normes, mais à sa capacité de réaction devant l'imprévu. Cela revient à disposer d'un organe qui, pour reprendre l'expression de M. Hauriou, « possède la synthèse de la conception, de la décision et de l'exécution » (*Précis*, op. cit., 2^e éd. p. 385). On concédera à Olivier Beaud que le rapport Hauriou / Schmitt a été mis au jour récemment, qu'il n'a donc pu obstruer la mémoire du Doyen pendant la majeure partie du XX^e siècle. On admettra aussi que la révélation de ce lien n'est pas de nature à réhabiliter la valeur du *Précis de droit constitutionnel* auprès des jeunes générations de constitutionnalistes.

²⁵ Cf. L. Rolland, « Analyses et comptes rendus », *R.D.P.*, 1924, p. 490.

constitutionnelle, histoire des idées, droit comparé, vie politique), par cette capacité toute novatrice dans le milieu publiciste de son temps à rendre compatible la théorie juridique et les apports de la pratique politique. Alors que Raymond Carré de Malberg, imprégné de dogmatique juridique, refusait de descendre jusqu'aux comportements des acteurs politiques, alors que Joseph-Barthélemy s'apprêtait à appréhender le droit constitutionnel comme une simple science de l'observation des faits politiques, Maurice Hauriou montrait qu'une méthode des convergences était réalisable, qu'on pouvait ne pas séparer la discussion théorique et la politique. Il s'agissait, comme l'a très justement analysé Georges Vedel, de mener « la dialectique entre la multiplicité concrète des faits et l'unité idéale des concepts »²⁶. S'appuyant sur un « véritable corps de doctrine »²⁷, Maurice Hauriou va ainsi chercher à briser le dogme hérité de la conception classique selon lequel la liberté implique un pouvoir faible.

Avant que le général de Gaulle et Michel Debré n'en fassent leur objectif majeur en 1958²⁸, Hauriou est en effet le premier à dresser les contours d'un régime constitutionnel idéal, conçu comme le garant d'un équilibre fondamental entre « ordre », « pouvoir » et « liberté ». Le couple « ordre » et « liberté » – qui constitue l'axe majeur des travaux constitutionnels de M. Debré²⁹ – a déjà trouvé dans le *Précis de droit constitutionnel* le cadre d'une vraie théorisation. Choisir d'étudier la pensée constitutionnelle de Maurice Hauriou sous l'angle du pouvoir exécutif revient donc non seulement à souligner son originalité (si le thème est connu, surtout depuis la Grande guerre³⁰, le Doyen est le premier à l'appuyer sur un tel corps de doctrine), mais aussi à se situer à l'articulation majeure de son *Précis*, au point d'attache de l'univers constitutionnel

²⁶ Cf. G. Vedel, « Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique », in *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, 1968, t.XVI, p. 91

²⁷ L. Rolland, *op. cit.*, p. 490.

²⁸ Selon l'analyse pertinente de Georges Burdeau, c'est la Constitution du 4 octobre 1958 qui va réussir là où toutes ses devancières avaient échoué. « Elle tend à réconcilier l'autorité avec la démocratie : l'autorité indispensable pour que la démocratie ne se dissolve pas dans l'aveuglement des intérêts ou la rivalité des factions ; la démocratie non moins nécessaire pour que l'autorité demeure légitime » (G. Burdeau, « La conception du pouvoir selon la constitution du 4 octobre 1958 », *R.F.S.P.*, volume IX, n°1, mars 1959, p. 89).

²⁹ Les titres de certaines études de M. Debré sont à cet égard éloquentes : *La mort de l'État républicain* (Gallimard, 1947), *Refaire une démocratie* (Plon, 1948), « Du gouvernement de la liberté » (*R.D.P.*, 1949, pp. 21-51), *La République et son pouvoir* (éd. Nagel, 1950).

³⁰ Cf. J. Dessaint, *Les enseignements de la guerre. Avant tout, un pouvoir central* (Perrin et Cie, 1916), A. Sèche, *Le dictateur* (éd., Bossard, 1924), A. Maurois, *Dialogue sur le commandement* (Grasset, 1925), J.-M. Bourget, *Gouvernement et commandement. Les leçons de la guerre mondiale* (Paris, Payot, 1930). Dans sa thèse, F. Saulnier (*Joseph-Barthélemy, 1874-1945, la crise du constitutionnalisme libéral sous la Troisième République*, Paris II, 1996, p. 154. Publiée en 2004 aux éditions de la L.G.D.J.) parle à juste titre d'un principe de l'autorité individuelle qui s'est trouvé « légitimé par la guerre ».

d'Hauriou. En effet, poursuivre une quête continue d'équilibre³¹, chercher à transcender l'antagonisme du peuple et du gouvernement qui « sont posés en face l'un de l'autre comme ayant chacun son domaine »³², vouloir que le gouvernement d'État soit un « *un pouvoir sur des hommes libres* »³³, impliquait avant tout de démontrer l'utilité du pouvoir Exécutif, plus précisément, son rôle fondamental dans l'État républicain. Et pour présenter ce rapprochement entre deux notions – l'Exécutif et la République – considérées pendant longtemps comme antithétiques dans le milieu républicain, le doyen Hauriou cherchera dans un premier temps à démontrer la primauté du pouvoir Exécutif dans l'État avant d'exposer, dans un second temps, les moyens de le légitimer.

I. Le maître but de Maurice Hauriou : démontrer la primauté du pouvoir exécutif

À la base de sa démonstration, il y a la volonté d'en finir avec les vérités abstraites héritées de la Révolution. La théorie juridique « ne doit jamais violenter les faits mais s'y adapter » écrivait Hauriou dans son *Précis de droit public*³⁴. Or d'après lui, les faits historiques ont montré que le « Pouvoir »³⁵ est premier dans toute société, car il est garant de l'ordre indispensable à la pérennité de l'organisation collective. Les faits historiques sont sur ce point explicites : « toutes les formes sociales qui se sont succédé dans l'histoire ont eu leur forme de pouvoir » explique le Doyen, qu'il s'agisse des pouvoirs religieux, des pouvoirs magiques, du pouvoir du chef de horde, de celui du chef de bandes de chasseurs, de celui du patriarche ou du baron féodal. En bref, le Pouvoir préexiste à l'État ; il « gouverne par la création de l'ordre et du droit »³⁶. Adversaire de Duguit sur ce point, Maurice Hauriou se pose aussi en détracteur virulent du positivisme juridique de Kelsen – de son « système objectiviste » comme il le désigne – qui ruinerait la doctrine d'un « pouvoir com-

³¹ Dans le « thème de l'équilibre », Lucien Sfez (« Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », *op. cit.*, p. 111) avait décelé la trame de l'œuvre toute entière d'Hauriou, « au point de vue du contenu de la pensée comme au point de vue des méthodes ». Voir également M. Halbecq, *l'État, son autorité, son pouvoir (1880-1962)*, L.G.D.J., 1965, p. 535 et s.

³² M. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, 1910, p. 222.

³³ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, 1929, p. 84.

³⁴ M. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 430.

³⁵ Ce Pouvoir, il le définit comme « une libre énergie de la volonté qui assure l'entreprise du gouvernement d'un groupe d'hommes par la création de l'ordre et du droit » (*Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, 1929, p. 14).

³⁶ *Ibid.*, p. 16.

mandant, créateur de droit »³⁷. En définitive, l'un des « plus grands mérites » du Doyen, analyse très justement Roland Maspétiol, est d'avoir su « mettre en valeur l'élément de pouvoir inhérent à l'État, alors que l'ambiance intellectuelle de sa génération en méconnaissait le fondement et la légitimité »³⁸. À l'aide d'une démarche originale, totalement singulière chez les publicistes de l'époque, Hauriou va alors exposer sa doctrine du pouvoir en se fondant tant sur la distinction « pouvoir majoritaire / pouvoir minoritaire » que sur la thèse de la primauté « politique » de l'Exécutif.

A. La distinction entre pouvoir « majoritaire » et pouvoir « minoritaire »

Maurice Hauriou fonde cette distinction sur une analyse de l'histoire des sociétés humaines. Ainsi, selon lui, il faut cesser de croire à la manière de Léon Duguit que « le pouvoir jaillit du milieu social ». « Nous savons que le milieu social n'engendre par lui-même aucune initiative, celle-ci vient toujours des individus », d'une « équipe de gouvernants », d'une minorité qui se distingue par son « esprit d'entreprise et la supériorité de sa compétence »³⁹. Pour le juriste, « lorsque la démocratie succède à l'aristocratie et que la souveraineté nationale fait son apparition », le pouvoir minoritaire d'État ne doit pas disparaître pour cela. « Il se fixe dans les institutions publiques, spécialement dans l'institution publique gouvernementale et administrative (...), comme un capital hérité des régimes antérieurs, tandis que le pouvoir majoritaire de la souveraineté nationale se fixe dans le peuple ou dans la nation... ». Il serait en effet absurde d'abandonner un tel héritage du passé, un tel capital de compétences impersonnelles constitué au long des âges aristocratiques par l'exercice du droit de supériorité de l'élite. Hauriou se fait plus précis en parlant de la « capitalisation » de la compétence dans « les bureaux, dans les conseils, dans les cadres », dans les « formules d'action », les « procédures », en fin de compte dans les ministères⁴⁰. Deux idées forces se retrouvent dans ce court passage, deux idées qui là encore peuvent expliquer la difficile utilisation de son œuvre constitutionnelle par les générations suivantes.

³⁷ *Ibid.*, p. 22. Dans son rejet du système kelsénien se trouve peut-être un élément supplémentaire pour expliquer l'oubli d'Hauriou par les constitutionnalistes... Pour un rejet tout à la fois du système de Kelsen et de Duguit, voir « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes », *Revue de Métaphysique et de Morale* (1928), in *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Publication du Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, p. 80 et s.

³⁸ R. Maspétiol, « L'idée d'État chez Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 263. Pour sa part, Louis Rolland n'hésite pas, en 1924, à « remercier » l'éminent doyen de Toulouse « de l'effort qu'il a fait pour creuser la notion de pouvoir » (*op. cit.*, p. 495).

³⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1929, p. 15.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 117-118.

En premier lieu, c'est l'importance qu'il accorde à « l'élite » et à son droit de supériorité qui frappe les esprits. Il va jusqu'à reconnaître l'existence d'hommes « supérieurs, en lesquels réside cette qualité spéciale de volonté et d'intelligence que nous avons reconnu être la base de l'autorité et de la compétence », et qui fait d'eux « des chefs »⁴¹. Dans ce cadre, l'origine de l'État ne saurait résulter d'un contrat social, ni d'une constitution politique établie par une majorité momentanée. Elle se trouverait bien plutôt dans l'existence d'une élite qui se met au service des valeurs morales. On est là très proche de Vilfredo Pareto et de son opposition élite/masse comme moteur d'une histoire cyclique de l'humanité⁴². En second lieu, Hauriou opère une sorte de désacralisation du droit constitutionnel hérité de la Révolution. Car loin d'adopter du concept de « souveraineté » une définition unitaire – conduisant à l'idée d'un pouvoir exclusif et inaliénable de la nation-peuple et à l'acceptation de la souveraineté des assemblées –, Hauriou préfère volontiers faire de la souveraineté une force composite, partagée entre une volonté nationale passive (celle du pouvoir majoritaire) et une volonté nationale commandante (celle du pouvoir minoritaire). Du début à la fin de sa carrière, cette approche « éclatée » ou « plurielle » de la souveraineté a eu pour finalité d'en neutraliser la portée⁴³, jugeant sans doute qu'il y avait autant à craindre d'un retour à la souveraineté monarchique que d'une glorification subite du peuple érigé en maître absolu.

Chercher à démontrer que le pouvoir est toujours exercé concrètement par une minorité est une chose, une autre est d'analyser toutes les manifestations de pouvoir dans les États contemporains. Intervient alors l'idée centrale de Maurice Hauriou, celle d'un « entrecroisement » entre deux formes de pouvoir, reflet de la complexité étatique : le pouvoir de commandement « minoritaire » d'un côté et le pouvoir de contrôle « majoritaire » de l'autre. L'ensemble de sa démonstration mérite d'être reprise. « En l'institution gouvernementale et en son personnel de fonctionnaires réside essentiellement l'autorité politique associée à la compétence, pouvoir minoritaire, et dans le personnel des hommes politiques, issus du suffrage, repose essentiellement le pouvoir de domination qui, sous le nom de souveraineté nationale, est majoritaire. Or,

⁴¹ *Ibid.*, éd. de 1923, p. 169. Il faut préciser que les membres de cette élite sont chez Hauriou « les meilleurs » ; il est donc exclu qu'elle soit constitutive d'un ordre assorti de privilèges juridiques. En raison de la non-transmission héréditaire des qualités et des talents, la hiérarchie sociale ne peut être figée, elle doit au contraire se régénérer en absorbant les candidats à l'élite venant de toutes les couches sociales.

⁴² Voir le *Traité de sociologie générale* (1916), in *Cœuvres complètes*, vol. XII, Droz, 1968.

⁴³ Voir G. Gurvitch, « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit*, 1931, p. 182 et s.

on peut affirmer que, dans le plan de l'action gouvernementale, le pouvoir minoritaire des institutions et de leur personnel fonctionnarisé occupe dans l'État la première place, tandis que le pouvoir majoritaire du personnel politique, malgré sa qualification de souveraineté nationale, n'occupe que la seconde place (...). Le pouvoir minoritaire, étant pouvoir d'élite, passe avant le pouvoir majoritaire, qui est pouvoir de masse⁴⁴. On voit que l'originalité d'Hauriou est de trouver « l'équilibre fondamental de la liberté politique moderne » dans « l'entrecroisement de la hiérarchie des pouvoirs en ce qui concerne l'action gouvernementale et de leur hiérarchie inverse en ce qui concerne la souveraineté »⁴⁵.

S'il lui paraît normal que le Parlement – en sa qualité de représentant le plus direct de la nation – ait la *propriété* du pouvoir, il ne lui paraît pas non plus contestable de donner à l'Exécutif – en sa qualité d'organe d'action – *l'usage* de ce pouvoir. Autrement dit, pour reprendre la terminologie du Doyen, la nation ne possède que la matière « inerte » du pouvoir de gouvernement. Quant au pouvoir « en action », il dépend de la compétence et de la volonté discrétionnaire d'une minorité⁴⁶. Comment en effet la nation pourrait-elle « vivifier » ce pouvoir ? Elle n'en a ni la compétence, ni la possibilité matérielle. Il revient donc au « personnel des fonctionnaires et des hommes politiques » de prendre « les décisions » et d'être laissé juge « de l'opportunité de celles-ci ». Hauriou a alors recours aux théories privatistes pour expliquer l'autonomie des membres des institutions gouvernementales, leur degré de liberté « incoercible ». Il les compare à « un personnel de gérants d'affaires plein d'initiatives, non pas un personnel de commis ou de mandataires assujettis à un mandat »⁴⁷. Dans ce cadre, les citoyens qui composent la nation tendraient vers la même situation que « les actionnaires d'une société anonyme ; ceux-ci sont propriétaires d'une entreprise qu'ils seraient bien incapables de gérer eux-mêmes »⁴⁸.

Derrière ces arguties juridiques sur « l'entrecroisement » des pouvoirs, derrière les comparaisons empruntées au droit privé, c'est finalement l'idée de la division du travail chère à Sieyès qui domine. Comme lui, M. Hauriou dissocie le mécanisme de la participation populaire du moment de la décision politique. Pour reprendre les formules de Cabanis à propos de la Constitution de l'an VIII, on peut dire que dans le système d'Hauriou, « tout se fait donc au

⁴⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 27.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 27 note 14.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 183-184.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 185.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 175.

nom du peuple et pour le peuple ; rien ne se fait directement par lui : il est la source sacrée de tous les pouvoirs, mais il n'en exerce aucun... »⁴⁹. Cette volonté d'éloigner le nombre de la gestion directe des affaires ressort avec netteté dans la réfutation de la théorie de la délégation. « Avec leur esprit juridique absolu, écrit Maurice Hauriou, il était à prévoir que les hommes de la Révolution iraient jusqu'aux conséquences les plus extrêmes de l'idée de la propriété du pouvoir »⁵⁰. Et parmi elles, figure cette idée de délégation de la souveraineté de la nation qui n'a pas été restreinte au droit pour les représentants de « *vouloir au nom de la nation* », mais qui a été « étendue *au contenu de leur volonté* et à leur compétence ». Pour le Doyen, là se situe l'erreur de la doctrine révolutionnaire ! Faire que les élus ne soient plus uniquement les hommes de confiance des électeurs et faire en sorte que le pouvoir majoritaire devienne « un tout » dans l'État. « Le malheur de la doctrine de la délégation, poursuit-il, est d'avoir (...) orienté le mandat électoral vers le mandat impératif »⁵¹. L'errance institutionnelle française sous les Républiques trouve dans cette doctrine de la délégation son origine. Car en prétendant « faire descendre du corps électoral tout le pouvoir politique », elle a créé un vrai régime d'asservissement : du pouvoir Exécutif au pouvoir législatif et ensuite, du pouvoir législatif au pouvoir électoral. Elle a donc commis l'acte funeste qui consiste à briser l'indépendance du pouvoir minoritaire vis-à-vis du pouvoir majoritaire.

À travers cette description des errances du droit constitutionnel républicain depuis la Révolution, véritable terreau doctrinal pour « la dictature des assemblées » selon Hauriou⁵², une double observation s'impose. La première est que le « maître » de Toulouse se démarque de la lecture du droit public révolutionnaire faite par Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg⁵³. En réalité, il avait échappé à l'anachronisme – si longtemps véhiculé dans les manuels de droit constitutionnel – qui consistait à imputer des représenta-

⁴⁹ Cf. *Œuvres philosophiques de Cabanis*, Paris, P.U.F., 1956, t. II, p. 481.

⁵⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 169.

⁵¹ *Ibid.*, p. 171.

⁵² *Ibid.*, p. 172.

⁵³ Cf. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e éd., Sirey, 1914, rééd. L.G.D.J., Panthéon-Assas, 2001. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920 (tome I) et 1922 (tome II), rééd., Dalloz, 2003. Dans les études consacrées au professeur de Strasbourg, l'accent n'a peut-être pas suffisamment été mis sur la transformation qui s'opère entre la *Contribution* et les positions défendues dans *La loi, expression de la volonté générale* (Sirey, 1931, rééd. Economica, 1985). D'une approche « libérale » de la forme du gouvernement, le juriste est passé à une approche beaucoup plus « démocratique », à tel point que l'on peut parler, relativement à son itinéraire doctrinal, d'un « premier » et d'un « second » Carré de Malberg. Pour plus de détails sur cette « apostasie juridique », voir notre thèse, *Les réformistes constitutionnels des années trente*, op. cit., p. 64 et s. Dans le même sens, voir aussi, E. Maulin, « Démocratie et représentation dans la pensée de Carré de Malberg », *Droits*, n°22, 1995, p. 128 et s.

tions du XIX^e siècle aux hommes de 1789. Décidément, remarquait fort justement Stéphane Rials, la grandeur d'Esmein et de Carré de Malberg n'est pas « d'abord celle d'historiens mais celle de théoriciens »⁵⁴. Mais parfois, il faut bien reconnaître que l'un ne va pas sans l'autre. La souveraineté, envisagée de manière concrète, réside pour Hauriou dans l'ensemble indivisible des citoyens qu'il désigne volontiers par le terme « nation » (« nation » et « peuple » sont des termes interchangeables). Ainsi, chez lui, nul « régime représentatif » conçu comme une limitation pratique du pouvoir du peuple, nulle « nation » souveraine entendue comme une entité abstraite, transcendante aux individus qui la composent, nuls représentants chargés d'exprimer la volonté nationale⁵⁵; en bref, dans la représentation, il ne voit qu'une manière pour le corps électoral de se gouverner par ses élus. L'irruption du peuple sur la scène de la représentation, qu'Esmein et Carré de Malberg considéraient comme une dénaturation du régime originel⁵⁶, Hauriou la décèle dès le départ. Dès 1789, il voit triompher le postulat selon lequel le pouvoir vient d'en bas. Vient alors la seconde observation : il rejoint Esmein et Carré de Malberg lorsqu'il aborde les ravages que cette emprise du bas sur le haut peut occasionner. De fait, par l'intermédiaire de son réquisitoire contre la « doctrine révolutionnaire de la délégation », qui revient ni plus ni moins à « subalterner » entièrement le pouvoir minoritaire au pouvoir majoritaire, Hauriou prolonge le credo des publicistes en ce début XIX^e siècle⁵⁷. Ce que l'on craint par-dessus tout, c'est la perte d'indépendance des gouvernants, c'est l'avènement d'un gouvernement du nombre dans les rouages du pouvoir décisionnel là où traditionnellement les élites laissaient se décanter une volonté à la fois pondérée et unifiée. Avec Hauriou aussi, on assiste à l'affinement de la théorie selon laquelle l'exercice effectif du pouvoir est une affaire de compétences⁵⁸, que la masse ignorante ne saurait s'accaparer impunément. Pour qu'aucune ambi-

⁵⁴ S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », *op. cit.*, p. 82. Pour une première mise au jour convaincante de cette erreur d'interprétation historique, systématisée à tort par Carré de Malberg, voir G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. du CNRS, 1985.

⁵⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, t. II, pp. 225-227 : « ... l'assemblée des députés a pour fonction d'exprimer, non pas les volontés des électeurs, mais uniquement la volonté ératique de la nation ». Ils doivent l'exprimer en toute indépendance à l'égard des volontés individuelles des électeurs, car la représentation ne procède pas d'une opération de déduction. En un mot, écrit Carré de Malberg, « ce sont les élus et non les électeurs qui sont chargés d'exprimer la volonté nationale ».

⁵⁶ Pour rendre compte de cette dénaturation, Esmein va élaborer le concept de « régime semi-représentatif ». Se reporter à son article de référence, celui qui fixe définitivement les contrôles de sa doctrine : « Deux formes de gouvernement », Article publié dans le premier numéro de la *R.D.P.*, 1894, tome I, pp. 15-41.

⁵⁷ Voir sur ce point l'ouvrage très complet de M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit, l'évolution des conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica, 1992.

⁵⁸ D'après Hauriou, le gouvernement des compétences doit nécessairement apparaître, il est incarné par toute « élite morale qui s'efforce de hausser à son niveau la masse » (*Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1923, p. 52), qui subordonne la passion au règne de la raison.

guité ne subsiste, et pour stigmatiser une fois de plus la tentation du mandat impératif, il répète que l'élection est « un procédé qui n'implique aucune délégation de compétence des électeurs aux élus ; les compétences de gouvernement ne résident point dans le peuple et celui qui ne les a point ne peut pas les transmettre »⁵⁹. Sans la reconnaissance à l'élite du pouvoir de gouverner, explique encore le Doyen, le « *pouvoir de droit corrompu*, et, peut-être, *abusif ou tyrannique* » l'emporte sur le « *pouvoir de droit régulier* »⁶⁰.

La proximité des critiques d'Hauriou avec celles de la doctrine publiciste de son temps ne l'empêche pas de s'en démarquer par ailleurs⁶¹. Car contrairement à ce qu'une lecture superficielle de son *Précis de droit constitutionnel* a pu laisser croire, on ne saurait le considérer comme un nostalgique supplémentaire de l'ordre capacitaire⁶². Que le peuple soit tenu à l'écart de la conduite de la chose publique ne signifie pas qu'il en soit absent. On connaît le but affiché par Jules Ferry au moment de la révision de 1884 : « mettre la République au-dessus du suffrage universel » ce qui signifiait, en somme, maintenir à distance les sentiments de la société. L'objectif institutionnel d'Hauriou est tout autre. Il accepte le suffrage universel « comme un fait » explique Eisenmann⁶³, mais n'en demeure pas moins persuadé de la nécessité d'en tracer les limites. À l'opposé des libéraux de la monarchie constitutionnelle, il ne se défie pas de l'expression de la volonté populaire. Simple-ment, il refuse de lui attribuer les premiers rôles. Excluant qu'elle puisse conduire à « subalterniser » la volonté des représentants, il propose au contraire de lui accorder un vrai rôle de surveillance du gouvernement. Ainsi, s'ouvre la voix d'une conciliation d'impératifs contradictoires : la gestion technique du nombre d'un côté et la force commandante du peuple de l'autre. Chez Hauriou, la souveraineté nationale (ou « populaire ») doit s'entendre comme une *souveraineté-autorisation* dont le sens est d'établir un lien de « confiance »⁶⁴ entre les citoyens et le pouvoir. Elle ne s'inscrit nullement dans une perspective d'*autogouvernement*. On comprend mieux, alors, pourquoi il définit le suffrage comme « l'organisation politique de l'assentiment, c'est-à-dire cette opération de la volonté qui consiste à accepter ou à ne pas accepter une proposition faite ou une décision prise par un autre pouvoir »⁶⁵. On

⁵⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 149.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 26.

⁶¹ À cet égard, M. Fath-Kurkdjian (*La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République*, op. cit., p. 376 et s.) a raison de parler d'une « apparente convergence » avec la doctrine de son temps.

⁶² Sur cet ordre « capacitaire » théorisé notamment par Guizot, voir P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen*, Gallimard, coll. « folio/histoire », 1992, p. 300 et s.

⁶³ Voir, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, op. cit., p. 28.

⁶⁴ Voir le paragraphe sur « L'organisation de la confiance ». Il débute par cette phrase : « La confiance est un des plus vieux ressorts de l'organisation sociale... » (M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 158).

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 351 ou 544.

comprend également mieux pourquoi il place « l'opinion publique » au cœur de son système constitutionnel. Grâce à une liberté de la presse protégée, elle va faciliter l'établissement d'un « dialogue continu entre le gouvernement et l'esprit public » ; le public va jouer ce rôle de « témoin attentif qui manifeste sur-le-champ ses approbations ou ses désapprobations, comme le chœur des tragédies antiques »⁶⁶. Au temps du suffrage censitaire, la défense de la liberté de la presse justifiait chez les doctrinaires le refus du suffrage universel ; chez Maurice Hauriou, on peut dire qu'elle s'accorde avec l'impossible gouvernement par le peuple. En fait, le pouvoir de l'opinion, à la manière d'une veille permanente, constitue le substitut d'une indésirable intervention directe des citoyens.

Dès lors, il n'y a rien de surprenant à observer que le Doyen reprend très souvent à son compte la formule de Sieyès : « l'autorité vient d'en haut, la confiance vient d'en bas »⁶⁷. Il en découle deux enseignements. L'un est relatif à la revalorisation évidente de l'Exécutif dans son schéma constitutionnel. L'autre, celui qui le singularise dans le milieu publiciste, est la fonction centrale accordée au suffrage. Situé à la base de l'édifice, il doit servir à approuver et à consolider le sommet. L'erreur du droit constitutionnel révolutionnaire est d'avoir véhiculé l'idée que « tout pouvoir émane du peuple ». Or, explique Hauriou, on aurait dû « distinguer un pouvoir majoritaire qui, en effet, émane du peuple et un pouvoir minoritaire qui, peut-être, va au peuple, mais qui, à coup sûr, n'en émane pas »⁶⁸. La préservation de l'équilibre entre « ordre » et « liberté » exige donc exclusivement que le peuple contrôle et participe au pouvoir de gouvernement. Deux mécanismes sont privilégiés par Hauriou pour rendre effectif ce contrôle : le *référendum*⁶⁹ et la généralisation de *l'élection* (principalement l'élection populaire du Président étudiée ultérieurement). Et pour souligner le poids qu'il entend accorder à ces mécanismes de contrôle populaire ainsi qu'à l'idée d'une « obéissance volontaire des sujets »⁷⁰, Hauriou va choisir d'aménager à sa manière la formule de Sieyès : « la confiance vient d'en bas, mais elle engule le pouvoir qui vient d'en haut »⁷¹. On comprend pourquoi chez Hauriou, la notion de « participation » est

⁶⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, op. cit., pp. 671 et 734. Sur l'importance de « l'opinion publique », voir également *La souveraineté nationale*, op. cit., p. 122 ou le *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 159 et s.

⁶⁷ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 181.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 174.

⁶⁹ Comme le soutient J.-M. Denquin (« Le déclin du référendum sous la V^e République », *R.D.P.*, n° 5-6, 1998, p. 1591) à propos du référendum chez de Gaulle, on peut également dire que Maurice Hauriou ne met pas en valeur l'idée de participation du peuple à l'élaboration des normes juridiques. Le recours au référendum est davantage envisagé à la manière d'un contre-pouvoir face à « l'oligarchie parlementaire ». À partir de là, se comprend son opposition à l'initiative populaire sous toutes ses formes (cf. *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 257).

⁷⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 16.

⁷¹ *Ibid.*, p. 181.

envisagée au sens strict du terme. Loin d'être de nature « propositive », elle se rapproche davantage d'une participation de type binaire – forcément moins élaborée – d'« adhésion » ou d'« abrogation »⁷².

Sous le prisme d'une étude sur la distinction pouvoir « majoritaire » / pouvoir « minoritaire », se dégage donc les lignes de force du mode de gouvernement idéal selon Hauriou. Pour reprendre la classification chère à Georges Burdeau⁷³, on peut avancer que le Doyen de Toulouse se démarque radicalement de la démocratie « gouvernante » pour mieux se rapprocher des contours d'une démocratie « gouvernée » – que l'on peut aussi qualifier d'« adhésion »⁷⁴. Dans ce système, le peuple contrôle mais ne gouverne pas ; sa participation à la gestion des affaires publiques s'analyse davantage « dans une limitation des prérogatives gouvernementales par l'obligation qui leur est faite de ne s'exercer qu'avec l'acquiescement des citoyens, que dans une maîtrise directe du peuple sur l'orientation à donner à la vie politique ». Les représentants gouvernent certes avec l'accord du peuple souverain, précise Burdeau, « mais cet accord est le témoignage d'une confiance qui s'en remet à eux, non d'une suspicion qui le paralyserait »⁷⁵. Ces notions de « contrôle », d'« acquiescement » ou de « confiance » utilisées par G. Burdeau sont en effet l'exacte reprise de la terminologie haurioutiste. Elles résument également l'esprit des rapports que le peuple doit entretenir avec le Pouvoir.

En laissant le pouvoir « minoritaire » aux commandes de la fonction gouvernementale – conçue comme une véritable fonction d'impulsion et de législation –, Maurice Hauriou manifeste une préoccupation continue de moderniser la conception de l'État et de ses modes d'intervention. Pour lui, l'ère d'une République modernisée devait aussi être celle d'une République sachant enfin reconnaître la primauté « politique » de l'Exécutif.

⁷² Une illustration supplémentaire en est donnée lorsqu'il essaie de dégager les atouts des démocraties modernes par rapport à la démocratie antique : « ... au point de vue politique, c'est un singulier avantage pour les démocraties modernes que leur nombreuse population et l'étendue de leur territoire ne leur permettent le gouvernement direct de l'assemblée du peuple que sous la forme très atténuée du *référendum* et les obligent à conserver une forte part de gouvernement représentatif » (*ibid.*, pp. 144-145).

⁷³ Comme a pu aussi le remarquer O. Beaud (Préface in Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, note 348, p. 76), on doit admettre à cet égard que l'œuvre de Burdeau est très proche, par certains côtés, de celle d'Hauriou.

⁷⁴ Ses développements autour de la notion de « démocratie » sont sans équivoque. Il commence par la définir comme « l'état d'un peuple consistant en ce que la souveraine puissance réside dans l'universalité des individus égaux entre eux devant la loi ». Mais il s'empresse immédiatement de préciser : « Faisons bien attention que la souveraine puissance du peuple, qui s'appelle aussi la souveraineté nationale, ne se confond pas avec le pouvoir de gouvernement ; elle n'est en soi que la propriété de ce pouvoir. Seulement, à titre de garantie pour la liberté politique, elle permet au pouvoir majoritaire du peuple de collaborer avec le pouvoir minoritaire du gouvernement dans la mesure nécessaire au contrôle de celui-ci ». Cf. *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1929, p. 141.

⁷⁵ G. Burdeau, *Traité de science politique*, 3^e éd. L.G.D., 1985, t. V, p. 535.

B. La thèse de « la primauté politique » du pouvoir exécutif.

La thèse s'articule autour d'un argument très simple, mais aux conséquences importantes pour la discipline du droit constitutionnel. Il consiste à dire que « la primauté du pouvoir exécutif doit être appréciée d'un point de vue politique et non pas d'un point de vue juridique »⁷⁶. Il pousse une fois de plus à souligner l'erreur de la « conception d'origine révolutionnaire », acceptée ensuite par la plupart des juristes du droit public déplore Hauriou.

Cette erreur part du postulat idéal que « le fonctionnement de l'État, devant être entièrement subordonné au droit et à la loi, se ramène aux deux opérations suivantes : 1° la législation ou émission de la loi par un pouvoir législatif ; 2° l'exécution de la loi par un pouvoir exécutif ». Pour le Doyen, une telle scission, fort réductrice pour l'exécutif, est « purement juridique » puisqu'elle le situe « non pas dans le plan réel de la vie gouvernementale, mais dans un certain plan idéal de l'état de droit »⁷⁷. Car choisir d'envisager le pouvoir exécutif d'un point de vue « politique » pousse à un tout autre constat : celui de l'urgence, de la nouveauté, de « la décision exécutive rapide »⁷⁸. Comme le dira à la même époque le juriste allemand Rudolf Smend, avec qui les similitudes sur ce point sont nombreuses, « C'est une erreur qui ne date pas d'aujourd'hui que de croire que toutes les décisions politiques peuvent être prises par le moyen de dispositions législatives générales (...). Dans l'exercice de sa fonction, le gouvernement n'agit pas en exécution de la loi, la plus grande partie des décisions qu'il prend ne se trouvant pas légalement réglées ». La politique échappe donc par principe au règne de la loi, « elle est le domaine dans lequel il est procédé au règlement des questions qui ne sont pas encore réglementées. Elle est le domaine des possibilités encore en suspens, celui de la libre décision »⁷⁹. Accorder la primauté politique à l'Exécutif postule donc le renversement complet de la conception qui s'impose au XVIII^e siècle (principalement chez Montesquieu) du gouvernement exclusif de la loi. En raison de la fréquence des cas uniques, des situations imprévisibles à résoudre, explique Hauriou, ceux qui croient que toutes les décisions politiques peuvent être prises par le moyen de dispositions législatives générales font fausse route. Ils se trompent aussi bien sur le plan de l'organisation interne des pouvoirs de l'État que sur le plan des relations internationales.

⁷⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1^{re} éd. 1923, p. 443 et 2^e éd. 1929, p. 383.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 383-384.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 385.

⁷⁹ R. Smend, « Les actes de gouvernement en Allemagne », *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1931, vol II, pp. 221-222.

Un deuxième argument est alors mis au service de sa théorie de la primauté du pouvoir exécutif : si elle s'affirme dans les relations du droit international public, elle « ne saurait disparaître dans celles du droit constitutionnel interne »⁸⁰. Anticipant sur une réflexion qu'essayera de systématiser quelques années plus tard Boris Mirkine-Guetzévitch⁸¹, Maurice Hauriou a eu dans son *Précis* cette observation : « De ce que l'étude du droit international public s'est différenciée de celle du droit public interne, il ne s'ensuit pas que les faits constitutionnels ne restent pas solidaires des faits internationaux. Cette vérité élémentaire a été étrangement méconnue par la doctrine française en ce qui concerne la querelle de l'exécutif ; on croirait que le monde du droit international lui est demeuré fermé ». En d'autres termes, premier et nécessaire représentant de l'État « en matière internationale », il serait incohérent que l'Exécutif glisse, « en matière constitutionnelle », au rang d'un pouvoir commis⁸².

Contre la croyance dans le système clos des normes ou dans le « tout juridique » inspiré de Kelsen, Hauriou insistait donc pour redonner au droit constitutionnel toute sa portée politique⁸³. Par sa thèse sur la primauté « politique » de l'Exécutif, il réfutait vigoureusement celle selon laquelle le droit serait un frein ou une limite externe au pouvoir politique. À l'occasion de la jurisprudence *Heyriès* (Conseil d'État, 28 juin 1918), il avait déjà pu préciser la mission du pouvoir exécutif : « D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant que l'on peut dans les circonstances exceptionnelles »⁸⁴. Comme chez Carl Schmitt⁸⁵, on observe chez Hauriou un vrai penchant à se tourner vers le cas d'exception pour pousser à terme son raisonnement. Encore discutable en période normale, lorsque le cadre légal se montre capable de contenir les événements politiques, la primauté de l'exécutif ne l'est plus lorsque survient la situation extrême. Dans ce

⁸⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 385.

⁸¹ Cf. B. Mirkine-Guetzévitch, *Droit constitutionnel international*, Sirey, 1933. Pour plus de détails, voir notre étude à paraître (premier trimestre 2005) intitulée « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch » in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique*, Paris, éd. Kimé (le paragraphe intitulé « La théorie de l'unité du droit public ou le « droit constitutionnel international » »).

⁸² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 386.

⁸³ Il faut signaler qu'une même conception « réaliste » de l'État se trouvait également défendue à la même époque en Allemagne avec en particulier les travaux de Smend, Triepel, Heller, Koellreuter puis Schmitt. Voir G. Leibholz, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 210 et s. ; J.-F. Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt : le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., 1992.

⁸⁴ Voir M. Hauriou, commentaire de la décision *Heyriès*, Recueil *Sirey*, 1922. 3, p. 49.

⁸⁵ Voir O. Beaud, « Carl Schmitt ou le juriste engagé » in Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 31. On comprend mieux pourquoi Schmitt considérait Hauriou comme son « frère aîné » et comme le seul juriste contemporain avec lequel il était en « accord de pensée » (*ibid.*, p. 8).

cas, il n'y a que l'exécutif pour agir avec promptitude, pour décider tout en se libérant des astreintes normatives. En bref, quand le droit se tait par incapacité de donner une directive quelconque, il faut bien s'en remettre à l'Exécutif, « parce que seul il possède la synthèse de la conception, de la décision et de l'exécution »⁸⁶. D'où son incontestable primauté, *dans et pour l'État*. D'après Hauriou, ces expériences de crise jouent comme un « verre grossissant, révélant la nature véritable du gouvernement politique ordinaire »⁸⁷. Elles révèlent combien il a été pernicieux de suivre les hommes de la Révolution dans leur vision d'un État entièrement subordonné au droit et à la loi d'une part, d'un Exécutif soumis au Législatif de l'autre. Car si la concentration des pouvoirs « en temps de crise » confirme la primauté du pouvoir exécutif, s'il est le premier dans les périodes de danger, « le pouvoir exécutif demeure également le premier dans les temps de sécurité et de paix »⁸⁸. En plus de cette réfutation doctrinale de l'héritage révolutionnaire, Hauriou en appelle au droit constitutionnel comparé qui enseigne depuis un siècle que le pouvoir exécutif, loin d'avoir « perdu du terrain, en aurait plutôt regagné en beaucoup de pays »⁸⁹.

La conclusion que le doyen de Toulouse donne à sa démonstration mérite d'être reprise étant donné qu'elle regroupe tous les éléments avancés pour justifier la primauté du pouvoir Exécutif : « Elle s'appuie sur le caractère minoritaire de son pouvoir, sur le monopole qu'il a de la décision exécutoire, expression synthétique du pouvoir, et aussi de la force publique (...), sur l'importance que lui confère ce rôle en politique internationale et sur les répercussions nécessaires que cette importance entraîne en politique intérieure ; elle s'appuie encore sur la tradition historique qui fait que le pouvoir exécutif est le premier et le plus ancien pouvoir de l'État, celui dont les autres pouvoirs publics se sont détachés, mais qui demeure leur

⁸⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1929, p. 385.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 389.

⁸⁹ M. Hauriou se réfère sur ce point à l'ouvrage de Joseph-Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, M. Giard et É. Brière, 1906. Il est vrai que l'auteur y élabore une théorie de « l'exécutif-représentant » (opposé à celle de « l'exécutif-agent ») fondée sur une autonomie normative et une primauté « politique » que Maurice Hauriou ne pouvait qu'approuver. D'aucuns y verront même le signe d'une influence de l'élève sur le maître. La question mérite en effet d'être posée tant les convergences constitutionnelles sont frappantes entre le Barthélemy d'avant la Grande guerre (époque où il acceptait encore de s'élever aux sommets de la théorie juridique) et le Précis d'Hauriou. Voir G. Sicart, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, *op. cit.*, p. 81 et s. À propos de Joseph-Barthélemy, les lecteurs de notre thèse (*Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, *op. cit.*) nous pardonnerons une confusion. Le juriste n'a pas participé aux travaux de l'Institut International de Droit Public comme il est écrit malencontreusement à la page 202. Il s'agissait de son presque homonyme Henri Berthélemy. Quand on sait que Barthélemy a décidé d'accoler son prénom à son nom pour mieux se démarquer du doyen de la Faculté de droit de Paris – dont il goûtait très peu la compagnie – on regrette d'autant plus cette erreur.

souche commune »⁹⁰. On comprend dès lors pourquoi Hauriou défend la spécificité des « *matières gouvernementales* », toujours nouvelles parce que la vie est « une continuelle création de nouveau et toujours urgentes parce qu'intéressant toujours le salut de l'État »⁹¹. Le fonctionnement de l'État se présente donc « comme un gouvernement par la décision exécutive rapide qui après coup peut être soumise au redressement de la loi mais qui en attendant vaut par elle-même »⁹². Certes, le règlement demeure juridiquement subordonné à la loi⁹³, à moins toutefois que son évasion hors du cadre légal soit réclamée par le salut de l'État. On saisit mieux également pourquoi, face à la technique des pleins pouvoirs, il écrira qu'il n'y avait plus lieu « *de crier à la dictature* ». En effet, selon lui, à partir du moment où la situation administrative et fiscale réclamait des réformes urgentes, mais que le Parlement restait « à peu près incapable de réaliser par la voie législative »⁹⁴, le système de la législation par décret imposé par Raymond Poincaré était parfaitement justifié. D'ailleurs, rappelle Hauriou, suite au vote de la loi du 3 août 1926, les premiers décrets-lois sont apparus « et personne ne s'aperçut d'aucun changement en France, si ce n'est que les réformes furent accomplies »⁹⁵. Loin d'annoncer le déclin du régime, ils annonçaient sa reprise en main par l'Exécutif, la marche vers « l'âge du gouvernement décisionnel »⁹⁶. En 1933, observant la démission généralisée de la doctrine devant de telles pratiques, Marcel Waline n'y voit que le résultat de cette progressive subversion des théories classiques par le discours de la primauté du « politique ». « Nous sommes à un tournant de l'histoire du droit public, une période se clôt », précise-t-il⁹⁷. De fait, en cette période de crise, la théorie Kelsénienne selon laquelle la hiérarchie des normes réduirait l'autonomie de la sphère politique à sa plus mince expression était en plein démenti. Entre la sécurité du droit et l'imprévu de l'ordre concret se glissait fatalement l'immanence de la décision, de ce « pouvoir d'entreprise » écrivait encore Maurice Hauriou. Dans le prolon-

⁹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 388.

⁹¹ *Ibid.*, p. 385.

⁹² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, p. 319 et s.

⁹³ Sur le rejet du principe d'un cantonnement autoritaire du pouvoir législatif par M. Hauriou, comme cela ressortira de la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, voir M. Fath-Kurkdjian, *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République*, op. cit., p. 112 et s.

⁹⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 453.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 454.

⁹⁶ Expression empruntée à N. Rousselier, « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », in M. Sadoun, *La Démocratie en France*, tome I, *Idéologie*, Gallimard, 2000, p. 274.

⁹⁷ M. Waline, « À propos des pleins pouvoirs », *L'Année politique française et étrangère*, 1933, p. 411.

gement de sa thèse sur la primauté « politique » du pouvoir exécutif, il n'est pas surprenant non plus que le Doyen propose d'inscrire « une légalité de circonstance » dans la Constitution⁹⁸.

Tout naturellement, c'est à une relecture des fonctions tripartites de l'État et de leur hiérarchie que ces développements sur la primauté de l'exécutif devaient conduire. Devant l'inadaptation du parlementarisme classique à l'environnement économique et social de plus en plus complexe de ce début XX^e siècle, le centre de gravité du pouvoir décisionnel allait s'en trouver modifié. En considérant que dans « la mission normale » de l'exécutif, l'exécution des lois « ne tient qu'une place secondaire », Joseph-Barthélemy avait très tôt pressenti ce changement⁹⁹. Quelques années plus tard, Maurice Hauriou essayera de systématiser cet abandon de l'héritage révolutionnaire.

Admettre l'existence d'un « pouvoir autonome chargé de pourvoir aux mesures gouvernementales urgentes, même en l'absence de lois »¹⁰⁰, reconnaître le caractère spontané du règlement, c'est adopter une définition de la fonction exécutive qui ne la réduise pas à cette seule mission. En réalité, elle se partage entre une fonction gouvernementale principale qui exige le monopole de l'initiative (que le pouvoir majoritaire de la souveraineté nationale est bien incapable de prendre en charge¹⁰¹), le pouvoir de création du droit, l'*action directe*¹⁰² et une fonction d'exécution des lois qui, elle, est secondaire. À l'inverse, le Parlement, organe par excellence de la délibération, est « un organe de gouvernement détestable qu'on ne saurait mettre à la tête de l'État, parce que gouverner c'est agir, et non pas délibérer... »¹⁰³. Incontestablement, avec Maurice Hauriou, l'ancienne dichotomie fonctionnelle (« législation » / « exé-

⁹⁸ Voir M. Hauriou, commentaire de la décision *Heyriès*, Sirey, 1922, 3, p. 49. Voir aussi ce passage très significatif du *Précis* (1929, p. 453) : « La vérité est que l'extension des pouvoirs de l'exécutif pour le temps de guerre, et aussi pour le temps de grève, devrait faire l'objet d'une loi établie d'avance, après mûre réflexion et aussi, peut-être, après invitation insérée dans la constitution, ainsi qu'il avait été fait pour la loi de 1849 sur l'état de siège. Après les expériences de la guerre de 1914 et des grèves de ces vingt dernières années, cette loi ne serait pas difficile à rédiger. Il est maintenant démontré que la loi sur l'état de siège est insuffisante, il faut donc la compléter par une loi sur l'état de guerre et sur l'état de grève ».

⁹⁹ J. Barthélemy, *Le pouvoir exécutif dans la République moderne*, op. cit., pp. 9-10 : « On voit donc l'inexactitude de la théorie qui distingue le législatif de l'exécutif d'après le vouloir et le faire (...). Les rapports entre l'exécutif et le législatif ne sont donc pas ceux de l'action à la volonté, du serviteur au maître ».

¹⁰⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1919, p. 32.

¹⁰¹ On rappellera que chez Hauriou, le souverain - à la manière d'un « propriétaire » par rapport à son « gérant d'affaires » - ne peut que contrôler et participer aux missions du pouvoir minoritaire. Quant au champ de l'initiative, il en est en principe écarté. Cf. *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 168 ou p. 223.

¹⁰² M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1910, p. 443 : « Tous les procédés d'action directe qu'un gouvernement peut employer, pour assurer l'existence du groupe et sa propre existence, relèvent de la fonction exécutive ».

¹⁰³ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 473.

cution ») s'efface au profit d'une autre dans laquelle le Gouvernement décide et le Parlement contrôle. Afin de mieux « coller » aux réalités du fonctionnement étatique moderne, afin d'oublier la classification surannée de Montesquieu, Hauriou propose la qualification suivante des trois pouvoirs publics : le *pouvoir exécutif*, le *pouvoir délibérant* et le *pouvoir de suffrage*. Le premier correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la *décision exécutoire*, le second correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la *délibération*, le troisième correspond à cette opération qui s'appelle *l'assentiment* (donné par *l'élection* à un candidat ou par *référendum* à une loi votée)¹⁰⁴. Sur cette première révolution copernicienne par rapport aux enseignements du droit constitutionnel révolutionnaire, va s'en greffer une seconde : le renversement de la hiérarchie organique au sein des institutions étatiques. À rebours des enseignements de Carré de Malberg, Hauriou explique en effet que « la place d'un pouvoir dans l'État ne doit pas être déterminée par le fait qu'il constitue une meilleure source de droit, mais par le fait qu'il réalise un meilleur organe de gouvernement, car il vaut mieux pour l'État vivre en utilisant un organe d'action qui est une source de droit inférieure que de succomber pour être resté fidèle à une source de droit supérieure qui n'est pas un organe d'action. Autrement dit, la place des pouvoirs dans l'État se règle dans le plan politique et non dans le plan juridique »¹⁰⁵. En deux phrases, Hauriou venait de ruiner l'idée, toujours défendue par le juriste de Strasbourg selon laquelle la gradation des règles, des fonctions ou des actes provient du degré de puissance des organes par qui la règle a été édictée¹⁰⁶.

Pour le doyen de Toulouse, il est donc exclu de céder au fatalisme de la souveraineté parlementaire. « Le régime parlementaire lui-même n'exige point la suprématie du pouvoir délibérant » écrit-il. Il en veut pour preuve l'Angleterre, « la mère du parlementarisme », où la Chambre des communes a contrôlé, mais n'a jamais gouverné directement. « Les partisans de la primauté du pouvoir délibérant, et de la souveraineté du Parlement, s'il en subsiste encore, doivent s'avouer à eux-mêmes qu'ils vivent sur les souvenirs révolutionnaires dont les grands peuples modernes se sont éloignés avec ensemble et

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 351.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 473.

¹⁰⁶ Pour une systématisation de cette approche d'une hiérarchie fonctionnelle conditionnée par la hiérarchie organique établie par la Constitution, voir R. Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933. L'ouvrage s'achève d'ailleurs sur cette phrase éloquentes : L'État fixe la valeur respective des règles « d'après la qualité de puissance qu'il attribue respectivement à ceux-ci [aux organes], en sorte que la hiérarchie et la nature même des règles continuent à se ressentir indéfiniment de la hiérarchie établie entre les diverses sortes d'organes et de la nature de la puissance conférée à chacun d'eux ».

rapidité»¹⁰⁷. Fort logiquement, il en découle la « hiérarchie normale des trois pouvoirs » : d'abord le pouvoir exécutif, ensuite le pouvoir délibérant puis l'assentiment. « Parce qu'au point de vue du degré d'importance des opérations de la volonté », précise Hauriou (p. 352), la décision passe toujours avant la délibération et l'assentiment.

Cependant, comme en ce qui concerne la distinction « pouvoir *minoritaire* / pouvoir *majoritaire* » ou « pouvoir *en action* du gouvernement / pouvoir *inerte* du souverain », la distinction du *politique* et du *juridique* laisse entrevoir un équilibre pour le moins précaire entre « ordre » et « liberté ». Derrière ces variantes terminologiques, on sait qu'Hauriou se réfère au clivage entre une force commandante de décision (politique) et une force de contrôle (juridique). Mais comment ne pas songer à l'établissement d'un contrôle résiduel dans le schéma constitutionnel d'Hauriou quand on sait l'importance qu'il accorde à « l'opinion publique » en la matière, quand le référendum est envisagé sans l'initiative populaire, quand il juge que le pouvoir « second » des Chambres n'en reste « pas moins enviable »¹⁰⁸ ? Une fois de plus, c'est la conception toute thomiste d'un Pouvoir bon en soi qui domine (parce que d'origine divine)¹⁰⁹, *a fortiori* si les élites l'exercent. La société, orchestrée autour du Pouvoir, reste plutôt comprise comme ayant une consistance propre et naturelle, placée hors d'atteinte de la volonté du plus grand nombre. Renversant le constitutionnalisme révolutionnaire, ce sont les entraves au pouvoir exécutif qui sont regardées avec suspicion dans l'œuvre du Doyen. Chez lui, les contrepoids au rôle central attribué au pouvoir gouvernemental sont d'ailleurs d'autant plus difficile à trouver qu'il revendique, pour renforcer l'armature décisionnelle, l'élection du Président de la République au suffrage universel¹¹⁰.

Quoi qu'il en soit de la part effective réservée au contrôle dans le fonctionnement du gouvernement, il faut admettre que sa nouvelle classification des fonctions étatiques connaîtra une vraie résonance dans la doctrine constitutionnelle. Se situant dans la stricte orthodoxie du maître, Achille Mestre déclarera par exemple dans son *Cours de droit constitutionnel* (1932-1933) que le pouvoir exécutif est « politiquement » le premier, « le plus indispensable des pouvoirs d'État »¹¹¹. Mais qu'en est-il des autres ? De ceux qui ont contribué

¹⁰⁷ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, pp. 473-474.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 474.

¹⁰⁹ Voir M. Villey, article sur « Thomas d'Aquin » in F. Chatelet, O. Duhamel, E. Pisier (dir.), *Dictionnaire des œuvres politiques*, P.U.F., 1989, p. 1050 et s.

¹¹⁰ Se référer aux développements ultérieurs (paragraphe suivant).

¹¹¹ Voir G. Sicart, *La doctrine publiciste française à l'épreuve des années 1930*, op. cit., p. 76.

dans les années trente à l'amplification du thème « Gouverner c'est légiférer », sans jamais se référer à Hauriou ? Y a-t-il eu influence directe, mais dissimulée, des thèses du doyen de Toulouse ou pure coïncidence ? Une chose est sûre, qu'il s'agisse de René Capitant, d'Émile Giraud ou de Boris Mirkin-Guetzévitch, tous envisagent l'institution parlementaire comme strictement cantonnée dans un rôle d'assentiment ou de contrôle. Pour l'un, le pouvoir exécutif est désormais un pouvoir gouvernemental d'où la nouvelle hiérarchie fonctionnelle qui en résulte : « le Gouvernement gouverne, le Parlement contrôle »¹¹². On ne saurait être plus clair. Pour l'autre, de la fréquence du recours à la législation déléguée en France et hors des frontières, « il découle que le pouvoir législatif est apte à jouer le rôle d'organe de discussion, et le pouvoir exécutif est apte à jouer le rôle d'organe de décision et d'action »¹¹³. Chez l'auteur d'origine ukrainienne enfin, la collaboration entre le gouvernement et le parlement est maintenant « transformée en *primauté de l'Exécutif* (*primauté politique et non juridique*), laquelle représente la véritable réalisation des aspirations de la démocratie ». Elle se manifeste surtout par le fait que le pouvoir exécutif représente « l'âme de la législation », le rôle politique de la majorité parlementaire devant consister « uniquement dans l'homologation des projets gouvernementaux »¹¹⁴.

Armel Le Divillec a pu objecter¹¹⁵ qu'il était difficile d'inscrire ces derniers auteurs dans la filiation doctrinale d'Hauriou pour la simple et bonne raison que tous se rattachent à une lecture strictement « moniste » du parlementarisme, d'inspiration anglaise, alors que le maître de Toulouse n'acceptait que la perspective « dualiste ». André Tardieu ou Gaston Doumergue étaient-ils d'ardents défenseurs du « monisme » ? Et pourtant, René Capitant va saluer leur campagne pour changer la République¹¹⁶. Georges Burdeau se situait-il dans un cadre « dualiste » lorsqu'il va à son tour réfléchir sur une nouvelle classification des fonctions étatiques à la Libération ? Pas davantage, et pourtant, il acceptera de se référer explicitement au *Précis de droit constitutionnel* d'Hauriou¹¹⁷. Il nous

¹¹² R. Capitant, *La Réforme du Parlementarisme*, Sirey, 1934, p. 10.

¹¹³ E. Giraud, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Sirey 1938, p. 143.

¹¹⁴ B. Mirkin-Guetzévitch, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Sirey, 1937, pp. 36-37.

¹¹⁵ Lors de la discussion qui a suivi l'exposé de notre conférence sur Maurice Hauriou, le 17 septembre 2004 en salle des conseils, à la Sorbonne.

¹¹⁶ Voir O. Beaud, « La crise de la III^e République sous le regard du jeune René Capitant », in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes face au Politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, éd. Kimé, 2003, p. 176 et s.

¹¹⁷ Cf. G. Burdeau, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.*, 1945, pp. 202-227 ou « La fonction gouvernementale », *Revue Politique et Parlementaire*, 1946, pp. 208-213.

apparaît donc que la paternité d'Hauriou, même inconsciente, ne peut réellement se contester pour ce qui concerne l'acceptation quasi unanime par la doctrine d'une des grandes tendances communes à toutes les démocraties contemporaines (qu'elles soient parlementaires ou non) : la primauté « politique » du pouvoir exécutif¹¹⁸. C'est d'ailleurs ce que n'hésitait pas à reconnaître Georges Vedel dès 1968 – lui qui avait quelques années plus tôt consacré une large étude à la compréhension du rôle véritable de l'Exécutif¹¹⁹ – en parlant d'un « plaidoyer » d'Hauriou qui « devance les analyses modernes sur la structure de l'État (...) ; le tout énoncé en termes de réalité politico-sociale, et à contre-courant de son époque, mais l'avenir lui a donné raison »¹²⁰.

Dans l'entre-deux-guerres, cependant, la marche vers l'éclosion d'une véritable fonction gouvernementale risquait d'être ralentie, voire contrariée, si la position institutionnelle de l'exécutif n'était pas hissée au niveau de sa position décisionnelle. À l'époque, la recherche d'une légitimation du pouvoir exécutif était un objectif commun à de nombreux juristes et hommes politiques soucieux de réformer le régime. Deux familles se distinguaient alors. La première, incarnée par Robert Redslob¹²¹, réclamait le retour à un « parlementarisme authentique ». En somme, il s'agissait de revenir à l'équilibre de 1875 grâce à la réhabilitation du droit de dissolution, un mécanisme présenté comme la véritable pierre d'achoppement de la délicate alchimie entre équilibre et collaboration des pouvoirs. La seconde, formée de René Capitant, Maurice Ordinaire, Léon Blum ou Boris Mirkin-Guetzévitch, se distinguait plutôt par son admiration pour le « parlementarisme majoritaire » tel que l'Angleterre semblait si bien le pratiquer¹²². Ce qui supposait évidemment une structuration du système partisan, voire la naissance d'un *two-party system*... pour le moins hypothétique dans le contexte tourmenté des années trente. Quant à Maurice Hauriou, il se singularise en se montrant partisan d'une troisième voie.

Contrairement à beaucoup, il ne va chercher de solution ni dans le culte du passé (dans un retour au schéma « dualiste » inauguré sous les Chartes) ni

¹¹⁸ Voir par exemple Ph. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 3^e éd., 2004, p. 533.

¹¹⁹ G. Vedel, « Le problème des rapports du Législatif et de l'Exécutif », *R.F.S.P.*, décembre 1958, pp. 757-781.

¹²⁰ G. Vedel, « Le Doyen Maurice Hauriou et la Science politique », *op. cit.*, p. 108.

¹²¹ R. Redslob, *Le régime parlementaire*, Éd. Marcel Giard, 1924. Il faut insister sur l'impact que cet ouvrage aura dans la doctrine et sur la manière, pour des générations de constitutionnalistes, d'envisager le régime parlementaire.

¹²² Cf. S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, *op. cit.*, p. 109 et s.

dans l'inclusion sur le sol français des mœurs et de la culture parlementaire anglaise, mais dans un « dualisme démocratique » ou « renouvelé », proche finalement de la solution trouvée par les constituants de Weimar. À la différence du cas de Carré de Malberg¹²³, d'Ezékiel Gordon¹²⁴ ou de Jean Hennessy¹²⁵, il semblerait toutefois hasardeux de prétendre à l'influence du « moment Weimar »¹²⁶ sur la vision constitutionnelle d'Hauriou. Pour le doyen de Toulouse, l'irruption de cette architecture institutionnelle insolite – vrai laboratoire des nouvelles formes juridiques et politiques du droit constitutionnel né après la Grande guerre en Europe centrale et orientale¹²⁷ – intervient juste de manière opportune pour corroborer une réflexion nourrie de l'histoire constitutionnelle française et de l'observation de la vie politique récente¹²⁸.

Une chose est sûre également : il perçoit que le dualisme tel qu'il a été pratiqué en France au XIX^e est condamné, nulle incantation ne pouvant suppléer à l'absence des conditions qui le rendaient possible. À l'instar de Georges Burdeau, Maurice Hauriou a sans doute compris que « le propre du régime parlementaire [de type orléaniste] est d'avoir été une *formule de transition* entre l'âge de la prérogative monarchique et l'ère de la souveraineté du peuple »¹²⁹. Autrement dit, penser le régime parlementaire au début du XX^e siècle nécessite d'oublier les leçons de Benjamin Constant, d'évacuer les souvenirs de la Restauration, pour tenir compte avant tout de cette « attraction profonde, mystérieuse, irrésistible, puissante et fatale comme une force de la nature [qui]

¹²³ R. Carré de Malberg, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », *L'Alsace française* du 6 octobre 1923 (repris dans la *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 4, 1996, pp. 369-378). Cet article marque sans aucun doute un moment clé dans le basculement vers le « second Carré de Malberg », celui qui envisage de faire du peuple l'organe suprême dans l'État.

¹²⁴ Voir E. Gordon, *La Responsabilité du Chef de l'État dans la pratique constitutionnelle récente*, Sirey, 1931 (Préface de Joseph-Barthélemy) ou du même auteur, *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'État*, Sirey, 1934.

¹²⁵ J. Hennessy, *Ni à droite, Ni à gauche, En Avant*, Eugène Figuière éditeur, Paris, 1935. Président du Collège libre des sciences sociales, Hennessy prendra aussi la tête du « Club social national », un mouvement patronné par les anciens combattants et particulièrement intéressé par les questions constitutionnelles. Le Club fait notamment paraître entre le 6 et le 15 octobre 1932 dans *Le Quotidien* un projet de Constitution de 44 articles largement inspiré par le modèle de Weimar. Pour plus de détails, voir S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente*, *op. cit.*, p. 481 et s.

¹²⁶ Cf. C. M. Herrera, « Droit et gauche. Sur une recherche », in C. M. Herrera (dir.), *Les juristes de gauche sous la République de Weimar*, éd. Kimé, 2002, p. 9.

¹²⁷ Voir B. Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1^{ère} éd., 1928 (dix autres éditions suivront). Se reporter également à notre étude à paraître, S. Pinon, « Les idées constitutionnelles de Boris Mirkine-Guetzévitch », *op. cit.*, le paragraphe intitulé « La naissance d'un « nouveau droit constitutionnel » en Europe centrale et orientale ».

¹²⁸ Se reporter aux développements de la seconde partie de cette étude.

¹²⁹ G. Burdeau, *Traité de science politique*, *op. cit.*, t. V, p. 347.

entraîne les peuples vers la démocratie »¹³⁰. Face à un tel phénomène, au combien irrésistible, il est donc illusoire de vouloir ressusciter l'ancien pouvoir royal par des arguties juridiques, de vouloir fonder le dualisme sur deux principes politiques distincts. Il faut au contraire se résigner à accepter le fait démocratique et laisser tous les organes de l'État prendre leur source dans l'élection populaire. C'est sans doute la voie que cherche à explorer Maurice Hauriou. Et dans sa quête, il voit qu'en Allemagne aussi les constituants de 1919 ont su renouveler le parlementarisme par le biais d'un « dualisme » d'un nouveau type, « démocratique » celui-là¹³¹.

Si sa doctrine de la primauté du pouvoir exécutif singularise Hauriou dans le milieu juridique de son temps, que dire de sa défense de l'élection du Chef de l'État au suffrage universel direct ! En somme, à l'heure du triomphe généralisé du suffrage, il veut que la légitimité élective vole au secours de la légitimité fonctionnelle.

II. L'objectif complémentaire de Maurice Hauriou : défendre l'élection populaire du président de la République

À travers ce titre, il ne faut pas croire que seul le réaménagement de l'institution présidentielle compte dans le schéma parlementaire d'Hauriou. Le Doyen avait mesuré l'intérêt d'un encadrement des Chambres par le gouvernement ; dans son œuvre constitutionnelle figuraient les prémices d'une rationalisation de la procédure législative¹³², apparaissait déjà la volonté de grandir le rôle du président du Conseil¹³³. En fait, comme il le résume en tête d'un

¹³⁰ Cf. Joseph-Barthélemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 2^e éd., 1933, rééd. Economica, 1985, p. 60. On ne cite pas Joseph-Barthélemy par hasard. Son fatalisme par rapport à la démocratie est en effet très proche de celui d'Hauriou. À cet égard, F. Saulnier a pu écrire qu'il est « donc moins conservateur (plus lucide) que la plupart des libéraux », majoritaires dans la doctrine en ce début XX^e siècle. Cf. Joseph-Barthélemy, *1874-1945, la crise du constitutionnalisme libéral sous la Troisième République*, op. cit., (coll. L.G.D.J., 2004), p. 353 et s.

¹³¹ On notera que l'expression « dualisme démocratique », souvent employée aujourd'hui, fut pour la première fois formulée par le jeune René Capitant. Cf. « Le rôle politique du président du Reich », *Politique*, mars 1932, pp. 216-229, réédité in R. Capitant, *Écrits constitutionnels*, éd. CNRS, 1982, p. 441.

¹³² Sur l'encadrement des sessions, les moyens de limiter l'initiative parlementaire ou de redonner à l'Exécutif la maîtrise du pouvoir financier, voir M. Kath-Kurkdjian, *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République*, op. cit., p. 145 et s.

¹³³ Dès la première édition de son *Précis*, par exemple, il réclame l'institutionnalisation d'un organisme permanent – sorte de Secrétariat Général du Gouvernement avant l'heure – devant constituer pour le président du Conseil « un office de renseignement outillé, un office interministériel adapté à la solution des affaires nombreuses qui chevauchent les attributions de plusieurs ministères ». En bref, l'institution devait répondre aux besoins « d'unité politique dans la direction du cabinet [et] d'unité gouvernementale et administrative dans la gestion des affaires ». Cf. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, pp. 467-468.

paragraphe, pour se rendre compte de la primauté du pouvoir exécutif, il faut envisager ce pouvoir « dans l'ensemble des organes du gouvernement exécutif, et non pas seulement en la personne du Président de la République »¹³⁴. Si l'institution exécutive est bicéphale, ajoute-t-il en substance, il n'est pas opportun de séparer les deux têtes quand on veut apprécier la situation de l'exécutif. Mais que le Doyen s'efforce de parler d'un président de la République « complété » ou « contresigné » par ses ministres ne suffit pas à masquer le rôle central qu'il entend accorder, dans son schéma parlementaire, à l'institution présidentielle.

Cette hiérarchie interne à l'organe exécutif est particulièrement perceptible dans la première édition de son *Précis*, en 1923, à l'époque où Millerand exerce une présidence active à l'Élysée. L'horizon d'une République trouvant son équilibre entre « autorité » et « liberté » semble enfin se décanter à la grande satisfaction du Doyen. Voilà pourquoi les pages consacrées à la perspective d'une présidence renforcée sont nombreuses en 1923¹³⁵, voilà pourquoi elles vont disparaître dans l'édition de 1929. Car on sait que la démission forcée et spectaculaire de Millerand en juin 1924 met fin aux espoirs de ceux qui concevaient le renforcement de l'exécutif par l'instauration d'un vrai *leadership* présidentiel¹³⁶. À propos de la primauté accordée à la « constitution sociale » sur la « constitution politique », Hauriou écrit dans son « Avertissement » à la seconde édition du *Précis* qu'il avait refusé de la faire apparaître, « parce que je n'ai pas cru les esprits assez préparés, en France, à cette nouveauté ». Cinq ans après la défaite de Millerand, sans doute a-t-il également songé que les « esprits » s'étaient détournés de l'idée d'une présidence forte. Outre les soubresauts de la vie politique française, c'est probablement aussi l'enlisement du régime de Weimar dans la crise qui l'incite à plus de circonspection s'agissant de l'institution présidentielle¹³⁷. On observe finalement que le Maurice Hauriou « constitutionnaliste » avait manifesté des sympathies pour un homme (Alexandre Millerand¹³⁸)

¹³⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 387.

¹³⁵ Voir les pages 388 à 395.

¹³⁶ Comme l'écrit R. Rémond, « Ainsi se dénoue l'une des plus graves crises entre les pouvoirs qui ait secoué la III^e République. Elle s'achève sur la défaite de l'exécutif : c'en est fait des projets de restaurer l'autorité de la présidence ». Cf. *La République souveraine. La vie politique en France (1879-1939)*, Fayard, 2002, pp. 98-99.

¹³⁷ En 1929, dans la seconde édition de son *Précis*, la référence à l'Allemagne de Weimar a disparu. Sans doute qu'à cette époque, l'instabilité chronique du régime n'apporte plus le soutien escompté à sa démonstration.

¹³⁸ Les deux hommes auront ensemble une correspondance. En 1922, Maurice Hauriou envoie à l'hôte de l'Élysée la partie consacrée au rôle du Président de son *Précis* à paraître. L'homme politique lui répond (lettre du 22 octobre 1922) que « Sur plus d'un point, j'ai eu plaisir à constater que nos idées coïncidaient... ». Cf. Marc Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, Thèse, Science politique, Paris II, 2000, p. 195. M. Milet parle d'une « parenté intellectuelle formellement retranscrite » dans l'adresse « Mon Cher Maître » qui figure sur une lettre en date du 3 novembre 1922.

et pour un régime (la République de Weimar), qui deviendront tous les deux des références « empoisonnées » quelques années plus tard¹³⁹. Dans ces conditions, lorsque la doctrine républicaine aura assimilé l'expérience Millerand à une tentative supplémentaire de coup de force contre le Parlement et qu'elle réservera un injuste traitement à Weimar¹⁴⁰ à cause de sa défaite devant le fascisme, il deviendra évidemment difficile de trouver une place au panthéon des « maîtres » du droit constitutionnel.

En 1929, et malgré une plus grande discrétion d'Hauriou relativement au président de la République, sa conviction n'en demeure pas moins celle d'un régime condamné au déséquilibre sans l'institutionnalisation d'une légitimité présidentielle égale à la légitimité parlementaire. Plus fondamentalement, la justification qu'il donne à l'élection du Président au suffrage universel repose à la fois sur sa conformité avec la nature intrinsèque de la République, et surtout, sur l'idée d'en assurer le salut.

A. L'élection populaire du Président conforme à la nature de la République parlementaire

Dans son étude sur Maurice Hauriou, Lucien Sfez montre qu'à partir des trois piliers soutenant sa théorie de l'institution (1 – l'idée directrice à réaliser dans un groupe social, 2 – le Pouvoir qui l'organise, 3 – la communion des citoyens au sujet de l'idée et de sa réalisation), il est facile de repérer la place « capitale » prise par le phénomène « de consentement et d'adhésion » du plus grand nombre. « Nous ne voulons pas dire par là que la théorie de l'institution commandait l'adoption de l'élection du président au suffrage universel. Nous voulons seulement dire qu'il existait une parenté, des relations de cousinage entre celui-ci et celle-là... »¹⁴¹. Cette première explication est évidemment recevable. Elle n'empêche pas d'en avancer une autre, en rapport beaucoup plus direct avec l'œuvre constitutionnelle du Doyen.

¹³⁹ Sur ce point encore, on peut donner raison à Roland Maspétiol (« L'idée d'État chez Maurice Hauriou », *op. cit.*, pp. 261 et 265) lorsqu'il observe qu'une des faiblesses de la réflexion d'Hauriou – sur la « théorie de l'État » mais pas seulement – est d'être « trop inscrite dans les réalités de son temps » ; « elle n'a pas écarté suffisamment la tentation du temporaire et du contingent ».

¹⁴⁰ En somme, au cours des premières décennies de la V^e République, on aurait préféré ignorer tout bonnement la référence au dualisme démocratique plutôt que d'inscrire le nouveau régime dans la filiation empoisonnée de la Constitution de Weimar. Voilà pourquoi Pierre Avril (« Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n°49, 1989, p. 13) parle de « la grand-mère indigne de la V^e République ». Dans le même sens, voir aussi A. Le Divellec, « Parlementarisme dualiste : entre Weimar et Bayeux », *R.F.D.C.*, 1994, p. 750 et s.

¹⁴¹ L. Sfez, « Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », *op. cit.*, pp. 112-113.

Il s'agit de voir dans l'élection populaire du Président, encouragée par Hauriou, le prolongement d'un constat : celui du triomphe irréversible du pouvoir de suffrage. « Il est d'autant plus indiqué de le faire figurer dans la liste des pouvoirs politiques que la logique des progrès de la démocratie introduira fatalement du gouvernement direct... »¹⁴². À l'instar de Carré de Malberg, forcé de reconnaître la dénaturation du régime représentatif sous « l'influence du progrès constant des idées démocratiques »¹⁴³, Hauriou refuse de se positionner à contre-courant de l'histoire. Mais chose remarquable, méconnue chez le « premier » Carré de Malberg toujours occupé à colmater au maximum la brèche dont il venait de constater l'apparition¹⁴⁴, Hauriou décide d'anticiper le mouvement. Des progrès irrésistibles du fait démocratique depuis le XIX^e siècle, il essaie donc de tirer toutes les conséquences institutionnelles. Au seuil des années 20, ils ne sont pas nombreux dans ce cas, à prôner aussi bien l'utilisation de la dissolution, la réhabilitation du référendum que l'élection populaire du Président. Il ose en somme, à rebours du « parlementarisme à la française »¹⁴⁵, proposer de renouer le dialogue entre l'exécutif – devenu un nouveau pôle à part entière de représentation – et le corps électoral. Certes, admet-il dans la première édition de son *Précis*, l'évolution constitutionnelle vers l'élection du président de la République par le suffrage universel pourrait être « poursuivie par étape ». On commencera par « élargir le collège électoral actuel en adjoignant aux membres du Parlement, soit des délégués des conseils généraux (...), soit des délégués spéciaux élus par le corps électoral »¹⁴⁶. Mais à terme, c'est à l'intervention directe du peuple qu'il faudra aboutir.

Enfin, en soutenant la présidence active inaugurée par Millerand deux années plus tôt (il rédige son *Précis* en 1922), en soutenant son programme de révision qui s'articule autour de l'élargissement du collège électoral présidentiel, il n'est pas surprenant de voir Hauriou approuver ce type de réforme. On peut d'ailleurs observer avec quel soin il reprend un à un tous les discours de Millerand (discours électoral du Bataclan du 7 novembre 1919, discours du jour de l'élection à la présidence de la République du 23 septembre 1920, discours du 12 mars 1921 à la foire de Lyon etc.) en en extra-

¹⁴² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1929, p. 351.

¹⁴³ R. Carré de Malberg, *Contribution*, op. cit., t. II, p. 366.

¹⁴⁴ Il en ira différemment lorsque le professeur de Strasbourg acceptera – après la Première guerre mondiale (la *Contribution* ayant été rédigée avant) – d'envisager positivement l'irruption du peuple sur la scène politique. Voir l'article le plus révélateur de cette transformation, R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *R.D.P.*, 1931, pp. 225-244.

¹⁴⁵ Cf. S. Rials, « Une doctrine constitutionnelle française ? », op. cit., p. 92.

¹⁴⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, pp. 388-389.

yant, dans une longue note, les passages relatifs à un rééquilibrage institutionnel au profit du Président¹⁴⁷. On retrouve là sa tendance à accorder trop d'importance aux contingences de l'immédiate actualité¹⁴⁸. La proximité des vues entre les deux hommes est flagrante lorsque Millerand annonce que « le président de la République n'est pas constitutionnellement le syndic des parlementaires, mais bien le premier représentant de la France » (discours du Bataclan). Il en va de même lorsqu'il en déduit que « ce n'est pas seulement dans les deux Chambres que doivent être ses électeurs ». Mais contrairement à l'homme politique, pourtant convaincu que « le suffrage universel est le maître » (discours du 23 septembre 1920), Hauriou ne marque aucune réelle réticence à l'idée d'un président de la République élu directement par le peuple¹⁴⁹. Cela tient à deux facteurs principaux qui, cette fois, ne relèvent pas du contexte politique du moment mais bien de la doctrine constitutionnelle du Doyen. Ils ont de quoi surprendre, tant par leur originalité que par leur irrespect à l'encontre de l'idéologie dominante. L'un se rapporte à la définition même de la « République » ; l'autre se ramène à une tentative de décrispation des républicains par rapport à leur passé.

Une sorte de syllogisme inaugure sa perception de la « République ». La *majeure* consiste à dire qu'elle est « d'abord une forme de gouvernement ». Elle se caractérise donc par la suppression de toutes les fonctions gouvernementales héréditaires – qu'il s'agisse du chef de l'État ou de la Chambre haute – et « par leur remplacement par des fonctions électives » (la *mineure*). En *conclusion*, on trouve que « la République est une forme de gouvernement entièrement élective, elle devient une forme d'État où la souveraineté nationale est plus pleinement réalisée que dans les autres, parce que la mainmise du suffrage majoritaire sur les pouvoirs de gouvernement est plus complète ; elle devient la forme d'État la mieux adaptée à la souveraineté nationale, et elle tend à s'identifier avec celle-ci, ainsi qu'avec la démocratie »¹⁵⁰. À partir de cette définition, Hauriou dégage deux conséquences. Premièrement, que se découvre « une logique » de la forme républicaine qui va « dans le sens du développement de toutes les possibilités de la souveraineté nationale et de la

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 394 note 1.

¹⁴⁸ Cf. R. Maspétiol, « L'idée d'État chez Maurice Hauriou », *op. cit.*, p. 250.

¹⁴⁹ Dans le discours du 7 novembre 1919, Millerand avait ajouté : « Sans doute, une cruelle expérience et des raisons d'ailleurs sérieuses dissuadent de faire nommer le président de la République par le suffrage universel. Mais entre ce mode d'élection et celui d'aujourd'hui, il y a un abîme et l'on peut sans danger aucun et, à mon avis, avec de très grands avantages, élargir simplement ce collège électoral ». Voir A. Dansette, *Histoire des présidents de la République*, Club des librairies de France, 1956, p. 259.

¹⁵⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1923, p. 384. *Précis*, 2nd éd., 1929, p. 343.

démocratie ». Deuxièmement, que pour être conforme à son « type », l'État républicain ne peut se satisfaire du « régime représentatif » et doit donc « comporter une part de gouvernement direct, soit par la participation directe du peuple à l'œuvre législative sous forme de *référéndum*, soit par la nomination directe du président de la République »¹⁵¹. Avant même que Carré de Malberg devienne en quelque sorte le porte-parole d'une nouvelle revendication constitutionnelle (la combinaison du référendum avec le parlementarisme, cf. *Revue du Droit Public* 1931), Hauriou observe en 1923 que « la liberté politique, la souveraineté nationale, la démocratie ont sans doute reçu une première satisfaction dans le gouvernement représentatif, mais elles exigent davantage ; il leur faut maintenant une combinaison de gouvernement représentatif et de gouvernement direct du peuple qu'il est dans l'esprit de la République de leur assurer »¹⁵². Certes, le détail des mécanismes concrets défendu par les deux juristes montre que le « maître » de Toulouse se maintient parfaitement dans la logique d'une démocratie « d'adhésion » (d'« assentiment » pour reprendre son propre terme) tandis que le maître de Strasbourg se fait l'apôtre, à partir de 1931, d'une véritable démocratie de « participation »¹⁵³. Toutefois, malgré ces différences, poser des conditions à cette combinaison n'est-ce pas, déjà, en reconnaître la validité du principe ? Et à cet égard, l'œuvre constitutionnelle d'Hauriou mérite aussi d'être citée.

Sans attendre le paroxysme des mécontentements qui caractérise la décennie 1930, le Doyen s'en prend courageusement dès 1923 au « parti républicain », toujours enfermé « dans l'orthodoxie étroite du régime représentatif ». Prolongeant son attaque, qui disparaîtra d'ailleurs dans le *Précis* de 1929, il écrit : « il n'y a qu'à fonder un autre parti qui soit démocrate ; l'opposition entre les partisans d'un parlementarisme exclusif et ceux d'un gouvernement semi-direct aura une signification de haute politique »¹⁵⁴. Afin de sortir le régime de l'ornière de cette solution en apparence « moyenne », mais résolument perpétuée pour garantir « le maintien de la suprématie des assemblées », Hauriou répète en 1923 comme en 1929 qu'il faut s'orienter vers « la participation directe du peuple au gouvernement, sous la forme de l'élection du président de la République ou sous celle du référendum... ». Sinon, à défaut d'adopter l'une de ces réformes, « ou même les deux à la fois », il faudra se résigner à admettre que « nous ne sommes pas en République au sens démo-

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 384. 2nd éd., p. 344.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Pour plus de détails, voir notre thèse, *Les réformistes constitutionnels des années trente*, op. cit., p. 57 et p. 77.

¹⁵⁴ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, p. 387.

cratique du mot, et que la logique de la forme républicaine de l'État n'est pas pleinement satisfaite »¹⁵⁵.

Mais au moment où il rédige son *Précis*, et quand bien même l'expérience Millerand laisserait entrevoir des lendemains meilleurs pour la démocratie, le Doyen est conscient qu'aucune réforme de fond ne sera possible sans accepter une relecture dépassionnée, objective, de l'histoire constitutionnelle française. En somme, il s'agissait d'exorciser les vieux spectres : le spectre bonapartiste ou celui du pouvoir d'un seul, et le spectre des journées révolutionnaires (réactivé par l'épisode de la Commune) ou celui de l'absolutisme du nombre. Au lieu de rester dans une position « moyenne », affaiblie, en proie à une « oligarchie parlementaire » qu'Hauriou ne cesse de stigmatiser, la République devait cesser d'excommunier tout à la fois le pouvoir exécutif fort et l'expression directe de la souveraineté populaire. Pour le Doyen, le temps d'une réconciliation des républicains avec leur passé était venu ; il fallait enfin qu'ils acceptent – sans crier immédiatement à la menace d'une dictature de gauche ou de droite – un modèle parlementaire réalisant la synthèse de l'autorité et de la liberté, du pouvoir minoritaire et de la démocratie. Entre le pouvoir d'État et le pouvoir du peuple, il ne fallait plus choisir, mais les consacrer l'un et l'autre. Pour espérer voir émerger un tel esprit de syncrétisme, Hauriou propose donc de revenir sur la lecture faite de « l'histoire politique depuis la Révolution », toujours prompte à être brandie pour contrecarrer la moindre réforme.

« Une faute initiale a été commise, écrit-il. Lorsque la Convention, le 25 septembre 1792, proclamait la République, elle eût dû, imitant l'exemple américain, instituer un Président de la République élu par les assemblées primaires ou par les collèges électoraux de département, afin d'équilibrer son propre pouvoir représentatif par un pouvoir exécutif fort et directement en contact avec le peuple »¹⁵⁶. Loin de cette perspective, on refusera d'investir le pouvoir exécutif du droit d'exprimer la volonté souveraine de la nation, le cantonnant du même coup dans un rôle de simple agent d'exécution des volontés du corps législatif. Le dogme de la suprématie de l'assemblée représentative venait de triompher, ce qui privait irrémédiablement la République de la constitution d'un pouvoir exécutif fort. Or, si le Président avait dès le départ été élu par le peuple, « sans doute, un régime républicain démocratique stable se fût-il lentement établi, comme il s'est établi aux États-Unis, et eussions-nous fait l'économie de beaucoup de coups d'État et de révolutions. Au

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1929, p. 344.

lieu de cela, le pouvoir exécutif et le peuple allaient se chercher et se rejoindre dans de déplorables conditions ; la dictature militaire de Napoléon allait s'appuyer sur la forme la plus grossière de consultation populaire qui soit, sur le plébiscite qui précède ou qui suit un coup d'État¹⁵⁷. Comme en matière d'exception d'inconstitutionnalité¹⁵⁸, le Doyen prend appui sur le modèle américain, non pour y voir un ensemble de normes impératives, mais pour y trouver quelques indications dans l'établissement de son propre schéma constitutionnel. Chez lui, en effet, on sait qu'il est exclu de sortir du cadre parlementaire et du « rouage essentiel de la responsabilité ministérielle ». Il s'agit juste de s'inspirer utilement d'éléments empruntés au régime présidentiel – d'infuser une « dose de régime présidentiel » comme il le dit lui-même – pour placer le parlementarisme traditionnel sur la voie d'un renouveau¹⁵⁹. De la Constitution du 4 novembre 1848, « pleine de défauts », il convient donc de ne retenir que la première application de l'idée d'une élection populaire du président de la République. Car peu de temps après sa naissance, interviendra la date fatidique du 2 décembre 1851 ; « la République démocratique est une seconde fois confisquée au profit de l'Empire »¹⁶⁰. Pour Hauriou, on touche là le moment clé dans la genèse du constitutionnalisme dominant, celui qui limite la représentation institutionnelle à un strict choix entre souveraineté parlementaire et dictature personnelle, celui qui détourne infailliblement les républicains d'un dialogue entre l'exécutif et le peuple, celui qui, au bout du compte, limite la pensée républicaine à une vision cloisonnée entre fétichisme constitutionnel d'un côté et révisionnisme antidémocratique de l'autre. Le retard de la République française étant imputable au souvenir du coup d'État du 2 décembre 1851, c'est à le combattre qu'il va s'atteler.

Et pour cela, la première étape de sa démarche consiste à ne pas rejeter en bloc l'expérience institutionnelle de l'Empire. Certes, il doit reconnaître que « le régime de 1852 n'avait pas beaucoup plus d'équilibre intérieur que celui de l'an VIII, la souveraineté nationale et la liberté politique n'y trouvaient pas plus leur libre jeu ». Autrement dit, l'acceptation du suffrage universel n'avait pas suffi à établir l'équilibre entre démocratie et autorité. Toutefois, il souligne aussi qu'à partir de 1859, la « dictature exécutive » recule au profit d'une marche progressive vers la restauration du « régime parlementaire », seul capable de concrétiser le régime « mixte et équilibré » dans lequel la France trouvera « le repos et la paix »¹⁶¹. Maurice Hauriou insiste surtout sur l'intérêt

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Voir notre thèse (déjà citée), p. 175 et s.

¹⁵⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, p. 432.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 385. Éd. de 1929, p. 345.

¹⁶¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, p. 341.

que présentait la Constitution du 21 mai 1870 (*sénatus-consulte* « *fixant* » la constitution de l'Empire comme l'intitulé même du texte), trop souvent oubliée par l'historiographie constitutionnelle. Il y salue tout à la fois une « doctrine constitutionnelle », dans laquelle « le pouvoir constituant appartient au peuple sur la proposition de l'empereur », et une « doctrine de gouvernement » qui combine « un pouvoir exécutif fortement appuyé sur le peuple » avec le régime parlementaire. À tort, précise le Doyen, « cette combinaison de régime présidentiel et de régime parlementaire a paru chimérique et a été généralement mal jugée par les contemporains »¹⁶². Si les événements n'ont pas permis de savoir ce qu'aurait donné ce nouveau type d'équilibre dans la pratique, sa viabilité ne fait pas de doute pour Hauriou. D'abord, parce que les deux responsabilités (celle du chef de l'État et celle des ministres) n'étant pas de même nature, elles ne pouvaient se cumuler dans une paralysie générale : « celle des ministres existe devant le Parlement et peut être mise en jeu à chaque instant (...) ; celle du chef de l'État existait devant le peuple, elle ne pouvait être mise en jeu qu'au gré du chef de l'État lui-même ». Ensuite, parce qu'il est probable qu'au bout de quelques années « l'appel au peuple eût disparu », laissant la place à un régime qui se fût « distingué d'une monarchie constitutionnelle que par un esprit plus démocratique »¹⁶³. Aujourd'hui, doit-on dire avec le même optimisme que la synthèse qu'Émile Ollivier a tenté de réaliser peu de temps avant le désastre de Sedan était viable ? On ne peut répondre que par l'affirmative « lorsqu'on a à l'esprit l'expérience de la V^e République » répond Marcel Morabito. « Il reste qu'en 1870 l'autorité n'était plus de mise. Quant au plébiscite, il devait être frappé d'un discrédit durable »¹⁶⁴.

La seconde étape de sa tentative de décrispation du rapport des républicains à leur passé consiste à rappeler que curieusement, « le Premier et le Second Empire, malgré leur caractère autoritaire, ont laissé, dans l'esprit des populations, le souvenir des régimes les plus démocratiques qu'il y ait eu depuis la Révolution ; ils ont donné le sentiment de la démocratie mieux que les monarchies parlementaires de 1814 et de 1830, ce qui n'a rien de surprenant, mais, même, mieux que la République parlementaire instituée depuis 1875 »¹⁶⁵. Ainsi, insinue Hauriou, une chose est de tenir compte du point de vue de la classe politique républicaine, une autre est de comprendre le senti-

¹⁶² *Ibid.*, p. 359. Éd., de 1929, p. 325.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Montchrestien, coll. Domat, 6^e éd., 2000, p. 278.

¹⁶⁵ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1923, p. 386, Éd. de 1929, p. 345.

ment populaire. Or en République, alors que la poussé démocratique s'exerce toujours davantage, rien ne peut s'entreprendre sans une compréhension aiguë de l'opinion publique. Et si « l'esprit populaire » a conservé des périodes impériales un bon souvenir, « cela ne peut s'expliquer que par le lien direct que le plébiscite établissait entre le chef de l'État et le peuple ; quelque fallacieux que fût ce mode d'élection, il donnait quand même au peuple le sentiment que le chef de l'État était à lui »¹⁶⁶. En filigrane, on apprend que l'élection populaire du Président, débarrassée de l'empreinte plébiscitaire et des manipulations de l'Empire, peut s'avérer un mécanisme proprement démocratique.

Enfin, Hauriou en arrive à cette formule de bon sens : « Les souvenirs du coup d'État du 2 décembre, qui sont vieux de 80 ans, ne peuvent cependant pas peser éternellement sur notre histoire ». Elle clôt la section relative à la « forme républicaine et la République parlementaire » dans la seconde édition de son *Précis* (p. 346). Elle est prolongée dans la première édition (p. 387, il parle alors d'un souvenir vieux de « 70 ans ») par l'explication suivante, là encore donnée pour exorciser le spectre bonapartiste : « Après cinquante ans de République, après la disparition des générations qui ont connu la royauté ou l'empire, avec les précautions constitutionnelles ou législatives qui ont été prises pour rendre inéligibles à la présidence de la République et aux fonctions électives les membres des familles ayant régné sur la France (...), on ne voit pas le danger qu'il y aurait à entreprendre une évolution constitutionnelle régulière vers l'élection du président de la République par le suffrage universel » (p. 388).

Après cette leçon d'Histoire, établie pour que l'on cesse de mettre l'élection populaire du Président hors-la-loi, Maurice Hauriou va se lancer dans une démonstration digne d'un spécialiste de science politique¹⁶⁷. Tout part d'une observation de la vie politique en ce début XX^e siècle. Il en déduit, en 1923 (ces développements étant absents dans la seconde édition de son *Précis*), que « le peuple cherche le pouvoir exécutif et le pouvoir exécutif cherche le peuple »¹⁶⁸.

Cette quête réciproque de rapprochement se dessine selon lui nettement depuis l'élection présidentielle de Poincaré en 1913. Avant, écrit-il, le peuple

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ À cet égard, on peut rejoindre G. Vedel lorsqu'il insistait sur l'apport du doyen Hauriou à « la science politique », in *Annales de la faculté de droit de Toulouse, op. cit.*, pp. 91-110. G. Vedel considérerait même qu'il faudrait « consacrer une thèse » à cet apport (p. 92).

¹⁶⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, 1923, p. 393. On tient à signaler que les explications qui vont suivre sont empruntées à notre thèse sur *Les réformistes constitutionnels des années trente, op. cit.*, pp. 497-498.

ne « s'était guère occupé de la nomination du président de la République ; elle était demeurée affaire purement parlementaire et les députés et sénateurs appelés à voter ne se préoccupaient point de l'opinion ». Depuis, tout a changé, « l'opinion se met de la partie », elle cherche le pouvoir exécutif. Essayant de traduire l'atmosphère qui précédait les élections présidentielles, Hauriou montre qu'en 1913 et 1920 « les journaux discutent les candidatures, on se passionne, des réunions plénières préparatoires sont tenues où les candidatures s'affrontent plus librement que dans l'Assemblée nationale de Versailles et où elles prennent un véritable caractère politique, par conséquent, une signification quant à l'orientation du gouvernement »¹⁶⁹. Comme l'écrivait Gaston Calmette (éditorialiste du *Figaro*) le 5 janvier 1913 : « Il est certain que M. Raymond Poincaré serait élu président de la République demain si le pays était consulté »¹⁷⁰. Début 1913, dans la chronique qu'il donne à la *Revue du Droit Public*, Gaston Jèze confirme ce point de vue ; le 17 janvier, les parlementaires n'auraient pas eu le choix, l'élection de Poincaré s'étant déroulée « sous la pression de l'opinion publique, non pas comme ses prédécesseurs à raison de son effacement et de sa médiocrité, mais justement à cause des qualités qu'on lui reconnaît, d'énergie et de volonté »¹⁷¹. À partir de 1920, Hauriou observe que le phénomène s'équilibre, puisque dorénavant le pouvoir exécutif cherche davantage le peuple. En effet, depuis son célèbre discours du Bataclan, prononcé le 7 novembre 1919, le futur Président Millerand ne manque pas une occasion de saisir l'opinion de son programme. Ce qui frappe, ce qui permet de dire avec le Doyen qu'un dialogue se noue entre l'exécutif et le peuple par-dessus la volonté des Chambres, c'est justement la nature très offensive de ce programme. Après avoir loué les « grands avantages » de la réforme tendant à élargir le collège électoral présidentiel, il se déclare prêt à « être l'homme d'une politique arrêtée et appliquée en étroite collaboration avec ses ministres »¹⁷². On ne peut pas dire qu'il ait été élu sur ce programme comme Hauriou, « mais il est déjà significatif que le programme ne l'ait pas

¹⁶⁹ M. Hauriou, *ibid.*

¹⁷⁰ Cité par N. Roussellier, « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », in M. Sadoun (dir.), *La Démocratie en France*, tome I *Idéologie*, Gallimard, 2000, p. 300. L'auteur n'hésite pas à écrire qu'une « élection » par l'opinion publique, « celle que les journaux modérés et de droite avaient bien voulu orchestrer en tout cas, avait ainsi précédé l'élection véritable ». *Ibid.*, p. 467, note 99 : « Cette investiture de l'opinion a certainement incité Poincaré à maintenir sa candidature malgré un vote préalable à la réunion du congrès où la préférence des républicains s'était portée sur le nom de Jules Pams (...). À sa manière, Poincaré avait rompu avec la tradition ».

¹⁷¹ G. Jèze, « La présidence de la République », *R.D.P.*, janvier-mars, 1913, p. 118.

¹⁷² Extraits du discours du Bataclan et du communiqué publié le 20 septembre 1920, voir J. Gatulle, *Du rôle effectif du Chef de l'État sous la Troisième République*, Thèse, Paris, 1959, pp. 106-107.

empêché d'être élu »¹⁷³. Pour expliquer cela il fallait bien, comme en 1913, qu'une certaine investiture de l'opinion ait précédé l'élection véritable par les parlementaires. Témoin de ces nouvelles pratiques, le doyen de Toulouse en arrive à cette conclusion que l'élection populaire du chef de l'État est entrée *de facto* dans les mœurs par l'intermédiaire de ces relations directes tissées entre le peuple et son premier magistrat. « La combinaison d'un président de la République élu par le peuple et d'un régime parlementaire n'est pas impossible » étant donné qu'elle a déjà « sollicité les esprits et que ceux-ci s'habituent à l'envisager »¹⁷⁴.

Les dernières phrases de son analyse sur l'accoutumance et l'approbation par l'opinion de ce lien direct avec le chef de l'État méritent également d'être reprises, tant elles illustrent l'originalité du positionnement constitutionnel d'Hauriou. Il en déduit, d'une part, que se réalise « une République à la fois parlementaire et démocratique », que « la France aspire à placer l'équilibre de l'État patricio-plébéien un peu plus à gauche que l'Angleterre, un peu plus à droite que l'Amérique et la Suisse ». Comme l'avait souhaité Émile Ollivier, Hauriou considérait donc que s'opérait sous la présidence Millerand une alliance réussie entre orléanisme et suffrage universel. Elle devait naturellement déboucher sur un double ancrage populaire, de la Chambre basse et de l'Exécutif. Il note, d'autre part, « bien qu'il n'y ait pas encore de conséquence pratique à en tirer, que la Constitution allemande du 11 août 1919 a établi formellement la République démocratique et parlementaire avec président élu par le suffrage populaire (article 41) »¹⁷⁵. Incontestablement, l'exemple de ce régime d'un nouveau genre par rapport à la tradition parlementaire peut, en cas de succès, apporter à sa démonstration un atout supplémentaire de poids. La dégradation du régime de Weimar entre l'année où il rédige le *Précis de droit constitutionnel* et la fin de la décennie 1920 étant criante, on comprend mieux pourquoi il va se dispenser dans la seconde édition de cette référence, devenue pour le moins encombrante.

Du coup, disparaissait du *Précis* un modèle parlementaire, le seul à l'époque, capable d'instaurer un exécutif fort par l'établissement d'un double circuit de légitimité. Ce que Maurice Hauriou avait appelé en 1923 « la République démocratique et parlementaire » et que Raymond Carré de Malberg regardait au même moment comme une construction pleine « d'habileté », élaborée « sur la base d'un dualisme qui trouve son couronnement unitaire

¹⁷³ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., 1923, pp. 394-395. Le juriste en conclut : « du chemin a été parcouru depuis la présidence de Casimir Périer en 1894 ».

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 393.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 395.

dans la suprématie nominale du peuple allemand »¹⁷⁶. Si l'échec de Weimar, emporté par le nazisme en 1933, a pu être fortement préjudiciable à la reconnaissance par la doctrine de ce parlementarisme d'un nouveau genre – « renouvelé » écrira-t-on plus tard¹⁷⁷ –, il le sera aussi pour la crédibilité des travaux constitutionnels d'Hauriou. Parce que cet échec privait son schéma institutionnel d'une expérimentation pratique et parce qu'il contredisait même un pan essentiel de sa démonstration en faveur de l'élection populaire du chef de l'État : celui qui consistait à l'ériger en palladium du salut de la République.

B. L'élection populaire du Président nécessaire au salut de la République

Il a déjà été dit que dans la seconde édition de son *Précis*, les développements en faveur de l'élection du Président au suffrage universel se font plus discrets. Ils subsistent toutefois. Ainsi, dans le chapitre consacré au « pouvoir de suffrage » on trouve, au détour d'une analyse sur le suffrage professionnel, cette déclaration brutale : « La liberté politique ou, tout au moins, le régime parlementaire, périra par le syndicalisme. Un beau jour, pour le mater, la nécessité s'imposera d'un exécutif fort, d'un Président de la République à l'américaine, élu directement par le peuple et irresponsable devant les Chambres »¹⁷⁸. Bien que le paragraphe sur le Président élu comme sauvegarde de « l'avenir de la République parlementaire » ait été sérieusement réduit, ce court passage indique que la conviction du Doyen n'a pas véritablement changé. Pour lui, établir un lien direct entre le Président et le peuple revient toujours à préserver le régime des périls imminents.

Outre la lutte contre le syndicalisme, la seconde édition du *Précis* conserve tout son mordant contre « l'oligarchie parlementaire ». Dans une note réservée à cette question, et présente dans les deux éditions, il dresse le même diagnostic accablant d'une oligarchie poussée « à augmenter continuellement son pouvoir et par conséquent à l'exagérer »¹⁷⁹. Cependant, d'une édition à l'autre, la teneur du remède préconisé va changer, révélant une nouvelle fois combien l'échec de Millerand a rendu illusoire toute perspective d'élection populaire du Président. En 1923, il conclut que « Seul, un président de la République

¹⁷⁶ Cf. R. Carré de Malberg, « Y a-t-il lieu de réviser les lois constitutionnelles ? », *op. cit.*, p. 375.

¹⁷⁷ Voir par exemple Ph. Lauvaux, *Le parlementarisme*, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 1987, p. 37 et s.

¹⁷⁸ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1929, p. 560.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 1923, note 1, pp. 387-388. Éd., de 1929, note 4, pp. 346-347.

élu directement par le peuple peut devenir un centre efficace de résistance, parce que ce mode d'élection réalisera déjà un peu de gouvernement direct » (p. 388). En 1929, il expose que « Seul, un élément de gouvernement direct peut réaliser ce contrepoids politique. D'ailleurs, il faut voir avec quel infaillible instinct, les parlementaires s'élèvent contre le *référéndum* » (p. 347). Disparaît également, dans cet ultime état de sa pensée constitutionnelle, les autres « buts négatifs »¹⁸⁰ que cette réforme du mode d'élection présidentielle permettrait d'écartier. Il s'agit de la lutte contre les extrêmes et contre les périls extérieurs de la guerre ; « des périls nouveaux, explique le Doyen, qu'il faudrait être aveugle pour ne pas voir et qui exigent un pouvoir exécutif plus fort et plus capable d'une action suivie que celui que le parlementarisme pur peut lui fournir »¹⁸¹.

Concernant les périls extérieurs, il considère dans la première édition de son *Précis* que la guerre de 14-18 a modifié la mentalité française : « elle, qui jusque-là n'avait vécu que dans la politique intérieure, a compris tout d'un coup par la plus dure des leçons la priorité de la politique extérieure ». Dès lors, le parlementarisme devra être pratiqué de telle sorte que le pouvoir exécutif, à qui incombent les responsabilités des relations extérieures, ait plus de liberté d'allure dans leur conduite. « Pour que ce résultat soit obtenu, il faudra que l'organe exécutif ne dépende plus exclusivement du Parlement, mais que des relations directes s'établissent entre le peuple et lui »¹⁸². Pour Lucien Sfez, cette association d'idées entre pouvoir exécutif fort et primauté de la politique extérieure « rend un son fort gaullien qui laisse rêveur »¹⁸³. Concernant maintenant les périls intérieurs, l'un prend la forme du *bolchevisme* et provient « de la transformation sociale produite par le syndicalisme et des dangers de révolution sociale qu'elle recèle (...) ». Car « la révolution russe a déterminé la formation, dans tous les États, d'un parti communiste qui ne vise à rien moins qu'à la dictature du prolétariat par des moyens violents... ». L'autre, qui se greffe sur le premier, profite de « la léthargie parlementaire » générée par les gouvernements faibles. « Nous savons, précise le Doyen, par l'exemple d'un pays voisin, que le phénomène du *fascisme* peut se produire, c'est-à-dire, que les hommes d'ordre, ayant fait la guerre, ne craindront pas de prendre eux-mêmes en main la défense de l'ordre social et qu'il s'ensuivra une guerre civile.

¹⁸⁰ Pour reprendre l'expression de Lucien Sfez, « Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », *op. cit.*, p. 117.

¹⁸¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 1923, p. 389. Par ce « parlementarisme pur », il faut comprendre le parlementarisme « moniste », caractérisé par une légitimité électorale monopolisée par la Chambre.

¹⁸² *Ibid.*, p. 379.

¹⁸³ L. Sfez, *ibid.*, p. 120.

Conclusion, il est aussi nécessaire de renforcer le pouvoir exécutif pour éviter le fascisme que pour éviter le bolchevisme »¹⁸⁴.

En 1923, une réponse institutionnelle s'impose : conjurer les « périls nouveaux » qui menacent la République suppose de réformer le mode d'élection du Président¹⁸⁵. Une fois encore, on ne peut priver le lecteur de certains passages du *Précis*, aujourd'hui oubliés, et pourtant si révélateurs de la persistance d'une pensée constitutionnelle réformatrice, présente aussi bien sous la III^e que sous la IV^e République (avec l'opposition gaulliste au régime de 1946). « Parce qu'il s'agit de réveiller la confiance en l'État puissance publique, il est besoin d'un pouvoir exécutif fort qui soutienne les hommes de bonne volonté et tienne en respect les autres (...). Ce pouvoir exécutif fort ne peut être assis que sur la large base du suffrage universel, c'est-à-dire du public... »¹⁸⁶. Il est donc exclu de présenter cette réforme comme une simple entreprise de démocratisation des instances représentatives. La légitimité populaire de l'exécutif doit évidemment répondre aux appétits immédiats du corps électoral, elle doit surtout servir plus globalement à la sauvegarde de l'État. Car avec le Parlement, le peuple dispose bien d'un organe pour faire entendre sa voix, mais si peu d'un organe capable de protéger ses intérêts en période de crise. C'est donc nécessairement à l'intervention rapide et vigoureuse de l'exécutif qu'il faut s'en remettre dans des moments où l'immobilisme du corps législatif serait fatal. En analysant la portée véritable qu'Hauriou entend donner à l'élection populaire du Président, il ressort avec plus d'évidence encore que le juriste se situe toujours dans la logique d'une démocratie « d'adhésion » et non de réelle « participation ». À travers cette réforme, on perçoit plus nettement le sens qu'il accordait au suffrage, celui d'être « à la fois opération d'assentiment et acte de confiance »¹⁸⁷. En définitive, *référendum* et *élection directe du Président* doivent avant tout servir de « moyen » dans le schéma constitutionnel du Doyen, moyen de renforcer le pouvoir exécutif, moyen d'enlever du pouvoir à « l'oligarchie parlementaire » et surtout, par le face-à-face du peuple et du Chef de l'État, moyen de sauver la République en cas de péril.

Si l'on ne trouve pas véritablement d'équivalent dans la doctrine constitutionnelle française de l'époque d'un juriste acceptant la primauté du suffrage

¹⁸⁴ M. Hauriou, *ibid.*, pp. 389-390.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 389 : M. Hauriou écrit d'ailleurs lui-même que « le vrai danger serait de ne pas réaliser à temps, d'une façon régulière, une réforme que les événements pourraient bien imposer d'une façon subite et brutale et qui se réaliserait alors en dépassant la mesure ».

¹⁸⁶ *Ibid.*, 1^{er} éd., pp. 389-390.

¹⁸⁷ *Ibid.*, 1929, p. 544.

tout en accentuant l'autonomie du pouvoir exécutif¹⁸⁸, les recoupements sont manifestes avec certains membres de la doctrine allemande, influants sous la République de Weimar, comme Max Weber ou Carl Schmitt. Chez ces auteurs, il y a une pareille acceptation du « fait » démocratique, et une même volonté d'en faire bénéficier l'organe exécutif. Pour le premier, un « Président s'appuyant sur la légitimité révolutionnaire de l'élection populaire » est le contrepoids idéal du Parlement¹⁸⁹. Pour le second, « la légitimité plébiscitaire » étant « la seule source d'autorité dont la valeur soit généralement reconnue », il est nécessaire qu'elle profite au chef de l'État. Opposé au parlementarisme de la III^e République, Weber a soutenu en 1918 que « les querelles partisans sont évitables si l'exécutif unitaire pour le Reich est entre les mains d'un Président élu par tout le peuple »¹⁹⁰. L'année suivante, il écrira dans les colonnes de la *Berliner Börsezeitung* que le « chef », dans une démocratie, est un « homme de confiance des masses (...), auquel celles-ci se subordonnent aussi longtemps qu'il possède leur confiance »¹⁹¹.

Voilà quelle était exactement la logique institutionnelle adoptée par Maurice Hauriou : celle qui consistait à établir un nouveau circuit de légitimité dans l'État afin de profiter d'un nouveau type de représentativité, « unifiée » cette fois. Tandis que le Parlement demeurait le lieu des querelles partisans, le reflet de la diversité infiniment complexe du pays, le Président de la République devait représenter la nation autrement¹⁹². Élu par le suffrage populaire, il lui revenait de s'imposer, non pas comme une instance de pure « représentation » mais comme une « instance d'incarnation »¹⁹³. Au temps de la légitimité élective triomphante, qu'un organe élu soit doté de pouvoirs renforcés n'avait absolument rien de surprenant. Et comme l'institution présidentielle incarnait ce point fixe, ce pôle de réactivité politique par opposition au pôle discordant

¹⁸⁸ Sauf il est vrai dans les travaux encore trop méconnus du jeune René Capitant, de Boris Mirkin-Guetzévitch ou d'Émile Giraud. Mais contrairement au doyen Hauriou, tous ces auteurs se situent dans le cadre d'un schéma parlementaire de type « moniste ».

¹⁸⁹ Voir l'article très riche à paraître de C. M. Herrera, « Comment assurer l'héritage wébérien sous Weimar ? Légitimité, démocratie, changement social », in M. Coutu, G. Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses universitaires de Laval.

¹⁹⁰ Cité par W. Mommsen, *Max Weber et la politique allemande 1890-1920* (1959), rééd., Paris, P.U.F., 1985, p. 430.

¹⁹¹ Cité en première page de son article par C. M. Herrera, « Comment assurer l'héritage wébérien sous Weimar ? Légitimité, démocratie, changement social », *op. cit.*

¹⁹² On remarquera que le jeune R. Capitant avait compris dès 1932 la signification précise de ces deux types de représentation (Cf. « Le rôle politique du président du Reich », *Politique, op. cit.*, pp. 437-438). Pour illustrer la différence, il choisit même de reprendre les propos du maréchal Hindenburg : « tandis que le Reichstag est le lieu où viennent s'affronter les conceptions et les convictions politiques opposées, le Président du Reich doit servir au rassemblement de toutes les forces de notre peuple qui sont désireuses de travailler et prêtes à construire ».

¹⁹³ Pour reprendre le vocabulaire de J.-M. Donegani et M. Sadoun, *La V^e République. Naissance et mort*, Gallimard, coll. « Folio histoire », 1999, p. 80 et s.

des intérêts particuliers représentés à la Chambre, elle devenait du même coup le siège idéal des pouvoirs de crise. En fin de compte, avant que Carl Schmitt ne théorise le rôle du Président du Reich, Maurice Hauriou a déjà eu l'intuition d'un Président élu « gardien de la Constitution »¹⁹⁴. Comme l'explique très justement le jeune René Capitant en 1932, cette fonction présidentielle est « un peu étonnante au premier abord pour un Français (...), car nous avons tendance à voir dans l'élection au suffrage universel du Président plus un danger qu'une grande garantie pour la Constitution ». Prenant la défense de Schmitt dans la controverse qui l'oppose à Kelsen¹⁹⁵, il résume alors parfaitement le rôle qu'Hauriou entendait également donner à la présidence dans son schéma parlementaire : « il ne s'agit pas de confier au Président l'exercice d'une fonction juridictionnelle, mais bien plutôt de lui demander de parer au coup d'État et de sauver en Allemagne les institutions démocratiques et parlementaires »¹⁹⁶. Et pour qu'il puisse remplir cette mission, pour que l'utilisation du célèbre article 48 ne s'apparente pas à une offense contre la République, il fallait inévitablement qu'il apparaisse comme l'homme de confiance du peuple entier, qu'il bénéficie en d'autres termes de l'onction du suffrage universel direct.

Certes, Maurice Hauriou ne mentionne pas l'existence dans la jeune République de Weimar du pouvoir dictatorial de l'article 48. Lorsqu'il aborde la question des « pleins pouvoirs » pour les « temps anormaux », on ne sait pas véritablement à qui – du Gouvernement ou du chef de l'État – cette extension de pouvoir doit profiter. « Le plus sage était certainement de couvrir à l'avance ces développements inévitables de la réglementation exécutive par une légalité de circonstance. C'est ce qu'on fait, dès le début de la guerre, les pays à l'esprit expérimental, tels que l'Angleterre, la Suisse, l'Italie, les États-Unis (...). En France, hantés par des souvenirs de dictature et grâce à notre esprit absolu, ne faisant point la différence des temps et des circonstances, nous n'avons pas voulu entrer dans cette voie ». Certes, lorsqu'Hauriou parle de « l'idée de la *légitime défense* » que l'État pourrait invoquer en cas de guerre ou en cas de grève « particulièrement menaçante », il ne fait que se référer aux mesures

¹⁹⁴ Voir C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931. Cependant, à la différence du juriste allemand, le doyen de Toulouse ne considère pas que, pour assurer le salut de l'État, l'intervention du Président de la République soit incompatible avec le recours au juge constitutionnel. Voilà pourquoi O. Beaud (« Carl Schmitt ou le juriste engagé », *op. cit.*, note 10) a pu dire que « Schmitt radicalise à peu près toutes les idées d'Hauriou dans un sens autoritaire, anti-libéral ».

¹⁹⁵ Voir notamment, P. Pasquino, « Gardien de la Constitution ou justice constitutionnelle ? Carl Schmitt et Hans Kelsen », in M. Troper et L. Jaume (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, L.G.D.J., 1994, pp. 143-152.

¹⁹⁶ R. Capitant, « Le rôle politique du président du Reich », *op. cit.*, pp. 443-444.

nécessaires prises par « le pouvoir exécutif »¹⁹⁷. Mais en écrivant dans un autre chapitre que contre le danger du syndicalisme, « un beau jour, pour le mater, la nécessité s'imposera d'un exécutif fort, d'un Président de la République à l'américaine, élu directement par le peuple et irresponsable devant les Chambres » (p. 560) ; en indiquant en 1923 que l'élection populaire du Président aidera à lutter contre « les extrêmes » ou contre « les périls extérieurs », on devine sans mal à qui ces pouvoirs de crise seront effectivement dévolus au sein de l'exécutif. Ainsi, juridiquement canalisé et judicieusement détourné vers la personne du chef de l'État, le fatalisme démocratique se révélerait capable de muscler la République parlementaire face aux périls nouveaux¹⁹⁸.

La cohérence du schéma constitutionnel proposé par Hauriou prend forme. Une dernière « grande objection » doit toutefois être levée. Il la formule lui-même en ces termes dans la première édition du *Précis* (p. 390) : « Est-il possible de combiner le régime parlementaire avec l'institution d'un président de la République élu directement par le peuple ? » Plus précisément, qu'allait-il advenir des relations entre les deux têtes de l'exécutif dans ce dualisme « renouvelé » ?

Hauriou avance prudemment. Ce que l'on peut redouter, écrit-il, « c'est qu'un président de la République élu par le suffrage universel ne veuille avoir une politique personnelle indépendante de celle du cabinet des ministres ou de celle du président du Conseil et qu'ainsi l'unité du gouvernement ne soit détruite »¹⁹⁹. Pour présenter les choses autrement, on peut dire que la politique personnelle du Président élu n'est pas gênante en soi ; elle le devient en revanche dès qu'elle débouche sur une rupture d'unité dans le gouvernement du pays. Afin de conjurer cette perspective de confusion au sommet de l'État, le Doyen avance deux arguments. Le premier consiste à s'appuyer sur le phénomène du bicamérisme sous la III^e République. En l'instaurant, on pouvait

¹⁹⁷ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, 1929, pp. 449-450 et p. 452. « La vérité est que l'extension des pouvoirs de l'exécutif pour le temps de guerre, et aussi pour le temps de grève, devrait faire l'objet d'une loi établie d'avance, après mûre réflexion et aussi, peut-être, après invitation insérée dans la constitution, ainsi qu'il avait été fait pour la loi de 1849 sur l'état de siège. Après les expériences de la guerre de 1914 et des grèves de ces vingt dernières années, celle loi ne serait pas difficile à rédiger. Il est maintenant démontré que la loi sur l'état de siège est insuffisante, il faut donc la compléter par une loi sur l'état de guerre et sur l'état de grève » (p. 453).

¹⁹⁸ On notera qu'une démonstration similaire est faite en 1931 par Carré de Malberg dans *La loi, op. cit.*, pp. 210-211. Pour plus de détails sur ces développements méconnus du « maître » de Strasbourg, voir nos travaux, *Les réformistes constitutionnels des années trente* (déjà cité), p. 564 et s.

¹⁹⁹ C'est notamment la crainte qu'avait exprimé deux ans plus tard le doyen Deslandres, « L'autorité dans l'État. Le pouvoir central et ses organes », *Semaines sociales de Lyon*, XII^e session, 1925, p. 238 et s.

craindre un conflit de politique entre les deux Chambres. Tout autre fut le résultat : il ne permit pas seulement de mieux garantir les libertés, il assura également les conditions d'un « bon gouvernement », parce que deux Chambres sont « plus clairvoyantes qu'une seule » (*Précis*, 1923, p. 391). En somme, explique le Doyen, « si la dualité des Chambres a réussi, pourquoi celle des chefs du pouvoir exécutif ne réussirait-elle pas ? ». Après cette courte apologie du dialogue, de la confrontation d'idées entre deux organes distincts, Hauriou en arrive au second argument. Guère plus convaincant que le premier, il repose cette fois sur les vertus de la division du travail. « En fait », le président de la République aurait pour rôle de suppléer le président du Conseil dans la politique extérieure pendant que le président du Conseil aurait surtout à se concentrer sur la politique intérieure, « ou inversement » (p. 392). « Qui oserait dire qu'avec les complications du gouvernement moderne il n'y ait pas du travail pour deux ? Il est visible qu'un seul homme ne peut plus porter le fardeau écrasant du contrôle de toutes les affaires qui intéressent la politique générale ». Eu égard au bon fonctionnement de la dualité au sein de l'organe législatif, pourquoi faut-il s'interdire d'envisager avec optimisme l'équilibre des forces entre les deux têtes de l'exécutif ?

Mais finalement, comme le danger à conjurer est avant tout celui d'une destruction de l'unité d'impulsion de la politique nationale, pourquoi ne pas envisager non plus que le « ménage à deux » puisse tourner à l'avantage du Président élu ? Maurice Hauriou le laisse entendre, certes de manière plus dissimulée, mais de manière certaine. C'est manifeste lorsqu'il rappelle que « le ménage à deux marche plus ou moins bien selon le caractère des hommes, mais [qu']il marche ; c'est tantôt l'un, tantôt l'autre qui plie devant la volonté adverse ». Il le suggère également lorsqu'il explique qu'avec « un président soliveau, le ministre n'était responsable que de ses propres décisions, avec un président de la République actif, il sera responsable des décisions d'un autre, mais quoi ? Le gérant d'un journal lui aussi est responsable d'autrui » (p. 392). La perspective d'un président fort accaparant l'unité de direction du pays se dessine encore plus nettement lorsque M. Hauriou aborde la question de sa responsabilité. L'intégralité du passage mérite d'être reproduit. D'abord, parce qu'il est absent de l'édition couramment citée de 1929. Ensuite, parce qu'il expose une vision toute gaulliste des institutions. Enfin, parce qu'il insiste sur le lien indéfectible – souvent oublié aujourd'hui – qui doit exister entre pouvoir et responsabilité. « S'il a une *politique personnelle* et si l'on sait que certaines décisions sont de lui, *si le cabinet des ministres succombe pour avoir voulu couvrir ses actes*, le président ne sera-t-il pas découvert, atteint par l'ordre du jour de défiance et amené lui aussi à donner sa démission ? Ainsi en est-il

arrivé de Thiers au 24 mai 1873. Cela ne se reproduirait certainement pas pour *un président de la République élu directement par le peuple qui se sentirait responsable, non pas devant le Parlement, mais devant le peuple. Ce président, en conflit avec le Parlement, saisirait simplement le pays par une dissolution de la Chambre des députés. Il pourrait sans doute lui arriver, comme au maréchal de Mac-Mahon au 16 mai, d'être désavoué par le suffrage universel, et alors il démissionnerait comme celui-ci, non pas devant un blâme du Parlement, mais devant un blâme du peuple*, mais il lui arriverait aussi d'être approuvé par le pays et, au fond, n'est-ce point ce dont on a peur ? »²⁰⁰.

Contrairement à l'analyse qui a souvent été proposée des rapports entre chef de l'État et chef du gouvernement dans l'œuvre d'Hauriou²⁰¹, contrairement aux propos volontairement rassurants du Doyen²⁰², il y a tout lieu de croire que dans un tel schéma constitutionnel le parlementarisme soit placé sous la forte dominante présidentielle (parlementarisme à « correctif présidentiel » pour reprendre une formule connue²⁰³). On comprend dès lors pourquoi, dans un enthousiasme sans doute démesuré pour le rapprochement des périodes, Lucien Sfez a pu faire le commentaire suivant : « La chose est stupéfiante ; mais Maurice Hauriou exactement quarante ans avant la réforme de 1962 avait prévu pêle-mêle le contenu de la réforme, la démarche à suivre pour y aboutir, ses implications politiques profondes, les obstacles à vaincre, et même la signification très moderne de la révolution constitutionnelle opérée par le Général de Gaulle »²⁰⁴. En revanche, ce qui ne souffre aucune contestation, c'est que le doyen de Toulouse avait fourni une « clé théorique » pour sortir du dogme de la souveraineté des Chambres et bâtir un parlementarisme viable. On préférera pourtant saluer en Carré de Malberg l'inventeur du « dualisme démocratique »²⁰⁵ plutôt que de se souvenir qu'en 1923, Hauriou avait déjà montré la voie.

Par Stéphane PINON

(Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise)

²⁰⁰ M. Hauriou, *Précis, op. cit.*, 1923, p. 393. Nous avons mis certains passages en italique afin de mieux faire ressortir leur importance, et peut-être aussi leur caractère prémonitoire.

²⁰¹ Cf. L. Sfez, « Maurice Hauriou et l'avènement des exécutifs forts dans les démocraties occidentales modernes », *op. cit.*, pp. 121-122. Également, M. Kath-Kurkdjian, *La pensée constitutionnelle du doyen Maurice Hauriou et la Cinquième République, op. cit.*, p. 228 et s.

²⁰² À cet égard, on notera également une évolution entre les *Principes de droit public* de 1916 et la première édition du *Précis de droit constitutionnel*. Lorsqu'il parle en 1916 d'un chef de l'État qui « règne sans gouverner », on peut le rapprocher du « pouvoir neutre ou conservateur » défini par Benjamin Constant. Un tel rapprochement n'est plus possible en 1923, *a fortiori* lorsque le président se voit élire au suffrage universel direct.

²⁰³ Voir, J.-C. Colliard, *Les régimes parlementaires européens*, FNSP, 1978, p. 280.

²⁰⁴ L. Sfez, *ibid.*, p. 112.

²⁰⁵ Voir P. Avril, « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, pp. 10-13.