LES MANUELS DES HISTORIENS DES FACULTÉS DE DROIT SOUS LA III^e RÉPUBLIQUE : HISTOIRE DU DROIT OU HISTOIRE DES INSTITUTIONS ?

« L'école historique admet que la matière du droit est donnée par le passé tout entier de la Nation, qu'ainsi ce n'est pas un arbitraire qui puisse être indifféremment telle ou telle institution, mais le résultat de l'essence intime de la Nation et de son histoire »¹

François Olivier-Martin, à la deuxième page de l'avant-propos de son *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, en 1948, utilise pour la première fois le terme « institutions », sans le définir autrement : « L'ouvrage, suivant la tradition inaugurée par Esmein, se limite à l'étude des institutions de l'Ancien Régime »². Force est donc

1. Savigny, traduit par Laboulaye, *Histoire du droit de propriété*, 1839, p. 30, et cité par J.-B. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français (sources – droit public – droit privé)*, Fontemoing, 1898-1904, p. 10, note 2. Cette citation est extraite de l'article programmatique de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, n° 1, 1815, p. 3-4. Des traductions plus récentes n'éprouvent plus le besoin d'exprimer l'idée par le recours à la notion d'Institutions (A. Dufour, « Droit historique (École du) », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (A.-J. Arnaud dir.), LGDJ, 1988, en ligne sur <http://archive-ouverte.unige.ch/downloader/vital/pdf/tmp/9f03djntqklsclb8p4tbf822q7/out.pdf>; et O. Jouanjan, traducteur de « Sur le but de la présente revue », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 7 : « L'esprit de l'École historique du droit », 2004, p. 27.

2. Domat-Montchrestien, 1948, p. VIII. L'ouvrage a fait l'objet de plusieurs réimpressions par les soins du CNRS, la dernière à la fin de 2010, marque de la permanence de son aura, sensible dès son époque : « La production française depuis 1940 est dominée par l'œuvre magistrale de feu François Olivier-Martin » (J. Gilissen, « À propos de quelques manuels récents d'histoire du droit », *Revue belge de philologie et d'histoire*, t. 30, fasc. 1-2, 1952, p. 476). Il en est fait grand cas également par M. François, « Leçon d'ouverture du cours d'Histoire des institutions de la France à l'École des chartes (3 novembre 1953) », *Bibliothèque de l'école des chartes*, t. 111, 1953, p. 209-228. En rendant compte de la réimpression de 1984, É. Poulat écrit : « L'ouvrage avait fait date dans les études juridiques, il était depuis longtemps introuvable. On peut conclure de ce *reprint* à l'identique (sans même une page d'introduction pour présenter l'auteur et son œuvre) que, s'il n'a pas manqué de postérité, il n'a pas encore été remplacé vraiment » (*Archives des sciences sociales des religions*, vol. 59, n° 2, 1985, p. 290). Sur son influence historiographique, voir J. Poumarède, « Penser l'absolutisme, approche historiographique des ouvrages pédagogiques en histoire des institutions françaises », *De la Res pública a los Estados modernos*, Bilbao, Servicio editorial de la

donnée de se référer au *Cours élémentaire d'histoire du droit à l'usage des étudiants de première année* d'Adhémar Esmein, qui emploie le mot dès le deuxième paragraphe dans la préface de la première édition en 1892 : « Ce n'est pas, sous une forme abrégée, une histoire complète du droit français : il ne comprend en effet ni l'histoire de toutes les périodes, ni celle de toutes les institutions. J'ai laissé absolument de côté les institutions de la Gaule indépendante, c'est matière d'érudition pure [...]. Je ne présente pas non plus le régime de la Gaule romaine pendant les trois premiers siècles de l'ère chrétienne : il appartient beaucoup plus à l'histoire du droit romain qu'à celle du droit français et on en trouve le tableau dans les divers manuels des institutions romaines. Je commence mon exposition par l'étude des institutions romaines, telles qu'on les constate en Gaule aux IV^e et V^e siècles »³. En forçant à peine le trait, Olivier-Martin renvoie à la définition d'Esmein qui n'en a pas.

UPV/EHU, Journées internationales d'histoire du droit, 1992, p. 269-270. Nous le comptons parmi les manuels de la troisième république malgré la date de sa première parution, parce qu'il est préfiguré par le *Précis d'histoire du droit français*, Dalloz, Petits précis, 1932 (5^e éd., 1953), qu'il est l'aboutissement d'une vie de recherches dont témoignent également les fameux cours polycopiés, et est fortement marqué par les thématiques en particulier corporatistes auxquelles son auteur a été associé dans les années 1930 (C. Patriat, *Le Roi et la nation organisée, l'interprétation corporative de la monarchie par François Olivier-Martin*, Dijon, DES d'histoire du droit, 1971 ; prolongé par, du même, *Le corporatisme ou la quête de l'ordre communautaire, essai sur une idéologie de troisième voie*, Dijon, Thèse de science politique, 1979). Olivier-Martin n'a sans doute pas encore fait l'objet d'études monographiques à la mesure de son importance historiographique. J. Poumarède, « Olivier-Martin », *Dictionnaire historique des juristes français* (P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen dir.), PUF, 2007 (ci-après *DHJF*), expose l'essentiel des renseignements disponibles.

3. Nous consultons la 11^e édition, Sirey, 1912, p. VII, qui reproduit les préfaces des éditions précédentes. Esmein a fait l'objet d'un intérêt marqué, tant comme historien du droit que comme constitutionnaliste : J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHD*, 1997, p. 415-433 ; J. Bouineau, « Notice biographique », *Méditerranées, Revue du Centre d'études internationales sur la Romanité*, n° 23-24 : « Hommage à Adhémar Esmein », 2000, p. 13-16 ; D. Chagnollaud, « Avant-propos », à la réédition des *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Éditions Panthéon-Assas, 2001 ; J.-L. Halpérin, « Esmein », *DHJF* ; S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un "maître" du droit constitutionnel : le cas Adhémar Esmein », *RDP*, 2007, p. 147-183 ; M. Tourbe, « Le "contre-modèle américain", Adhémar Esmein lecteur de Wilson », *Les modèles juridiques français et américains : influences croisées* (D. Ginocchi et al. dir.), L'Harmattan, Presses universitaires de Sceaux, 2009, p. 47-62 ; J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », *Le renouveau de la doctrine française, les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle* (N. Hakim et F. Melleray éd.), Dalloz, Méthodes du droit, 2009, p. 262-279 ; *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du colloque du 26 janvier 2007, Université de Cergy-Pontoise* (S. Pinon et P.-H. Prélot éd.), Montchrestien, 2009 ; G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes, professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Science po, Domaine droit, 2011, *passim* ; J. Boudon, « Une doctrine juridique au service de la République ? La figure d'Adhémar Esmein », *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna* : www.historiaactus.eu, 2/2012 ; G. Sacriste, « Adhémar Esmein (1848-1913) », *L'École de droit de la Sorbonne dans la Cité* (P. Gonod, A. Rousselet-Pimont, L. Cadet dir.), IRJS édition, 2012, p. 190-196.

Même si la nécessité de garder au présent texte un volume raisonnable interdit de trop multiplier les citations, nous avons retenu comme critère de l'utilisation principal de la notion l'emploi du mot Institutions⁴. Elles appartiennent ainsi à une catégorie de choses que l'on ne définit pas, qui vont de soi, qui ont la force de l'évidence, et qui ne font pas problème (le mot n'a généralement pas d'entrée spécifique dans les index) ce qui présente bien sûr le risque de faire passer pour donné ce qui est construit, de naturaliser, d'essentialiser.

L'*Histoire du droit français* d'Adhémar Esmein a été très matricielle pour la discipline, peut-être plus pour la personnalité de son auteur que pour sa supériorité scientifique. L'ouvrage est le fruit de l'instauration du cours obligatoire de première année en 1880, et l'auteur a obtenu pour l'histoire du droit la consécration que représente une agrégation propre lors du « sectionnement », par son fameux rapport au conseil supérieur de l'instruction publique du 23 juillet 1896. Esmein y prêche pour une histoire du droit dont l'objet consiste à « dégager la nature intime des institutions »⁵. Et son manuel, pour une large part, est une histoire des institutions : le terme fournit l'essentiel des formulations de son plan combinant chronologie et exposé sur les sources, en particulier un titre sur l'« Histoire des principales institutions publiques (XI^e-XVIII^e siècles) » représente presque la moitié du volume⁶.

Les autres principaux manuels⁷ se dispensent également de définir le terme. Ainsi, le mot institutions apparaît comme une évidence

4. Le recours aux index et tables des matières rend aisé les vérifications pour les institutions que nous évoquons sans donner de renvois aux auteurs qui en traitent.

5. « Documents : la question du sectionnement de l'agrégation des facultés de droit », *Annales d'histoire des facultés de droit*, n° 1, 1984, p. 125.

6. De plus ce qui n'est pas rangé sous la rubrique institution pour certaines périodes (l'état des terres et des personnes, l'Église) en fait partie pour d'autres. Et même pour les sources du droit, le pouvoir législatif est traité parmi les institutions. Une analyse comparable pourrait être menée avec les intitulés des plans de la plupart des manuels.

7. Les sept auteurs retenus sont ceux que l'historiographie tient généralement pour majeurs, voir en particulier J. Poumarède, « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », *Itinéraire(s) d'un historien du droit, Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, Méridiennes, 2011, p. 621-629 (initialement paru dans *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, 1980, p. 91-102). Sans doute pourrait-on en ajouter quelques autres, de volume et d'ambition plus modestes, dont une lecture cursive ne donne pas à penser qu'ils aient procédé différemment, en particulier A. Gautier, *Précis de l'histoire du droit français*, Larose et Forcel, 1882 ; C. Ginoulhiac, *Cours élémentaire d'histoire générale du droit français public et privé, depuis les premiers temps jusqu'à la publication du Code civil*, Rousseau, 1884 ; E. Guétat, *Histoire élémentaire du droit français, depuis ses origines gauloises jusqu'à la rédaction de nos codes modernes*, Larose et Forcel, 1884 ; C. Monnot et A. Bonde, *Éléments d'histoire du droit français*, Rousseau, 1891 ; R. Foignet, *Manuel élémentaire d'histoire du droit français*, Rousseau, 1899 ; A. Bonde, *Histoire du droit français*, Dalloz, Précis, 1913 ; E. Perrot, *Précis élémentaire d'histoire du droit français public et privé*, Sirey,

dès le commencement de l'inachevée *Histoire du droit et des institutions de la France*⁸ (1887-1903, huit volumes parus), et du *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*⁹ (1904) d'Ernest Glasson, le Playsien¹⁰, invoquant au besoin la *Réforme sociale*¹¹, mais républicain, et sans hostilité particulière à l'égard de la codification¹². Le cas de Paul Viollet, catholique libéral, démocrate¹³ et dreyfusard¹⁴, est encore plus explicite. En effet, de façon coordonnée, il a écrit d'un côté une *Histoire du droit civil français* (1884-1886)¹⁵, où le terme Institutions se rencontre fréquemment¹⁶, et de l'autre, en faisant précéder le titre de « Droit

1930. On pourrait aussi y compter H. Régnauld, *Manuel d'histoire du droit français*, Sirey, 1940.

8. L'Avertissement commence par : « L'auteur a longtemps pensé qu'il serait fort important pour l'étude de l'histoire de nos institutions et de notre droit, de rapprocher trois législations qui, malgré leur étroite parenté, présentent entre elles des différences notables et apparaissent avec des caractères tout à fait originaux. Ce sont les législations françaises, anglaises et normandes » (vol. I, p. V). L'auteur semble d'ailleurs s'être fait une spécialité de l'association « Histoire du droit et des institutions », puisqu'il a publié une *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France, depuis leur origine jusqu'à nos jours*, Pédone-Lauriel, 1882-1883 (six vol.) ; il a écrit une « Introduction sur les rapports du droit français et du droit allemand » à J. F. von Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne* (M. Fournier trad.), Pédone-Lauriel, 1882 ; et il a également donné une préface à E. Bonvalot, *Histoire du droit et des institutions de la Lorraine et des trois évêchés du traité de Verdun à la mort de Charles II (843-1431)*, Cotillon, 1895, p. I-VII. Son usage est identique pour le droit de son temps, comme en témoigne le deuxième paragraphe de la préface des *Eléments du droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, Pédone, éd. 1884, vol. I, p. 1 : « Ce livre s'adresse à ceux qui, sans approfondir la science du droit, désirent se tenir au courant des lois et des institutions de leur pays ».

9. La préface le destine « à toutes les personnes qui désirent acquérir des notions générales et précises à la fois sur nos anciennes institutions et sur le droit français antérieur à 1789 » ; et elle s'achève sur : « On n'a sacrifié que les matières qui, au point de vue de l'histoire générale des institutions, offrent seulement un intérêt tout à fait secondaire, comme par exemple la théorie des obligations dans le droit postérieur à la rédaction des coutumes et les règles de la procédure civile à la même époque » (Pichon, éd. 1904, p. I-II).

10. Sur l'institution pour les Le Playsiens, voir la contribution de L. Guerlain dans la présente livraison.

11. Il est renvoyé au numéro du 16 décembre 1895 pour défendre « l'institution du mariage civil » (*Institutions de la France, op. cit.*, p. 7).

12. F. Audren, « Les mondes leplaysiens du droit (1855-1914) ou l'art et la manière d'être un "juriste leplaysien" », *Les Études sociales*, n° 135-136 : « Les juristes et l'École de Le Play » (F. Audren et A. Savoye dir.), 2002, p. 205 et 210 ; J. Poumarède, « Glasson », *DHJF*.

13. Publiant des textes de prières, des testaments, etc., sous le titre *Œuvres chrétiennes des familles royales de France*, Poussielgue, 1870, p. V, note 1, il se défend de toute volonté de panégyrique.

14. F. Audren, « Viollet », *DHJF*.

15. *Histoire du droit civil français, accompagnées de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Larose et Forcel, 1893. C'est cette édition que nous utilisons. La première a pour titre *Précis de l'histoire du droit français*, Larose et Forcel, 1884-1886 (deux vol., ensuite réunis en un seul), qui est précédé, comme dans l'édition de 1905, de « Droit privé et sources ».

16. La première occurrence apparaît, dans l'introduction aux sources du droit, après avoir évoqué les fonds gaulois, romain et chrétien, « la quatrième et dernière force, la force

public », une *Histoire des institutions politiques et administratives de la France* (1890), où il donne les termes pour équivalents¹⁷. Les trois volumes médiévaux en sont ensuite poursuivis, de façon incomplète, par un quatrième intitulé *Le Roi et ses ministres pendant les trois derniers siècles de la monarchie* (1904)¹⁸, où l'auteur ne cache pas son goût moindre pour la période, dans la perspective d'une partie de l'historiographie au XIX^e siècle, d'une monarchie tempérée féconde suivie d'un absolutisme stérilisant¹⁹. Le Toulousain Jean-Baptiste Brissaud se montre plus encore évolutionniste, déterministe, politiquement plus libéral, lui aussi dreyfusard sans antimilitarisme, catholique mais témoignant un intérêt certain et positif pour la franc maçonnerie, et prompt à admettre le primat de l'économique. Il s'en explique dans l'introduction programmatique de son *Manuel* (1898-1904)²⁰, qui revendique l'ouverture à la sociologie²¹.

germanique va exercer à son tour sur notre pays, sur ses institutions et sur son droit une influence considérable » (*Droit civil, op. cit.*, p. 2).

17. Larose et Forcel, 1890, vol. I, p. I-II : « Toute société est dans une perpétuelle évolution. [...] Cette constante évolution est, je le répète, soumise à des lois, et l'intérêt supérieur d'une histoire du droit public, c'est-à-dire d'une histoire des institutions politiques, c'est précisément la recherche de ces lois ».

18. Larose et Forcel, 1912. Dans l'avant-propos, p. X, l'auteur déclare : « Je m'occuperai dans un autre ouvrage, si Dieu me prête vie, du clergé, des États généraux, des grands corps judiciaires, des finances ».

19. Dans un compte rendu de P. Viollet, « Les communes françaises du Moyen Age », Klincksieck, Extrait des *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, XXXVI, 1900, son postulat selon lequel l'activité sociale et celle de l'État seraient antagonistes est d'ailleurs critiqué par É. Durkheim, « Les communes françaises du Moyen Age », *L'année sociologique*, n° 6, 1903, p. 338-341.

20. Son *Manuel* précité a été publié en cinq fascicules formant deux volumes à la foliotation continue. Il devait être complété d'un volume portant sur la procédure que l'auteur, mort jeune, n'a pu mener à terme. La partie consacrée au droit privé a fait l'objet d'une réédition à l'identique par son fils Jacques, qui a simplement donné une bibliographie complémentaire pour les publications récentes (De Boccard, 1935, p. VI-VII).

21. H. Le Roy, « Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie », *Histoire de l'histoire du droit, Actes des journées internationales de la Société d'histoire du droit, Toulouse, 1^{er}-4 juin 2005* (J. Poumarède éd.), Toulouse, Presses de l'université des sciences sociales, 2006, p. 265-280 ; du même, « Brissaud », *DHJF* ; du même, « Le songe positiviste de J.-B. Brissaud », *Les facultés de droit de province au XIX^e siècle, bilan et perspectives de la recherche* (P. Nélidoff éd.), Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2009, vol. I, p. 271-297 ; et du même, « Le droit composite des Wisigoths, une symbiose annonciatrice selon le professeur Brissaud », *Histoire, théorie et pratique du droit, études offertes à Michel Vidal* (E. Burgaud, Y. Delbrel et N. Hakim éd.), Bordeaux, PU, 2010, p. 703-726. De façon significative, à la première page de son *Manuel*, dans une bibliographie élémentaire de dix-sept titres, Brissaud cite H. Spencer, *Introduction à la science sociale*, 1874 ; G. de Tarde, *Les transformations du droit*, 1893 ; M. Hauriou, « Les facultés de droit et la sociologie », *Revue générale de droit*, 1893, et surtout É. Durkheim, *La méthode sociologique*, 1894. Ses premiers emplois du mot institution sont anodins, quoique sans définition, puis vient cette profession de foi : « Après les descriptions précises, techniques, des lois et des institutions sociales, vient l'étude du milieu où elles ont pris naissance : état économique, état politique, religieux, c'est par là qu'elles s'expliquent, et si l'on veut en avoir une plus pleine

L'historiographie actuelle²², qui se fonde d'ailleurs largement sur les manuels²³, admet que politiquement, la génération de l'entre-deux-guerres est nettement plus réactionnaire que celle des pères académiques de la discipline. Emile Chénon, polytechnicien, longtemps proche du Sillon, dénonçant la franc-maçonnerie, ultramontain et opposé à l'absolutisme et à l'omnipotence étatique, est l'auteur d'un ouvrage militant sur *Le rôle social de l'Église* dont il souligne le caractère d'« institution divine » garantissant l'indépendance face à l'État²⁴. Dès la préface de *l'Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815* (1926-1929, le second volume, inachevé et posthume, étant publié par Olivier-Martin), il exalte l'immuabilité du droit naturel classique en assimilant les institutions au droit positif²⁵.

Le clérical et maurassien Déclareuil, antidreyfusard, germanophile et nationaliste²⁶, professeur à Toulouse, et souvent original, voire paradoxal, utilise lui aussi le terme institution comme une évidence dès la première page de la préface de son *Histoire générale du droit français des origines à 1789 à l'usage des étudiants des facultés de droit* (1925)²⁷. Le mot, auquel il recourt fréquemment, permet de faire le lien entre le droit et son environnement social, dans le prolongement de ses travaux précédents.

intelligence, les comparaisons sont nécessaires. Un sociologue ne limite pas plus ses recherches à une société qu'un biologiste ne limite les siennes à une espèce animale. Il parvient ainsi à mieux comprendre la nature propre des institutions ; il se rend mieux compte de leurs transformations, et il s'élève à des vues générales auxquelles n'aurait pu le conduire l'examen de la seule législation » (p. 11).

22. Pour celle-ci et les références, nous nous permettons de renvoyer à P. Bonin et J. Poumarède, « L'histoire de l'histoire du droit, bilan et perspectives », *L'histoire du droit en France, bilan et perspectives, Actes de la journée d'étude organisée par l'Association des historiens des facultés de droit, Versailles, 28 janvier 2013*, à paraître.

23. L'opposition en termes de classe d'âge est nettement moins pertinente : Brissaud et Chénon (qui a succédé à Esmein) ont été agrégés en même temps ; et Déclareuil lui aussi a obtenu le concours avant le sectionnement et il a succédé à Brissaud.

24. Bloud, 1921.

25. Sirey, 1926-1929, vol. I, p. 3-4 : « Le Droit naturel ne comprend d'ailleurs qu'un petit nombre de principes généraux, tandis que le Droit positif s'étend à une foule d'institutions très diverses. On a depuis longtemps l'habitude de répartir ces institutions en deux groupes, qui parfois se compénétrèrent : les institutions publiques et les institutions privées ». Il précise par la distinction entre « Institutions politiques ou religieuses » et « purement juridiques ».

26. M. 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)*, Paris II, thèse, science politique, 2000, p. 26-27 et 45-46 ; R. Descimon, « Déclareuil (1913) contre Hauser (1912), les rendez-vous manqués de l'histoire et de l'histoire du droit », *Annales HSS*, 57^e année, n° 6, 2002, p. 1615-1636 ; J. Poumarède, « Déclareuil », *DHJF*.

27. Sirey, 1925, p. VII-VIII : « il convenait d'éviter les exposés de forme trop abstraite et trop exclusivement juridique [...pour rétablir] le jeu des institutions ainsi définies dans le cadre ou la trame de l'histoire ».

Enfin, François Olivier-Martin, qui reconnaît Déclaireuil comme principale influence et dont on sait que ses sympathies corporatistes l'ont porté vers Vichy²⁸, présente son manuel une demi-douzaine de fois dans les quatre pages de la préface comme une histoire des institutions. La notion, dont il donne des définitions au moins par énumérations, est au cœur de son projet : « L'histoire des institutions anciennes soulève de multiples problèmes, qui sont tous, sous quelque aspect, d'un grand intérêt pour la compréhension parfaite du droit moderne. Il est naturel et il est bon que, dans un domaine aussi étendu, des préférences se manifestent. L'auteur ne dissimule pas qu'il s'est appliqué principalement à éclairer, aux diverses époques, les rapports entre l'État et les forces sociales qui se sont spontanément organisées dans son cadre. Il est convaincu, à tort ou à raison, que l'établissement de rapports satisfaisants entre l'État et ces forces sociales ou 'groupements intermédiaires' est le problème fondamental du temps présent et constitue la dernière chance d'échapper aux ravages de l'individualisme anarchisant, comme aux contraintes insupportables du totalitarisme »²⁹.

À cause des influences qu'ils exercent les uns sur les autres et qu'ils revendiquent comme une tradition, de la permanence des programmes, et d'une certaine fixité de leurs modes d'exposition, on peut présenter de façon homogène l'usage que ces auteurs font de la notion d'institutions. L'évidence apparente qu'ils en donnent est équivalente à celle de droit. Mais elle ne peut s'adosser à un substrat doctrinal romain, ni même médiéval. Le sens contemporain, à partir d'une origine théologique nettement distincte, théorisée par Innocent IV³⁰, n'émerge qu'au XVIII^e siècle³¹. L'aspect statique y domine dans une pensée libérale où le droit et les institutions ne doivent pas agir sur la forme de l'ordre social auto-régulé³².

28. D. Gros, « La légitimité par le droit », *Serviteurs de l'État, Une histoire politique de l'administration française 1875-1945* (M.-O. Baruch et V. Duclert dir.), La Découverte, Espace de l'histoire, 2000, p. 21 et 28 ; S. L. Kaplan, « Un laboratoire de la doctrine corporatiste sous le régime de Vichy : l'Institut d'études corporatives et sociales », *Le Mouvement Social*, n° 195, 2001/2, p. 44 et 46.

29. *Op. cit.*, p. IX.

30. V. Olgiati, « Institution (sociologie juridique) », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (A.-J. Arnaud dir.), LGDJ, Droit et société, éd. 1993.

31. Le tournant décisif est amorcé par Hobbes (F. Rangeon, « L'approche de l'institution dans la pensée de Hobbes », *L'institution*, PUF, CURAPP, 1981, p. 91-123).

32. A. Guery, « Institution, histoire d'une notion et de ses utilisations dans l'histoire avant les institutionnalismes », *Cahiers d'économie politique*, n° 44, 2003/1, p. 7-18. Voir aussi, du même, dans une approche plus strictement d'histoire des idées économiques, « Propriété, droit et institution dans l'institutionnalisme américain », *Cahiers d'économie*

Le terme devient central dans les sciences sociales, pour saisir ce qui compte par opposition aux variations de détail, avec Fustel de Coulanges³³, dont *La cité antique* (1862) porte pour sous-titre *Etudes sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Suit l'*Histoire des institutions politiques de l'ancienne France* (1875), dont l'introduction postule que « les institutions politiques ne sont jamais l'œuvre de la volonté d'un homme. La volonté même de tout un peuple ne suffit pas à les créer. Les faits humains qui les engendrent ne sont pas de ceux que le caprice d'une génération puisse changer. Les peuples ne sont pas gouvernés suivant qu'il leur plaît de l'être, mais suivant que l'ensemble de leurs intérêts et le fond de leurs opinions exigent qu'ils le soient »³⁴. Contemporaine des premiers anthropologues évolutionnistes anglo-saxons³⁵, alors que les mots anglais formés sur le même étymon semblent avoir souvent connu une mutation plus précoce, cette évolution est prolongée par l'utilisation que Durkheim fait du terme³⁶. Mais c'est surtout à Fustel que renvoient les manuels d'histoire du droit, souvent en termes élogieux, particulièrement

politique, n° 40-41, 2001, p. 9-48. Cette chronologie est corroborée par le *Dictionnaire historique de la langue française* (A. Rey dir.), Le Robert, éd. 1998. Voir aussi Y. Sassier, « Réflexion autour du sens d'*Instituer, Institutio, Instituta* au Moyen Age », *L'institution, passé et devenir d'une catégorie juridique* (J.-P. Bras dir.), L'Harmattan, 2008, p. 19-33.

33. R. Descimon, « Institutions », *Dictionnaire des sciences historiques* (A. Burguière dir.), PUF, 1986. Voir aussi F. Héran, « L'institution démotivée. De Fustel de Coulanges à Durkheim et au-delà », *Revue française de sociologie*, 28-1, 1987, p. 67-97. Voir aussi du même, « De la Cité antique à la sociologie des institutions », *Revue de synthèse*, 110, 1989, p. 363-390 ; et B. Karsenti, en introduction à *La cité antique*, Flammarion, Champs classiques, éd. 2009, p. 13 en particulier. Sur Fustel, la première référence demeure F. Hartog, *Le XIX^e siècle et l'histoire, le cas Fustel de Coulanges*, éd. Seuil, « Points histoire », 2001, p. 18 en particulier pour sa conception des institutions. Voir aussi le compte rendu qu'en donne M. Gauchet, *Annales, Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 44, n° 6, 1989, p. 1389-1392, pour la naïveté de la recherche d'impartialité à partir de la seule érudition. Le mot Institutions est incontestablement à la mode au début de la III^e république : l'éditeur Ernest Thorin propose une Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, se fonde une *Revue catholique des institutions et du droit* (C. Fillon, « Le combat contre-révolutionnaire d'une société de gens de robe (1873-1906) », *Élites et sociabilité au XIX^e siècle* (H. Leuwers, J.-P. Barrière et B. Lefebvre dir.), Villeneuve d'Ascq, IRHiS (« Histoire et littérature de l'Europe du Nord-Ouest », n° 27), p. 199-218), etc.

34. Hachette, 1875, vol. I, p. II.

35. F. Audren, « Maine », *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* (O. Cayla et J.-L. Halpérin dir.), Dalloz, 2008.

36. « On peut en effet, sans dénaturer le sens de cette expression, appeler *institution*, toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité ; la sociologie peut alors être définie : la science des institutions, de leur genèse et de leur fonctionnement » (*Les règles de la méthode sociologique*, Alcan, éd. 1901, p. XXII, il s'agit de la préface de la deuxième édition). La notion n'a cependant pas chez lui le caractère d'évidence et peut-être l'importance qu'on a voulu lui accorder (F. Abbalea, « L'institution : une catégorie fondatrice de la sociologie française », *L'institution, passé et devenir...*, *op. cit.*, p. 155-174), et c'est sans doute celle de règles qui est plus déterminante (B. Karsenti, « Le droit, symbole visible de la solidarité, règle et régularité chez Durkheim », *ibid.*, p. 97-121).

quand il a polémique contre les savants allemands sur les composants originels des « institutions françaises »³⁷.

Dans les manuels les moins anciens, une autre référence est curieusement absente, celle à Hauriou, alors que pour la notion d'institutions le renvoi au doyen de Toulouse est devenu depuis systématique, même s'il est parfois plus révérenciel qu'intellectuel³⁸. La chose est d'autant plus surprenante que son projet, libéral mais très chrétien³⁹, d'articuler droit et milieu social via l'institution⁴⁰ correspond à l'usage qu'en font Chénon, Déclareuil et surtout Olivier-Martin, dans la perspective d'un absolutisme respectant les libertés⁴¹. Ce silence s'explique sans doute par le désir de donner une apparence de pure érudition aux ouvrages, en taisant les influences extérieures au domaine scientifique concerné. Déclareuil au moins connaît le travail de son collègue toulousain, et il participe aux mélanges réunis en son honneur avec une étude intitulée : « Quelques remarques sur la théorie de l'«institution» et le caractère institutionnel de la monarchie capétienne »⁴². D'un ton moins normé que celui d'un manuel, puisqu'il s'agit d'un propos spéculatif destiné à des collègues, au-delà de l'emploi du terme Institutions et de l'hommage au dédicataire, la démonstration vise surtout à illustrer les intuitions de Maurras, premier et principal auteur cité, sur « l'empirisme organisateur » de l'ancienne monarchie. La souveraineté royale n'est d'origine ni divine, ni populaire, mais *sui generis*, et consubstantielle à la Nation (c'est l'idée classique des « Rois qui ont fait la France ») : « le gouvernement, en s'adaptant au milieu social où il opère, [est] devenu par la continuité de son bienfait, une 'institution' ».

37. E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 118, voir aussi p. 103, 345, 413, 466 note 1 ; voir aussi A. Esmein, *op. cit.*, p. 22 et 26 note 4, p. 27 note 5, p. 51 note 5 ; P. Viollet, *Droit public, op. cit.*, p. 455 note 1 ; J. Brissaud, *op. cit.*, p. 466 note 1 ; F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 22.

38. Sur l'œuvre d'Hauriou et sa postérité, voir dans la présente livraison les contributions d'É. Millard, A.-S. Chambost et V. Tournay, et leurs bibliographies.

39. J. Barroche, « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *RFHIP*, n° 28, 2008, p. 307-335. D'ailleurs, dès lors que le monarque est soumis à des lois, « se précise la nature nettement "institutionnelle" de la monarchie, nature qu'au xv^e siècle Gerson ou Pierre d'Ailly reconnaissent à l'Église » (J. Déclareuil, *op. cit.*, p. 401, note 56).

40. Voir en particulier J. Bouveresse, « La théorie de l'institution : une justification des corps intermédiaires », *L'institution, passé et devenir...*, *op. cit.*, p. 77-95.

41. Même P. Viollet, *Droit public, op. cit.*, vol. II, p. 231 et 233, chante de la monarchie tempérée voire de la féodalité, admet que « les institutions que le prince a créées » régulent son pouvoir. Voir aussi p. 376 : « Nous cherchons aujourd'hui par des combinaisons savantes, et sans grand succès, à modérer le pouvoir de l'État : c'étaient jadis les organismes de création spontanée et les forces diverses issues, pour ainsi dire, du sol lui-même, qui pondéraient l'autorité centrale ».

42. *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 159-185, p. 168 pour la citation. Voir aussi des constructions comparables dans son manuel, *op. cit.*, p. 390-391.

Dès lors que la notion d'institutions est donnée par les manuels étudiés comme évidente, ne nécessitant pas de définition a priori, ou que les influences ne sont pas explicitées, il faut pour la cerner partir des usages qui en sont faits, pour en déduire ses caractéristiques. La plus importante est que les institutions se situent dans la durée. S'inscrire dans une histoire des institutions est un moyen de revendiquer qu'on ne s'attache qu'à l'important, sans avoir à en préciser les critères. Dans une approche parfois naïve pour saisir des réalités profondes derrière la variété des situations de fait, plusieurs auteurs soulignent ainsi incidemment qu'ils ne font pas une histoire factuelle, une histoire politique ni même une histoire des idées. « L'historien du droit [...] doit rechercher avant tout les aspects permanents de l'institution, ceux qui lui ont donné sa constitution juridique, à travers les vicissitudes de son histoire »⁴³.

De cette durée, voire de cette permanence, découlent plusieurs conséquences. D'abord, les institutions, conformément à leur racine étymologique, *Stare*, sont stables. Il n'est pas rare d'ailleurs qu'une équivalence soit établie avec le mot Constitution⁴⁴, au sens ancien et général, presque organiciste⁴⁵. Viollet traduit même *constitutio* par institution⁴⁶. Certes, le sens, initial, dynamique d'institution (là où s'impose de plus en plus aujourd'hui le néologisme d'institutionnalisation), celui d'acte d'instituer, d'établir, une création humaine sur le modèle de la Création divine⁴⁷, n'a pas disparu sous la plume des auteurs de manuels, en particulier parce qu'ils sont tributaires du

43. F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 296. Voir aussi p. 66 ; et du même, *L'Absolutisme français*, LGDJ, Reprint, 1997, p. 11 : « J'étudierais l'absolutisme français en tant qu'institution ayant duré ». D'autres exemples avec P. Viollet, *Le Roi...*, *op. cit.*, p. 260, 407 ou 444 ; du même, *Droit public*, *op. cit.*, vol. I, p. 239, vol. II, p. 76-77 et 287 ; ou E. Glasson, *Institutions de la France*, *op. cit.*, vol. VIII, p. 337.

44. Par exemple « au XII^e siècle encore, la Curia régis restait le seul conseil du gouvernement qui rentrait dans la Constitution, dans les cadres réguliers des institutions publiques » (A. Esmein, *op. cit.*, p. 515).

45. En évoluant de l'organique vers le volontarisme juridique, le mot Constitution paraît avoir suivi un cheminement inverse à celui d'Institution (O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France : de la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Juspoliticum*, n° 3 : « Autour de la notion de constitution », décembre 2009, en ligne sur <http://www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html>)

46. « La définition de l'esclavage donnée par les jurisconsultes romains s'applique à tout esclavage : 'L'esclavage est une institution par laquelle une personne, contrairement à la nature, devient la propriété d'une autre' », et il donne en note la référence aux *Inst.*, I, III : « *Servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* » (*Droit civil*, *op. cit.*, p. 295).

47. De ce point de vue, le droit romain classique diffère sans doute d'un jusnaturalisme christianisé, voir Y. Thomas, « L'institution juridique de la nature, remarques sur la casuistique du droit naturel à Rome », *RHFD*, n° 6, 1988, p. 27-48, repris dans *Les*

caractère volontiers conservateur du vocabulaire juridique. On est dans ce registre lorsque sont évoquées l'institution d'héritier, l'institution contractuelle⁴⁸ ou l'institution canonique des évêques, voire les institutions de paix médiévales (il s'agit de la simple traduction du terme latin)⁴⁹. Mais c'est surtout le sens récent, statique, de chose instituée, établie, qui domine. La stabilité peut prendre la forme de la régularité, le terme est souvent employé, et par exemple la qualité d'institution est plus discutée dans les États généraux que dans les États provinciaux. Dès lors la marque des institutions est de survivre aux conditions de leur naissance⁵⁰ : elles doivent être dotées d'une autonomie suffisante pour être saisies⁵¹. Trop dépendantes de leur milieu d'origine, elles disparaissent avec lui⁵², ou changent de nature en évoluant trop⁵³.

Ainsi, paradoxalement, leur vertu de stabilité fait insister sur le moment où les institutions ne l'ont pas encore acquise, réintroduisant une dimension dynamique dans la notion. Elles n'existent donc pas complètement tant que leur pérennité n'est pas garantie⁵⁴. Et l'accent est souvent porté sur leur mise en place, réussie ou non, avec des métaphores comme celles de la racine, de la greffe ou de la fécondation, avec tout ce que cela suppose comme circulation entre l'institution et son environnement : classiquement par exemple, c'est

opérations du droit (M.-A. Hermitte et P. Napoli éd.), EHESS-Gallimard-Seuil, 2011, p. 21-40.

48. En particulier P. Viollet, *Droit civil, op. cit.*, p. 888 ; et E. Chénon, *op. cit.*, vol. II, p. 260-271.

49. E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 568, 632 et 753-754.

50. Sur la tension entre l'instituant et l'institué qui structure la notion d'institutions et lui donne son dynamisme, voir J. Chevallier, « L'analyse institutionnelle », *L'institution, op. cit.*, p. 3-61 ; et R. Lourau, *L'analyse institutionnelle*, Éd. de Minuit, 1970.

51. Par exemple, « l'institution de la puissance paternelle à Rome. Comme tant d'autres institutions juridiques, elle a survécu à l'état économique qui lui avait donné naissance » (P. Viollet, *Droit civil, op. cit.*, p. 494-495). « Au lieu de former, comme l'armée romaine, une institution permanente, placée en marge de la société civile, l'armée franke se liait d'une façon intime à la condition et personnes et des terres » (E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 282).

52. Ainsi la chrenecruda avec le paganisme en Neustrie (E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 379). De même « dans l'État, le client n'a de droit que par l'intermédiaire de son patron. La décadence des gentes fut le signal de celle de la clientèle. Les clients, libérés du patronat, constituèrent la plèbe ; ils acquirent le droit d'ester en justice, les droits politiques. À la fin de la République, la clientèle n'est plus une institution ; elle ressemble à la clientèle politique de nos jours » (J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 475).

53. Ainsi à partir des usages francs l'Église a fait de la chevalerie « une institution nouvelle » (A. Esmein, *op. cit.*, p. 255).

54. Voir en particulier, pour le moment où les intendants forment véritablement une institution, A. Esmein, *op. cit.*, p. 661, et E. Chénon, *op. cit.*, vol. II, p. 456-458.

la limite reconnu à l'approche des glossateurs⁵⁵, au contraire des humanistes⁵⁶. D'ailleurs, conformément à une définition matérielle des sources du droit, « l'histoire externe du droit »⁵⁷ qui prévalait au XIX^e siècle, les institutions peuvent aussi se saisir à partir d'une documentation non juridique. Dès lors, il ne saurait y avoir d'institutions vivantes sans contacts avec leur environnement, et que ce lien se distende peut s'avérer pour elles mortifère : la fin de l'Ancien Régime en est donné comme illustration⁵⁸. Une volonté seulement politique ne suffit pas à faire survivre des institutions périmées, mais symétriquement « des décrets royaux ne tuent pas une institution vivante »⁵⁹.

Dès lors, pour cette dialectique entre les institutions et leur environnement, la cohérence du découpage chronologique s'avère cruciale, dans « cette présentation successive des institutions juridiques d'une période de plus de dix-huit siècles, au cours de laquelle il n'y eut pas de solution de continuité, que le legs romain a toujours, bien que diversement, dominée et dans laquelle on ne saurait faire de coupures autres qu'arbitraires... » selon Déclareuil⁶⁰. Par exemple, le débat souvent évoqué entre romanistes et germanistes⁶¹ montre que la présentation que l'on fait de ses institutions varie suivant qu'on tient l'empire romain pour avoir été assassiné, ou au contraire être mort

55. Ils « ne connaissaient bien ni l'histoire romaine ni la littérature latine, et par suite, ils ne pouvaient comprendre le sens et la portée de beaucoup d'institutions, ne connaissant pas le milieu où elles s'étaient développées » (A. Esmein, *op. cit.*, p. 839).

56. « Ils visaient à replacer le temps et dans l'espace tous ces documents, afin d'en évoquer les institutions qui y étaient décrites pour les considérer dans les cadres où elles avaient joué » (J. Déclareuil, *op. cit.*, p. 847).

57. L'histoire en est faite, en dégageant les enjeux méthodologiques, et non sans lien avec la notion en gestation d'institution, par M. Hauriou, « L'histoire externe du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1884 (nous avons consulté un tiré-à-part avec une foliotation autonome), en particulier p. 11 : « les faits qui constituent le côté externe [du droit] se résolvent en dernière analyse en des groupes d'hommes, en des organismes sociaux développant leur activité dans une certaine direction, législateur, magistrats, officiers publics, fonctionnaires. [...] Cette façon de procéder est la seule qui mette en évidence un fait capital, l'action génératrice exercée sur les règles internes du droit par les institutions qui forment la couche externe ». J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 27 s'y réfère explicitement. Sur l'œuvre d'historien du droit d'Hauriou, voir P. Ourliac, « Hauriou et l'histoire du droit », *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, p. 79-90, repris dans *Études d'histoire du droit et d'histoire*, Picard, 1980, vol. II, p. 219-235.

58. Voir par exemple F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 663.

59. P. Viollet, *Droit civil, op. cit.*, p. 572.

60. *Op. cit.*, p. VIII.

61. E. Glasson, *Précis, op. cit.*, p. 58, tente de le dépasser en soulignant que les institutions comme les langues peuvent avoir évolué à partir d'une origine commune, mais en prenant « des caractères nouveaux et propres au génie de chaque nation ».

de vices internes, ou avoir longtemps survécu à 476. Même si ses collègues suivent souvent un découpage du même type que le sien, Glasson défend la chronologie, pour envisager les institutions dans leur environnement et leurs rapports, car « en isolant ainsi les institutions les unes des autres, ne risque-t-on pas de les dénaturer ou tout au moins d'en faire de véritables abstractions scientifiques ? »⁶². Chénon se rallie à cette méthode qui « consiste à diviser l'histoire du droit en période judicieusement choisies, et à tracer pour chacun d'elles un tableau général des institutions », tout en proposant des subdivisions semblables pour chaque période pour permettre « une étude continue de chaque institution en particulier »⁶³.

C'est surtout la révolution qui focalise les débats. Esmein souligne l'importance et l'originalité du droit intermédiaire pour justifier qu'il faille le traiter spécifiquement, « car c'est lui qui véritablement a créé l'Etat moderne, le droit ancien n'en est que la préparation »⁶⁴. Et il se félicite dans sa préface d'avoir donné entre son manuel d'histoire du droit et ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*⁶⁵, un *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*⁶⁶. François Olivier-Martin, dont la thèse portait, chose alors audacieuse, sur la période du droit intermédiaire, regrette au contraire la coupure que les programmes de son temps imposent en 1789, car elle empêche de suivre « le sort des principes 'modernes', les conséquences des contradictions internes qu'ils présentent, la réapparition enfin, sous des formes rajeunies, de certaines institutions d'autrefois »⁶⁷. Dans les deux cas, que la révolution soit vue comme une rupture dont les suites n'ont été bénéfiques qu'en ce qu'elles ont repris de l'Ancien Régime, ou au contraire comme l'achèvement ou l'accélération de processus logiques depuis longtemps engagés, le résultat pour la notion d'institutions est le même : elles survivent, ou au moins peuvent être comparées, de part et d'autre de 1789. D'autres ruptures factuelles peuvent de même être relativisées par la permanence des

62. *Institutions de la France*, *op. cit.*, vol. I, p. V-VI.

63. *Op. cit.*, vol. I, p. 5.

64. *Cours élémentaire...*, *op. cit.*, p. VIII.

65. Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du Journal du Palais, 1896.

66. Sirey, 1908.

67. *Op. cit.*, p. VIII. Il s'est d'ailleurs employé à souligner ce que les institutions sous la III^e République devaient au passé, dans « Les institutions et les lois de la Troisième République », *La troisième république in* M. Petit (dir.), Larousse, 1936 (nous avons consulté un tiré-à-part avec foliotation autonome de 46 p.).

institutions⁶⁸, et elles permettent de nier l'opposition entre monarchie tempérée et absolue⁶⁹.

Que les institutions s'inscrivent dans la longue durée en fait donc des éléments structurants, et assoie la légitimité de ceux qui les étudient. Les juristes n'ont pas renoncé, à la fin du XIX^e siècle et encore dans la première moitié du XX^e, à revendiquer une sorte de fonction d'experts du social, et donc à ne pas se cantonner dans un purisme technicien, à donner du sens. Il y a là un moyen de détourner les étudiants des doctrines pernicieuses⁷⁰, et aussi d'essayer d'annexer la sociologie ou la science politique naissantes⁷¹. C'est un portrait du juriste idéal qu'Esmein trace en évoquant Beaumanoir : « Il ne se contente pas de rapporter la coutume, mais il en cherche la raison et veut dégager le principe directeur des institutions »⁷². Un tel argument n'est pas vain quand le propos est d'établir « l'utilité de l'étude de l'histoire du droit »⁷³, et que ses ambitions ne sont plus, comme au XIX^e siècle face à l'exégèse, de fournir une méthode juridique alternative, mais au contraire de conforter une position d'auxiliaire pour la construction des « cathédrales théoriques »⁷⁴ qui s'érigent alors dans

68. « La féodalité ne date pas de l'avènement des Capétiens : elle était déjà préparée et en voie de formation complète, par les institutions de l'époque précédente » (E. Glasson, *Institutions de la France, op. cit.*, vol. V, p. 283 ; voir aussi vol. VIII, p. 2 et 7).

69. Voir en particulier F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 280-295, après « la crise générale des institutions » pendant les guerres de religion : Louis XIV « fit jouer les institutions monarchiques dans leur sens traditionnel ».

70. Voir par exemple J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 413 et 418.

71. Sur les usages actuels, hétérogènes, de la notion d'institutions dans ces disciplines, on peut partir de N. Freymond, *La question des institutions dans la science politique contemporaine : l'exemple du néo-institutionnalisme*, Lausanne, Département de science politique, Nouvelle série n° 1, 2003 (en ligne sur <http://www.unil.ch/webdav/site/iepi/users/epibiri1/public/freymond.pdf>) et de J. Lagroye et M. Offerlé (dir.), *Sociologie de l'institution*, Belin, 2010.

72. *Op. cit.*, p. 800. Voir aussi J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 11-12 : « Après les descriptions précises, techniques, des lois et des institutions sociales, vient l'étude du milieu où elles ont pris naissance : état économique, état politique, religieux, c'est par là qu'elles s'expliquent, et si l'on veut en avoir une plus pleine intelligence, les comparaisons sont nécessaires. Un sociologue ne limite pas ses recherches à une société qu'un biologiste ne limite les siennes à une espèce animale. Il parvient ainsi à mieux comprendre la nature propre des institutions ; il se rend mieux compte de leurs transformations, et il s'élève à des vues générales auxquelles n'aurait pu le conduire l'examen de la seule législation. L'histoire du droit, en remontant aux origines, donne ce qu'on pourrait appeler l'embryologie sociale. L'histoire économique donne le substratum matériel d'où les institutions sont issues ».

73. Il s'agit du titre de l'introduction de J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 1-15.

74. Sur le statut de la doctrine au début du XX^e siècle, voir M.C. Belleau, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les cahiers du droit*, vol. 40, n° 3, 1999, p. 507-544 ; C. Jamin et P. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, Méthode du droit, 2004, p. 120-165 ; dont l'essentiel est synthétisé dans C. Jamin, *La cuisine du droit, l'École de droit de Science Po : une expérimentation française*, Lextenso éditions,

les facultés de droit⁷⁵. De cette tendance, François Olivier-Martin donne une illustration très nette : « L'histoire du droit et des institutions me paraît jouer dans les sciences sociales le rôle que joue dans les sciences naturelles l'expérimentation. [...] Presque tout a été tenté ; il n'y a rien de nouveau sous le soleil, à peu près tous les systèmes, toutes les institutions ont fonctionné dans ce passé qui paraît si mort à certains et qui est si vivant pour celui qui sait regarder »⁷⁶. Pour s'excuser des approximations de détail, Esmein recourt lui à la métaphore de la carte, celle que son ouvrage veut être pour l'étude du passé, ce qui renvoie à l'idée que l'histoire fournit un guide⁷⁷.

Pour annexer au champ de compétence reconnu aux juristes des terrains d'étude voisins, la notion d'institution permet d'échapper aux rigidités du droit. En effet, alors que la plupart des manuels, surtout récents, reprennent l'intitulé d'un programme d'« histoire du droit français », ils opèrent un tri dans le droit, au mépris du clivage orthodoxe entre droit public et droit privé, permettant de plus adapter le propos à l'objet étudié, mais sans mieux cerner pour autant cet objet. La plus grande part du droit privé est ainsi écartée par Esmein, Déclaireuil et Olivier-Martin, au motif que les destinataires de l'ouvrage, surtout des étudiants de première année, n'ont pas le bagage technique pour appliquer au passé les problématiques proprement juridiques⁷⁸. Mais sont conservées, en particulier à cause des institutions féodales, la condition des terres et des personnes, et souvent la partie du droit de la famille qui est le plus en rapport avec

2012, p. 42-64 ; F. Audren, « Les professeurs de droit, la république et le nouvel esprit juridique », *Mil neuf cent, Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29 : « La Belle Époque des juristes, enseigner le droit dans la république », 2011, p. 7-33.

75. J. Poumarède, « Pavane... », *loc. cit.* ; J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, n° 4 : « La science juridique entre politique et sciences humaines (xix^e-xx^e siècles) » (F. Audren et J.-L. Halpérin éd.), 2001, p. 9-32 ; et dernièrement, avec des thématiques recouvrant largement celles du présent travail, « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 5 : « Écrire l'histoire du droit : rompre avec les schémas nationaux ? Un dialogue franco-britannique », juin 2012.

76. Dans l'introduction de son cours sur *L'administration provinciale à la fin de l'Ancien Régime*, LGDJ, éd. 1997, p. 8-9.

77. *Cours élémentaire...*, *op. cit.*, p. IX.

78. L'argument a d'ailleurs pu être retourné contre l'enseignement précoce de l'histoire du droit : « attendu que l'histoire du droit étant réellement l'histoire des institutions qui le composent, il fallait connaître au moins ces institutions d'une manière générale », selon l'assemblée de la faculté de droit de Paris le 20 décembre 1821, qui témoigne d'un emploi précoce du terme au sens actuel (cité par M. Ventre-Denis, « La première chaire d'histoire du droit à la faculté de droit de Paris (1819-1822) », *RHD*, 1975, p. 614).

l'ordre public. D'autres éléments, comme la procédure, qui touchent à la fois au droit privé et au droit public, font l'objet d'exposés facultatifs ou elliptiques. Les autres auteurs choisissent de régler la question en séparant droit privé et droit public, soit en les traitant dans des volumes distincts (Viollet et Brissaud), soit en alternant les passages qui leurs sont consacrés (Glasson et Chénon). Au moins lorsqu'ils dépassent l'énoncé de règles isolées⁷⁹, le terme d'institutions demeure employé pour des mécanismes de droit privé (et a fortiori de procédure ou de droit féodal)⁸⁰, même si les développements consacrés au droit public se présentent comme traitant spécifiquement des institutions.

Cette souplesse par rapport aux catégories juridiques que permet la notion indéfinie d'institutions ne débouche pas sur une problématisation de l'organisation juridique du social, sauf avec le corporatisme d'Olivier-Martin. Certes, le terme institution peut qualifier des groupes socio-juridiques comme la noblesse, mais dans les pratiques d'écriture l'organisation sociale n'est guère traitée que sous la forme d'une présentation des trois ordres et du servage : la bourgeoisie par exemple n'est abordée qu'à l'occasion de la description des institutions municipales. Si la notion d'institution permet de saisir l'environnement social plus largement qu'avec les concepts strictement juridiques, son principal intérêt est que le droit en demeure le pivot⁸¹.

79. Il s'agit du deuxième sens donné par G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige », éd. 2005 : « Par opposition à une règle de droit particulière, ensemble de règles concernant un même objet ».

80. On trouve ainsi désignés comme institutions par P. Viollet, *Droit civil, op. cit.*, p. 263, 288, 295, 297, 402, 456, 471, 487, 518, 531, 562, 571-572, 597, 642, 663, 874, 882 et 900 : la légion d'honneur, la tutelle perpétuelle de la femme non mariée, l'esclavage, le mariage, le parrainage, le concubinage, l'adoption, la puissance paternelle, l'émancipation, la tutelle, le retrait lignager, la prescription en droit des biens, la festuca et la stipulatio, le fief, l'emphythéose, et la légitime successorale, les majorats ou le codicille testamentaire.

81. Les historiens non juristes procèdent à l'inverse : la notion d'institutions, qu'ils cherchent souvent à définir a priori, leur permet de prendre en compte le droit en l'absorbant dans le flux des évolutions sociales, voir par exemple P. Minard, « Faire l'histoire sociale des institutions : démarches et enjeux », *Bulletin de la SHMC*, 2000, p. 119-123. La dénonciation des limites d'une approche trop centrée sur le droit est d'une rhétorique fréquente, elle fait même partie des griefs qui expliquent le « rendez-vous manqué » avec les *Annales* (F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France, deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, thèse, histoire du droit, Dijon, 2005, p. 40). Cependant un cas-limite est donné par A. Luchaire, *Manuel des institutions françaises : période des Capétiens directs*, 1892 (Mégariotis Reprint, 1979), p. I-II, qui souligne que « tout en reconnaissant la connexion intime qui, sur le domaine des institutions, relie la science de l'histoire à celle du droit, nous avons écarté de propos délibéré les questions d'ordre purement juridique, et voulu faire, avant

Les institutions, comme éléments structurants et stables, à l'instar du langage, paraissent sujettes à des « lois », le terme est employé en particulier par Esmein, Viollet⁸² et surtout Brissaud, qui rendent leur évolution au moins partiellement prédictible⁸³. Leur propos est bien de distinguer les valeurs, en réalité subjectives, et les certitudes scientifiques. Mais le déroulement des temps prend ainsi un sens, par delà la succession des événements et même des causalités, et l'apparition des institutions devient le fruit d'un spontanéisme qui rappelle le providentialisme. Ainsi, tout en se revendiquant de « l'école historique », et « des travaux considérables entrepris en France et en Allemagne » depuis 1840, Viollet rejoint l'argument conservateur de la difficulté de créer le droit et les institutions ex nihilo, par une artificielle opération de volonté⁸⁴. Il voit au contraire dans l'histoire des institutions des constantes « naturelles »⁸⁵. De même Brissaud a des accents ouvertement durkheimiens, et tout en pourfendant le droit naturel, soutient le déterminisme : « Les faits sociaux se produisent régulièrement, suivant des lois constantes, il y a là matière à science »⁸⁶. La première de ces lois, et peut-être la seule dont l'énoncé soit assez général et fasse consensus, est celle de la division du travail⁸⁷.

tout, œuvre d'historien ». Mais il est souvent cité par les historiens du droit et son plan est très similaire aux leurs.

82. « Toute société est dans une perpétuelle évolution. [...] Cette constante évolution est, je le répète, soumise à des lois, et l'intérêt supérieur d'une histoire du droit public, c'est-à-dire d'une histoire des institutions politiques, c'est précisément la recherche de ces lois » (*Droit public, op. cit.*, vol. I, p. I-II).

83. Le déterminisme « suppose entre les faits un lien tel que, l'un de ces faits étant donné, l'autre ne peut manquer de suivre ; la science n'a d'autre but que de constater ce lien ou rapport constant entre phénomènes dont l'un est la cause, l'autre l'effet » (J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 9 note 1). « Étant donné l'habitat, l'état économique, les relations extérieures, les mœurs, le passé d'un peuple, on pourrait se faire fort d'en dégager son droit » (*ibid.*, p. 13).

84. *Droit civil, op. cit.*, p. VIII-IX. Voir aussi du même, *Le Roi...*, *op. cit.*, p. VII. Sur cette question, voir S. Rials, « La droite ou l'horreur de la volonté », *Le débat*, n° 33, janvier 1985, p. 34-48 (repris dans *Révolution et Contre-révolution au XIX^e siècle*, DUC-Albatros, 1987, p. 53-68).

85. *Droit civil, op. cit.* p. 3 : « les sociétés humaines créent ou modifient leurs institutions suivant leurs besoins » ; « le temps et la civilisation opèrent peu à peu bien des transformations nécessaires, les sociétés vivantes modifiant sans cesse leurs institutions suivant leurs besoins » (*ibid.*, p. 239).

86. *Op. cit.*, vol. I, p. 1-2.

87. Il tente néanmoins une théorisation des « Lois sociales. Certaines des lois biologiques s'appliquent aux sociétés. Nous l'avons constaté pour la division du travail. La sélection naturelle élimine les sociétés inférieures ; elles disparaissent devant celles qui sont mieux armées, plus riches, plus prospères, d'une moralité supérieure. La loi de la connexion des caractères qui permettait à un Cuvier de reconstituer une espèce disparue avec quelques débris fossiles, s'observe dans les sociétés ; si les institutions militaires y

Ainsi, selon Brissaud, « Les institutions ne dépendent pas des intentions, mais des conditions »⁸⁸. Dès lors, les mêmes causes produisant les mêmes effets⁸⁹, le déterminisme débouche sur l'évolutionnisme. Une seule voie existe vers le progrès, c'est pour les mêmes raisons, par application des mêmes « lois », que les différents groupes humains en parcourent les étapes. Tous les auteurs partagent à des degrés divers ces perspectives évolutionnistes⁹⁰. Le comparatisme est souvent vanté du point de vue de la méthode⁹¹, mais les pratiques de l'histoire s'inscrivent aussi, et peut-être plus encore, dans une vue génétique. « La notion d'institutions, supposant que les relations juridiques réunies en un faisceau sous un certain nombre d'idées avaient une sorte de vie organique à travers les siècles, a aussi ancré dans l'esprit d'un grand nombre d'historiens cette illusion d'une ligne cohérente permettant de réunir des points apparemment isolés dans l'histoire »⁹². L'évolutionnisme fournit un moyen de réintroduire

prévalent, on y trouvera comme conséquences logiques le pouvoir absolu, la subordination de l'individu à l'Etat, les théories politiques à l'avenant ; les institutions libres se rencontreront dans les sociétés industrielles et commerciales. La loi du balancement organique ou loi de Geoffroy Saint-Hilaire, en vertu de laquelle le développement exagéré d'un organe amène l'amointrissement des autres (ex. le kangourou dont le train de devant est si réduit par rapport au train de derrière), préside au développement social. Les Romains ont été plus habiles politiques, meilleurs soldats et meilleurs jurisconsultes que les Grecs, et ceux-ci les ont dépassés dans les beaux-arts et les belles-lettres » (*ibid.*, p. 472). Peu suspect pourtant de « sociologisme », s'y rallie même E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 851 : « la loi économique de la division du travail, qui s'impose, quand celui-ci se complique et devient trop considérable ». Voir aussi P. Viollet, *Droit public, op. cit.*, vol. I, p. 208.

88. *Op. cit.*, p. 466, note 1, en commentaire de Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, loc. cit.*

89. P. Viollet, *Droit civil, op. cit.*, p. 387, note 1, apporte une précaution : « Des causes différentes peuvent produire des effets très voisins et presque identiques. C'est une observation qu'il ne faut pas perdre de vue dans les études sociologiques et ethnographiques ».

90. « Aux origines, les promiscuités et les mélanges furent facilités par le peu de différence entre les idées et les institutions rudimentaires des hommes primitifs, les mêmes partout puisqu'elles ne visaient qu'à satisfaire aux besoins essentiels de la vie [...]. Ces similitudes originelles légitiment et rendent fructueuses les inductions fondées sur les études de droit comparé qui, passé un certain développement social, ne doivent être utilisées qu'avec précaution et deviennent même dangereuses » (J. Déclareuil, *op. cit.*, p. 6). La critique de l'évolutionnisme était plus directe dans un compte rendu du même paru dans la *Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, n° 34, 1910, p. 722-727, à propos de M. Morand, *Études de droit musulman algérien*, Alger, Jourdan, 1910.

91. E. Glasson présida même la Société de législation comparée en 1905-1906, fondée en 1869 et dont la devise très révélatrice est : « *Lex multiplex ius unum* ».

92. J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *Droit et société*, n° 75 : « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes » (P. Brunet et M. van de Kerchove éd.), 2010-2, p. 308 (voir aussi p. 304). Voir aussi, du même, « Histoire du droit », *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials dir.), PUF-Lamy, 2003.

l'unité de sens, parfois contre l'apparence des sources⁹³, dans une histoire marquée de fausses pistes, d'impasses ou de retours en arrière passagers, et dont la direction générale pourrait ainsi apparaître hasardeuse.

« Une seule chose est certaine, c'est que les sociétés humaines ont une lente genèse ; la famille, la propriété, l'Etat, que nous sommes habitués à envisager comme des institutions immuables, ont eu d'humbles débuts et subi de nombreuses variations avant de parvenir à leur forme actuelle. Ces variations sont prouvées ; leur loi reste à établir »⁹⁴. Dès lors, dans une perspective d'où tout darwinisme social n'est pas exclu⁹⁵, les ensembles forment système⁹⁶. Il devient possible d'établir des parallèles et des éclaircissements réciproques entre les périodes et les civilisations, quand on les situe au même stade de développement. Et Sumner Maine est souvent cité. C'est le cas d'Esmein quand il commence ses développements sur les Germains, et il en est très tributaire pour décrire l'évolution idéale de l'organisation juridictionnelle. Il s'intéresse également à « l'institution du *comitatus* », qui voit un puissant s'entourer de jeunes nobles : « une semblable organisation se présente naturellement dans les sociétés qui ne sont pas encore pleinement tassées, où la constitution politique est encore flottante, si ce n'est sur quelques points essentiels », les *ambacti* gaulois décrits par César, mais également les compagnons d'Ulysse en sont rapprochés⁹⁷.

Dans une perspective très scientifique de rejet des autorités anciennes au profit de lois qui se prétendent tout aussi immuables, les institutions sont donc dotées d'une essence, comme il existe une

93. « À chaque mode de constitution de la famille correspond un système de parenté différent. Mais la constitution de la famille se modifie plus vite que la nomenclature de la parenté ; car la langue est toujours en retard sur les institutions » (J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 421).

94. J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 417-418.

95. « C'est là un trait qui revient fréquemment dans les institutions de l'Ancien Régime ; elles sont encombrées des débris survivants des organismes antérieurs » (A. Esmein, *op. cit.*, p. 495 ; voir aussi pour des formulations plus dures J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 472). P. Viollet, *Droit public, op. cit.*, vol. II, p. 16 note 1 dénonce la réduction de l'évolutionnisme des institutions à un darwinisme.

96. « Sous le Bas Empire, l'armée subit le contre-coup des changements introduits dans les autres institutions » (E. Glasson, *Institutions de la France, op. cit.*, vol. I, p. 401). De même, l'exclusion successorale des filles se renforce sous Charlemagne « à cause de la transformation introduite dans les institutions militaires, et par contre-coup dans la condition des terres » (E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 452 ; voir aussi p. 888).

97. A. Esmein, *Cours élémentaire, op. cit.*, p. 44-45.

« nature » du droit, qui d'ailleurs rejaillit sur ceux qui le pratiquent⁹⁸. L'intérêt scientifique de la notion d'institutions réside donc dans une forme typique, « naturelle »⁹⁹, autour de laquelle s'ordonnent les variations. Dès lors, elles peuvent avoir des avatars successifs, ou même simultanés, voire connaître une « éclipse » puis « renaître » sans rien perdre de leur nature¹⁰⁰. De façon significative, celle-ci souvent s'exprime avec le vocabulaire romain¹⁰¹. Paradoxalement, en échappant à ce que la technicité du droit peut avoir d'historiquement situé, les institutions peuvent donc flatter la tendance au « juridisme », si l'on donne péjorativement à ce mot le sens de vouloir n'envisager le droit que pour lui-même, dans une logique autoréférencée et a-temporelle, au risque de prendre le construit pour du donné.

En effet, s'incarnant dans des contextes différents mais sans qu'on puisse y réduire la nature particulière dont elles sont dotées, les institutions deviennent l'objet d'un va-et-vient entre les deux. Tout particulièrement, par la montée en généralité qu'elles autorisent, les institutions sont le moyen d'établir un dialogue, au moins implicite, entre passé et présent : ce qui se dégage de l'étude de l'histoire est utilisable pour les problèmes de l'instant, et les origines expliquent le

98. Ainsi pour J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 4, l'Histoire permet de développer « l'éducation de son sens juridique ; il y a un sens du droit comme il y a un sens moral, un sens de la musique : certains en sont dépourvus, la plupart le possèdent, quelques uns sont supérieurement doués ». Ce principe est toujours soutenu : « L'historien du droit est d'abord, comme le disent si joliment nos collègues italiens, le fils ou la fille académique de celui qui a guidé vos premières recherches, qui, même sans que vous en ayez pleinement conscience, vous a transmis sa manière de chercher, de s'interroger, bref tous ses réflexes scientifiques qui peu à peu sont devenus les vôtres. Ils sont infiniment plus importants que les idées ; plus durables aussi » (A. Lefebvre-Teillard, « Préface », *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 6).

99. A. Esmein, *op. cit.*, p. 552, à propos des élections aux États généraux : « Mais ce système, qui nous paraît avoir été d'abord pratiqué, ne dura pas ; il fut remplacé par un autre beaucoup plus complexe, mais plus conforme aux principes fondamentaux sur lesquels reposait cette institution. C'est dans la seconde moitié du xvi^e siècle qu'elle arriva à son état définitif ». Il utilise ensuite à plusieurs reprises l'expression « la logique de l'institution » pour expliquer le processus électoral.

100. Ces termes sont employés par E. Chénou, *op. cit.*, vol. I, p. 226, pour les « institutions municipales » au long de la période franque et féodale.

101. « Je m'inspirerai dans une certaine mesure des écrits des jurisconsultes romains. Sans jamais se mettre en servage sous ces grands maîtres il est bon d'utiliser leurs pénétrants efforts, ils ont parfois tracé d'une main sûre des cadres assez larges pour que nous y puissions placer des institutions et des faits juridiques en grande partie inconnus du monde romain » (P. Viollet, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 554). Voir aussi le curieux ordre de présentation de J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 444 : « Il est à remarquer aussi que le droit sur la terre n'était point, à l'origine, déterminé avec la même précision que de nos jours. On ne le distinguait pas bien de la souveraineté qui encore à présent appartient à l'État. À l'époque féodale, le départ n'est pas fait nettement. Ce n'est que de nos jours et à l'époque romaine que le droit de l'individu s'est opposé comme quelque chose d'irréductible au droit de l'État ».

devenir. Dès lors, celui qui tient la plume est tenté de donner son présent pour point d'aboutissement, au moins provisoire, à l'évolution unique dont il s'applique à relever les traces. Schématiquement, l'histoire des institutions prend donc une tournure généalogique, celle de retracer téléologiquement la genèse du Code civil pour le droit privé, et de l'État pour le droit public. Sont donc écartés les éléments n'ayant pas laissé de traces jusqu'au présent, qui n'ont pas fait preuve d'une pérennité suffisante¹⁰².

Le cas est particulièrement net pour l'État, modèle à l'aune duquel s'évaluent les institutions publiques¹⁰³, soit qu'elles soient appelées à en devenir les organes¹⁰⁴, au besoin après en avoir été l'adversaire, soit qu'elles en remplissent les fonctions¹⁰⁵, en complément comme les institutions municipales, ou en concurrence. C'est d'ailleurs poser la question, classique¹⁰⁶, de la nature de l'État, insti-

102. E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 6 se justifie ainsi de ne pas traiter la période celte : « On n'a pu jusqu'à présent indiquer aucune institution comme dérivant d'une façon certaine du droit celtique ». De même, à propos des *vicini* mérovingiens, A. Esmein, *op. cit.*, p. 98 : « ce régime n'a pas exercé une influence notable dans l'histoire de nos institutions »

103. « La corporation, comme un État, a sa constitution, ses statuts et règlements, son budget, sa caisse commune, sa maison, son gouvernement, ses magistrats » (J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 753).

104. La pensée proprement organiciste, souvent sous-jacente dans l'étude des institutions, affleure avec l'équivalence terminologique parfois établie entre organe ou organisation et institutions (le mot Structure semblant alors quant à lui d'emploi beaucoup plus rare, mais le mot Régime, fréquent, mériterait sans doute une étude spécifique). J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 466-469, tente même une « théorie organique de l'État. [...] Dans les sociétés humaines comme dans le corps vivant, l'organisation se fait, par voie de division du travail, dans le sens de la localisation des fonctions, de la formation d'organes et d'appareils de mieux en mieux adaptés à la fonction qu'ils remplissaient et de l'indépendance de plus en plus grande des parties ». Et Brissaud est le seul à avoir une entrée Institutions dans son index, mais par un jeu de renvoi elle va dans la même sens : « Institutions administratives, financières, judiciaires, militaires, etc. cf. organisation. Institutions politiques, cf. État » (*op. cit.*, p. 1851). La même équivalence se retrouve chez J. Déclareuil, *op. cit.*, p. 27, 28, 36 et 41 par exemple.

105. P. Viollet, *Le Roi...*, *op. cit.*, p. 462-523, consacre ainsi son chapitre VIII à « Quelques grands services publics » (mines, eaux et forêts, voirie, postes et messageries, surintendance puis direction des bâtiments du Roi). On peut y relever cette notation : « La voirie fut longtemps abandonnée aux intéressés, aux autorités locales, et accidentellement à tels ou tels agents du pouvoir central. On peut résumer la situation en disant que, jusqu'au commencement du XVI^e siècle, le rôle de la royauté avait été en cette matière discontinu et inorganique. [...] les pays d'État ne subirent qu'indirectement et incomplètement, en fait de voirie, l'influence de l'autorité royale et continuèrent à utiliser le plus possible les organes et les institutions de la région » (*ibid.*, p. 476-477).

106. On pourrait l'étendre à la problématique de la taille des institutions : ainsi la royauté franque peut être présentée comme une institution, ou comme un composé. Pour E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 175 : « Glasson y voit une institution mixte, à la fois romaine, germanique, et nouvelle », alors que la formule commentée est : « Il est facile de retrouver dans la monarchie franque des institutions romaines et des institutions germaniques ; quelques-unes ont été modifiées, d'autres sont demeurées intactes. Mais par certains côtés

tution ordinaire, ou institution instituante¹⁰⁷, et soulever le problème incident de la coexistence de la souveraineté étatique et de la décentralisation. En particulier Esmein souligne dès la préface à sa première édition : « Le but principal de cet enseignement me paraît être de dégager par la méthode historique, la notion de l'État et ses attributs essentiels »¹⁰⁸. Mais l'État chez Esmein n'a pas qu'une dimension juridique, il devient le support d'une transcendance de substitution¹⁰⁹, qui n'est pas exempte de religiosité dans ses formes d'expression : « l'État est la personnification juridique d'une Nation »¹¹⁰. L'histoire d'Esmein est le récit de l'avènement de la Nation par l'État, la monarchie faisant fonction de catalyseur un temps nécessaire mais ensuite périmé, ce qui lui permet de donner profondeur et légitimité historique à la république.

aussi, la monarchie franque est bien en effet toute nouvelle » (E. Glasson, *Institutions française, op. cit.*, vol. II, p. 243-244).

107. J. Déclareuil, *op. cit.*, p. 449, note 255 conteste même la nature d'institution à l'État : « On a dit : "Identification de la chose publique et du prince, voila la doctrine de Louis XIV et de son siècle" ; il fallait dire : "Identification de l'État et de l'organe politique le plus élevé, au moment où cette conception de l'État moderne est apparue, voila, depuis, la doctrine de l'Europe sous quelque gouvernement qu'elle ait vécu". Là où il se rencontra plusieurs organes concurrents, ce fut leur ensemble qui incarna l'État, chacun pris à part restant une institution distincte qui n'était pas tout l'État (ce qui eut lieu en Angleterre, ce qu'on trouve dans la constitution de 1791, tit III. Art. 2). Mais la puissance de l'État y fut la même ». Peut-être dans le même sens, F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 296-307, consacre des développements à « l'institution royale ».

108. *Cours élémentaire...*, *op. cit.*, p. VIII. Sur les enjeux de l'expression « Méthode historique », voir A. Lefebvre-Teillard, « Droit civil et histoire du droit à l'aube du xx^e siècle », *Confronting the frontiers of family and succession law, Liber Amicorum Walter Pintens* (A. L. Verbeke et al. éd.), Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, p. 815-830 ; je remercie vivement l'auteur de m'avoir communiqué ce texte. Pour une mise en perspective, qui souligne l'influence de Fustel, J. Gaudemet, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au xix^e siècle », *RHFD*, 19, 1998, p. 87-124 ; et pour certains des enjeux politiques et académiques, G. Sacriste, « Droit, histoire et politique en 1900. Sur quelques implications politiques de la méthode du droit constitutionnel à la fin du xix^e siècle », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001, *op. cit.*, p. 69-94.

109. Dans une perspective différente, influencée par la psychanalyse, mais complémentaire, C. Castoriadis, « Institution de la société et religion », *Religion, société et politique, mélanges en hommage à Jacques Ellul* (E. Dravasa, C. Emeri, J.-L. Seurin éd.), PUF, 1983, p. 3-17.

110. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 1, voir aussi p. 163 : « La sociologie et l'histoire montrent, je l'ai déjà dit, que la formation et le développement d'une nation ne sont point une création artificielle, mais un phénomène naturel, dont les conditions sont la race, le milieu et les circonstances historiques. Chaque nation se développe ainsi par une évolution qui lui est propre et se donne sa structure, son organisme politique et son génie particulier ». Sur la construction de la Nation comme une évidence constitutionnelle, voir C. Le Bart, « Rhétorique professorale et légitimation des institutions politiques, l'analyse des manuels de droit constitutionnel », *Parole et pouvoir, enjeux politiques et identitaires* (M. Schuwer dir.), Rennes, PU, 2005, p. 70-71 en particulier.

Ce rôle naturalisant de la Nation se retrouve surtout dans le premier groupe des auteurs envisagés, en témoigne la phrase placée en exergue du présent article. Elle permet d'échapper à l'instant, à la contingence historique. Ses institutions deviennent un moyen de saisir l'essence d'une entité politique ou sociale : « ce sont en effet les institutions qui forment et consolident les peuples »¹¹¹. Au même titre qu'elles permettent de gommer la diversité des époques dans l'unité d'un devenir, les institutions permettent de saisir l'union attendue derrière la division politique. Chez Brissaud également, les origines de l'État sont le point essentiel des questionnements pour le droit public, la stabilité institutionnelle française en la matière, malgré les révolutions politiques, se prêtant à l'esprit de systématisation¹¹². Pour Déclareuil, les « institutions politiques, juridiques, économiques », parmi d'autres apports de civilisation, participent de la constitution de la nation au même titre que le sol ou le groupe ethnique, et réciproquement, « ce facteur de la race ne peut être négligé au seuil d'une histoire des institutions », mais il préfère, par opposition aux Allemands, l'angle du groupe ethnique, notion plus socio-culturelle¹¹³.

Des auteurs plus marqués par le catholicisme utilisent également le terme et la notion de Nation, mais sans la doter de la même charge transcendante, en partie à cause de l'usage anti-absolutiste qui en fut fait à la fin de l'Ancien Régime¹¹⁴. Olivier-Martin, au moins dans son développement sur la période franque, semble même éviter de désigner l'Église comme une institution, alors qu'il emploie le terme pour intituler toutes ses autres subdivisions, recourant à des paraphrases qui évitent la complète sécularisation¹¹⁵.

111. E. Glasson, *Institutions de la France*, *op. cit.*, vol. V, p. 519.

112. Nous résumons E. Freund et H. E. Hazeltine, en introduction à la traduction de J. Brissaud, *A History of French Public Law*, Londres, Murray, The Continental Legal History Series, IX, 1915, p. XXXVII-XXXIX et XLII-XLIII.

113. *Op. cit.*, p. 2 et 6.

114. F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 357 : « L'organisation de la Nation n'est d'ailleurs pas spéciale à la France. Elle existe, quoique avec des nuances importantes, dans toute l'Europe occidentale, et témoigne, sur un point précis, d'une certaine communauté d'institutions qui a été la marque propre de la "chrétienté" ». Et même pour E. Chénon, *op. cit.*, vol. II, p. 340 : « Sous l'Ancien Régime la Nation n'existait pas ». Au contraire pour P. Viollet, *Droit public*, *op. cit.*, vol. II, p. 73 : « le Roi n'a pas fait la Nation, c'est la Nation qui fait le Roi ».

115. « L'Église catholique est la première en date des forces sociales organisées dont le rôle doit être étudié, car elles ont agi à côté de l'État et parfois à sa place. Elle ne doit pas être étudiée ici en tant que société religieuse poursuivant le salut de ses membres, mais en tant que force sociale organisée dans l'État et collaborant à la protection et à la discipline de la société toute entière » (*op. cit.*, p. 22 ; *contra*, p. 177).

Et puisque l'idéologie évolutionniste fait de l'État l'horizon des transformations des institutions publiques, il en devient la matrice d'intelligibilité. Chez Glasson, il y a équivalence entre l'État et les « institutions politiques et administratives qui s'y rattachent »¹¹⁶. Et surtout Esmein, écrit dans l'introduction du chapitre sur les institutions franques : « Je distinguerai, au contraire, dans le droit public, deux groupes d'institutions, pour les étudier séparément, bien qu'elles aient coexisté dans le temps et fonctionné côte à côte. Les uns sont normales, en ce sens qu'elles répondent à la notion de l'État et sont une émanation de la puissance publique ; les autres, au contraire, sont les précédents directs de la féodalité »¹¹⁷. De la même façon, la loi, et donc le droit romain, apparaît comme la source du droit à l'aune de laquelle les autres s'évaluent, au point que le terme de législation est volontiers employé pour désigner l'ensemble de l'ordonnement juridique, avant la diffusion de la terminologie normativiste vraisemblablement contemporaine de la réception de la pensée de Kelsen (peut-être même, de façon fugace, peut-on saisir une complémentarité entre les institutions et les « principes »¹¹⁸, là où aujourd'hui on parlerait de normes¹¹⁹). Bien entendu, les historiens du droit moins progressistes sont moins sujets à une présentation téléologique, qui valorise le régime en place, mais classiquement jusnaturalistes, ils sont au moins autant portés à l'essentialisation, voire à l'idéalisation d'un moment du passé.

Le processus de naturalisation que permettent les institutions (à l'instar de notions faussement objectives comme « les mœurs », le

116. *Histoire du droit*, *op. cit.*, vol. I, p. VII.

117. A. Esmein, *Cours élémentaire*, *op. cit.*, p. 66, voir aussi p. 128-129. De même, J.-B. Brissaud, consacre un chapitre aux « institutions politiques » et le suivant aux « origines du régime féodal » (*op. cit.*, p. 237, 518 et 580, voir aussi p. 657 ; et E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 467, 565, 807 et 899 ; F. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 80, qui attribue à Esmein cette méthode d'exposition qui, « encore qu'elle ne soit pas rigoureusement historique, a des avantages pédagogiques »).

118. « Des Livres saints (dont la liste a été arrêtée par l'Église) on a tiré des institutions comme la dîme, la monition canonique, et des principes tels que la prohibition du prêt à intérêt, la maxime *testis unus testis nullus* » (J.-B. Brissaud, *op. cit.*, p. 126). De même, les États généraux « parvinrent à imposer par la force au dauphin Charles, régent du royaume, deux grandes ordonnances, celles de décembre 1355 et de mars 1357, qui contenaient d'importantes réformes : on verra plus loin que certains principes de droit publics et certaines institutions financières, les aides royales notamment, remontent à cette date » (E. Chénon, *op. cit.*, vol. I, p. 829).

119. Voir par exemple F. Audren, « Les juristes en action : aux origines du droit politique moderne. L'histoire du droit et ses méthodes. Essai d'historiographie », *Histoire Économie Société*, n° 4, 1997, p. 556. L'opposition entre institutions et normes n'a rien d'absolu, le prouve la tentative de conciliation entre institutionnalisme et normativisme de P. Dubouchet, « Pour une théorie normative de l'institution », *RRJ*, n° 54, 1993, p. 739-756.

« génie » ou « le tempérament d'un peuple ») fait donc des formes actuelles du droit l'achèvement de processus inéluctables, ou au contraire oppose leurs imperfections à des formes plus anciennes et mieux éprouvées. Dans les deux cas, il repose sur le postulat d'« une nature des choses » éloignée du processus de révélation de l'écart entre pratiques et représentations qui forme le cœur des sciences sociales, sans doute depuis Marx. Cependant, l'emploi en sociologie des notions d'« institutions et faits sociaux », comme procédé de mise en lumière de cet écart, aurait pu influencer les historiens du droit. Durkhémien et militant à la SFIO, Henri Lévy-Bruhl, fils de l'anthropologue Lucien, le souhaitait, dans un article fameux du début des années 1950 : « la méthode historique – de plus en plus accompagnée de la méthode comparative – donne aux historiens du droit de l'heure actuelle le sens de la réalité et l'objectivité des phénomènes juridiques [c'est-à-dire] : l'étude constructive des institutions », à cause des déterminismes historiques dont elles sont le produit ¹²⁰.

Même si Lévy-Bruhl n'a pas tenu la plume lors de la rédaction du décret du 27 mars 1954 « qui a porté les enseignements historiques à leur niveau maximum » ¹²¹, on peut supposer que c'est dans le même but qu'apparaît explicitement l'intitulé « Histoire des institutions et des faits sociaux » dans les programmes nationaux. Mais à l'occasion de cette réforme, « l'organisation a tendance à préserver ses caractéristiques fondamentales au milieu des perturbations qui affectent l'environnement » ¹²². La remarque vaut particulièrement pour les historiens du droit. Au motif que leurs cours étaient déjà des enseignements d'histoire des institutions, ils semblent s'être dispensés d'en modifier substantiellement les contenus, ni surtout les orientations. Paradoxalement, l'histoire du droit en devenant histoire des institutions et des faits sociaux s'est encore plus éloignée des sciences sociales. Gabriel Lepointe se fait même le chantre de cette continuité, quand il dresse un bilan de la réforme à l'occasion de la séance d'ouverture des journées de la Société d'histoire du droit, le 19 mai

120. « La Science du Droit ou "Juristique" », *Cahiers Internationaux de Sociologie*, vol. 8, 1950, p. 123-133 ; repris dans *Aspects sociologiques du droit*, Rivière, 1955, p. 39 pour la citation. Sur cet article, voir A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique : où va la sociologie du droit*, LGDJ, 1981, en ligne sur <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/collvir/crj-html/partie1-1-2.htm>

121. N. Rouland, « L'Histoire des institutions : du hasard à la nécessité », *RRJ*, 1983-1, p. 49.

122. J. Gatti-Montain, « Tradition et modernité dans l'enseignement du droit : la réforme de la licence en droit du 27 mars 1954 », *Annales d'histoire des facultés de droit*, n° 3, 1986, p. 117.

1958 à l'Université libre de Bruxelles¹²³. Le « sociologisme » de la réforme n'en est pas moins dénoncé¹²⁴.

Sans doute prétendre dévoiler les manipulations et les glissements qu'a pu permettre la fausse évidence de la notion d'institutions pourrait les empêcher de fonctionner. Mais une simple rhétorique de dénonciation serait aussi naïve que celle qui prétend trouver dans les institutions la « vraie » clé de fonctionnement du passé. Souligner que l'État fournit implicitement le modèle historique en fonction duquel se pensent les institutions ne vaut pas condamnation¹²⁵, mais cette opération prend un autre sens quand le paradigme étatique est de plus en plus remis en cause pour saisir la réalité contemporaine¹²⁶. Dès lors qu'il ne peut plus être réifié, donné pour évident et indépassable, il permet la construction d'un référent idéal-typique susceptible d'être discuté, et y gagne en pertinence scientifique dans une démarche de comparatisme chronologique. S'il ne s'agit plus de justifier que l'État va de soi, les institutions qui le composent deviennent un moyen d'en saisir les spécificités, par leur genèse et par opposition à d'autres formes d'organisation et de répartition du pouvoir¹²⁷.

123. « La place des matières historiques dans la nouvelle licence en droit en France », *Czasopismo Prawno-Historyczne*, t. XI, 1, 1959, p. 243-255. Voir aussi les préfaces de son *Cours d'histoire des institutions et des faits sociaux*, Les cours de droit, 1959-1960, p. 5 ; et surtout de son *Histoire des institutions et des faits sociaux (987-1875)*, Montchrestien, 1956, p. I-II. Les commentateurs de la production bibliographique liée à la réforme, qui modifie les cadres chronologiques, ne s'y trompent pas : « Comme il est bien normal néanmoins, puisqu'on s'adresse à des étudiants en droit, l'histoire des "institutions" occupe dans cet enseignement une place bien supérieure à celle des "faits sociaux", qui d'ailleurs en réalité n'a jamais encore été écrite, même par les historiens » (J. Meyriat, « Les nouveaux manuels de la licence en droit (suite) », *RFSP*, vol. 6, n° 2, 1956, p. 413-414 ; des remarques dans le même sens de J. Touchard, « Les nouveaux manuels de la licence en droit, deuxième année », *Ibid.*, vol. 7, n° 1, 1957, p. 165-169, à propos de Lepointe mais dont il exempte Ellul).

124. M. Villey, « Sur une maladie de la section historique du droit », *Religion, société et politique, mélanges en hommage à Jacques Ellul* (E. Dravasa, C. Emeri, J.-L. Seurin éd), PUF, 1983, p. 405 en particulier.

125. « L'institution – peut-être plus que le contrat – dépend d'une autorité, souvent celle de l'État, que celui-ci agisse en législateur ou en administrateur. Le domaine de l'institution peut apparaître comme celui où la puissance publique intervient, pour définir un cadre général, ou un objectif à atteindre, ou des valeurs à sauvegarder, garantissant un certain ordre social, considéré comme conforme à un intérêt général » (B. Basdevant-Gaudemet, « Avant-propos », *Contrat ou institution : un enjeu de société* (B. Basdevant-Gaudemet éd.), LGDJ, « Systèmes Droit », 2004, p. 4).

126. Voir par exemple G. Quintane, « La désinstitutionnalisation de l'administration », *L'institution, passé et devenir...*, *op. cit.*, p. 175-204.

127. « Du fait qu'elle est l'aboutissement d'un processus qui l'institut à la fois dans ses structures sociales et dans des structures mentales adaptées à ces structures, l'institution instituée [ici l'État] fait oublier qu'elle est issue d'une longue série d'actes d'institution et se présente avec toutes les apparences du naturel. C'est pourquoi il n'est sans doute pas d'instrument de rupture plus puissant que la reconstruction de sa genèse : en faisant

Sur un autre point à l'inverse les pratiques contemporaines des historiens du droit ont perdu en netteté par rapport à leurs prédécesseurs de la III^e République. Ces derniers utilisaient l'institution pour échapper à l'idéologie de la seule technicité du droit ¹²⁸, donc le situer dans un environnement humain, et ainsi en faire un outil au service d'une fin supérieure. Mais cela impose, comme ils l'acceptaient, de définir celle-ci, c'est-à-dire de renoncer aux illusions érudites de la neutralité politique ¹²⁹...

Pierre BONIN
Professeur d'histoire du droit,
École de droit de la Sorbonne –
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

ressurgir les conflits et les confrontations des premiers commencements et, du même coup, les possibles écartés, elle réactualise la possibilité qu'il en ait été (et qu'il en soit) autrement » (P. Bourdieu, « Esprits d'État », *ARSS*, n° 96-97, mars 1993, p. 49-62, repris dans *Raisons pratiques*, Seuil, 1994, p. 107).

128. Sur la tension inhérente à toute approche, juridique ou non, du droit, entre volonté descriptive et nécessité de choix interprétatifs, voir le dossier « Sciences sociales, droit et science du droit : le regard des juristes » (P. Brunet et M. van de Kerchove dir.), *Droit et société*, n° 75, 2010/2, p. 267-378, en particulier J.-L. Halpérin, « Le droit et ses histoires », *loc. cit.* ; et du même, « La détermination du champ juridique à la lumière de travaux récents d'histoire du droit », *Droit et société*, n° 81, 2012, p. 403-423. Voir aussi L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un "grand" juriste ?*, *Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso éditions, 2012, en particulier p. 54 pour la qualité d'« intellectuel ».

129. La même « haine du politique » au profit du « verrouillage technicien » s'observe chez les privatistes, selon N. Hakim, « Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique », *Le droit en révolution(s), regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours* (X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski dir.), LGDJ, Droit et société, 2011, p. 77.