

# HAURIOU

## ET LE DROIT NATUREL

Souvent présenté comme un auteur brillant, mais confus, Hauriou possède néanmoins une pensée très cohérente en raison du monisme épistémologique qui la sous-tend. Ardent jusnaturaliste classique, il défend les principes aristotélo-thomistes tout en critiquant sans relâche le positivisme dominant. Il avoue d'ailleurs avoir puisé dans la *Somme théologique* de Saint-Thomas ses « meilleures inspirations » et « la martingale nécessaire pour ne pas commettre de grossières erreurs » (1). Fondant ainsi sa théorie du droit sur cette philosophie classique, il conteste, dans toute son œuvre, la séparation du droit et de la morale, et son corollaire positiviste, le principe de neutralité éthique. Sa position méthodologique est radicalement opposée puisqu'il assigne au juriste le rôle d'« éclairer l'ars boni et aequi » (2). Dès 1896, dans *La Science sociale traditionnelle*, il s'oppose aux durkheimiens lorsqu'il refuse de dissocier, dans la sociologie, l'observation et l'action. « En matière sociale — écrit-il — il n'y a point à se préoccuper de la vérité des idées, mais seulement de leur valeur pratique » (3). Quand il revient, plus tard, à l'étude du droit, il rejette, de même, la distinction entre le droit positif et son contenu, sa valeur éthique. Sa négation du positivisme lui fait dénoncer les « philosophes monistes à la mode » (4) qu'il juge amoraux car elles oblitèrent la distinction entre le bien et le mal. Tenaillé par l'urgence de l'action réformatrice à mener, « il a couru aux remparts — raconte-t-il — pour mener le vrai combat pour le droit, c'est-à-dire le combat contre l'amoralisme pour la distinction du juste et de l'injuste » (5). Le positivisme juridique et a fortiori le normativisme lui apparaissent comme le signe d'une décadence du droit. A son grand regret, il constate qu'il doit se placer de « façon

---

(1) *Principes de droit public*, Paris, Larose et Ténin, 2<sup>e</sup> éd., 1916, p. XXIV. La première édition date de 1910. Les deux ouvrages seront désormais nommés : *Principes 1* (1<sup>re</sup> éd.) et *Principes 2*. De même, le *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1929 = *Pr. DC 2*, et le *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Larose, 1907 = *Pr. DA 6*.

(2) *Pr. DC 2*, p. X.

(3) Paris, Larose, 1896, p. 26.

(4) *Principes 2*, p. 10.

(5) *Ibid.*

consciente » dans la perspective du « drame du juste et de l'injuste », tandis que le juriste d'antan s'y plaçait « instinctivement » (6). Or, le juriste est, à ses yeux, un militant de la cause du droit, cause bonne en soi puisqu'elle sert la Justice. L'ordre juridique constitue, par conséquent, un ordre composé de « forces morales » (7) auquel s'opposent les forces économiques et politiques formant « l'ordre des réalités brutales » (8) où dominent les passions humaines. Le droit réagit donc contre un état social dégradé ; autrement dit, c'est « un ordre social de redressement de la société » (9). Son objet est identique à la morale, mais il dispose de la contrainte externe dont elle est dépourvue. Hauriou est donc resté fidèle à une définition axiologique d'après laquelle le droit serait « la conformité à un ordre des choses idéal ou du moins idéalisé » (10). En même temps, remarquable sociologue, il perçoit, de façon aiguë, les traits caractéristiques du monde contemporain et de son droit. Son projet intellectuel, d'une grande ambition, consiste à étudier le droit positif mais en l'interprétant avec les armes de la pensée juridique classique (11). Son entreprise de retour au droit naturel le conduit à réapprécier les sources du droit d'une manière critique (I), effort prolongé par une tentative de reconstruction doctrinale — la célèbre théorie de l'Institution — destinée à réconcilier le droit naturel et les formes modernes du droit positif (II).

### I. — LA REVENDICATION DU PLURALISME DES SOURCES DU DROIT

Contre l'opinion dominante, encline à admettre la suprématie de la loi et la pré-éminence du contrat, Hauriou entend réhabiliter les autres sources du droit, plus aptes selon lui, à la recherche du juste. Ce plaidoyer en faveur du pluralisme s'appuie sur une critique radicale du rôle de la volonté dans la création du droit.

(6) *Ibid.*, p. XXVI.

(7) *Ibid.*, p. XXV.

(8) *Ibid.*, p. 10.

(9) *Ibid.*, p. XXVI.

(10) *Ibid.*, p. 8.

(11) Notre propos vise ici à reconstituer l'intention d'Hauriou, en insistant essentiellement sur l'articulation établie entre droit positif et droit naturel. pour la critique positiviste de ses postulats, voir Ch. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », *Revue philosophique*, 1930, pp. 231-279. Pour l'exposé de sa philosophie du droit et notamment de sa filiation thomiste voir BRIMO (A.), « La philosophie du droit et notamment de sa filiation Hauriou » in *La pensée du Doyen Hauriou et son influence (Journées Hauriou)*, Paris, Pédone, 1969, pp. 63-78.

### A. — La critique du volontarisme juridique

« De nos jours, constate Hauriou, la volonté de l'homme et l'on peut dire, sa volonté instantanée, actuelle, exerce sur les éléments physiques et même sur le monde social un tel empire ; dans l'ordre du droit, le contrat qui a pris une telle prépondérance que nous avons perdu un peu de vue la souveraineté du fait » (12). Le procès instruit contre le subjectivisme juridique, et sur son fondement, le primat de la volonté, implique une nouvelle doctrine capable d'analyser ses deux manifestations topiques : la loi et le contrat. Hauriou repense alors la catégorie fondamentale de l'acte juridique afin de relativiser le rôle de la volonté dans l'émergence des normes. Renversant la théorie dominante, il affirme que l'acte « apparaît comme une phosphorescence passagère sur la trame obscure des faits » (13). Cette thèse hétérodoxe repose sur une conception hardie de la distinction entre l'acte et le fait. Tandis que la plupart des juristes adopte le critère de l'existence de la volonté dans la production des effets juridiques, le maître de Toulouse se place « du point de vue de la durée » : « le fait juridique, c'est ce qui est arrivé volontairement ou involontairement ; l'acte juridique, c'est ce qui arrive et n'est pas encore arrivé, opposé à la puissance, Hauriou en retrouve l'équivalent juridique dans le droit administratif, plus précisément dans l'acte unilatéral. Il généralise sa théorie de la décision exécutoire à l'ensemble des actes. « L'acte juridique ne demeure en acte que pendant la période de temps où il est exécutoire et devient un fait juridique lorsqu'il est exécuté, ou tout au moins lorsqu'un commencement d'exécution l'a séparé de son auteur » (15). Schéma valable aussi bien pour le contrat que pour la loi. Celui-là est « une opération actuelle, éphémère, transitoire » (16), qui tend, par son inscription dans la durée, vers le fait institutionnel. Celle-ci est un acte complexe. Mais là où la majorité de la doctrine voit le produit de l'action concertée de différentes volontés, Hauriou aperçoit un processus objectif d'adhésions successives s'agréant à la procédure. Dans la formation de l'acte normateur, « il n'y a pas de concours de consentement à un même acte subjectif, mais il y a incorporation des consentements anciens par accession à la même procédure qui est un acte juridique objectif » (17). Les décisions des autorités étatiques sont ainsi réduites à la qualité d'« adhésions en acte », de « fait de consentement » (18), et perdent donc leur caractère traditionnel d'actes unilatéraux. Concrètement, l'obligatorité de la loi ne procède plus de la volonté du Parlement, instance élue par le

(12) *Principes I*, p. 146.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*, p. 147.

(15) *Ibid.*, p. 152.

(16) *Ibid.*, p. 204-205.

(17) *Ibid.*, p. 157.

(18) *Ibid.*, p. 158.

peuple, mais d'une chaîne d'adhésions successives, dont la dernière est celle des citoyens. Le résultat est paradoxal : la loi ne commande plus, elle consent. « Par la loi, le peuple s'oblige » (19). On ne saurait donc plus parler de souveraineté de la loi, qui traduit — imparfaitement il est vrai — l'idée de la souveraineté du peuple. En effet, la volonté nationale cesse d'être « volonté de commander », pour devenir « volonté d'accepter des obligations » (20) ou encore « volonté pour obéir et s'obliger à obéir » (21). Par une torsion des concepts dont il est coutumier, Hauriou transforme la souveraineté nationale en une « souveraineté de sujétion », véritable *contradictio in adjecto* pour les tenants du positivisme juridique.

La suprématie de la loi est également contestée, en raison de sa définition matérielle. Elle n'est plus spécifiée par son origine, mais essentiellement par son objet, par ce qu'elle statue. Il y aurait donc différents types de lois : les unes « approbatives » ayant « la valeur d'un acte d'administration » (22), les autres d'ordre public, impératives. En dépit de leur commune origine parlementaire, elles sont distinctes de nature. Surtout grâce à cette conception matérielle, on peut revendiquer un contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, qui s'effectuera, soit par rapport aux « lois constitutionnelles statutaires » (23), soit par rapport à la légitimité constitutionnelle (la fameuse « constitution sociale »).

La défiance d'Hauriou vis-à-vis de la loi n'a d'égale que son aversion à l'égard du contrat. Il considère ce dernier comme la « tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision (24). Il représente l'effort prométhéen visant à maîtriser le temps, à « s'emparer de l'avenir » (25). En tant qu'affirmation paroxystique de la volonté autonome, Hauriou le combat au nom de sa vision objectiviste du droit. « Un jour viendra certainement — prévoit-il — où le débordement du principe de l'autonomie des volontés paraîtra excessif et où l'on s'apercevra qu'à ce pouvoir des volontés correspond une fonction » (26). Les faiblesses structurelles du contrat sont ainsi relevées. Il ne peut durer sans l'aide de l'institution (du juge par exemple) ; il est incapable de régir des situations objectives, ce qui a nécessité la naissance d'actes mixtes tels que les actes-règlements (contrats d'adhésions...). Enfin, et surtout, il devient source d'injustice s'il n'est pas interprété objectivement. Hauriou milite en faveur de la

(19) *Ibid.*, p. 120, et aussi *Pr. DC 2*, n° 69, p. 438.

(20) *Ibid.*, p. 224.

(21) *Ibid.*, p. 225.

(22) *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des Conflits*, Paris, Sirey, 3 vol., 1929, t. III, p. 17 (sous C.E. ch. de fer du midi/Salles).

(23) *Ibid.*, t. II, p. 374 (note sous C.E. Gomel).

(24) *Principes I*, p. 205.

(25) *Ibid.*

(26) *Notes...*, t. III, p. 25 (note sous C.E. Lefranc, 1926).

notion de cause dans les contrats administratifs (27) ; il accueille très favorablement la théorie de l'imprévision qui a le mérite d'ajouter au contrat commutatif un « principe de justice distributive » (28). Cette jurisprudence lui paraît confirmer la validité de sa thèse de l'absorption de l'élément contractuel dans l'institution (29). D'un côté, le contrat administratif est dominé par l'institution du service public, de l'autre, le contrat de droit privé l'est par l'institution sociale. Le contrat de travail, par exemple est encadré par l'« institution d'usine » (30) qui fait progressivement prévaloir, entre le patron et les ouvriers, la solidarité d'intérêts sur la lutte des classes. Les excès du subjectivisme sont ainsi éliminés, le contrat redevient au service de la collectivité. Parallèlement à cette tentative de socialisation des sources dominantes du droit, Hauriou entend promouvoir les autres sources délaissées par le légicentrisme.

## B. — La revalorisation des sources traditionnelles du droit

Dans la conception jusnaturaliste du droit, les sources du droit les plus adéquates à la recherche du juste sont la coutume et la jurisprudence, tandis que la doctrine participe réellement à la découverte du droit. Au rebours de la doctrine dominante, Hauriou pense que « la coutume reste la source du droit la plus fondamentale, malgré l'ostracisme momentané dont l'a frappé la loi écrite » (31). Ce constat est toutefois fondé sur une définition ambiguë de la coutume. Prise dans son acception stricte de pratique répétée et réputée obligatoire, elle occupe une place subordonnée dans la hiérarchie des normes. Hauriou le concède car il admet que « l'apparition de la loi écrite a pour résultat de fermer la source coutumière, ou du moins de la reléguer en faisant passer au premier plan les institutions juridiques consacrées par la loi » (32). La coutume est anachronique, la loi moderne car elle est adaptée à l'esprit de la civilisation, à son dynamisme prospectif. L'une est tournée vers l'avenir, l'autre, au contraire, « s'appuie sur le passé » (33). La supériorité de la loi est d'abord instrumentale, mais elle est aussi juridique. En droit positif, et notamment en droit administratif, la coutume ne peut ni abroger des lois ou des règlements, ni même y déroger (34).

(27) Voir note sous l'arrêt Lefranc ci-dessus cité.

(28) « L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales », in HAURIOU (M.), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, Paris, Bloud et Gay, 1933, p. 130 (d'après le fac-similé édité par le Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen).

(29) Voir *Principes I*, pp. 209 ss.

(30) *Aux sources...* p. 142.

(31) *Pr. DC 2*, p. 619.

(32) *Ibid.*, p. 621.

(33) *Principes I*, p. 622.

(34) *Pr. DA 6*, p. 294, n. 2.

Le constat lucide de la régression de la coutume s'accompagne d'un combat pour sa revalorisation, mais la notion cesse alors d'être employée *stricto sensu* pour désigner divers phénomènes. La jurisprudence est ainsi requalifiée de « coutume jurisprudentielle » (35), la constitution écrite d'« imitation de la coutume » (36), de même que la théorie de l'Institution est saluée comme un « retour offensif » de la coutume (36), et l'Etat rangé parmi les « institutions coutumières » (37). La coutume est aussi conçue comme un contre-pouvoir censé réagir contre la domination de la loi ; elle est alors « un principe d'opposition vis-à-vis de l'organisation politique » (38). Enfin, elle sert de fondement aux institutions étatiques, lorsqu'elle est appréhendée du point de vue des sujets (thème du « consentement coutumier ») (39). La revalorisation doctrinale de la coutume s'effectue donc au prix d'une déformation de la notion, qui semble davantage correspondre à la notion d'institution (selon Hauriou) qu'à celle utilisée par la doctrine.

La réhabilitation de la jurisprudence est plus convaincante, bien que moins originale puisque Hauriou participe ici d'un courant important de la doctrine française, à la tête duquel figure Gény. L'examen des décisions du Conseil d'Etat lui révèle les vertus de la jurisprudence ; il loue, en effet, sa souplesse, sa faculté d'évolution (40) qui permet au juge de mieux adapter la règle de droit aux circonstances particulières, et sa prédisposition à accueillir les grands principes d'équité. La jurisprudence, plus concrète, est donc plus apte que la législation, trop abstraite et rigide, à pénétrer la nature des choses. L'exemple de la théorie des circonstances exceptionnelles l'illustre parfaitement. Dans ces affaires, le Conseil d'Etat applique la distinction, en quelque sorte naturelle entre les situations normale et anormale ; il peut alors, dans l'arrêt Heyriès, écarter le texte légal au profit d'un principe général du droit, car, comme l'écrit Hauriou, « les temps anormaux font passer au premier plan ce qui, en temps normal, est à l'arrière-plan » (41), en l'occurrence, la défense de l'Etat avant les droits du fonctionnaire. Pour les mêmes raisons, dans l'affaire Winckell, il estime « naturel que les lois et leurs garanties soient suspendues » (42). Dans d'autres cas, le juge pourra, à l'inverse, défendre le citoyen contre les excès de l'Etat. Malgré les bienfaits de la jurisprudence, faut-il pourtant attribuer au juge un large pouvoir d'appréciation ? Hauriou objecte ici que « si le juge est souverain, c'est lui à son tour qui peut devenir

(35) Police juridique et fond du droit, in *Aux sources...*, p. 186.

(36) *Ibid.*, p. 91.

(37) *Pr. DC*, p. XV.

(38) *Ibid.*, p. 102.

(39) *Ibid.*, p. XV, 95 et Principes 2, p. XXVII.

(40) Sans elle, « la carapace légale serait à la fois insuffisante par ses solutions de continuité et oppressive par sa rigidité », *Pr. DA* 6, p. 296.

(41) *Notes...*, t. I, p. 83 (note sous l'arrêt Heyriès).

(42) *Ibid.*, t. III, p. 173.

dangereux, *custodes ipsos, quis custodiet?* (43). De l'arbitraire législatif à l'arbitraire judiciaire, il n'y a que la continuité d'une erreur. La difficulté réside cependant dans la mise en œuvre pratique de la limitation du pouvoir jurisprudentiel. En 1900, Hauriou propose de restreindre l'appréciation à la lettre du texte. Si le juge peut « élargir l'interprétation en adaptant les textes anciens aux situations nouvelles », il doit néanmoins respecter « la lettre » c'est-à-dire « le sens littéral », car sinon, « il ne faut plus parler d'interprétation ; on n'applique plus la loi, on la corrige » (44). En 1910, la question est traitée sous l'angle de l'équilibre des pouvoirs : c'est une affaire « d'organisation et de pondération » (45). Dans la dernière phase de son œuvre, il range la jurisprudence parmi la police juridique, par opposition au fond du droit, composé des règles de droit ; désormais, il existe, entre la loi et la jurisprudence, « un nouvel équilibre » (46) résultant de leur contrôle réciproque. Toutefois, la principale garantie, constamment rappelée, réside dans « le bon sens des juges » (47), dans leur « instinct sûr » (48). A la différence du législateur et de l'administration, le juge possède une conscience et une « vertu professionnelle » (49). Les juges jouissent donc de la vertu cardinale de prudence dont est dépourvu le législateur, égaré par ses passions politiques. Ils peuvent, eux seuls, être qualifiés de pouvoir juridique, à la différence des autres pouvoirs (législatif, exécutif), qui sont, seulement pourrait-on dire, politiques (50).

On peut, en dernière analyse, résoudre la douloureuse alternative entre le légicentrisme et le *judge-made-law* en attribuant à la doctrine un rôle régulateur. Elle sera « le magistrè chargé de surveiller et de régler » (51) l'équilibre entre la loi et la jurisprudence. Cessant d'être l'esclave de la première, le juriste devient l'allié de la seconde. Il peut et même doit s'opposer à l'arbitraire du juge en confinant « ses pouvoirs discrétionnaires (...) dans les limites de la couche supérieure du droit » (52). Il le guide lorsqu'il découvre « les grands principes d'équité dominant le fond du droit » (53). Parmi ceux-ci, l'on peut citer les théories de l'enrichissement sans cause et de l'abus de droit élaborées par les civilistes, et qui appartiennent à la superlégalité constitutionnelle. Elles concrétisent des principes de justice distributive (équivalence des prestations).

(43) *Principes 1*, p. 76.

(44) *Notes...*, t. II, p. 533 (Sous C.E. Héritiers Boucher d'Argis, 1900).

(45) *Principes 1*, p. 776.

(46) « Police juridique... », *op. cit.*, p. 176.

(47) *Notes...*, t. I, p. 138 (sous C.E. Delmotte et Senmartin).

(48) Préface *Pr. Da 3*.

(49) *Principes 1*, p. 76.

(50) *Principes 2*, chap. I.

(51) « Police juridique... », p. 187.

(52) *Ibid.*, p. 190.

(53) *Ibid.*, p. 187.

(54) *Ibid.*

La doctrine apparaît ainsi comme une instance médiatrice, au même titre que la jurisprudence ; les règles de droit naturel constituent pour elle aussi des « directives » (54), qu'elle est chargée de mettre en œuvre. En effet, pour transformer les idées pures en institutions, Hauriou compte à la fois sur « l'action persuasive de la doctrine et (sur) l'organisation de la coutume jurisprudentielle » (55). Il ne souhaite pas la suprématie de la doctrine, mais seulement la réhabiliter afin qu'elle puisse inspirer les autorités publiques.

Le double mouvement de dévalorisation des sources dominantes et de revalorisation des sources traditionnelles s'accomplit au nom de la nécessaire primauté du droit naturel sur le droit positif. Mais la hiérarchie instaurée ici est statique, pour reprendre une expression kelsénienne ; elle traduit un rapport de contenu à contenu. Hauriou a dû également résoudre le problème de la dynamique du droit, de sa création. A la place de l'Etat, il substitue l'Institution.

## II. — L'INSTITUTION OU LA NOUVELLE ARTICULATION DU DROIT NATUREL ET DU DROIT POSITIF

La théorie de l'Institution est achevée en 1925 (56). Elle se présente comme une théorie générale du droit, mais la reconstitution de sa genèse montre qu'Hauriou a cherché à fournir une théorie juridique de l'Etat. Grâce à elle, Hauriou reconstruit le droit positif en sauvegardant les exigences du droit naturel.

### A. — La genèse de la théorie de l'Institution

Théorie générale du droit, la théorie de l'institution est d'abord née de l'observation de l'Etat, plus précisément de « la contemplation du monde administratif » (57). L'Etat connaît, à la fin du siècle dernier, une multiplication d'institutions administratives chargées de distribuer ce qu'Hauriou appelle des « biens » — c'est-à-dire aussi bien des prestations que des honneurs ou des emplois. Cette croissance en fait l'« institution des institutions » à la « façon de Pantagruel et de Gargantua » (58). De cette prolifération bureaucratique, Hauriou tire l'idée que le droit public est « fondé sur la notion fondamentale de l'institution » (59). Celle-ci procède d'une induction

(55) *Ibid.*, p. 185.

(56) « La théorie de l'Institution et de la fondation », parut initialement dans le Cahier de la nouvelle journée, intitulé « La cité moderne et les transformations du droit », 1925, in *Aux sources...*, pp. 89 ss.

(57) Préface *Pr. DA* 6, p. X.

(58) *Ibid.*, p. IX.

(59) *Ibid.*, p. IX.

synthétique des différents « éléments techniques » (60), du droit administratif, qui constitue, pour ainsi dire, le programme informant toute la théorie.

Dès 1910, Hauriou décrit comment l'institution secrète son propre droit, en dehors de toute empreinte légaliste, étatique. Le droit institutionnel est inhérent à la vie de tout groupement humain, dont la cohésion nécessite des règles de conduite qui seront mises en œuvre par le « concours du pouvoir de domination qui règne dans l'institution » (61). La dimension coercitive du droit institutionnel apparaît dans le droit dit « disciplinaire » ; elle exprime la nécessaire supériorité de l'intérêt du groupe sur celui de ses membres (62). Cette force répressive est contrebalancée par le droit statutaire. Cette seconde dimension du droit institutionnel traduit l'idée d'un droit *consenti* par les intéressés, puisqu'ils manifestent, par leur participation à des procédures collectives (réunions, votes...) leur adhésion à l'Institution. Grâce à cette distinction, Hauriou relativise, sans pour autant l'éliminer, le rôle de la contrainte dans la définition de l'Institution. Il y parvient en recourant à l'idée ambiguë d'« équilibre des forces dont l'une domine les autres » (63).

L'originalité de cette conception est double : d'une part, elle permet d'opposer au droit étatique, le droit disciplinaire qui ne relève pas du régime de la légalité. La sanction de ce droit institutionnel répressif est immédiate ; elle s'effectue, en effet, sans la médiation d'une tierce autorité, comme le juge dans le régime étatique. Le droit disciplinaire, explique Hauriou, s'impose à la façon d'un fait (64), par la seule force du pouvoir. Il s'agit donc d'un droit grossier, brutal qui a été progressivement « policé » par le droit étatique. Tel est le cas d'une partie du droit administratif : « de droit disciplinaire qu'il était, il est devenu un droit public » (65). Quant à la partie restée droit disciplinaire, elle est « à côté du droit public de l'Etat » (66), représentant le droit extra-légal par rapport au droit légal. Hauriou en cite de rares exemples : les règlements intérieurs des assemblées, la révocation des fonctionnaires, les sanctions politiques propres au jeu parlementaire (conventions de la Constitution). Examinée au regard de l'Etat — institution nationale — la notion de droit disciplinaire éclaire davantage la genèse du droit public que le droit positif. En revanche, le droit statutaire,

(60) *Ibid.*, p. X.

(61) *Principes I*, p. 136.

(62) « Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques, émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose » (*Principes I*, p. 137).

(63) *Ibid.*

(64) *Ibid.*, p. 139.

(65) *Ibid.*, p. 142.

(66) *Ibid.*, p. 80.

qui remplace le droit disciplinaire correspond à des pratiques nombreuses et courantes. En effet, les « procédés statutaires », dont découlent les règles statutaires, rendent compte du mécanisme de la décision dans l'institution étatique. Ils obéissent à la dialectique de l'acte et du fait juridique (voir *supra*) et subordonnent donc les volontés commandantes à la durée et au consentement des destinataires des décisions. En énonçant, sans toutefois y insister, que « ces procédures sont dans une large mesure nécessaires » (67), Hauriou peut conclure au caractère naturel de ce droit institutionnel : « l'institution engendre le droit statutaire aussi naturellement que le droit disciplinaire » (68). Elle est créatrice du droit, idée maîtresse posée en principe en 1925 contre la thèse de Duguit. « Ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions » (69).

En dépit de la valeur de sa théorie d'avant-guerre, Hauriou la considérera ultérieurement comme « fort imparfaite » (70). Il a entre temps modifié sa conception de la personnalité morale, dont la place est centrale dans la théorie de l'Institution. Elle en fait un être moral analogue à un être individuel, et donc dotée d'une conscience équivalente à celle d'un être humain (71). L'Institution se compose, en réalité d'une organisation corporative (pouvoir), appelée l'individualité objective, et d'un sujet moral (les membres de l'Institution), l'individualité subjective animée par l'idée. Si l'on raisonne sur l'Etat, comment peut-on éviter les excès de la domination du gouvernement (individualité objective) sur les citoyens, l'élément subjectif ? Au lieu de se fonder uniquement sur le principe des « équilibres des forces actives » (72), Hauriou préfère insister, dans cette seconde étape, sur les moyens juridiques permettant aux membres de l'institution de s'« approprier » les organes ; la souveraineté nationale est ainsi conçue comme « une appropriation exercée par la nation, sujet moral sur les organes de gouvernement » (73). Par leur identification à l'*entreprise collective*, les sujets confèrent un sens à l'organisation corporative et lui attribuent ainsi la dignité d'une personne morale. La théorie définitive de l'Institution (1925) consacre ce déplacement du centre de gravité vers l'idée d'entreprise. L'Institution est définie comme « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation

(67) *Ibid.*, p. 144.

(68) *Ibid.*, p. 143.

(69) « Théorie de l'Institution... », p. 128.

(70) *Ibid.*, 123.

(71) Sur ce point, voir l'étude très fouillée d'Alfred DUFOUR, « La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1983, t. 11-12, pp. 684 ss.

(72) *Pr. DA* 6, p. VIII.

(73) DUFOUR. *op. cit.*, p. 694.

de cette idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures » (74). L'idée d'œuvre joue un triple rôle. Elle déclenche le processus d'institutionnalisation et le soutient puisqu'elle possède la faculté remarquable de survivre à ses créateurs. Elle légitime ensuite le pouvoir des chefs de l'organisation qui la mettent en œuvre (phase d'incorporation). Enfin, elle suscite, par son aura, l'adhésion des membres de l'entreprise (phase de personification).

La conception abstraite de l'Institution est prolongée par une définition concrète, spécifiquement juridique. Hauriou la qualifie de « fondation continuée » (75). Elle naît, par conséquent, d'une opération de fondation, acte complexe dont les deux étapes sont le lancement de l'idée directrice par des fondateurs primitifs » (76) et sa poursuite par de « nouveaux fondateurs » (77). Le temps de la fondation est ainsi dilaté pour faire de l'opération de procédure (le fait objectif chez Hauriou) l'élément décisif qui explique la création concomitante de l'organisation corporative et de la personnalité morale. L'Institution apparaît alors comme l'actualisation permanente de l'idée initiale. Cette thèse de la fondation est appliquée à l'Etat pour éclairer sa naissance. A la différence de ses contemporains positivistes qui ne la considèrent que comme un simple fait, Hauriou veut juridiquement le justifier. Il analyse donc le pouvoir constituant comme une opération de fondation ; le pouvoir constituant originaire et la révision constitutionnelle représentent les deux pôles d'une même procédure. Toutefois, à propos du pouvoir constituant révolutionnaire, Hauriou concède qu'il révèle la subordination du « durable au momentané » (78), mais cette réserve n'entame pas la validité de sa thèse de la fondation continuée. En effet, comme le mouvement du droit va du discontinu au continu, le droit établi domestique peu à peu le droit révolutionnaire (79). Parmi les moyens d'« établissement » du droit figurent l'action des juges et aussi l'adhésion constante de la nation qui se manifeste par « sa participation (...) aux opérations des institutions représentatives » (80), c'est-à-dire aux élections périodiques.

Bien qu'elle apparaisse, dans sa version finale, comme une théorie générale du droit, la théorie de l'Institution reste marquée par son origine première qui était de fournir une doctrine de l'Etat. Grâce à elle, Hauriou peut se féliciter d'avoir réintroduit « le fondement de l'Etat » (80) dans la sphère du droit. Mais il s'agit du droit naturel classique comme le montre l'examen des fins de l'Institution.

---

(74) P. 96.

(75) *Ibid.*, p. 120.

(76) *Ibid.*, p. 121.

(77) *Ibid.*

(78) *Pr. DC 2*, p. 254

(79) *Ibid.*, pp. 254-255.

(80) « Théorie de l'Institution... », p. 96.

## B. — L'Institution au service du droit naturel.

Alors que Michel Villey refuse de définir le droit naturel comme un corps de règles fixes et le conçoit essentiellement comme une « méthode expérimentale » (81), Hauriou le dote d'un *contenu* déterminé que l'Institution est chargée de réaliser.

1°) « Le droit, selon lui, est une sorte de conduite qui vise à réaliser l'ordre social et la justice » (82). Les deux fins assignées au droit positif — ordre et justice — forment le corps indissociable du droit naturel, qui ne saurait être réduit à une « collection de préceptes de justice » (83). Il faut lui ajouter — explique Hauriou — l'ordre social, marque de « la véritable nature de l'homme et des sociétés » (84). La difficulté théorique provient de la contradiction existant entre ces deux composantes. La justice a pour objet *l'aequum et bonum*, l'ordre, « la stabilité de l'état social » (85) ; la première est révolutionnaire, le second est conservateur. La tension constante entre ces deux extrêmes se résoud, dans les cas-limite, par la primauté de l'ordre sur la justice. Mais cette dernière n'est pas anéantie ; elle garde une dignité, en quelque sorte supérieure, mais sa réalisation s'avère plus lente et difficile (86). L'ordre social connaît seulement une suprématie provisoire due à la nécessité, de la même façon que, dans le droit positif, le droit provisoire s'impose passagèrement avant l'établissement du droit.

Distinctes par leur objet, les deux parties du droit naturel le sont aussi par leur qualité : la justice est immuable, l'ordre social « évolutif », muable (87). D'un côté, la justice « vise à établir entre les hommes, dans les relations sociales comme dans les prestations, le plus d'égalité possible en vue du Bien » (88) ; Hauriou la définit ainsi à partir de la synthèse aristotélo-thomiste : la justice est distributive — *suum cuique tribuere* —, elle est orientée vers le bien commun et enfin, « la justice ne se réalise vraiment que par des décisions particulières, en cas d'espèce » (89). Sa fixité découle de celle de l'espèce humaine, conçue comme espèce « morale » (90). A cause du péché originel — thème de l'individualisme faillible chez Hauriou —, les hommes se sont écartés de la loi morale, de la justice, vers laquelle ils tendent depuis, sans jamais pouvoir s'y conformer parfaitement. L'écart entre l'idéal et sa réalisation demeure

(81) « Abrégé du droit naturel classique, in *Arch. Philos. droit*, 1961, p. 51.

(82) « L'ordre social, la justice et le droit », in *Aux sources...*, p. 66.

(83) *Ibid.*, p. 67.

(84) *Ibid.*

(85) *Ibid.*, p. 48.

(86) Voir ici Brimo, *op. cit.*, p. 72.

(87) Pour reprendre les termes de la controverse entre G. Kalinowski et M. Villey dans « la mobilité du droit naturel chez Aristote et Thomas d'Aquin », *Arch. Philos. droit...*

(88) « L'ordre social... », p. 50

(89) « L'ordre social... », p. 50.

(90) « Le droit naturel et l'Allemagne », in *Aux sources...*, p. 37.

rant constant, l'histoire constitue un perpétuel recommencement de la disjonction initiale entre « la loi morale et les mœurs » (91).

A l'inverse de la justice, l'ordre social varie suivant les époques. Cependant, cette notion ne désigne pas n'importe quel ordre, mais seulement « l'ordre social individualiste » qui correspond à la civilisation judéo-chrétienne. Sa définition abstraite d'« entreprise de stabilisation de l'état social par une structure équilibrée » (92) dissimule une réalité bien concrète : cet ordre social est celui de la société capitaliste moderne. En effet, son ressort puissant est l'individualisme qui assure le « travail productif » (93). Ce modèle est rétrospectivement appliqué aux sociétés antiques sédentaires. Celles-ci connaissent l'esprit d'entreprise, « la soif d'aventure » (94), tandis que les sociétés nomades ignorent « la nécessité de la production » (95). Grâce à ce « synchronisme » audacieux, sinon pertinent, l'ordre individualiste-capitaliste est, en quelque sorte, naturalisé. Symétriquement, l'exclusion des sociétés nomades de l'ordre naturel s'étend aux sociétés modernes communistes qui sont « incapables d'assurer la production » (96). Hauriou ne se contente donc pas d'affirmer le caractère naturel de la propriété privée, il naturalise l'esprit capitaliste d'entreprise.

Cette hiérarchie des ordres sociaux conduit, sur le plan de la théorie du droit, à un concept discriminant d'Etat. Seul, l'Etat bourgeois mérite la qualité étatique en raison de sa nature de « protectorat politique d'une société civile à base d'ordre individualiste » (97). En revanche, les régimes communistes ne sont pas de véritables Etats, car ils ne sont pas conformes à l'ordre social individualiste. De même, mais de façon diachronique, l'ordre social légitime les régimes démocratiques tandis qu'il écarte les institutions aristocratiques du Moyen Age (droit d'aînesse, fiefs) du « tableau du droit naturel » (98). L'Antiquité et l'âge moderne font figure, au contraire, d'époques démocratiques auxquelles « la croyance au droit naturel est associée » (99). La rupture de la modernité politique est donc gommée au profit d'une vision œcuménique de l'histoire politique, mais la conception de la démocratie, chez Hauriou, reste à mille lieues de celle de Rousseau, son ennemi irréductible.

Le droit naturel d'Hauriou présente un contenu double, assez prescriptif, qui doit guider les solutions du droit positif. L'Institution constitue le plus important des « procédés par lesquels l'ordre

(91) *Ibid.*, p. 40.

(92) « L'ordre social... », p. 50.

(93) *Ibid.*, p. 54.

(94) *Ibid.*, p. 57.

(95) *Ibid.*, p. 53.

(96) *Ibid.*, p. 54.

(97) *Pr. Dc 2*, p. 58.

(98) « L'ordre social... », p. 69.

(99) *Ibid.*

juridique positif vient à bout d'infuser de la justice dans les choses » (100).

2°) L'Institution contribue aussi bien à la réalisation de l'ordre social que de la justice. Dans la structure équilibrant l'ordre social, elle représente la dimension collective du droit, par opposition au contrat et au commerce juridique, qui incarnent l'action particulière. Si les institutions produisent de l'ordre social, c'est parce qu'elles « recèlent les équilibres des forces actives dont est faite la stabilité sociale » (110). Leur dynamisme intrinsèque les rend supérieures aux règles de droit, trop statiques, qui « ne représentent que des idées de limite au lieu d'incarner des idées d'entreprise et de création » (102). L'ordre social produit par elles est donc en mouvement, et ne correspond plus à la notion classique d'ordre pré-établi fondée sur « une base théologique » et qui « n'est plus en harmonie avec les idées modernes » (102). L'ordre moderne est évolutif ; il exprime l'idée d'un « mouvement lent et uniforme » (103) et résulte d'une série d'oppositions internes débouchant sur des *équilibres*. L'Etat, par exemple, en connaît de multiples — constitutionnel (Etat/droit), politique (centralisation/décentralisation), politico-religieux, politico-économique — qui modèrent son pouvoir. Il est donc traversé par la tension entre l'ordre, symbolisé par la souveraineté ou la puissance publique, et l'équilibre, exprimé par la séparation des pouvoirs.

On se tromperait lourdement si l'on comparait alors Hauriou à Montesquieu, en faisant de lui le partisan d'un quelconque mécanisme. Certes, l'Institution tend à établir de l'ordre social, mais elle est surtout orientée vers la justice. L'histoire révèle qu'elle a « bonifié et humanisé progressivement les organisations sociales » (104). Elle est, par rapport à la justice, « un instrument de la technique juridique » (105) ; elle sert à *bonifier* le droit, c'est-à-dire à lui infuser de la justice. Sa vertu principale consiste, en effet, à transformer les forces amoraux en Bien, ou ce qui revient au même, le fait en droit. La question du rapport de l'Institution à la justice est donc celle de la bonification d'organisation, ou encore de la juridiction, conçue comme le mouvement d'adéquation du droit positif au droit naturel.

Quelles sont alors les conditions de la bonification ? Une Institution n'est pas bonifiée par la seule circonstance qu'elle est « faite

---

(100) *Principes 2*, p. 10.

(101) *Pr. DA 6*, p. VIII.

(102) « Théorie de l'institution... », p. 217.

(102 bis) *Principes 1*, p. 3.

(103) *Principes 1*, p. 7.

(104) « L'ordre social... », p. 49.

(105) DUFOUR, *op. cit.*, p. 699.

pour durer » (106). La « prolongation du fait » est, certes, une condition nécessaire, mais si elle devenait suffisante, on tomberait dans l'impasse de la force du fait accompli. Le véritable critère de la bonification se situe, en réalité, dans « l'amélioration du fait », autrement dit, dans « l'adaptation du fait accompli à l'ordre général des choses » (107). Le principe est donc bien la conformité à l'ordre naturel, mais sa mise en œuvre est plus délicate, la question étant de savoir comment reconnaître l'amélioration du fait. Hauriou recourt ici à la notion de « *durée en paix* », qui « fait présumer qu'il s'est produit une adaptation et une acceptation de cet état de choses » (108). Par paix, il ne faut pas entendre la notion moderne — la « définition négative » dit Hauriou (109) — forgée par Machiavel et Hobbes signifiant la paix matérielle, l'absence de guerre. La « vraie » paix est « *consentie* et non imposée par la force » (110) ; il s'agit, en d'autres termes, d'une « paix par le droit » (111) ; non pas absence de conflit armé, mais un but vers lequel doit tendre toute société. Elle est le fruit d'un long travail de « diffusion de la raison objective » (112). La *Ratio* orientée vers le Bien en fait une paix pour la justice, les deux termes étant indissociables. Affirmer donc que l'Institution n'existe que dans la « durée en paix », revient à soutenir que sa perfection résulte de l'action menée par des forces morales, animées d'un « idéal de justice » (113).

La nature éminemment morale de l'Institution implique la condamnation des organisations fondées sur une mauvaise idée d'œuvre. La bande de bandits ne saurait être qualifiée d'Institution, dont Hauriou écrit qu'elle est « par définition une chose sociale » (114). Or, une chose sociale est, d'abord et avant tout, morale de la même façon d'ailleurs qu'un besoin public, au sens juridique du terme, doit être conforme aux « bonnes mœurs » (115). Par conséquent n'appartiennent pas au monde des choses sociales, de l'Institution, en dernière analyse du droit, les organisations qui « heurtent les principes élémentaires de la morale commune » (116). Le critère de distinction du droit et du fait relève donc de la morale, érigée en valeur suprême parce qu'elle est absolue. Hauriou est donc de-

(106) *Principes 1*, p. 204.

(107) *Ibid.*, p. 84.

(108) *Principes 2*, p. 10.

(109) Cité d'après un cours inédit par André HAURIOU, « Les derniers aspects de la pensée du doyen Hauriou », in *Journées Hauriou*, *op. cit.*, p. 135.

(110) *Principes 2*, p. 29.

(111) In A. Hauriou, *op. cit.*, p. 136.

(112) *Ibid.*, p. 135.

(113) *Principes 1*, p. 135.

(114) *Principes 1*, p. 131.

(115) *Notes...*, t. I, p. 334 (sous C.E. Astruc, 1916).

(116) *Principes 1*, p. 131.

mesuré fidèle au principe qui a guidé sa réflexion : toutes les affaires humaines — et le droit y est inclus — « doivent être passées au crible de la distinction du bien et du mal » (117).

Olivier BEAUD,  
*Assistant à la Faculté  
de droit de Rennes.*

---

(117) Note sous Astruc *précitée*, p. 335.