

HAURIOU, RENARD, DELOS (GURVITCH), LA THÉORIE DE L'INSTITUTION CONTRE L'OMNIPOTENCE DE LA LOI ¹

Pour Gabriel Marty, qui contestait l'existence d'une *école institutionnaliste*, Hauriou n'avait rien d'un chef d'école même s'il avait « tout ce qu'il faut pour exercer la plus vivante des influences » ². Une telle affirmation n'empêche pas des filiations d'être revendiquées. Ainsi par Georges Renard et Joseph-Thomas Delos, qui partagent avec le maître de Toulouse une même philosophie du droit d'inspiration thomiste, qui fixent la réalisation de la justice comme but du droit ³, et qui font du bien commun l'*idée d'œuvre* au cœur de l'institution. Aussi Georges Renard affirme-t-il que l'Ecole « est une *fondation*, c'est la personnalité intellectuelle du maître qui se survit dans ses disciples, c'est l'immortalité véritable autant qu'elle peut se réaliser ici-bas – dont celle des Académies n'est qu'un impuissant pastiche. L'œuvre vivante d'Hauriou, ce n'est point le catalogue de ses précis, de ses notes de jurisprudence, de ses articles ; c'est le rayonnement de sa pensée dans l'Ecole de Toulouse » ⁴.

1. Cette communication prolonge une réflexion entamée à propos du pluralisme, mais en la resserrant sur certains membres de la doctrine publiciste réunis autour de la pensée du maître de Toulouse. Voir A.-S. Chambost, « La doctrine publiciste et la question du pluralisme : autour de la critique de l'omnipotence de la loi (fin xix^e-début xx^e) », in M. Bassano et P. Bonin, *Le pluralisme juridique à l'épreuve de l'Histoire* (à paraître). Pour une approche politique du rapport à la loi républicaine des constitutionnalistes du début du xx^e siècle, voir G. Sacriste, « La doctrine constitutionnelle et la loi au tournant du xx^e siècle », *Parlement(s), Revue d'histoire politique*, 2009/1, n° 11, p. 40-52.

2. G. Marty, « La théorie de l'institution », *La pensée du doyen M. Hauriou et son influence*, Pédone, 1969, p. 42.

3. A. Brimo, « La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou », *La pensée du doyen M. Hauriou et son influence*, op. cit., p. 71. L'auteur souligne l'influence que la pensée de Saint Thomas a exercé sur celle du doyen Hauriou, en particulier à travers les rapports de l'ordre et de la justice dans son système. Pour une remise en cause de cette influence, voir G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Sirey, 1932, p. 657-662. Pour Gurvitch, les principales influences du maître de Toulouse sont celles de Proudhon et de Bergson ; la pensée de Saint Thomas expliquerait en revanche les déviations de la pensée de Hauriou, en particulier la réintégration du principe de domination.

4. G. Renard, *Théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930, p. XI.

Professeur à Nancy, beau-frère de François Géný, Georges Renard passe une année à Toulouse entre 1919 et 1920, pour y suivre l'enseignement de Maurice Hauriou, qu'il diffusera ensuite dans son enseignement de droit constitutionnel ainsi que dans une série de lectures publiques consacrées à la philosophie du droit⁵ ; après la mort de son épouse en 1930, il est ordonné prêtre au Saulchoir en Belgique (ordre des dominicains), où il continue d'enseigner la philosophie jusqu'à sa mort en 1943. Souvent décrit comme un *militant* de l'institution, il lui consacre en effet une série d'articles ainsi que trois livres (*La théorie de l'institution* (1930), *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social* (1933) et *La philosophie de l'institution* (1938)). Dominicain lui aussi, Joseph-Thomas Delos est professeur de sociologie, de droit et de théologie sociale à la faculté libre de droit de Lille. Sa thèse de doctorat soutenue en 1926 est une application des nouveaux principes du droit public à la société internationale, considérée comme une réalité objective, autrement dit comme une institution⁶ ; il est par ailleurs l'auteur d'un compte-rendu enthousiaste sur *La théorie de l'institution* de Georges Renard, publié au premier volume des *Archives de philosophie du droit* (tellement enthousiaste qu'il finit même par se demander si la théorie de l'institution n'est pas en fait « une théorie générale du droit qui s'ignore ? Croyant n'expliquer qu'une forme particulière de l'activité juridique, ne se présente-t-elle pas, en fait, comme une théorie générale de l'Acte juridique, illustrant la connexion de la sociologie et de la philosophie du droit ? »⁷).

Au regard de l'engagement religieux de ces deux auteurs, il faut rappeler qu'en ce début de xx^e siècle, les catholiques libéraux intègrent la théorie de l'institution à leur interrogation sur la démocratie, comme en atteste en particulier l'attention que les *Cahiers de la nouvelle journée* portent à la théorie de Hauriou (à laquelle ils consacrent même un numéro en 1933), dont Paul Archambault explique qu'elle permet

5. *Id.*, *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Sirey, 1924 ; *Le droit, la logique et le bon sens*, Sirey, 1925. Sur ce point, voir <http://www.hauriou.net/georges-renard-un-juriste-silloniste>. Sur la vie et l'œuvre de Georges Renard, on consultera aussi la notice rédigée par Grégoire Bigot, *Dictionnaire historique des juristes français, XII^e-XX^e siècle*, PUF (coll. Quadrige), p. 658 ; M. Bouvier, « L'institution contre le contrat dans la pensée juridique et politique de Georges Renard », in B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 16-30.

6. J.-T. Delos, *La société internationale et les principes du droit public*, Pedone, 1950 (2^e éd.), 350 p. L'auteur justifie l'angle de son étude comme l'élément d'une réflexion plus générale sur l'institution : « Puisque donc que l'Institution Internationale est l'élément typique de la société organique des nations et puisque le développement de ces institutions constitue l'un des faits nouveaux de l'époque contemporaine, essayons de soumettre à l'analyse cette formation sociologique nouvelle et d'en préciser la nature » (p. 96).

7. *Id.*, « La théorie de l'institution », *APD*, 1931, t. 1, p. 97-153 (p. 128).

d'amender le libéralisme démocratique⁸. Quand Renard et Delos invoquent la filiation avec Hauriou, ils ne forcent donc pas l'interprétation de sa pensée. Profondément catholique, celui-ci assume en effet le fondement thomiste qui confère à sa pensée une dimension idéaliste⁹, et ses disciples appréhendent aussi la question sociale à travers le prisme de la métaphysique¹⁰.

Pour autant, récusant tout procès en abstraction¹¹, Renard décrit l'institution moins comme un concept juridique que comme une réalité¹², qui « se flatte de rabattre la spéculation juridique sur la réalité »¹³ en exposant les conditions du mouvement social et en soulignant toujours la part qu'y joue la volonté individuelle. S'il admet la complexité du propos de Hauriou, il rappelle que dans la mesure où

8. M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, *Cahiers de la Nouvelle Journée* (désormais *CNJ*), 1933, 23 (réimp. Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Caen, 1986). Sur les raisons pour lesquelles une partie de la catholicité française s'enthousiasme pour la doctrine de Hauriou, voir J.-L. Clément, « La théorie de Maurice Hauriou : l'adhésion de la démocratie chrétienne », in F. Audren, J.-L. Halpérin, A. Stora-Lamarre (dir.), *La République et son droit (1870-1930)*, PU Franche-Comté, 2011, p. 147 et s. Voir aussi J.-C. Delbreil, *Centrisme et Démocratie-Chrétienne en France*, Publications de la Sorbonne, 1990, 485 p. Sur le site www.hauriou.net, on lira aussi l'étude consacrée à Georges Renard, juriste silloniste, ainsi que celle consacrée à *La théorie de l'institution et l'Église catholique*.

9. Voir cet aveu de M. Hauriou : « il convient donc de me cataloguer comme un positiviste... devenu positiviste catholique, c'est-à-dire un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique » ; *Principes de droit public*, Paris, L. Tenin, 1916 (2^e éd.), préface, p. XXIV. Plus loin, il affirme encore que dans le droit, « derrière toute théorie positive, il y a une métaphysique » (p. XXX). Georges Gurvitch rappelle cette citation attribuée à Hauriou, selon laquelle « il y a de la métaphysique dans le moindre procès de mur mitoyen » ; G. Gurvitch, *op. cit.*, p. 649.

10. Ce caractère métaphysique a pu nuire à la réception de la théorie de l'institution. Voir Y. Tanguy, « L'institution dans l'œuvre de Hauriou. Actualité d'une doctrine », *RD*, 1991, p. 61 et s. (p. 65). On se souvient aussi que Gaston Jèze moquait l'opacité du style de M. Hauriou, invitant ses élèves à traduire et simplifier la pensée du maître ; ainsi dans sa réaction à la critique émise contre Duguit, accusé d'être *un anarchiste de la chaire* : « Voilà la thèse [le droit de résistance à l'oppression] du professeur Duguit. Avec un grand luxe d'arguments et de comparaisons, que j'avoue humblement n'avoir pas tous compris, le professeur Hauriou la signale comme perverse et subversive. C'est l'abomination de la désolation ! Peut-être la démonstration du professeur Hauriou est-elle décisive. J'attends, pour me déclarer convaincu, qu'un élève du savant professeur fasse aux profanes la divulgation du mystère toulousain, dans un langage à la portée des intelligences moyennes. » (G. Jèze, « Analyse du *Traité de droit constitutionnel* de L. Duguit », *RD*, 1921, p. 181).

11. Procès durable, comme en atteste la note de Jean-Marie Denquin à propos de la réédition du *Précis de droit public*, « Quelques observations sur les *Principes de droit public* de Maurice Hauriou », conférence prononcée à l'Institut Michel Villey le 3 décembre 2010 (texte publié sur le site *Juspoliticum*, n° 6, 2011).

12. G. Renard, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1938, p. 12 : la théorie de l'institution appartient à un juridisme « moins soucieux de logique conceptuelle que d'adaptation au réel, au concret. Dès longtemps, la jurisprudence très souple du conseil d'État nous avait incliné à cette sorte de juridisme ».

13. Id., *Théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 223.

« la science sociale s'accommode de la complexité de la vie collective ; la science juridique n'a pas le droit de sacrifier l'exactitude à la clarté »¹⁴.

Dans l'orbite d'une sociologie en plein essor, la théorie de l'institution cherche donc à comprendre comment les sociétés naissent et vivent, à partir de « l'individualité objective des organisations sociales et des fonctions »¹⁵. L'institution est pour Hauriou « une organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par un équilibre de forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit »¹⁶. Prolongeant cette analyse, Renard la définit comme « un ordre d'intégration, qui réfléchit sur la personnalité des sujets qu'il ordonne en les affectant d'une commune qualité, et d'où ressort une unité nouvelle, un être collectif ». L'institution se démarque en effet du contrat par ce phénomène d'intégration : « dans le contrat, il n'y a pas d'intégration d'une idée ; il y a simplement rencontre de deux volontés qui suivent, chacune, leur idée, et ce phénomène produit un équilibre »¹⁷ ; à l'inverse, les institutions sont des unités collectives qui « entrent les unes avec les autres dans des rapports qui, tantôt restent au niveau de la simple relation (interindividuelle) et tantôt constituent de nouvelles intégrations »¹⁸. Le droit étant un *phénomène social*, la théorie en articule l'évolution autour des rapports de l'individu avec le social¹⁹.

On rappellera à cet égard que cette théorie se présente à la fois comme une réaction au volontarisme juridique hérité de la révolution, aussi bien qu'au sociologisme absolu de la fin du xix^e siècle²⁰ ; l'un et l'autre point de vue sont également récusés comme reposant sur des interprétations *artificielles* de la vie collective. Ainsi Delos cherche-t-il la conscience collective « où elle existe *en réalité*, du côté

14. Id., « De l'institution à la conception analogique du droit », *APD*, 1935, p. 81-145 (p. 112).

15. J. Déclaireuil, « Quelques remarques sur la théorie de l'institution », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 159-186 (p. 169). Sur l'histoire du terme d'institution, voir Y. Sassier, « *Instituer, institutio, instituta* au moyen âge », in J.-P. Bras (dir.), *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, L'Harmattan, 2008, p. 19.

16. M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 135.

17. G. Renard G., *Théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 258.

18. Id., *Philosophie de l'Institution*, *op. cit.*, p. 268.

19. Pour Éric Millard, l'institution est « un modèle explicatif du droit et de son rapport au social » (« Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 383).

20. Sur ce point, voir J.-T. Delos, « Du heurt à l'harmonie des droits », *APD*, 1938, n° 1-2, p. 270-275. L'auteur s'attache en particulier à éclairer les liens de la sociologie avec le droit.

de l'objet, dans l'union des volontés individuelles en vue d'un but commun »²¹. La théorie de l'institution rétablit donc le lien entre l'individu et le social.

Un mot encore sur le contexte politique. Depuis la fin du xix^e siècle, l'emprise de l'État républicain sur la question sociale a suscité un vaste mouvement de réflexion sur la possibilité d'un encadrement de l'État par le droit. *Crise de l'État* pour certains, mais aussi *crise du droit*, avec la remise en cause de l'influence de la loi (en générale, et de la législation républicaine en particulier), dont François Gény dénonce l'impuissance « à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques »²². Avec ses éléments constitutifs bien connus : une *idée directrice*, une *autorité* dont l'action est inspirée par cette idée, des *manifestations* de communion et d'adhésion de la part de ses membres, l'institution est la catégorie juridique qui cherche à rendre compte de l'existence des groupements humains et de leur rapport à l'État²³ ; ce faisant, elle est sous-tendue par une importante réflexion normative. Dans le contexte de crise de la loi décrite par Gaston Morin²⁴, et qui a suscité un effort conceptuel pour repenser les sources et les méthodes d'interprétation du droit, l'institution est envisagée comme une figure juridique génératrice de droit, à partir de laquelle le droit étatique est présenté comme une « construction autoritaire et formelle de la norme sociale »²⁵.

Pour prendre la mesure de la théorie de l'institution, on verra donc d'abord comment elle intègre l'État, avant de voir comment elle reconsidère la place de la loi étatique dans l'ensemble des sources du droit.

21. Id., *La Société internationale...*, *op. cit.*, p. VI. Sur cette question, on verra aussi l'explication que Delos donne de la conscience collective dans le compte-rendu de la *Théorie de l'institution* paru aux *Archives de philosophie du droit* (1931), *op. cit.*, p. 113 : « l'opération du groupe est due à des individus comme à sa cause efficiente, en ce sens que l'individu humain est la source originaire de toute activité sociale : le groupe n'agit que par un effort efficient de ses membres. Mais cet acte, s'il a pour point d'origine l'individu, a pour terme et pour raison d'être la société, le but commun. L'acte social est précisément la relation qui part de l'individu, son support efficient, et se termine au but social ».

22. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, t. I, n° 3, p. 7. On peut toutefois se demander si c'est bien l'impuissance du législateur qui est en cause, ou si ce n'est pas plutôt son autorité qu'il s'agirait de refouler ? Sur ce point, voir J. Boulaire, « François Gény et le législateur », in N. Hakim et F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 69.

23. Comme l'explique bien Yves Sassier, il s'agit de rendre compte de leurs « intérêts, aspirations ou objectifs, dans l'au-delà de la vie de ses membres et de ses dirigeants, c'est-à-dire dans la permanence » (art.cité, p. 20).

24. G. Morin, *La loi et le contrat : la décadence de leur souveraineté*, F. Alcan, 1927.

25. G. Marty, *op. cit.*, p. 30.

I. L'État, institution *parmi* les institutions... institution *des* institutions ?

Pour répondre aux stimulations économiques, l'État républicain a dû étendre le champ de ses interventions depuis la fin du XIX^e siècle²⁶ ; son influence apparaît à cet égard comme *renforcée* par les théories positivistes qui le décrivent comme « un pouvoir qui enserme les individus et les groupes, les rassemble sous son contrôle, et les maintient, de force s'il le faut, sous son autorité et dans son unité » (Delos à propos de la conception de l'État de Carré de Malberg²⁷).

C'est pour fixer cette extension dans des limites acceptables que la théorie de l'institution reconsidère d'abord l'autorité du pouvoir, en posant que toute société organisée secrète son propre droit, suggérant donc que tous les groupements sociaux, « sans être des États, n'en ont pas moins leurs règles de droit »²⁸. La société étant un équilibre de forces sociales *préexistant* à l'État, le droit lui préexiste aussi. Réfléchissant sur le *pouvoir unifiant de l'état*, Delos explique que ce pouvoir est juridique avant d'être un pouvoir de domination – « le pouvoir de domination n'apparaît qu'ensuite du pouvoir de droit, et en renfort de ce pouvoir ». De fait, pour nos auteurs, le pouvoir n'est pas une *force* mais bien plutôt un *office* ou une *fonction*, qui trouve sa justification dans la réalisation du bien commun.

Dans cette quête de limitation de l'État, ils contestent absolument la proposition de Duguit, qui refuse de considérer le pouvoir comme source du droit car la souveraineté reste précisément une domination ; le maître de Bordeaux invoque donc la nécessité de séparer l'Etat du droit, lequel se dégagerait *spontanément* du sentiment de justice et de solidarité qui unit les citoyens. Or pour Hauriou, le milieu social n'est pas une force de création mais simplement une

26. Renard relève l'extension du rôle de l'État « dans les choses du commerce et de l'industrie ; par l'augmentation des services publics et des entreprises administratives, par l'élargissement du cercle de la vie publique, le renforcement du poids de la puissance publique » (« La démocratie et l'État », *CNJ*, 1921, 23, p. 170). Jacques Donzelot résume les enjeux de l'interrogation des publicistes face au rôle de l'État : « comment valider l'intervention de l'État, l'extension de son pouvoir dans la société avec des limites assez claires pour qu'elle soit acceptable ; mais aussi comment maintenir l'autorité au sein de la société dès lors que s'effacent les partages de l'ancien ordre juridique, que la source de l'autorité apparaît partout et nulle part ? » (*L'invention du social*, Points Seuil, 1994, p. 89).

27. J.-T. Delos, *La société internationale...*, *op. cit.*, p. 129. Voir G. Renard, « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, pp. 485-499.

28. M. Waline, « Qu'est-ce que le droit ? », *Année politique*, 1931, p. 358.

force de *conservation*, il est « de l'ordre de la durée et de la continuité (...). S'il admet des rapports réglés, c'est en tant qu'il les conserve et non en tant qu'il les crée »²⁹.

Quel que soit son objet (industriel, commercial, syndical ou politique) l'institution aménage les rapports juridiques des biens individuels avec le bien commun – partageant donc avec la sociologie le problème de l'ajustement de l'individuel et du social³⁰. Renard établit un *lien immanent* entre le tout, qui informe les parties, et les parties, qui sont « la « matière » informée par le tout »³¹. Si l'on voit bien l'influence de la sociologie, l'auteur précise que l'individu n'est jamais absorbé par le groupe : « il est à la fois dans l'institution et hors de l'institution ; dans l'institution suivant une certaine ligne et hors de l'institution pour le surplus »³². De la même manière, même lorsqu'il rétablit l'autorité de l'État sur les groupes sociaux, Hauriou les garantit contre tout assujettissement.

Ces analyses posent alors la question du pluralisme³³. On sait l'intérêt que Georges Gurvitch portait à la pensée de Hauriou. Ce lecteur assidu de Proudhon, qui développe l'idée d'un *droit social immanent*, retient de l'institution l'idée de *solidarité par communion*, qui

29. B. Karsenty, « Le droit, symbole visible de la solidarité. Règle et régularité chez Durkheim », in J.-P. Bras (dir.), *op. cit.*, p. 116. Voir M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929 (2^e éd.), p. 12.

30. G. Renard, *Philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p. 22 : « l'institution est la catégorie du « nôtre », la transposition juridique du « bien commun » : le « nôtre », le « bien commun », auquel nous participons chacun, à notre manière, analogiquement ; il y a du « mien » dans le « tien » et du « tien » dans le « mien ».

31. *Ibid.*, p. 44. Renard précise les limites de l'organicisme de l'institution, qui intègre ses membres dans un tout, mais ne le fait pas « si parfaitement que leur moi ne soit sauf, et même ne gagne à cette intégration ; et c'est pourquoi ses membres restent sujets, soit entre eux, comme tels, soit avec elle, à des rapports gouvernés par la justice : la justice, la vertu qui s'exerce *ad alterum* ; une intégration mêlée d'altérité ! Comme l'organisme, l'institution est différenciée, et, dans la mesure de son intégration, chacun de ses organes, animé de la vie institutionnelle, opère pour le compte de l'institution, et sous la responsabilité de celle-ci ; elle est en chacun d'eux et agit elle-même par chacun d'eux, tout entière, comme l'organisme humain ou animal voit par ses deux yeux, marche sur ses jambes ou sur ses pattes, s'alimente ou se renouvelle par le travail de son appareil digestif... » (p. 179-180). Dans son ouvrage *la Théorie de l'institution* qui paraît en 1930 et est dédié à la mémoire de Hauriou, Renard place en tête de l'ouvrage une citation explicite sur l'ontologie juridique qui est le sous-titre de l'ouvrage : « le droit n'a pas seulement pour objet la distinction du mien et du tien, mais le discernement du nôtre ». Sur ce sujet, voir G. Sacriste, « L'ontologie de Maurice Hauriou », *Droit et Société*, 2011/78, p. 475-480.

32. G. Renard, *Théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 327.

33. Sur ce point, voir notre article précité « La doctrine publiciste et la question du pluralisme ». Marcel Prélot interprète la théorie de Hauriou dans le sens du fédéralisme proudhonien (« autour de la théorie de l'institution », *CNJ*, 1931, 19, p. 205-211). Cet aspect de la pensée de Proudhon est aussi l'objet d'un autre article des *CNJ*, 1922, 29 (Émile Beauregard, « un socialiste fédéraliste »).

exclut toute « subordination des membres à une totalité qui leur serait extérieure (...) ; la totalité idéale d'Hauriou serait une unité immanente à la pluralité de ses membres, essentiellement égalitaire et anti-hiérarchique, une association de coopération et de collaboration »³⁴. La théorie contredit la toute puissance de l'État sur la société, dont les composantes se coordonnent spontanément les unes par rapport aux autres³⁵.

Renard critique cette interprétation, même s'il assume la dimension pluraliste de l'institution, résumée dans cette formule : « l'unité réelle dans la pluralité réelle »³⁶. Michel Bouvier rappelle que Renard était « partisan d'une société décentralisée, diversifiée, plurielle et organisée sous forme de réseaux »³⁷. Mais alors que Gurvitch nie purement et simplement l'État, il est chez lui l'instance de coordination qui fédère la multitude des institutions : « le droit public est dominé par une personnalité – une institution – de toute première grandeur : l'État est incontestablement la manifestation la plus éclatante (...) du phénomène institutionnel (...). L'État a la police des institutions formées à l'intérieur de ses cadres, comme des citoyens qui circulent sur son territoire. Il n'est pas le dispensateur de l'être aux collectivités juridiques ; mais le pouvoir de police suffit à lui assurer une position éminente entre les autres institutions »³⁸. Dans le *Cours élémentaire de droit public*, il précise que si tout groupe social secrète un droit propre, les divers groupes sont « ordonnés les uns par rapport aux autres, aussi les divers droits entrent, les uns avec les autres, en des combinaisons multiples d'où résulte l'équilibre » sous l'autorité des pouvoirs publics³⁹. Hauriou lui-même finissait par réintégrer

34. Sur ce point, voir J. Bouveresse, « La théorie de l'institution. Une justification des corps intermédiaires », in J.-P. Bras, *op. cit.*, p. 88. Gurvitch consacre le dernier chapitre de son *Idee du droit social* à la pensée de Hauriou, mais ce chapitre a été préparé dans le long article consacré à la pensée du maître de Toulouse dans le premier numéro des *Archives de philosophie du droit* (« Les idées maîtresses de M. Hauriou », *APD*, 1931, 1, p. 154-197).

35. Gurvitch, Renard et Delos collaborent aux *Archives de philosophie du droit*. Dans sa *Philosophie de l'Institution*, Renard reproche à Gurvitch d'évincer le fondement thomiste de l'œuvre de Hauriou, alors qu'il est aussi au cœur de l'idée du droit social ; Gurvitch répond que son influence principale est celle de Proudhon. Sur ce point, voir M. Bouvier, « L'institution contre le contrat... », art. cité, p. 21.

36. G. Renard, *Philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p. 50. Cf. du même, « La démocratie et l'État », *CNJ*, 1921, 23, p. 168 (contribution à l'étude des *CNJ* sur l'idéal démocratique) : la démocratie permet d'atteindre « l'unité dans la pluralité et la pluralité dans l'équilibre ».

37. M. Bouvier, « L'institution contre le contrat... », art. cité, p. 19.

38. G. Renard, *Théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 151.

39. Id., *Cours élémentaire de droit public*, Sirey, 1922, p. 6. « Il y a un droit de la famille, qui comporte un certain pouvoir de sanction directe, mais aussi un certain droit de regard pour les pouvoirs publics ; il y a un droit intérieur des corporations, lequel est écrit dans

l'État, au motif qu'il n'y a de *durable* (on sait le rôle de la durée dans la théorie) que ce qui est organisé et hiérarchisé ⁴⁰. Mais si l'État se trouve finalement au sommet d'une pyramide d'institutions, le droit étant « à la poursuite de l'idéal démocratique » ⁴¹, subordonne l'État à l'idée qui le fait naître, à savoir le *bien commun*.

Même démonstration chez Joseph-Thomas Delos, pour qui « l'unité entre une pluralité d'éléments hétérogènes » ⁴² découle nécessairement d'un principe organisateur. Pour l'État, ce principe est le *bien commun*, « dont la force attractive agrège hommes et groupes » ⁴³. Mais la personne (individuelle ou collective) ne peut être absorbée par l'État, car la souveraineté qui *lui est attribuée* est « fondée uniquement sur la transcendance du bien commun que procure l'État. Elle n'est donc point un pouvoir attaché à la prétendue volonté étatique, elle vient à l'État de la finalité qu'il poursuit ; elle a donc un fondement objectif : l'idéal de la vie sociale naturelle auquel tend l'État » ⁴⁴. Dans ces conditions, le droit n'exprime pas une liberté ou une volonté, il transcrit « les exigences d'un but, il n'est point à fondement subjectif, mais objectif » ⁴⁵.

II. Par l'institution, la remise en cause du légicentrisme

La théorie de l'institution arrime l'État « à la fonction de préservation d'une idée plutôt que l'accomplissement d'une volonté » ⁴⁶. *Institution parmi d'autres* d'abord, *institution des institutions* ensuite (mais institution quand même), l'État est subordonné à son but : veiller à la bonne marche de l'ensemble de la société ⁴⁷.

leurs statuts, garanti par leur discipline et sanctionné par toutes sortes de pénalités, jusques et y compris l'exclusion, toujours sous le haut contrôle de l'autorité publique ».

40. Sur la critique de la manière dont Hauriou réintègre l'État dans sa réflexion, voir G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, *op. cit.*, p. 705 suiv. Le revirement de la pensée de Hauriou est attribué en particulier « à l'influence déroutante du thomisme, qui conduit Hauriou à restaurer la suprématie juridique de l'État et à l'unir à la souveraineté politique » (p. 708).

41. G. Renard G., « La démocratie et l'État », *op. cit.*, p. 164.

42. J.-T. Delos, *La société internationale...*, *op. cit.*, p. 176.

43. *Ibid.*, p. 178.

44. *Ibid.*, p. 302.

45. *Ibid.*, p. 320.

46. J. Donzelot, *op. cit.*, p. 102.

47. Il est subordonné au but et à l'idée qui l'a fait naître, « norme objective qui seule postule son existence et fonde son autorité » (J. Bouveresse, art. cité, p. 80). Le professeur Bouveresse fait une lecture résolument anti-individualiste de l'œuvre de Hauriou, dont la théorie est accusée de manquer « de respect pour la volonté des hommes. Parce qu'il dénie leur effort pour construire eux-mêmes la cité de leurs espérances, sa tentative n'est qu'un

Pour Renard, la théorie proteste contre l'illusion d'un droit unique, cantonné dans un système moniste ; reprenant une formule de Hauriou, il explique en effet que « le droit n'est point une pâte homogène roulée sur le plateau, c'est une pâte feuilletée ; il y a dans le droit des couches superposées ; *l'ordonnement juridique* se forme *par degrés* »⁴⁸. À partir de la notion d'*institution corporative* en particulier, « se fondant et s'équilibrant elle-même objectivement » dans « l'équilibre appelé état de droit », se déduit la « subordination des sources gouvernementales du droit au droit déjà établi dans la nation ». De fait, Hauriou soulignait l'antériorité du droit coutumier sur le régime de la loi écrite, qui ne serait pas le fruit de la volonté générale mais serait fondé sur l'adhésion et l'acceptation. Dans le *Précis de droit administratif*, il affirmait donc qu'après l'âge de la souveraineté et l'âge de la loi « nous sommes maintenant à l'âge de l'institution »⁴⁹.

L'État n'étant pas la seule institution, n'est pas non plus la seule source du droit... et nos auteurs partagent en effet une conception élargie des sources. Sur ce point, les *Principes de droit public* donnent encore une fois le ton : Hauriou y précise en effet que dans l'État « s'établit par la constitution, la subordination des sources gouvernementales du droit au droit établi dans la nation antérieurement à celui qu'on va créer »⁵⁰. L'idée n'est pas nouvelle sous sa plume, puisqu'elle figurait déjà dans les *Leçons sur le mouvement social* (1899), où l'affirmation selon laquelle, « dans les institutions d'État, les sources formelles, en particulier la loi, ne créent pas tant le droit qu'elles le constatent »⁵¹, me semble faire directement écho à celle de Proudhon, dans le *Deuxième mémoire sur la Propriété* : « lorsque le législateur fait une loi, à proprement parler, il ne la fait pas, il ne la crée pas, il la décrit : en statuant sur les rapports moraux, civils et politiques des citoyens, il n'exprime pas une pensée arbitraire ; il constate l'idée

humanisme sans grande humanité et sans contenu, un vitalisme sans vitalité. Faute de reconnaissance, la liberté reste sans identité et sans emploi » (p. 95). Caroula Argyriadis-Kervégan rappelle toutefois que, sur fond d'opposition à la doctrine publiciste allemande, le toulousain récusait précisément la doctrine allemande comme étant liberticide et aboutissant « à une conception absolutiste de l'État. Il n'admet pas l'activité autonome d'un être supérieur, l'État » (« Rapprochements entre la théorie de l'institution de M. Hauriou et la doctrine publiciste allemande de la fin du xix^e et du début du xx^e siècle », in J.-P. BRAS (dir.), *op. cit.*, p. 123 et s., ici p. 139).

48. G. Renard, *Philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p. 180.

49. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, L. Larose et L. Tanin, 1907 (6^e éd.), préf. p. IX.

50. Id., *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. XVI-XIX.

51. Id., *Leçons sur le mouvement social*, 1899, p. 139-140, p. 161. Voir aussi les *Écrits sociologiques*, Dalloz, 2008 (préface de F. Audren et M. Milet).

générale, le principe supérieur qui régit la chose sur laquelle il décide ; en un mot, il est le déclarateur, non l'inventeur de la loi »⁵².

À l'image de la doctrine qui glose depuis la fin du XIX^e siècle sur la *crise de la loi*, nos auteurs reconsidèrent donc sa place dans l'ensemble des sources. Mais Hauriou précise toutefois que cette crise « ne présente de gravité que pour ceux qui avaient placé la loi trop haut ; elle la remet simplement à sa place (...) ; la loi n'est pas le tout du droit : elle n'est que l'un des facteurs de l'un des équilibres du droit »⁵³. Renard récuse l'assimilation kelsenienne du droit et de l'État comme un « refoulement arbitraire du social dans le souverain ». À l'inverse, l'institution « libère le social ; elle le laisse se détendre et se répandre, suivant sa propre énergie, jusqu'à rejoindre l'individuel et renouer avec lui »⁵⁴. Le droit n'est donc pas un « réseau de restrictions aux libertés naturelles, nécessaire pour leur permettre de coexister », mais une direction et une orientation. Contre le pluralisme exacerbé d'un Gurvitch, il prend toutefois soin de préciser que si l'institution « pose la multiplicité des systèmes juridiques, elle y joint leur coordination et leur remembrement en des synthèses qui s'échelonnent (...et) se ramifient »⁵⁵. Dans chaque institution considérée comme un milieu juridique, s'opère ainsi « un dédoublement entre son droit interne qui l'organise et un droit externe qui la situe dans l'institution supérieure ». Renard conclut que « le droit interne de l'État est le droit

52. P.-J. Proudhon, *Second mémoire* (1841), Rivière, 1938, p. 39. Proudhon poursuit : « De même, lorsque deux ou plusieurs hommes forment entre eux, par contrat synallagmatique, une société de travail ou d'assurance, ils reconnaissent que leurs intérêts, auparavant isolés par un faux esprit d'égoïsme et d'indépendance, sont solidement liés par leur nature intime et par la mutualité de leurs rapports ; ils ne s'obligent pas, en réalité, du fait de leurs volontés privées ; ils jurent de se conformer désormais à une loi sociale antérieurement existante et jusque-là méconnue. Et ce qui le démontre, c'est que si ces mêmes hommes pouvaient ne pas s'associer, ils ne s'associeraient pas. Il faut, pour les déterminer à unir leurs intérêts, toute la certitude des dangers de la concurrence et de l'isolement, en sorte que l'expérience du mal est la seule chose qui les ramène à la société ».

53. M. Hauriou, « Police juridique et fond du droit. À propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon », *RTD Civ.*, 1926, n° 2, p. 265-312 (p. 307). Du même, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 234 : « La crise législative qui a suivi la Révolution de 1789 est pour nous le type de la crise de normativisme, peut-être parce que nous ne connaissons pas assez l'histoire du passé. Toujours est-il qu'on y a vu éclater à la fois le culte de la loi, de la Raison, et de l'État, celui de la liberté, de l'égalité et de la fraternité, celui de la justice et celui de l'équité, le culte de l'Être suprême et celui de l'âme immortelle ; qu'on y a vu proclamer tous les grands principes individualistes ».

54. G. Renard *Philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p. 191. L'institution préside à cette restauration « de la véritable et authentique personnalité morale : tout à la fois qualification sociale de la personne individuelle et personification juridique de l'être social ».

55. G. Renard, *Philosophie de l'institution*, *op. cit.*, p. 191.

externe des communautés formées à l'intérieur de l'État » ; entre l'un et l'autre, il n'y a toutefois qu'une différence de point de vue. Suivant la même logique, Delos explique pour sa part que le fédéralisme « applique aux sociétés politiques la loi fondamentale des sociétés humaines : la loi de différenciation et d'intégration, la loi de multiplicité et d'unité qui introduit la division du travail dans la société et dans ses organes, mais qui restaure ensuite, par l'organisation et la coopération fonctionnelles, l'unité du corps social » ⁵⁶.

Si nos auteurs admettent ainsi l'idée de hiérarchie des normes (Renard admet que *toutes les normes ne se valent pas* ⁵⁷), la différence « d'estime et de respectabilité dépend moins de leur contenu que du plan sur lequel ils sont portés, de l'étage où ils se rangent dans l'échelonnement de l'ordre juridique. (...) Voilà le fait. Nous n'approuvons ni ne critiquons » ⁵⁸. Par où l'on voit que si une classification des sources est possible, le monopole de la loi est néanmoins atteint ; et Renard de conclure sur l'impossibilité d'isoler les sources, « de ne jamais perdre de vue leur mutuelle suppléance, leur mutuelle correction, en somme, leur unité organique, dans la poursuite de la même fin à laquelle elles sont toutes et chacune directement ordonnées, quelque hiérarchie qu'il soit possible d'établir entre eux (sic) » ⁵⁹.

Se pose alors la question de *l'obéissance à la loi*. Suffit-il au législateur de déclarer *vouloir être obéi* dans les termes qu'il ordonne ? Aux

56. J.-T. Delos, *Le problème de civilisation. La nation*, Éditions de l'arbre, 1944, II, p. 197.

57. Sur ce point, voir notre article précité « La doctrine publiciste et la question du pluralisme ».

58. G. Renard, « De l'institution à la conception analogique du droit », *op. cit.*, p. 135. Du même, *Philosophie de l'institution*, p. 274 ; « il y a une gradation de prestige entre le règlement de police ou de service, voire le règlement de collège ou de caserne, et la loi administrative sur le service militaire obligatoire ou la loi civile sur le respect des contrats, ou la réparation du dommage causé, et encore la loi canonique pour les chrétiens ou les constitutions monastiques pour les religieux et encore, en perçant le plafond du juridisme proprement dit, le statut liturgique, et les solennités sacramentelles. Or cette différence de prestige et de respectabilité tient moins au contenu des règles qu'au plan où elles se situent – à l'étage où elles se classent dans l'échelonnement de l'ordre juridique. (...) Si l'on y réfléchit, n'aperçoit-on pas, dans cette hétérogénéité de la masse du droit positif, un glissement qui va de la notion de barrière à canaliser les activités humaines, à la notion de règle auxiliaire, et même instigatrice, peut-être génératrice de ces activités, une gamme de la loi qui freine à la loi qui meut, de la loi enveloppante et contraignante, quoique salutaire à la manière d'un appareil orthopédique, à la loi assimilée, intériorisée, comme l'ossature forte et souple du corps humain » (p. 275).

59. Id., « De l'institution à la conception analogique du droit », art. cité, p. 139. Il conclut par une comparaison : « dans l'organisme biologique, tous les membres n'occupent pas la même place et il existe entre eux une manière de hiérarchie, mais ils sont tous directement ordonnés à la conservation, à l'entretien, à l'accroissement de la vie et coopèrent, chacun à son rang, au bien du corps entier ».

théories du droit subjectif et de la personnalité, Renard répond que l'autorité n'est pas un « pouvoir de vouloir » ; elle réside dans l'idée qui est au cœur de toute institution, et est déterminée par la différenciation qui s'opère « entre les unités raisonnables qui poursuivent ensemble un fin commune ». L'autorité n'est donc « pas limitée par l'intérêt de l'institution, mais positivement *orientée* vers cet intérêt. Elle n'existe *que pour lui*. Elle s'évanouit dès qu'elle se retourne contre lui ou qu'elle prend la tangente »⁶⁰. Delos critique aussi le mythe de la volonté générale, qui revient à « courber la raison devant un vouloir tout puissant, et non pas la convaincre »⁶¹ ; l'obéissance due à la loi ne tient en définitive qu'« à une présomption simple de conformité à la justice » ; partant, la loi ne peut espérer qu'une obéissance provisionnelle. On précisera, sans s'y arrêter, que cette interrogation sur l'obéissance est sous-tendue par une réflexion sur la notion de désobéissance, traitée en particulier par Renard dans sa série de conférences sur *La valeur de la loi* prononcées en 1927 (thème abordé « en tremblant », le risque de la résistance étant toujours de choir « du droit que j'enseigne, à la voie de fait que je réproûve »⁶²).

La critique de la loi se prolonge surtout dans une interrogation sur le rôle du législateur (objet de critiques virulentes à l'époque, dont certaines vont jusqu'à remettre en cause l'idée même de représentation). Hauriou explique que le pouvoir représentatif est « assujéti à une fonction (...) ce pouvoir est exercé au nom d'une œuvre à réaliser, par conséquent d'une fonction à remplir, et qu'ainsi il se trouve

60. Id., *Le droit, l'ordre et la raison*, Sirey, 1927, p. 411 (« 2^e appendice « Qu'est-ce que l'autorité ? » »).

61. J.-T. Delos, « La théorie de l'institution », *APD*, art. cité, p. 143 : « un acte juridique n'est donc jamais une pure manifestation de volonté. Ni la loi n'est l'expression de la volonté des gouvernés, ni la fondation n'est le point de rencontre des volontés des membres du groupe, l'effet d'un contrat social à la Rousseau, ni le contrat ne marque la conjonction de deux libertés, qui fixent leur point d'équilibre : il n'y a pas en droit de volonté qui ne se courbe devant un objet, qui n'adhère à lui, et qui ne subisse sa loi. C'est donc l'analyse des réalités mêmes, c'est l'étude de la structure interne de l'acte juridique, qui rejette définitivement hors du domaine de la philosophie du droit le subjectivisme et le volontarisme ».

62. G. Renard, *La valeur de la loi. Critique philosophique de la notion de loi. Pourquoi et comment il faut obéir à la loi*, Sirey, 1928. La dixième leçon est consacrée au *Problème de la résistance aux lois injustes. Discipline et loyauté* (p. 231-254) : « le conflit de la loi et du droit institutionnel, c'est la lutte entre l'État et la famille ou tout autre corps organisé : un antagonisme de puissance à puissance. Le conflit de la loi et du droit de l'État, c'est un déchirement intérieur ; c'est l'insurrection des membres de l'État, comme tels, contre les organes représentatifs de celui-ci ; ce sont les membres de l'État qui assument, non de se défendre contre lui, mais de le défendre lui-même contre l'aberration de ses gouvernants » (p. 248-249).

doublé d'un devoir et d'une responsabilité »⁶³ (sur ce point, on rappellera qu'en son temps Louis Blanc opposait déjà le *pouvoir législatif* à la *fonction législative*, qu'il défendait contre les théoriciens socialistes de la démocratie directe). L'institution ne *voulant* que par ses organes, « encore faut-il que ceux-ci veuillent pour lui et non pour eux » ; par où l'on voit que la notion de représentation renvoie à une forme de *précarité* des gouvernants, qui doivent partager la même idée d'œuvre que les représentés qui leur donne leur assentiment. Comme le résume bien Éric Millard, la norme n'a d'autorité « que dès lors qu'elle est conforme à l'idée d'œuvre »⁶⁴, ce qui dépend donc de la communion entre le pouvoir politique et les valeurs du groupe.

Témoin du souci de discipliner l'action du législateur⁶⁵, on rappellera enfin l'intérêt constant de nos auteurs pour le *contrôle de la constitutionnalité* et, de façon plus générale, leurs interrogations récurrentes sur le rôle du *juge*. Hauriou voit par exemple dans la constitution « un bâillon contre la loquacité législative des parlements »... et il déplore donc que « le contrôle de constitutionnalité des lois ne se propage qu'avec une extrême lenteur »⁶⁶ en France. Georges Renard invite pour sa part le juge judiciaire à s'inspirer du juge administratif, lequel n'est « pas chevillé sur la ligne de la légalité »⁶⁷.

Ces affirmations suggèrent assez qu'en marge de la loi, il y a place pour d'autres procédés formels de constatation du droit, ce que confirme encore Renard quand il explique que la mission de la science juridique ne se réduit pas à « la garde et l'exégèse des dogmes » qui, formulés par quelques centaines de députés, seraient revêtus d'une « présomption d'irréfragable infaillibilité »⁶⁸. Une fois n'est pas coutume, on notera d'ailleurs pour conclure que, sur ce point au moins, Gurvitch est apparemment d'accord, puisqu'il fixe lui aussi l'apport majeur de la théorie de l'institution à son combat contre « le statisme, la rigidité, le schématisme de la loi et en général de la règle abstraite, érigée en substance dernière du droit »⁶⁹.

Au-delà de son impact sur la réflexion sur les sources du droit, le débat sur la théorie de l'institution est néanmoins loin d'être clos,

63. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929 (2^e éd.), p. 20.

64. É. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », art. cité, p. 396.

65. J. Boulaire, art. cité, p. 86 et s.

66. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 217.

67. G. Renard, « Abstraction et réalités dans l'élaboration du droit public », *CNJ*, 1922, 32-33, p. 11.

68. Id., *Cours élémentaire de droit public*, *op. cit.*, p. 351-352.

69. G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, *op. cit.*, p. 648.

comme en attestent les recherches qui lui sont encore très régulièrement consacrées. Maurice Hauriou ne se serait d'ailleurs pas étonné d'une telle longévité, lui dont Georges Renard prévenait qu'il n'était « pas l'homme du point final ; ses livres se terminaient plutôt en point de suspension. Il faisait confiance à ses disciples, à son école, à sa fondation » ⁷⁰...

Anne-Sophie CHAMBOST
Maître de conférences en histoire du droit
à l'Université Paris Descartes

70. G. Renard, *La théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. XVII.