

Norbert Foulquier

Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)

*L'ordre social établi est ce qui nous sépare de la catastrophe*¹

Maurice Hauriou, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, est aujourd'hui considéré comme un « classique » par les juristes français du XX^e siècle². Sa renommée est telle qu'il est même fréquemment présenté comme un précurseur de la Constitution gaullienne du 4 octobre 1958³.

Adoubé par l'histoire, il le fut certainement. Mais de son vivant, Maurice Hauriou fut un révolutionnaire conceptuel et se vécut comme tel. Il n'aurait pas choisi le mot « révolutionnaire » pour se qualifier, lui qui était à la recherche de la paix sociale. Il se présentait, en effet, ouvertement comme un conservateur libéral. Selon lui, la liberté individuelle était un fait naturel qui devait être préservé, tout comme devait être garantie sa condition d'existence, l'ordre social. Comme nous le constaterons, le binôme liberté-ordre explique bien des nuances que Hauriou apporta à sa pensée, nuances par lesquelles il cherchait à saisir la complexité de faits en constant mouvement. C'est ce que ne semblent pas avoir compris ceux qui firent de Hauriou un théoricien de l'autoritarisme, voire du national-socialisme⁴. Certes, comme beaucoup

¹ M. HAURIOU, « L'ordre social, la justice et le droit », *Revue trimestrielle de droit civil* 1927, reproduit dans M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle Journée, 1933, n° 23, (réimprimé en Caen, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986), pp. 43-71, spéc. p. 49.

² Pour une bibliographie complète, cf. Lucien SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, collection Bibliothèque de droit public, tome 71, 1966. Pour une présentation des multiples dimensions de son œuvre, cf. « La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, 1968, tome XVI, fascicule 2. Parmi les célèbres constitutionnalistes français influencés par Hauriou, on peut citer, notamment, Joseph BARTHELEMY et Georges VEDEL. Concernant le premier, cf. Olivier BEAUD, « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits* 2001, n° 32, pp. 88-108. Pour le second, cf. l'étude ci-dessous de José GAMAS TORRUCO, « La vision "institutionnaliste" de l'après-guerre ».

³ Par exemple, Stéphane PINON, *Les réformistes constitutionnels des années trente aux origines de la V^e République*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2003.

⁴ Cf. par exemple comment Wolfgang FRIEDMANN (*Théorie générale du droit*, (traduc-

à cette période, Hauriou fut sensible aux désordres causés par la chute du Second Empire, la Commune, les attentats anarchistes, la montée du communisme, l'instabilité ministérielle, les tensions internationales puis la Grande Guerre et le bolchevisme, ensemble d'événements capables de renverser l'ordre établi. Mais, malgré tout, il restait attaché au libéralisme, tempéré par un conservatisme politique et social qu'il synthétisait par son expression « individualisme faillible »⁵.

Cependant, dans le contexte politique français de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e, Maurice Hauriou était bien un « révolutionnaire des concepts » dans la mesure où il défendit tout au long de sa carrière une conception du droit et de la société en rupture avec le catéchisme républicain que le ministère de l'Instruction publique tenta d'imposer à la fin du XIX^e siècle pour légitimer les institutions de la III^e République⁶. Classique, Hauriou l'est donc devenu car sa révolution des concepts a abouti en de nombreux points. Certes, cette révolution fut une œuvre collective⁷, mais Hauriou mérite toute sa renommée tant sa pensée fut foisonnante, novatrice et originale.

Riches, voire complexes et abstrus pour d'aucuns, les écrits de Hauriou le sont certainement. Cette appréciation est subjective, mais elle révèle, à nos yeux, une ambition politique peut-être incompréhensible aujourd'hui pour les juristes qui oublient que même le normativisme kelsenien renferme une *Weltsauffassung* et un projet politique. En effet, pour les familiers de ses célèbres notes sous les arrêts du Conseil d'Etat⁸, les écrits constitutionnels de Maurice Hauriou peuvent paraître très, trop philosophiques pour un juriste.

tion de Legal theory), Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965, spéc. p. 190) fait de Maurice Hauriou un précurseur du fascisme et du nazisme. Même s'il est vrai que Carl SCHMITT s'est inspiré de Maurice HAURIOU, ce fut en en expurgant toute la dimension libérale (cf. Olivier BEAUD, « Carl Schmitt ou le juriste engagé », préface in Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, (traduction de *Verfassungslehre*), Paris, Presses universitaires de France, collection Léviathan, 1993.

⁵ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 2^e éd., 1929, (rééditions du CNRS, 1965) 759 p. (cité PDC ci-après) : « L'individualisme, c'est la liberté, l'individualisme faillible, c'est la nécessité reconnue de conditionner cette liberté par des règles de conduite et par des sanctions sociales » (préface à la 2^e éd., p. VII).

⁶ Cf. Guillaume SACRISTE, *Le Droit de la République. 1870-1914. Légitimation(s) de l'Etat et Construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la Troisième République*, thèse, Université Paris I – Panthéon – Sorbonne, décembre 2002.

⁷ Cf. Guillaume SACRISTE, *Le Droit de la République*, précité.

Cet étonnement est pleinement justifié, mais probablement pour des raisons qui nous semblent avoir été mal cernées : les écrits constitutionnels de Maurice Hauriou ont souvent dérouté les juristes de la seconde moitié du XX^e siècle, surtout les français⁹, car Hauriou ne s'y faisait pas juriste ! Il ne proposait pas une théorie juridique de l'Etat et encore moins un « précis des institutions » ou une glose sur les lois constitutionnelles de 1875, mais une *théorie politique de l'Etat*, comme il ne cessait de l'affirmer, même si pour Hauriou, le politique n'était jamais loin du droit car tous deux avaient à voir avec la Justice.

En cela, il était finalement très proche d'Adhémar Esmein¹⁰. La ressemblance entre les deux œuvres s'arrête là car si le professeur parisien fut le légiste de la République radicale d'avant-guerre, le professeur toulousain¹¹ entendait refondre la République à l'image de l'Etat de justice, construit sur le modèle de la royauté de l'Ancien régime.

Opposé au légicentrisme et à la souveraineté parlementaire qui lui paraissaient caractériser la III^e République, hostile à la souveraineté nationale comprise comme délégation d'un pouvoir détenu par le peuple, méfiant envers le suffrage universel égalitaire, Hauriou n'en admettait pas moins la III^e République. Celle-ci avait le mérite d'apporter la stabilité institutionnelle après la valse des constitutions depuis 1789, mais cette paix sociale et politique ne pouvait se maintenir qu'au prix d'une redéfinition des principes fondateurs de la République. Et c'est dans l'Ancien régime du XVII^e siècle, ou plutôt l'idéal qu'il s'en faisait¹², qu'il disait être le siècle du classicisme¹³, que Maurice Hauriou piocha ses idées, tout en les remodelant et ce fut sa force pour les concilier avec l'Etat industriel du début du XX^e siècle, le principe d'égalité consacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'avènement du suffrage universel dans le cadre de la République. C'est ainsi que, se-

⁸ M. HAURIOU, *Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, publiées au Recueil Sirey de 1892 à 1928*, réunies et classées par André Hauriou, Paris, 1929, 3 volumes, rééditées par La Mémoire du Droit, 2000.

⁹ Un auteur comme Carl SCHMITT ne s'y trompa pas.

¹⁰ Adhémar ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Larose et Forcel, 1896.

¹¹ Maurice HAURIOU fit toute sa carrière à la Faculté de droit de l'université de Toulouse dont il fut de nombreuses années le doyen.

¹² La comparaison entre l'idée que Hauriou se faisait du classicisme politique du XVII^e siècle et les études, par exemple, de François OLIVIER-MARTIN illustre l'ampleur de la reconstruction que Hauriou fit aussi du droit politique de cette époque.

¹³ *PDC*, 1929, préface, p. XV.

lon le doyen de Toulouse, la conciliation de la liberté individuelle et de l'ordre trouvait sa perfection dans l'Etat moderne, mais un Etat compris comme un substitut au Roi faisant corps avec l'institution de la Couronne et source de toute justice dans une société organisée de telle façon que l'individualisme fût contrebalancé par une hiérarchie sociale naturelle. D'où l'importance pour Hauriou non seulement de la question du pouvoir, mais de celle qui lui est intimement liée dès que la démocratie directe est impossible : la représentation.

Au cours de sa carrière, c'est d'abord comme administrativiste¹⁴, intéressé par les sciences sociales, que Maurice Hauriou aborda la question de l'Etat. Mais parce que le Droit devait tendre, estimait-il, vers la Justice et que, tout comme le pouvoir, son essence était une¹⁵, la « nature des choses » commandait que Hauriou ne se satisfît pas de sa chaire de droit administratif¹⁶. Il ne pouvait se cantonner aux seuls mécanismes des rapports entre l'administration et les citoyens ; son souci de l'unité devait le conduire au-delà des frontières académiques de cette discipline. Son essai *La Science sociale traditionnelle* avait été l'une de ses tentatives non seulement de ne pas laisser au courant scientifique le monopole de la nouvelle science qu'était alors la sociologie¹⁷, mais aussi d'appréhender synthétiquement la société et le phénomène du pouvoir en y mêlant méthode empirique et science juridique et en y restaurant l'enseignement catholique de la distinction du bien et du mal. Toujours à la recherche des fondements sociaux, Hauriou devait ainsi dépasser le cercle du droit administratif et se saisir de ce qui le fondait, le droit constitutionnel. Comme le prouvent sa carrière universitaire¹⁸ et sa bibliographie¹⁹, la

¹⁴ Sur cet aspect de sa recherche, cf. Lucien SFEZ, *Contribution du doyen Maurice Hauriou au droit administratif français*, précité.

¹⁵ Pour HAURIOU, la nature du pouvoir était toujours identique, tant dans les relations entre individus que dans les relations entre autorités publiques et administrés. Mais le professeur toulousain défendait comme fondement du libéralisme, l'irréductibilité du droit public et du droit privé parce que dans ces deux domaines, le pouvoir ne se répartissait pas de la même façon. Le droit privé, à la différence du droit public, se caractérisait par le fait que le pouvoir s'y distribuait de façon égalitaire entre les sujets, soit spontanément soit le plus souvent par la concurrence entre les individus.

¹⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, L. Larose, 1897, 3^e édition, IV-915 p.

¹⁷ Outre par *La Science sociale traditionnelle* (Paris, Librairie générale de la société du Recueil général des lois et arrêts, 1896, 432 p.), Hauriou participa à la controverse sur ce que devait être la sociologie par ses articles : « La crise de la science sociale », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 1894, pp. 294-321 et « Les Facultés de droit et la sociologie », *Revue générale du droit*, 1893, tome 17, pp. 289-295.

¹⁸ Docteur en droit en 1879, premier au concours de l'agrégation de 1882, il est nommé à la Faculté de droit de Toulouse en 1883. Il y fut d'abord professeur de droit administra-

parution de son premier *Précis de droit constitutionnel* en 1923, apparaissait comme l'achèvement de sa recherche juridique, comme une sorte de remontée à la source. Dans ce *Précis*, Hauriou synthétisait toutes ses réflexions sur le pouvoir, qui avait trouvé ses schèmes définitifs dans ses *Principes* de 1916 dans lesquels il revendiqua ouvertement sa conception théologique du droit et du pouvoir. Et c'est parce qu'à ce moment-là, il dominait sa théorie de l'institution²⁰ et assumait ses convictions thomistes, que se manifesta l'unité fondamentale de sa pensée constitutionnelle — tant ce qu'il estimait être la science du droit constitutionnel que son idéal d'organisation des pouvoirs publics — que ne devaient pas occulter, comme le précisa Hauriou lui-même, les évolutions de ses écrits.

C'est d'ailleurs à la lumière de ses convictions religieuses que sa réflexion constitutionnelle doit être appréciée. Hauriou n'innovait en rien quand il écrivait en 1929, dans la dernière édition de son *Précis de droit constitutionnel*, qu'il fallait « franchement convenir... de l'origine divine du pouvoir »²¹. En effet, ni dans ses notes d'arrêts du Conseil d'Etat²²,

tif, à partir du 24 mars 1888 et c'est seulement à partir du 1^{er} novembre 1920 qu'il occupa la chaire de droit constitutionnel, jusqu'à sa retraite le 1^{er} septembre 1926.

¹⁹ En effet, si c'est en 1923 que paraît son *Précis de droit constitutionnel* (Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923, VII-742 p., suivi de son *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1925, 307 p.), celui-ci a été longuement préparé tant par les éditions de son *Précis de droit administratif*, ses deux éditions de ses *Principes de droit public* que de nombreux articles comme « Le Point de vue de l'ordre et de l'équilibre » (*Recueil de législation de l'Université de Toulouse*, tome. V, année 1909) et plus encore son article sur « La souveraineté nationale », *Recueil de législation de Toulouse 1912*, pp. 1-154.

²⁰ Théorie qui fut systématisée dans son article publié dans le quatrième cahier de *Nouvelle Journée (La cité moderne et les transformations du droit)* en 1925 : « La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », réédité in M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, précité, pp. 89-128.

²¹ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, *op. cit.*, note 5, p. 14. Certes, il écrit : « Il existe une doctrine traditionnelle du *pouvoir de droit* qui est un pouvoir d'institution accepté par un consentement coutumier. Cette base du consentement des gouvernés suffit à expliquer le droit de commander dans les temps normaux ». Mais c'est bien en référence à la Somme de Saint-Thomas que Hauriou développe cette idée du consentement coutumier car, poursuit-il, « Dans les temps anormaux, c'est-à-dire en cas de *pouvoir de fait* ou de *gouvernement de fait*, il faut convenir franchement qu'on se trouve en dehors du Droit. C'est alors qu'il convient de faire appel à la doctrine théologique de l'origine divine du pouvoir, laquelle se joint à la sagesse humaine pour conseiller aux sujets la patience tant que le gouvernement de fait n'est pas tyrannique et jusqu'à ce que lui-même soit devenu pouvoir de droit par le consentement coutumier ».

²² Par exemple, M. HAURIOU, note sous CE 12 mai 1893, *Elections de Pluguffan*, Sirey 1895.III.17 et « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », *Revue trimestrielle de droit civil* 1923, pp. 329-346, spéc. la note 1, p. 342 : « Les idées sont le réel, à la condition que, conformément à la doctrine platonicienne, elles soient le reflet des idées de Dieu ».

ni dans son essai *La Science sociale traditionnelle*²³, le professeur toulousain n'avait caché ses convictions religieuses et n'avait cessé de défendre une conception thomiste du pouvoir²⁴. Mais il est vrai que c'est à partir de la seconde édition de ses *Principes de droit public*²⁵, publiée en 1916, qu'il martela ses positions, en rupture avec la République radicale anticléricale qu'il n'hésitait pas à critiquer vertement. Maurice Hauriou est ainsi certainement le seul représentant d'une pensée catholique traditionnelle – il préférerait « classique » – du droit public, s'assumant comme tel au sein de l'Université française, ce qui ne fait que doubler l'intérêt de sa doctrine.

Son thomisme explique d'ailleurs très probablement l'une de ses idées fortes : l'équilibre par le mouvement, qui traverse toute sa théorie politique de l'Etat et en explique les nuances successives. Ce concept que lui semblait corroborer le vitalisme de Henri Bergson, était à ses yeux le seul capable de refléter tant la réalité sociale que les efforts que tout chercheur se doit de réaliser pour accéder à une connaissance fine des choses. Bien que comme toute idée et dessein divin, il renfermât une part de mystère²⁶ inaccessible à l'homme – ce qui condamnait selon lui les prétentions scientistes –, le concept d'équilibre par le mouvement permettait de saisir la complexité de la société et du droit, d'en exprimer les évolutions nécessaires tout en valorisant le *statu quo* global (la pérennité d'une élite sociale et politique, la répartition des richesses, les

²³ Cf. aussi son essai *Leçon sur le mouvement social*, Paris, L. Larose, 1899, VIII-176 p.

²⁴ Sur ce thème, voir, entre autres, E. L. FORTIN, « Saint Thomas d'Aquin », pp. 269-297, in L. STRAUSS et J. CROSPEY, *Histoire de la philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, collection Léviathan.

²⁵ Hauriou considérait lui-même dans la préface de sa seconde édition que la première édition de 1910 n'avait pas encore atteint toute la cohérence intellectuelle que l'idée d'institution apporta par la suite à sa pensée (*Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence, 3^e année, et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, J. B. Sirey & Journal du palais, 1910, XI-734 p., cité *PDP* ci-après). Sur M. HAURIOU comme penseur profondément catholique de tradition occidentale, cf. Victor LEONTOWITSCH, « *Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou* », pp. 176-264, in Roman SCHNUR (sous la direction de) « *Institution und Recht* », Darmstadt, 1968 et Albert BRIMO, « La philosophie du droit naturel du Doyen Maurice Hauriou », pp. 63-78, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, précité.

²⁶ *PDC*, 1929, *op. cit.*, p. 64 et la préface p. XI-XII : « La pensée classique, tout en appréciant la valeur de l'unité, sait s'incliner devant les limites de la pensée humaine ; le dualisme de la forme et de la matière, irréductible depuis quatre mille ans de philosophie, est une de ces limites pour tous ceux qui ont la préoccupation du réel ». *Contra* Georges VEDEL, selon lequel Hauriou estimait « possible d'accéder à une connaissance totale, à une connaissance globale » (« Le Doyen Maurice Hauriou et la science politique », pp. 91-109, spéc. 98, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, précité).

principes fondamentaux de la propriété, de la famille et de l'Etat) et en légitimant le libéralisme politique, traduction laïque de la responsabilité morale des individus. C'est ce même souci de la mesure, de l'équilibre grâce aux balancements, qui le conduisait à considérer que l'Etat laïque était une solution plus stable et moins oppressante qu'un Etat religieux²⁷. C'est pourquoi selon lui, tout honnête homme ne pouvait être qu'un conservateur libéral qui, à l'instar du prince Don Fabrizio Salina dans le roman *Le Guépard* de Giuseppe Tomasi di Lampedusa, savait que l'immobilisme était sœur de la révolution, chose qu'il exécrait. Alors même que d'aucuns en firent un penseur de la République française, ses théories ne pouvaient donc se comprendre qu'à l'aune de ses convictions métaphysiques. Celles-ci forgeaient en lui le désir de retrouver une unité perdue, mais inaccessible pour le citoyen, le gouvernant et le scientifique, tous trois frappés comme tout un chacun de la faillibilité humaine. Tout comme ses écrits en droit administratif, ses études de droit constitutionnel poursuivaient l'unité de la société, de son droit et de la connaissance, l'ensemble étant naturellement complexe, traversé d'une multitude de tiraillements, de tensions et de contradictions qui aboutissaient à un équilibre précaire, mais nécessaire. C'est cette recherche qui innerve tant sa conception de ce qu'étaient à ses yeux le fondement et les organes de l'Etat, quitte à proposer une nouvelle lecture des institutions de son époque.

I. Les fondements de l'Etat

Selon Maurice Hauriou, l'Etat se révélait une « magnifique expérience »²⁸ car il formait le cadre idéal de la liberté individuelle. Cette conviction déterminait la conception du droit constitutionnel du doyen de Toulouse, comme matériau juridique et comme science. Certes, la liberté pouvait se développer dans le cadre étatique parce que l'organisation juridique de l'Etat, le droit constitutionnel comme ensemble de normes, offrait des espaces à l'autonomie individuelle. Mais cela ne pouvait perdurer que si le droit constitutionnel comme science concourait à la pérennité du libéralisme. C'est pourquoi le droit constitutionnel de l'Etat moderne ne pouvait être que libéral. Ainsi, quand Hauriou affirmait que l'objet de ce droit se réduisait *in fine* à la protection de la vie privée, il

²⁷ Ainsi, bien que très profondément catholique, Hauriou ne fut jamais un théocrate car selon lui « Tout dans la vie sociale est affaire d'équilibre entre éléments contradictoires [notamment entre les tissus positif, métaphysique et religieux] », chacun tendant « à réaliser l'unité politique du groupe » et si « La société positive doit être sauvée, [...] elle ne doit pas trop l'être ». C'est pourquoi « Le régime de l'Etat laïque représente le juste milieu. Il est la situation stable, l'état d'équilibre, ainsi que le langage lui-même l'indique » (*PDC*, 1929, p. 384-385), dans la mesure où la « séparation des Eglises et de l'Etat [...] ne supprime pas [toutes leurs] relations » (*PDC*, 1929, p. 110).

²⁸ M. Hauriou, « La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat », *op. cit.*, p. 346.

jouait avec les sens de ce mot. Il s'agissait tant des normes constitutionnelles que de l'objectif du légiste.

On comprend alors que l'intérêt du constitutionnaliste devait se concentrer sur l'État. Mais il ne pouvait se cantonner à la seule exégèse des textes constitutionnels car l'État comme la liberté étaient essentiellement des *pouvoirs*, des réalités sociales vivantes que le Droit ne faisait qu'encadrer, sans les créer. D'où l'importance que Hauriou accordait au fait que son *Précis de droit constitutionnel* contenait avant tout une théorie politique de l'État.

Cependant, Hauriou restait bien un juriste en ce qu'il considérait que l'État idéal de liberté ne pouvait être qu'un État de Justice, garantissant « *l'aequum et bonum*, c'est-à-dire une égalité ou, tout au moins, une proportionnalité entre les hommes dans la jouissance du bien » spirituel et matériel²⁹. Parce qu'il ne pouvait s'agir que d'un idéal — l'homme ayant par nature conscience du bien et du mal —, cette référence à la Justice apparaissait comme le meilleur des moyens de corriger les tendances liberticides de l'ordre que l'État avait en charge de préserver, avec d'autres groupes, comme l'Église. Mais cela permettait du même coup de légitimer la primauté de la figure du juge contre la *doxa* révolutionnaire légitimiste.

A. Une théorie politique de l'État

L'État est, affirmait Hauriou, une institution qui s'agrège à la société civile et qui tend à en prendre les rênes, sans s'y identifier, ni même totalement la dominer. C'est grâce à cette notion d'institution que Hauriou réussit à rendre cohérente toute sa construction. Il parvenait à faire le lien entre le fait du pouvoir, d'une part, et le droit de l'autre, dès lors entre science politique et science juridique, tout en proposant une théorie originale de la limitation de la puissance de l'État. Ainsi, s'il est vrai que Hauriou entendait s'opposer aux théories juridiques « positivistes » de l'État développées en Allemagne, il ne partait pas du droit pour penser l'État. Non seulement le droit ne s'identifiait pas à l'État, mais l'un et l'autre n'étaient pas de même nature. Pour Hauriou, le légiste de l'État devait avant tout saisir ce dernier comme phénomène de pouvoir, comme réalité politique, puis le rationaliser, le libéraliser et le rendre juste en le tirant dans les rets du Droit ; ce progrès s'achevant lorsque l'État se pliait à la technique du droit subjectif et du commerce juridique³⁰,

²⁹ *PDC*, 1929, p. 36.

³⁰ Cf. Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Paris, Dalloz, collection La

propres, par le jeu d'équilibre que Hauriou y décelait, à assurer le juste balancement entre les intérêts de la collectivité et ceux des individus. C'est cette conception qui explique le plan de son *Précis* de 1929. Parce que le légiste toulousain appréhendait l'Etat comme une institution politique se paraisant dans les formes du droit, il pouvait ensuite proposer une théorie globale de la limitation de la puissance de l'Etat.

1. L'Etat, une institution politique qui se parfait par le droit

Maurice Hauriou jugeait insuffisant de définir l'Etat par les éléments suivants : un peuple sur un territoire, soumis à un pouvoir souverain. Il caractérisait l'Etat comme une institution bien particulière, c'est-à-dire « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »³¹. C'est pourquoi Hauriou décrivait l'Etat comme un corps essentiellement fondé sur la représentation³² et dont l'idée d'œuvre était l'idée de liberté³³, c'est-à-dire ce vers quoi la puissance publique devait tendre. Cette idée de liberté se trouvait au cœur du « progrès étatique » car elle faisait que l'Etat n'était plus simplement un ordre matériel, mais aussi une idée morale qui lui donnait sa perfection comme personne morale³⁴. C'est pourquoi si Hauriou envisageait que « les destinées d'une nation » que l'Etat devait accomplir pussent

Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 25, 2003.

³¹ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *op. cit.*, p. 96. Concernant, dans la pensée de M. Hauriou, l'idée d'œuvre de l'institution administrative libérale et la préservation de l'individualité dans la communion, cf. Eric MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 381-412. Pour une étude montrant les germes liberticides de cette notion, Cf. aussi D. LOSCHAK, « Droit et non-droit dans les institutions totalitaires. Le droit à l'épreuve du totalitarisme », pp. 125-184 in CURAPP, *L'Institution*, vol. 13, Paris, PUF, 1981, 411 p. Cf. aussi *The French institutionalists : Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, edited by Albert Broderick, translated by Mary Welling ; introduction by Miriam Theresa ROONEY, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1970.

³² Selon HAURIOU, « L'Etat moderne est d'abord un corps constitué, un corpus, parce qu'il est à base d'organisation représentative, il est gouverné par des représentants qui sont ses organes. Son caractère corporatif est plus évident que celui de la cité antique, parce qu'il a plus de gouvernement représentatif et moins de gouvernement direct de l'assemblée du peuple » (« La liberté politique... », *op. cit.*, p. 332).

³³ *PDC*, 1929, p. 65.

³⁴ Cf. Roland MASPETIOL, « L'idée d'Etat chez Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit* 1968, tome 13, pp. 249-265.

être autres que « pacifiques et démocratiques »³⁵, il semble qu'à ses yeux, un Etat digne de ce nom ne pouvait être animé que par l'idéal de liberté³⁶ poursuivi par une nation qui, d'ailleurs, se définissait comme une communauté consciente d'elle-même et animée du désir de liberté.

Ces éléments gisaient même à l'origine de tout Etat. En effet, « à la première fondation de l'Etat... se trouvent en présence deux éléments : 1° un gouvernement, déjà organisé ou en voie d'organisation, qui se propose d'assumer la direction de la nation ; 2° une communauté nationale très avertie, très désireuse de se réaliser sous forme d'Etat, en pleine fièvre nationaliste. La fondation de l'Etat se produit évidemment par le concours de ces deux éléments. Il se produit une décision et un geste du gouvernement provisoire, auquel répond immédiatement l'adhésion directe de la nation. Cette décision de gouvernement et cette adhésion de nation suffisent pour l'existence de l'acte juridique de fondation. »³⁷ Mais il ne peut y avoir d'Etat que si le gouvernement a en vue la chose publique. En effet, le « *type particulier de l'Etat le porte à constituer le gouvernement central d'une nation et à développer en celle-ci l'entreprise de la chose publique* »³⁸.

Autrement dit, non seulement l'Etat reposait sur l'abandon de toute conception patrimoniale ou féodale du pouvoir public, mais comme bien des juristes français de son époque, Hauriou ne concevait d'Etat qu'Etat-nation. Pour autant, il n'adhérait pas du tout aux thèses

³⁵ *PDC*, 1929, p. 65.

³⁶ Comme le montre ses références exclusives à la monarchie capétienne et à la Révolution française, en 1929 percevait encore une critique du bellicisme allemand qui avait éclaté dans l'article « Le droit naturel et l'Allemagne », publié dans le *Correspondant* du 25 septembre 1918 et réédité dans *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, précité. En les rapprochant du passage suivant : « l'idée de l'Etat est celle d'une puissance publique qui doit accomplir les destinées d'une nation ; si ces destinées deviennent pacifiques et démocratiques, l'Etat s'adapte pour les accomplir. C'est-à-dire qu'une grande idée, quelle qu'elle soit, outre un premier sens, contient en réserve une virtualité que l'écoulement du temps et les événements se chargent de révéler » (*PDC*, 1929, p. 65), on comprend que pour Hauriou, l'Etat français était et avait toujours été naturellement libéral ou plutôt que sa destinée était de s'accomplir dans l'idéal de liberté.

³⁷ *PDC*, 1929, p. 253. Il poursuivait par ce qui fondait la supra constitutionnalité de l'Etat : « Il s'ensuit que l'Etat en tant que corps constitué et personne morale ne se fonde pas lui-même, il est fondé par des fondateurs qui sont, d'une part, le gouvernement provisoire et, d'autre part, la communauté nationale ; mais c'est en vue de fonder l'Etat et sous l'action de l'idée de l'Etat que les cofondateurs agissent. En somme la nation est cofondatrice avec le gouvernement provisoire. Le pouvoir de fonder est essentiellement un pouvoir de disposer de la chose en en modifiant la substance ».

³⁸ *PDC*, 1929, p. 78-79 (italique de M. H.).

d'Adhémar Esmein qui plaçait la source du pouvoir au sein de la Nation. Selon Hauriou, le gouvernement détenait en propre le pouvoir, en dehors de toute idée de délégation nationale. Le pouvoir existait parce que la vie d'un groupe humain appelait, *de facto* ou plus profondément en vertu de la volonté divine, un pouvoir de commandement chargé de garantir le minimum d'ordre social nécessaire à la vie en communauté. Autrement dit, l'Etat n'était pas en soi naturel – à la différence du pouvoir –, c'était le produit de l'histoire ou selon une autre formule de Hauriou une « *superstructure politique... superposé[e] aux pouvoirs primitifs légués par les temps nomades* »³⁹. De cette conception de l'Etat résultaient de nombreuses conséquences. Tout d'abord, l'exégèse des textes constitutionnels s'avérait incapable d'expliquer l'Etat ; le légiste devait se faire historien et sociologue – notamment des idées⁴⁰ – mais aussi ne pas avoir peur de plonger dans les tréfonds de l'Etat, par-delà sa laïcisation. Et seul le légiste, à l'instar de Bodin ou de Domat, pouvait prétendre mener une telle étude car habitué à l'analyse des valeurs du juste, du bien et du mal, héritées de la chrétienté. Ensuite, cette conception de l'Etat déterminait l'objet du droit constitutionnel et les rapports entre société, Etat et droit.

Ainsi, si « De toutes les institutions que l'ordre social a enfantées, celle de l'Etat est la plus éminente »⁴¹, il n'en reste pas moins qu'aux yeux de Hauriou, l'Etat n'était qu'une émanation de la société. Et si l'Etat la dirigeait, s'il concentrait la politique de la société, il n'en était que le produit : il ne se confondait donc pas avec la société. Celle-ci conservait son autonomie et surtout sa capacité de réaction. D'autres forces l'animaient, notamment celle de l'échange égalitaire à finalité patrimoniale. D'où notamment la pérennité de la distinction du droit public et du droit privé : ce dernier, le droit dit commun, était conçu comme un droit inhérent à la société, le droit public n'étant quant à lui qu'un mode de perfectionnement de l'Etat. D'où aussi et surtout la nécessaire limitation de la puissance de l'Etat qui devait, estimait Hauriou, être mieux assurée que ne le faisait la République radicale parlementaire, si l'on voulait maintenir un Etat libéral.

³⁹ *PDC*, 1929, p. 79 (italique de M. H.).

⁴⁰ cf. par exemple, *PDC*, 1929, p. 67, le paragraphe « Les mentalités créées par les courants d'idées ».

⁴¹ *PDC*, 1929, p. 78.

2. La puissance de l'Etat naturellement limitée

Dans de telles conditions, la puissance de l'Etat ne pouvait être que limitée. Certes, selon Hauriou, la souveraineté de l'Etat ne faisait pas de doute. Mais le professeur de Toulouse offrait une définition particulière de la souveraineté : il s'agissait d'une puissance d'action, autonome dans son principe. Elle n'était pas synonyme de prépotence, de pouvoir illimité ou inconditionné. Cela ne pouvait d'ailleurs advenir dès lors que selon le doyen toulousain, la souveraineté de l'Etat coexistait avec la souveraineté nationale et la souveraineté individuelle des citoyens que transcrivait la « Constitution sociale », comprise comme ensemble des normes, de droit positif ou de nature sociologique, structurant la société civile et garantissant l'autonomie privée⁴². Ainsi, l'Etat était non seulement autolimité par sa nature institutionnelle, mais aussi hétérolimité dans la mesure où il ne renfermait pas toute la vie sociale.

En tant qu'institution, l'Etat était nécessairement autolimité. Et cette autolimitation ne dépendait pas d'un acte de volonté. En cela, Hauriou prétendait échapper à ce qui lui semblait être l'aporie de la théorie de G. Jellinek. L'autolimitation de l'Etat était, selon notre auteur, objective au sens où elle s'imposait à l'Etat du fait de sa nature même. Bien que manifestation de pouvoir, la souveraineté de l'Etat ne pouvait être absolue et arbitraire dès lors que celui-ci recourait aux mécanismes juridiques. Si le progrès se caractérisait par le passage de l'objectif au subjectif, c'est-à-dire des relations « organiques » de pure autorité aux rapports de droit entre personnes juridiques, l'Etat pris dans cette évolution voyait ses pouvoirs sinon diminués, tout au moins civilisés, au fur et à mesure de cette mutation. Cette autolimitation n'entravait pas uniquement les organes constitutionnels de l'Etat ; elle pesait aussi sur le pouvoir constituant. En effet, l'Etat était soumis à une « superlégalité constitutionnelle ». Celle-ci comprenait non seulement la constitution écrite, mais « elle comprend bien autre chose et, par exemple, tous les principes fondamentaux du régime, c'est-à-dire, tant les principes de l'ordre individualiste qui sont à la base de l'Etat que les principes politiques qui sont à la base du gouvernement. Ces principes constituent une sorte de légitimité constitutionnelle qui prend place au-dessus même de la constitution

⁴² *PDC*, 1929, p. 611 *sq.* Selon le doyen de Toulouse, la France était dotée de deux constitutions, une politique, l'autre sociale qui comprenait notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; « la constitution sociale est le fondement de la vie privée, laquelle passe avant la vie publique, de même que le droit privé passe avant le droit public ; ensuite, il est entendu que la constitution politique est pour la garantie des libertés individuelles, c'est-à-dire de la constitution sociale » (*PDC*, 1929, p. XIII). « A bien des égards, la constitution sociale d'un pays [était, d'après Hauriou] plus importante que sa constitution politique » (*PDC*, 1929, p. 611). Mais les deux constitutions se fondent dans l'idée de constitution nationale, même si celle-ci a tendance à s'élaborer selon le mode de la Constitution politique.

écrite »⁴³. Illustrant son propos par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui déclarait que « La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision », et les principes individualistes proclamés en 1789⁴⁴, Hauriou défendait l'idée que la légitimité constitutionnelle interdisait même au pouvoir constituant de modifier la Constitution si cela devait altérer l'essence de l'Etat. Certes, cela ne devait « s'entendre que du principe de chacune des libertés et non des modalités de son organisation, mais cela est déjà important, car cela signifie qu'aucune liberté ne peut être complètement supprimée, soit directement, soit indirectement »⁴⁵. Ainsi, insistait Hauriou qui préfigurait l'idée de noyau dur des libertés que consacrent bien des cours suprêmes actuelles, la liberté d'enseignement des établissements religieux était préservée contre tout monopole de l'Etat en la matière. De même, les structures essentielles de l'Etat, telles que la séparation des pouvoirs entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ou encore le principe de la hiérarchie administrative, devenaient intangibles⁴⁶. Sauf à admettre une révolution, évidemment. En effet, et c'est ce qui peut intéresser les juristes européens confrontés à la construction d'une Europe « étatique supra nationale », au plus, Hauriou admettait des changements mineurs de la Constitution par la voie des procédures existantes. Dès lors qu'il s'agissait de fonder l'Etat ou d'en modifier les principes de légitimité, il ne pouvait s'agir que d'une révolution, c'est-à-dire d'un processus hors de portée du pouvoir constituant constitué, mais du ressort du titulaire de la souveraineté nationale, le pouvoir majoritaire, à savoir le peuple⁴⁷.

⁴³ M. HAURIOU, *PDC*, 1923, p. 296.

⁴⁴ M. HAURIOU, *PDC*, 1923, p. 298.

⁴⁵ M. HAURIOU, *PDC*, 1923, p. 298.

⁴⁶ M. HAURIOU, *PDC*, 1923, p. 318.

⁴⁷ M. HAURIOU, *PDC*, 1923, p. 281 : « Toute solution de continuité dans le droit applicable à la constitution de l'Etat ouvre donc une crise révolutionnaire parce qu'elle devient une crise de légitimité. Ce phénomène est à l'état endémique dans les Etats modernes et semble inséparable de la liberté moderne. Il suscite les observations suivantes : 1° *La fondation ou la révision des constitutions est souvent révolutionnaire dans la forme et elle l'est toujours dans le fond* [...] en ce sens qu'elle est opérée avec la participation de la souveraineté nationale, pouvoir majoritaire, et au nom de la liberté politique. Nous savons déjà, en effet, que tout ce qui est pouvoir majoritaire est révolutionnaire par rapport à la conception aristocratique et légitimiste de l'Etat qui n'admet que le pouvoir minoritaire ; la conception légitimiste, c'est l'Etat patricien et de droit divin ; l'Etat moderne, qui réalise un équilibre pratique de pouvoir minoritaire et de pouvoir majoritaire, d'action gouvernementale et de contrôle, n'est et ne sera jamais que *patricio-plébéen*, c'est-à-dire une combinaison pratique avantageuse pour la liberté, mais inférieure au point de vue

En excluant toute révolution constitutionnelle par la voie parlementaire, Hauriou se faisait ainsi le zélé non seulement d'une stabilité constitutionnelle, mais surtout d'une limitation de l'Etat puisqu'il devenait impossible que les pouvoirs législatif et exécutif pussent affranchir l'Etat de toute contrainte là où le pouvoir constituant constitué en était incapable.

Mais cette autolimitation de l'Etat n'était pas exclusive : une hétérolimitation la complétait, qui tenait à l'irréductibilité de la société à l'Etat, celui-ci n'étant que la plus puissante des institutions qui formait la société. On retrouve là le credo déjà formulé dans *La Science sociale traditionnelle* où Hauriou écrivait que son « principal objectif [était] de limiter l'Etat, de le situer dans la société, de montrer qu'il n'absorbe pas la société toute entière, qu'il se crée en dehors du tissu religieux et du tissu positif et qu'il aura à compter avec eux »⁴⁸.

La combinaison de ces souverainetés et de ces constitutions politiques et sociales ne pouvait qu'aboutir à ce que l'Etat moderne accompli, c'est-à-dire l'Etat démocratique et libéral, fût fragile, mais il s'approchait certainement, selon Hauriou, au plus près de l'idéal de justice.

B. Une théorie de l'Etat de justice

Hauriou ne caractérisait pas son idéal d'Etat par l'expression « Etat de justice ». Mais il ressort de ses écrits que l'Etat dans sa perfection devait devenir le garant de la Justice et ainsi dépasser la phase transitoire de l'Etat légal auquel risquait de se réduire, selon lui, la République parlementaire de son époque. Ne se contentant pas de l'égalité formelle, l'Etat devait assurer « *l'aequum et bonum*, c'est-à-dire une égalité ou, tout au moins, une proportionnalité entre les hommes dans la jouissance du bien » spirituel et matériel⁴⁹.

C'était sur le modèle des institutions du XVII^e siècle, de « l'âge classique », que Hauriou entendait reconstruire l'Etat du XX^e siècle. Si sous l'Ancien régime, il revenait au roi d'être le gardien des ordres, le représentant du « corps du royaume »⁵⁰ et la source de toute justice, au XX^e

des principes de la légitimité étatique. 2° *Cela signifie [aussi] que l'opération constituante fait appel au droit révolutionnaire, c'est-à-dire au droit d'autonomie de la liberté primitive* » (souligné par M. H.).

⁴⁸ M. HAURIOU, *La Science sociale traditionnelle*, *op. cit.*, p. 375.

⁴⁹ M. HAURIOU, *PDC*, 1929, p. 36.

⁵⁰ Sur la pensée politique du XVII^e siècle, cf. Jacques KRYNEN, « La représentation politique dans l'ancienne France », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 31-44.

siècle, ce rôle incombait à l'Etat. Fidèle à l'idée chrétienne d'un sens de l'histoire, Hauriou considérait même que l'Etat bourgeois « n'est pas un moment passager, un stade dans le développement social et politique de l'humanité ; c'est l'état définitif, l'aboutissement dernier, l'idéal réalisé », à condition qu'il correspondît à son idéal de justice puisé dans l'Ancien régime.

Mais cet attachement à la société d'ordres qui savait respecter les « hiérarchies sociales naturelles » ne conduisait pas Hauriou à condamner la démocratie. Tout au contraire, pour le doyen de Toulouse, la démocratie était certainement le régime le plus juste car elle permettait de « réaliser... la justice égalitaire par l'amélioration du sort du plus grand nombre »⁵¹, d'une part en associant le peuple au gouvernement et d'autre part en prenant à bras le corps la question sociale. Cependant, convaincu de la véracité de « cet axiome de dynamique sociale, *que ce que l'on gagne en justice sociale égalitaire, on le perd en énergie politique* »⁵², Hauriou reprenait, comme Aristote, l'idée des cycles de régime. Si l'Etat démocratique approchait au plus près l'Etat de justice, il risquait malgré tout de s'effondrer si les réformes législatives ou administratives contraignaient l'ordre social et politique⁵³. En effet, face aux législations républicaines en matière d'économie, de santé, d'aide aux démunis, aux mouvements syndicaux ou encore à la recomposition du personnel parlementaire qui accueillait dorénavant des prolétaires, Hauriou n'hésitait pas à écrire que « L'ordre social représente le minimum d'existence, et la justice sociale est un luxe dont, dans une certaine mesure, on peut se passer »⁵⁴. En effet, l'Etat de justice démocratique de Hauriou n'avait rien d'égalitariste. Comme Saint-Simon l'avait défendu dans ses *Mémoires* et à l'image de ce qu'enseignait la Lettre encyclique de Léon XIII du 15 mai 1891 *Rerum novarum*⁵⁵, il ne pouvait s'agir que d'un système poli-

litique dans l'ancienne France », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 31-44.

⁵¹ *PDC*, 1929, p. 142 et aussi dans son article « L'ordre social, la justice et le droit », *op. cit.*, p. 68-69.

⁵² *PDC*, 1929, p. 142-143.

⁵³ Il faut lire à cet égard le passage que HAURIOU consacrait au droit de vote des femmes. « Il convient en effet de noter l'extrême différence qui existe entre l'homme et la femme au point de vue social ; le même droit, étendu de l'un à l'autre, ne tarderait pas à produire des effets opposés ; ainsi qu'il arrive souvent, la dernière extension logique de cette grande force du suffrage serait le signal de son affaiblissement. » (*PDP*, 1916, p. 334).

⁵⁴ M. HAURIOU, « L'ordre social, la justice et le droit », *op. cit.*, p. 49.

⁵⁵ « Tous les citoyens sans exception doivent apporter leur part à la masse des biens communs qui, du reste, par un retour naturel, se répartissent de nouveau entre les individus. Néanmoins, les apports respectifs ne peuvent être ni les mêmes, ni d'égale mesu-

tique en conformité avec la « naturelle » hiérarchie sociale et politique entre les individus.

Dans de telles conditions, pour rendre à chacun son dû et sa place véritables dans le jeu politique, il fallait rompre avec le dogme républicain de la représentation. C'était la condition *sine qua non* de la restauration d'un Etat capable d'être équitable avec chacun, car affranchi de la contrainte d'agir par voie générale comme lui imposait le mythe de la loi. C'est pourquoi Hauriou n'eut de cesse de vilipender la théorie de la délégation défendue notamment par Adhémar Esmein. Les deux principes énoncés à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avaient fait l'objet, selon le professeur toulousain, de l'interprétation la plus contre-nature possible⁵⁶. En thomiste, il jugeait inepte d'en déduire que le pouvoir émanait du peuple et que celui-ci en délégait l'exercice aux députés. Le pouvoir existait en soi et les gouvernants l'exerçaient sans délégation. Ne pas admettre cette évidence, c'était s'écarter du très sain principe « qu'il faut contrôler le pouvoir exécutif sans le subalterner ». Il fallait corriger cette erreur du parti républicain radical⁵⁷ et comprendre qu'en « l'institution gouvernementale et en son personnel de fonctionnaires réside essentiellement l'autorité politique associée à la compétence, *pouvoir minoritaire*, et dans le personnel des hommes politiques, issus du suffrage, repose essentiellement le pouvoir de domination qui, sous le nom de souveraineté nationale, est *majoritaire* »⁵⁸. Dans ces conditions, « L'indépendance du pouvoir minoritaire du gouvernement doit, insistait Hauriou, demeurer la règle et la participation du pouvoir majoritaire doit être l'exception, ce qui conduit à penser que l'initiative des décisions à prendre [devait] demeurer au pouvoir minoritaire. Sans cette limitation nécessaire de la liberté politi-

re. Quelles que soient les vicissitudes par lesquelles les formes de gouvernement sont appelées à passer, *il y aura toujours entre les citoyens ces inégalités de conditions sans lesquelles une société ne peut ni exister, ni être conçue*. À tout prix, il faut des hommes qui gouvernent, qui fassent des lois, qui rendent la justice, qui enfin de conseil ou d'autorité administrent les affaires de la paix et les choses de la guerre. À n'en pas douter, ces hommes doivent avoir la prééminence dans toute société et y tenir le premier rang, puisqu'ils travaillent directement au bien commun et d'une manière si excellente. Ceux au contraire qui s'appliquent aux choses de l'industrie ne peuvent concourir à ce bien commun, ni dans la même mesure, ni par les mêmes voies. » (Nous soulignons).

⁵⁶ « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

⁵⁷ *PDC*, 1929, p. 173.

⁵⁸ *PDC*, 1929, p. 27.

que et si les initiatives passaient aux assemblées imprégnées de pouvoir majoritaire, l'Etat se dissoudrait vite »⁵⁹.

Ces conceptions conduisaient nécessairement à dévaloriser le suffrage universel. Le peuple n'étant plus à l'origine du pouvoir, la souveraineté nationale se réduisait pour Hauriou en une « souveraineté de sujétion »⁶⁰ : les citoyens étaient souverains dans la mesure où ils détenaient le pouvoir d'accorder leur assentiment ou leur confiance, c'est-à-dire dans la mesure où ils acceptaient d'être assujettis au pouvoir des gouvernants. Par souveraineté, il ne s'agit donc de question de détention du pouvoir. Hauriou opérait un véritable retournement des concepts ! C'est pourquoi il présentait le droit de vote avant tout comme une fonction et seulement accessoirement comme un droit, ce qui l'autorisait à le refuser aux indigents, dont la pauvreté démontrait leur incompétence politique et surtout constituait un risque pour une juste répartition des richesses par l'Etat⁶¹. De plus, si le pouvoir électoral participait *in fine* au gouvernement, c'était nécessairement à la marge puisqu'il formait le pouvoir majoritaire par excellence et qu'il ne pouvait aucunement être identifié à la Nation⁶².

Pour compléter son schéma institutionnel, Hauriou proposa une nouvelle conception de la représentation qui ne passait plus par l'élection, mais par la compétence et la capacité à œuvrer pour la justice. La représentation n'avait plus de lien avec une quelconque forme de délégation de compétences. Hauriou concevait la représentation comme l'action pour

⁵⁹ PDC, 1929, p. 137.

⁶⁰ PDC, 1929, p. 89-90.

⁶¹ Cf. M. HAURIOU, note sous CE 19 février 1909, *Elections d'Ille-sur-Tet*, Sirey 1909.III.33 : « Le problème de l'incompatibilité entre la situation d'assisté et l'exercice des droits politiques est à examiner dans toute son étendue, et il n'y a pas à faire de fausse sentimentalité ; c'est un problème d'équilibre politique. Il s'agit de savoir si l'on veut conserver le centre de gravité du pouvoir politique dans la classe qui paye les impôts et qui fournit l'assistance, ou si, par imprévoyance, on le laissera passer dans la catégorie de ceux qui ne payent pas d'impôts et qui sont assistés ». De façon générale, Hauriou ne cherchait pas à cacher le hiatus entre le peuple et le gouvernement. Pour Hauriou, l'électorat ne pouvait être considéré comme un droit public subjectif car les affaires publiques n'étaient pas du ressort du peuple, autrement que par l'approbation tacite (PDP, 1916, p. 618 et PDC, 1929, p. 351). C'est pourquoi il se prononçait en faveur de la privation d'exercice du droit de vote (*Précis de droit administratif*, 3^e édition, note 3, p. 337) pour les indigents assistés, les personnes ne sachant ni lire ni écrire, ceux qui sont au service d'autrui – dernière catégorie dont les limites pouvaient être très larges.

⁶² HAURIOU érigeait le corps électoral en organe représentatif de la Nation (PDP, 1916, p. 647 *sq.*). Mais c'était pour mieux en dissocier le corps électoral. En effet, « le corps électoral est fatalement destiné à se séparer du peuple et à n'être qu'un représentant du peuple, au même titre que le parlement » (PDP, 1916, p. 650).

une institution⁶³. C'était l'organisation du groupe — parce qu'elle structurait un ensemble d'individus — qui fondait la représentation. La représentation n'avait donc pas pour but, dans la théorie de Hauriou, de « rendre visible » le pouvoir, comme le défendit plus tard Carl Schmitt⁶⁴. Et surtout, il ne pouvait être question de lien entre le corps organisé et le représentant, sauf à retomber dans les travers de la délégation. Le pouvoir existant en vertu de l'ordre divin et le gouvernant l'exerçant au nom du groupe, pour officiellement en satisfaire les intérêts, il en était le représentant et détenait les pouvoirs nécessaires pour ce faire, nés de l'organisation elle-même⁶⁵. Et comme le représentant était celui qui agissait pour l'institution, naturellement il revenait au pouvoir minoritaire, à l'exécutif dans l'Etat, d'être le représentant de l'Etat et de la Nation. D'où sa place éminente dans la hiérarchie des pouvoirs⁶⁶.

Ainsi restauré dans son autorité et son autonomie, l'exécutif dans l'Etat pouvait assumer les missions de justice du Roi de l'Ancien régime, notamment parce que ses actes individuels étaient les actes les plus à même de rendre à chacun son dû. En effet, à rebours du dogme de 1789 de l'égalité par la généralité, Hauriou affirmait que les règles générales

⁶³ Cf. Bernard DENNI, « Représenter : gouverner au nom du peuple ? La contribution de Maurice Hauriou à l'analyse de la relation gouvernants-gouvernés », pp. 73-87 in François d'ARCY, *La Représentation*, Paris, Economica, 1985. Malgré ce que prétend B. DENNI, selon Hauriou, « le consentement des gouvernés » n'est pas la justification du pouvoir de commander ; il est la condition de la viabilité de ce pouvoir. C'est pourquoi le consentement des gouvernés n'était pas seulement passif, même si le peuple est « éminemment passif » et renfermait une force : le « pouvoir de sujétion » selon l'expression de Hauriou. D'où la concurrence des souverainetés.

⁶⁴ Sur ce point, cf. Olivier BEAUD, « “Repräsentation” et “Stellvertretung” : sur une distinction de Carl SCHMITT », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 11-20.

⁶⁵ Un parallèle est possible entre HAURIOU et HOBbes car pour ce dernier, comme l'explique Lucien JAUME, « le Représentant ne transmet rien, ne reflète rien, a fortiori n'exécute rien par rapport à des volontés antérieures. Il a véritablement carte blanche, et c'est en quoi ce Représentant est aussi un Souverain ». D'où l'impossibilité d'associer le représentant au mandataire. Cf. Lucien JAUME, « Légitimité et représentation sous la Restauration : l'impact du jacobinisme », *Droits*, 1987, n° 6, pp. 57-67, spéc. 59.

⁶⁶ Selon HAURIOU (*PDC*, 1929, p. 352), « On voit aussi la hiérarchie normale des trois pouvoirs : d'abord, les deux pouvoirs de décision, qui sont l'exécutif et le délibérant, doivent passer avant le pouvoir de suffrage, qui n'est que d'assentiment, parce qu'au point de vue du degré d'importance des opérations de volonté, la décision passe avant l'assentiment. Ensuite, entre les deux pouvoirs de décision, le pouvoir exécutif ou de décision exécutoire doit passer avant le pouvoir délibérant, car une décision exécutoire par elle-même a quelque chose de plus qu'une décision, même délibérée et obligatoire, qui n'est pas exécutoire par elle-même (étant donné qu'il est de l'essence d'une décision d'être exécutoire, le premier des pouvoirs est celui qui a la vertu de rendre exécutoires les décisions) ».

constituaient avant tout des instruments de l'ordre social et les actes individuels ceux de la justice⁶⁷. Et le rapprochement avec la figure du roi justicier était d'autant plus assumé que Hauriou estimait qu'il n'y avait pas foncièrement de différence de nature entre les actes administratifs et les actes judiciaires : l'acte administratif était tout autant un acte de justice que l'acte judiciaire⁶⁸.

L'Etat que Hauriou voulait dominé par l'exécutif était donc, par cette seule primauté, un Etat de justice. Mais cette dimension se trouvait renforcée par l'importance que le doyen de Toulouse accordait au juge. En effet, parce que « organisation corporative et organisation représentative, c'est même chose, dès que l'organisation corporative est poussée à son point de perfection, c'est-à-dire que tout organe [devait] être un représentant »⁶⁹, le juge étant un fonctionnaire de l'Etat, il était *de facto* doublement un représentant : un représentant de l'Etat et un représentant de la Constitution sociale. Il n'avait pas besoin d'être élu ; sa compétence technique, son statut et ses missions l'érigeaient en gestionnaire d'affaires du peuple et en « organe vivant de la souveraineté de la Constitution »⁷⁰. Par sa capacité à représenter les intérêts⁷¹ de l'Etat, de la so-

⁶⁷ M. HAURIOU, « L'ordre social, la justice et le droit », *op. cit.*, p. 50 : « La justice ne se réalise vraiment que par des décisions particulières, en des cas d'espèce ; peu de règles générales sont complètement justes, parce qu'elles traitent de même des espèces trop différentes ; pour les ramener à la solution juste, il faut la sentence d'un juge adaptant la règle à l'espèce. Les règles générales, et par conséquent les lois, sont instruments d'ordre social plutôt que de justice. »

⁶⁸ « En réalité, c'est le pouvoir exécutif qui assume cette fonction [juridictionnelle], tout en prenant grand soin de séparer les pouvoirs ou les autorités... Mais... l'autorité administrative et la judiciaire sont deux branches d'un même pouvoir de volonté. Au point de vue opération de la volonté, il n'y a point de différence appréciable entre une décision exécutoire administrative et une décision juridictionnelle. Des deux côtés, c'est une décision particulière intervenant sur une question litigieuse pour discerner et déclarer le droit, avec effet exécutoire... avec cette différence que, dans la décision administrative, il y a *affirmation par l'intéressé*, tandis que, dans la décision juridictionnelle, il y a *constatation par un tiers*... mais c'est la différence entre la justice publique et la justice privée. Or, la justice privée, quoique moins évoluée que la justice publique, est déjà cependant une forme de justice et la décision exécutoire, qui est le début d'une voie d'exécution privée, est déjà une forme de jugement ». C'est pourquoi, considérait Hauriou, la juridiction ministérielle était finalement légitime (*PDC*, 1929, p. 380-381).

⁶⁹ *PDP*, 1916, p. 646.

⁷⁰ *PDP*, 1916, p. 645.

⁷¹ Selon HAURIOU, « Un représentant n'est pas nécessairement un délégué ni un mandataire. On peut se porter spontanément représentant de quelqu'un, par gestion d'affaires, et, alors, on représente avec autonomie, on trouve en soi-même l'autorité avec laquelle on représente » (*PDP*, p. 652-653).

ciété et des individus, le juge (comme tout organe administratif⁷²) devenait représentatif et il ne pouvait pas être opposé à la démocratie (telle que Hauriou l'entendait, comme gouvernement *de et par* la confiance ou de l'assentiment passif du peuple). Dès lors, non seulement il pouvait légitimement contrôler la conformité des lois aux constitutions politique et sociale mais il devait le faire par ses sentences individuelles pour réintroduire de l'équité, de la justice, là où la loi était impersonnelle et donc injuste. Dans de telles conditions, on comprend que l'organisation des pouvoirs au sein de l'Etat ne pouvait être que très différente de celle défendue par les avocats de la République parlementaire de la III^e République radicale.

II. Les organes de l'Etat

La « mécanique constitutionnelle » proposée par Maurice Hauriou était en étroit rapport avec sa conception générale du droit constitutionnel. L'organisation constitutionnelle devait préserver et l'ordre et la liberté, en conciliant le principe d'autorité et le principe démocratique. Il s'agissait pour lui de développer et de soutenir « l'édifice du gouvernement représentatif moderne, qui est un gouvernement par la confiance, [...] construit de façon à faire commanditer le pouvoir minoritaire par le majoritaire ». La solution consistait que « le cabinet [fût] commandité par la majorité parlementaire, celle-ci à son tour [étant] commanditée par la majorité électorale, ce qui [était] conforme à la maxime de Sieyès : "L'autorité vient d'en haut, la confiance vient d'en bas" »⁷³. C'est pourquoi Hauriou n'avait foi que dans le régime parlementaire, mais dans lequel dominait l'exécutif, garant de l'action et de l'unité de l'Etat. Et c'est dans cette perspective opposée à celle d'Adhémar Esmein, de Ferdinand Larnaude, de Henri Berthélémy et d'Ernest Chavegrin, qu'il relut toutes les dispositions des lois constitutionnelles de 1875. Ainsi s'expliquent tous ses efforts dans son *Précis de droit constitutionnel* pour convaincre que si la III^e République ne s'était pas écroulée, elle ne le devait pas à la souveraineté du parlement, mais bien à la primauté de l'exécutif (A). Parce que sa démarche fut relayée par certains de ses collègues comme Félix Moreau, et de ses disciples, qu'elle correspondait à un certain état d'esprit d'une partie de la classe politique⁷⁴ et à la jurisprudence du Conseil d'Etat⁷⁵, elle devint prophétique... tout au moins en France

⁷² *PDP*, 1916, p. 646.

⁷³ *PDC*, 1929, p. 365.

⁷⁴ Cf. Jean GICQUEL et Lucien SFEZ, *Problèmes de la réforme de l'Etat en France depuis 1934*, Paris, Presses universitaires de France, 1965.

après l'adoption de la Constitution du 4 octobre 1958 et sa mise en œuvre très favorable au chef de l'Etat ⁷⁶.

L'entreprise de Hauriou de redistribution du pouvoir au sein des institutions de la République ne s'arrêtait pas là : son idéal d'Etat de justice le conduisait évidemment à restaurer toute l'autorité du juge, à ses yeux pleinement légitime à contrôler tous les actes de l'Etat et donc la loi. Parce que Hauriou avait dissocié représentation et élection d'une part et constitution politique et constitution sociale de l'autre, il prétendait que le contrôle de constitutionnalité des lois était conforme aux exigences démocratiques. C'était là l'aboutissement de sa reconstruction de la République libérale telle qu'il l'espérait (B).

A. Un régime parlementaire modéré

Maurice Hauriou s'opposait à la souveraineté parlementaire, mais il était un fervent adepte du régime parlementaire car « l'histoire constitutionnelle [avait] prouv[é] que la France n'a trouvé la paix politique que sous le régime parlementaire » ⁷⁷. Il ne pouvait s'agir d'un hasard. Hauriou y voyait même la confirmation de son analyse organiciste de l'Etat. Le régime parlementaire se révélait non seulement le régime le mieux adapté à la France, mais il apparaissait comme le seul compatible avec l'Etat moderne, parce que le plus apte à conférer l'élément moral au corpus étatique tout en poursuivant un but libéral ⁷⁸. Il apparaissait comme la réalisation d'une séparation souple des pouvoirs, c'est-à-dire la seule « qui réalise un système lié et équilibré de pouvoirs dont le jeu constitue, pour le gouvernement de l'Etat, une vie intérieure continue et suivie, en même temps

⁷⁵ Cf. Norbert FOULQUIER, « La question de l'antiparlementarisme du Conseil d'Etat », intervention aux journées organisées par l'Institut Michel Villey, les 24 juin et 1^{er} juillet 2005 consacrées à *La V^e République : des institutions libérales ?*, à paraître dans la revue *Droits*.

⁷⁶ Sur le travail de légitimation par les universitaires de la mise en pratique gaullienne de la Constitution de 1958, cf. Bastien FRANÇOIS, *Naissance d'une constitution. La Cinquième République. 1958-1962*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996.

⁷⁷ M. HAURIOU, « La liberté politique... », *op. cit.*, p. 334 et *PDC*, 1929, p. 345.

⁷⁸ En effet, l'Etat était un corpus doté d'une nature morale, ce qui résultait d'un « progrès [qui passe] par l'organisation formelle de la responsabilité politique des organes du gouvernement envers les membres du groupe. La responsabilité est le grand phénomène moral parce qu'elle est la contrepartie pratique de la liberté ; le jeu des responsabilités, à l'intérieur d'un corps constitué comme l'Etat, est évidemment ce qui peut le mieux conférer à ce corps le caractère moral nécessaire pour le transformer en une personne morale parfaite » (« La liberté politique..., *op. cit.*, p. 333).

qu'une garantie pour la liberté »⁷⁹. Le parlementarisme permettait la collaboration des pouvoirs que commandait la nature corporative de l'Etat. Celui-ci étant une personne morale, donc « douée de volonté », seule l'analyse psychologique expliquait donc la séparation des pouvoirs et leur organisation. La volonté étatique étant une, la séparation des pouvoirs ne pouvait se comprendre que comme l'organisation de différentes étapes de l'élaboration de cette unique volonté et non comme la production de différentes volontés au sein de l'Etat. L'expression de la volonté étatique constituait donc une opération complexe. « C'est ainsi, par exemple, qu'une loi sera l'acte complexe du pouvoir délibérant qui aura délibéré la loi, et du pouvoir exécutif qui aura décrété sa promulgation, outre qu'elle sera déjà l'acte complexe des deux délibérations concordantes de la Chambre des députés et du Sénat, organes séparés du même pouvoir délibérant »⁸⁰. Cependant, le parlementarisme défendu par Hauriou ne pouvait être que modéré. Il devait garantir la hiérarchisation qui n'excluait pas une collaboration des trois pouvoirs, le pouvoir exécutif, le premier car d'action, le pouvoir législatif réduit à n'être que de délibération et celui de suffrage, c'est-à-dire celui du peuple cantonné en principe au rôle passif du consentement⁸¹. Mais son souci de lutter contre la souveraineté parlementaire le conduisit cependant à proposer que l'exécutif pût faire appel au peuple pour trancher ses conflits avec le Parlement. Ainsi, le parlementarisme de Hauriou était doublement limité par la primauté de l'exécutif et le pouvoir du peuple.

⁷⁹ *PDC*, 1929, p. 356 (souligné par M. H.). La séparation rigide des pouvoirs rendait impossible la continuité de la vie organique de l'Etat. A ce propos, il est intéressant de noter qu'au mot séparation, Hauriou préférait celui de collaboration. Par ailleurs, il est assez étonnant que Hauriou prétendit que la séparation rigide existait aux Etats-Unis (*PDC*, 1929, p. 355-356 et 359) et qu'il ne fut pas attentif au parlementarisme de couloir qui s'y développait (*PDC*, 1929, p. 348). Il en aurait probablement tiré argument pour affirmer la validité universelle de sa thèse.

⁸⁰ *PDC*, 1929, p. 348 et 349.

⁸¹ « Le pouvoir dit *exécutif* correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la *décision exécutoire*, c'est-à-dire à l'opération qui décide le *passage à l'exécution* d'un projet de résolution. Le pouvoir dit *législatif*, et que nous appellerons *délibérant*, correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la *délibération*, c'est-à-dire à l'opération qui consiste en la *rédaction après discussion et délibération, d'un projet de résolution* qui devient *obligatoire* [...] Enfin, le pouvoir dit de *suffrage* correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle l'*assentiment*, c'est-à-dire à cette opération qui consiste à *accepter ou à ne pas accepter une proposition faite ou une décision prise par un autre pouvoir*. L'élection est une des fonctions de ce pouvoir dans laquelle il donne son assentiment à une candidature ; le *referendum* est une autre de ses fonctions dans laquelle il donne son assentiment à une loi votée par la législature ; on peut l'appeler *pouvoir de suffrage*, à la condition de conserver au mot suffrage son sens primitif qui est *celui d'assentiment et de confiance*, car l'assentiment repose essentiellement sur la confiance ». (*PDC*, 1929, p. 351-352, souligné par M. H.).

1. Un parlementarisme dominé par l'exécutif

Le pouvoir minoritaire étant le premier des pouvoirs et celui revenant à l'exécutif, il coulait de source pour Hauriou que « l'oligarchie parlementaire »⁸² était irrecevable. Certes, le parlementarisme appelait une collaboration des pouvoirs, mais elle impliquait selon lui la supériorité de l'exécutif sur le législatif. L'histoire confirmait la primauté de l'exécutif car à défaut de séparation des pouvoirs, c'était le pouvoir exécutif qui les concentrait, affirmait Hauriou⁸³. D'où « deux conséquences importantes : 1° dans la fonction de gouvernement, l'initiative, la direction et la responsabilité doivent toujours appartenir au pouvoir exécutif ; 2° en outre, le pouvoir exécutif doit assumer la fonction de chef de l'Etat, c'est-à-dire représenter l'unité de l'Etat ».

Conséquemment à sa conception organiciste de l'Etat, Hauriou assénait que l'Etat devait comme tout corps être doté d'une tête unique et il ne pouvait s'agir que de l'exécutif car ce n'était pas la raison qui importait, comme le prétendaient les républicains radicaux, mais l'action.

Dès lors, écrivait Hauriou, la « place du pouvoir délibérant dans l'Etat... est à la fois éminente et secondaire. Elle est éminente... à raison de la qualité de ce qui est délibéré ; [mais poursuivait Hauriou] elle est secondaire parce que l'opération de délibération est un médiocre procédé de gouvernement »⁸⁴ car « gouverner c'est agir, et non pas délibérer » et peu importait du point de vue du gouvernement que le droit produit par le pouvoir délibérant fût de meilleure qualité, notamment démocratique. Cette volonté de renforcer l'Exécutif explique que Hauriou ne s'arrêta pas à la lettre des lois constitutionnelles de 1875. En effet, selon le doyen de la Faculté de droit de Toulouse, « Le pouvoir exécutif est détenu en commun par le président de la République et le conseil des ministres, le président de la République possédant au point de vue juridique les attributions exécutives, et ces attributions étant exercées, dans la réalité du pouvoir, par les ministres, le conseil des ministres et le président du conseil ». Hauriou n'hésitait pas à aller plus loin en affirmant que le « chef de l'Etat, ce n'[était] pas le président de la République seul, c'est le président complété et, pourrait-on dire, contresigné par ses ministres »⁸⁵.

⁸² *PDC*, 1929, p. 346.

⁸³ *PDC*, 1929, p. 361 et 385.

⁸⁴ *PDC*, 1929, p. 473.

Ce renforcement du pouvoir exécutif visait à dévaloriser le Parlement et à briser sa revendication à la souveraineté. Pour cela, Hauriou en venait non seulement à contester la fonction du Parlement de représentant de la Nation, mais aussi il refusait de définir le pouvoir législatif par sa fonction, à savoir adopter la loi. Certes, il affirmait qu'une telle définition eût subordonné le Parlement à sa fonction. En réalité, il entendait par là en saper l'autorité puisqu'il lui déniait le rôle fondamental d'être l'expression de la volonté générale⁸⁶. La réduction du pouvoir législatif au statut de pouvoir délibérant faisait du Parlement un lieu de bavardages, parfois utiles, jamais indispensables et où la Raison faisait souvent défaut⁸⁷. Dès lors, le Parlement ne pouvait plus prétendre être le centre de la vie politique et il fallait en « rationaliser » le fonctionnement⁸⁸, c'est-à-dire limiter les contraintes qu'il pouvait faire peser sur l'exécutif⁸⁹.

Toujours à la recherche de l'équilibre, source d'unité, Hauriou n'oubliait pas que dans le régime parlementaire, « le pouvoir exécutif ne [devait] cependant gouverner qu'avec la confiance du pouvoir législatif, maintenue d'une façon formelle par le jeu de la responsabilité politique ». Dans le même esprit, il ne faisait pas de doute que sauf circonstances exceptionnelles⁹⁰, le pouvoir exécutif devait appliquer la loi. De ce point de vue, par un jeu de balancement, l'exécutif pouvait paraître dominé par le législateur. Mais, précisait Hauriou, c'était là un point de vue strictement juridique et non politique. Autrement dit, si le principe

⁸⁵ *PDC*, 1929, p. 387 et 388.

⁸⁶ Ainsi, le Parlement ne pouvait plus arguer de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui dispose que « La loi est l'expression de la volonté générale ».

⁸⁷ *PDC*, 1929, p. 349. Dans de telles conditions, Hauriou s'écartait loin de la conception du parlementarisme qui régnait à cette époque dans les assemblées et que Nicolas ROUSSELIER a résumée par la formule suivante « Parler avant d'agir, parler pour agir » (*Le Parlement de l'éloquence. La Souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande Guerre*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997, spéc. p. 9.)

⁸⁸ *PDC*, 1929, p. 360.

⁸⁹ Ce souci explique que Hauriou défendait la dualité des organes exécutifs. Pour lui, « Il n'[était] pas dans la logique du gouvernement parlementaire que le chef de l'Etat dépende dans une mesure quelconque du Parlement » sinon il ne pouvait pas assurer sa mission de garantie de l'unité de l'Etat. Son élection par le Parlement était donc une « anomalie » (*PDC*, 1929, p. 361). Ce dualisme de l'exécutif offrait l'avantage, selon HAURIOU, de permettre au Président de la République de surveiller le Premier ministre voire de le révoquer (*PDC*, 1929, p. 369). Ainsi, préparant la conception gaullienne du chef de l'Etat, Hauriou assurait l'unité de l'Etat et palliait l'insuffisance du contrôle du Parlement, trop souvent intermittent, sur l'exécutif (*PDC*, 1929, p. 364).

⁹⁰ Cf. la note de HAURIOU sous l'arrêt CE 28 juin 1918, *Heyriès*, *Sirey* 1922.III.49

de la légalité conférait une certaine autorité du Parlement sur l'exécutif, il fallait surtout y voir la marque de la collaboration des pouvoirs et cette autorité ne valait que sur le plan du droit positif. Dès lors qu'il en allait de la représentation de l'Etat, de son unité et de l'initiative dans l'œuvre politique, l'exécutif reprenait le dessus⁹¹ car, selon Hauriou, « la place des pouvoirs dans l'Etat se règle dans le plan politique et non dans le plan juridique »⁹². Ainsi, le régime parlementaire reposait pour le doyen de Toulouse sur un « équilibre par la domination » de l'exécutif⁹³. Il ne pouvait être question de souveraineté parlementaire.

2. Un parlementarisme corrigé par le pouvoir du peuple

Que Hauriou proposa de corriger le parlementarisme par l'appel au peuple peut surprendre tant il se montrait méfiant vis-à-vis du suffrage universel. Mais il s'agissait pour lui d'un des moyens d'empêcher la souveraineté parlementaire de s'affermir. C'est pourquoi, avec prudence (par peur de l'incompétence du peuple), il proposait l'introduction du référendum en France⁹⁴. Contre les tenants du régime exclusivement représentatif et parlementaire, Hauriou y voyait un perfectionnement du régime vers le gouvernement semi-direct et une avancée vers un système plus démocratique. Mais surtout, c'est l'usage de la dissolution qu'il souhaitait voir restauré, car le « pouvoir redoutable » du Parlement de renverser les ministères devait « être accompagné d'une responsabilité »⁹⁵. Hauriou ne semblait pas se faire beaucoup d'illusions quant à une restauration de cette prérogative gouvernementale. Mais il ne cessa de défendre le droit de dissolution car il le considérait comme un gage d'équilibre et de bonne santé du parlementarisme⁹⁶.

Cependant, Hauriou ne contrebalançait pas le parlementarisme par le seul appel au peuple. En effet, non seulement, comme nous l'avons vu, il faisait du pouvoir électoral un pouvoir de gouvernement en puissance,

⁹¹ *PDC*, 1929, p. 383-384.

⁹² *PDC*, 1929, p. 473.

⁹³ *PDC*, 1929, p. 370.

⁹⁴ *PDC*, 1929, p. 550-552.

⁹⁵ *PDC*, 1929, p. 459.

⁹⁶ *PDC*, 1929, p. 350 : « Cela est devenu très évident dans les pays où les lois sont soumises au *referendum* populaire [...] Le pouvoir de suffrage participe même au jeu politique du gouvernement parlementaire, il est un des éléments de son équilibre ; il est des conflits entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif que les électeurs seuls peuvent trancher ; c'est à quoi sert la dissolution de la Chambre des députés ».

mais surtout il plaçait le pouvoir de suffrage du côté du pouvoir exécutif. Celui-ci « nou[ait] avec le pouvoir de suffrage une alliance directe qui fai[sait] équilibre au pouvoir du Parlement »⁹⁷. Dans de telles conditions, la majorité parlementaire devenait des plus illégitimes à revendiquer une quelconque primauté dans les institutions. Pas nécessairement représentatif de la Nation, concurrencé par l'exécutif dans ses alliances avec le peuple, le Parlement ne pouvait plus être l'organe principal de la République, ni sa loi une norme que l'exécutif devait révéler constamment. Dès lors, la voie s'ouvrait pour reconstruire l'Etat autour du binôme exécutif-juge.

B. Un régime sous la tutelle du juge

A la différence de Montesquieu, Hauriou ne comprenait pas le pouvoir juridictionnel dans la trilogie des pouvoirs. Conscient de l'autorité de Montesquieu parmi ses confrères et la classe politique, le doyen de Toulouse devait justifier une telle rupture. Selon lui, la sacralisation, depuis 1789, de la trilogie du baron de la Brède occultait un fait historique essentiel : cette classification n'avait rien d'absolu, elle n'était que le reflet du contexte de l'Ancien régime pendant lequel le juge exerçait un véritable pouvoir politique⁹⁸. La sociologie et l'histoire enseignaient qu'il fallait adapter l'idée de séparation des pouvoirs à la situation du XX^e siècle au cours duquel le juge était censé ne plus disposer d'aucune prérogative politique. Mais bien loin de dévaloriser le pouvoir juridictionnel, Hauriou entendait ainsi lui assurer une plus grande autonomie. Ainsi visait-il à légitimer le contrôle de constitutionnalité des lois par les juges

⁹⁷ Le paragraphe mérite d'être reproduit tant il est significatif du projet de Hauriou d'encadrer la puissance parlementaire. « On ne comprend pas grand'chose à l'équilibre de notre régime politique quand on ne réfléchit pas à l'énorme pouvoir que confère au gouvernement, vis-à-vis du Parlement, le fait que c'est le pouvoir exécutif qui préside aux élections. A raison de cette compétence électorale, il noue avec le pouvoir de suffrage une alliance directe qui fait équilibre au pouvoir du Parlement. Dans une large mesure, les élections législatives dépendent des préfets autour desquels sont groupés les gros électeurs et, si le ministre de l'Intérieur tient les préfets dans sa main, elles dépendent du ministre de l'Intérieur. De telle sorte que, si le gouvernement dépend du Parlement par le contrôle, en revanche le Parlement dépend du gouvernement par la réélection. Cet équilibre global se décompose d'ailleurs en des équilibres locaux réalisés en chaque préfecture. Le préfet est le grand agent électoral ; il tient, par les mille ficelles administratives, les gros électeurs et les personnages influents ; les élections se préparent dans le groupe formé par le préfet et les hommes politiques du département [...]. Déjà donc, avec le régime représentatif et parlementaire, l'alliance directe du pouvoir exécutif et du corps électoral balance singulièrement l'influence du Parlement ; que serait-ce avec un régime semi-direct, c'est-à-dire avec l'institution du *referendum* ou seulement avec la nomination du Président de la République par le peuple ? On doit sentir qu'il y a là une force qui n'a pas été jusqu'ici consciemment utilisée » (souligné par M. H., *PDC*, p. 462).

⁹⁸ *PDC*, 1929, p. 350.

ordinaires, tout en échappant aux questions de la compatibilité de ce contrôle avec la démocratie, le système représentatif et la souveraineté nationale. Et c'est parce que le juge civil – le juge administratif empruntait la même voie, mais restait marqué par sa fonction politique⁹⁹ – était avant tout le garant de la constitution sociale et non pas de la constitution politique qu'il était étranger à la séparation des pouvoirs, telle que Hauriou l'entendait.

Selon l'auteur des *Principes de droit public*, « le pouvoir juridictionnel [était] en dehors des luttes politiques »¹⁰⁰. « Le pouvoir de juridiction n'[était donc] pas un pouvoir politique »¹⁰¹ ; il constituait « le type essentiel d'un pouvoir purement juridique, il [était] exclusivement pour la déclaration de ce qui est conforme au droit positif »¹⁰². En effet, aux dires de notre auteur, « Un pouvoir politique n'est pas seulement un pouvoir de domination sur les sujets, c'est un pouvoir engagé dans la lutte qui s'établit entre les pouvoirs publics pour la suprématie finale »¹⁰³. Dès lors, l'eût-il voulu que le juge ne pouvait pas participer à la joute politique car « il n'a pas, selon le critérium de Montesquieu, “le pouvoir d'empêcher” (livre XI, chap. VI, *Esprit des lois*) ; le pouvoir législatif peut arrêter l'exécutif dans sa marche, l'exécutif a des moyens d'arrêter le législatif, le Sénat peut arrêter la Chambre ou la Chambre le Sénat, le juge ne peut arrêter le mouvement ni de l'exécutif, ni du Parlement, ni d'aucun rouage du Gouvernement ». N'étant pas titulaire du pouvoir normatif, incapable de toute initiative : « ni par ses interventions, ni par ses abstentions, [le juge] n'a prise sur [les pouvoirs politiques] »¹⁰⁴.

Il est vrai que Hauriou faisait participer le juge à l'exercice de la souveraineté. C'était même un des titres de légitimité des juridictions. Mais s'il participait de la souveraineté, il ne s'agissait pas de la souveraineté politique, mais de la « souveraineté juridique »¹⁰⁵, c'est-à-dire « du règne de la loi établie » et non de la loi à établir qui relevait, selon Hauriou, de la souveraineté politique¹⁰⁶. Autrement dit, Hauriou grandissait la fonction juridictionnelle en la dépolitisant, comme il avait dépolitisé la Constitu-

⁹⁹ *PDP*, 1916, p. 38.

¹⁰⁰ *PDP*, 1916, p. 37.

¹⁰¹ *PDP*, 1916, p. 36.

¹⁰² *PDP*, 1916, p. 36.

¹⁰³ *PDP*, 1916, p. 37.

¹⁰⁴ *PDP*, 1916, p. 37.

¹⁰⁵ *PDP*, 1916, p. 36.

¹⁰⁶ *PDP*, 1916, p. 643.

tion sociale et la liberté individuelle. Les deux allaient de pair et servaient la figure du juge. Celui-ci se trouvait du côté de la société, de la vie privée, du droit commun et non de la politique. Et parce qu'il formait un élément de la « société civile » et de son mouvement de vie naturelle, il pouvait en faire prévaloir les règles de fond sur les actes politiques, toujours un peu politiques. Juge de la nature des choses, il pouvait contrôler la constitutionnalité de la loi et de tous les actes de volonté politique. C'est pourquoi Hauriou insistait sur le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois ne devait pas se faire seulement au regard de la Constitution politique (à savoir des lois constitutionnelles de 1875), mais aussi de la Constitution sociale.

C'est en cela que ce mécanisme offrait une garantie de la vie privée des citoyens¹⁰⁷ puisque cette Constitution sociale renfermait la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹⁰⁸. De plus, par ce contrôle, Hauriou espérait redonner à la coutume toute la place qui lui revenait, partie méconnue par le légicentrisme, mais fondamentale du droit positif, bénéficiant sur la loi ordinaire de l'assentiment de la population¹⁰⁹. Et d'une certaine façon, parce que le juge, cet organe de la société civile, se faisait le garant de la coutume, de cet acte « naturellement démocratique », sa légitimité à contrôler les lois parlementaires n'en pouvait être que plus assurée, quitte ce faisant, à quasiment « épurer » la démocratie de toute participation *active* des citoyens à la détermination des règles de droit.

C'est peut-être pourquoi le doyen de Toulouse insista tant sur la compatibilité de sa conception de la juridiction et de la démocratie. C'était là le moyen de mieux l'asseoir, de la rendre plus légitime face au suffrage universel et surtout de reconstituer l'unité de la société qu'il avait altérée par sa distinction de la constitution politique et de la constitution sociale. En effet, selon notre auteur, « La juridiction est une forme de la Souveraineté du peuple et non pas un pouvoir de gouvernement ». Plusieurs preuves le confirmaient : depuis l'abandon de la justice « retenue » entre les mains du chef de l'Etat, celle-ci était rendue « au nom du peuple français », l'existence du jury criminel en étant une illustration très forte. Enfin, Hauriou invoquait l'inamovibilité des juges et leur défaut de pouvoir réglementaire. Par nature, le juge ne pouvait pas gouverner, car

¹⁰⁷ *PDC*, 1929, p. 612.

¹⁰⁸ Ce qui ne signifiait pas que la Déclaration était directement invocable par les individus car il s'agissait d'une institution juridique objective (*PDC*, 1929, p. 631). Hauriou renvoyait à la loi le soin d'organiser les droits contenus dans la Déclaration. Cette construction posait cependant un problème d'effectivité du contrôle de constitutionnalité car Hauriou n'expliquait pas à quel titre les individus pouvaient invoquer la Constitution.

¹⁰⁹ *PDC*, 1929, p. 619.

gouverner consistait à *agir spontanément* pour préserver l'unité *politique* de l'Etat.

Par cette présentation de la fonction juridictionnelle, Hauriou pouvait surprendre tant il s'écartait de sa démarche sociologique. Il faisait alors étonnamment confiance aux vertus de l'inamovibilité des juges et aux textes écrits, comme l'article 5 du Code civil ¹¹⁰ bien qu'il connût le pouvoir normatif du juge administratif et l'audace de la Cour de cassation qui avait créé en 1896 de toutes pièces la responsabilité sans faute du fait des choses par une extrapolation de premier alinéa de l'article 1384 ¹¹¹.

En réalité, toutes ces concessions à sa démarche habituelle n'avaient d'autre but que de justifier l'autorité du juge sur le pouvoir politique et en particulier le pouvoir législatif. En effet, l'inamovibilité du juge était, selon Hauriou, « le détail d'organisation intérieure de l'Etat qui, objectivement et automatiquement, assure la soumission du pouvoir politique au droit positif : c'est la séparation de la souveraineté politique, laquelle crée le droit, et de la souveraineté juridique, laquelle, avec l'aide du juge, assujettit au droit créé, c'est-à-dire au droit positif, le pouvoir politique en même temps que les sujets. Et, dans les Etats constitutionnels où l'état (*sic*) de droit est complètement réalisé, le pouvoir législatif lui-même est soumis au droit positif, par le mécanisme des constitutions écrites et de l'inconstitutionnalité des lois ordinaires que le juge déclare être contraires à la constitution » ¹¹². « On comprend maintenant, poursuivait Hauriou, l'importance constitutionnelle d'une bonne et forte organisation du pouvoir juridictionnel. Il ne s'agit pas d'équiper un pouvoir de plus pour le lancer dans les luttes politiques, il s'agit au contraire d'asseoir un pouvoir dans l'Etat qui soit en dehors des luttes politiques et dont la grande autorité fasse contrepoids à la politique. Il s'agit de signifier qu'il y a dans la Souveraineté de l'Etat un élément placé au-dessus des luttes politiques, un élément qui puisse assumer la fonction de justice, cette fonction primordiale des sociétés » ¹¹³. Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois participait ainsi à la pondéra-

¹¹⁰ Article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

¹¹¹ Cour de cassation, Civ. 1, 11 juin 1896, *Sirey* 1897.I.17, note d'Adhémar ESMEIN ; jurisprudence confirmée par l'arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 30 mars 1897, *Dalloz* 1897.I.433, conclusions de SARRUT et note de Raymond SALEILLES.

¹¹² *DDP*, 1916, p. 39.

¹¹³ *DDP*, 1916, p. 39.

tion nécessaire à la vie sociale : Hauriou l'érigéait en « un mécanisme indispensable à la souveraineté nationale »¹¹⁴.

On retrouve là le souci du professeur de Toulouse de la conservation de l'ordre social et celui de l'appréhension de ses transformations subites. En effet, les prérogatives du juge n'étaient que la conséquence « de la suprématie du droit établi sur le droit à établir [car] le droit établi est plus parfait que celui que le gouvernement est en voie d'établir, pour plusieurs raisons dont l'une est qu'il a bénéficié de l'adhésion des sujets. Le droit établi a profité d'un phénomène d'adaptation et de bonification, qui est à proprement parler le phénomène de l'institution qui lui confère une sorte de consécration »¹¹⁵. Jouant sur les mots Etat de droit et état du droit pour mieux défendre la dimension conservatrice de la notion de *Rechtsstaat*¹¹⁶, Hauriou concluait en affirmant que « Cette suprématie du droit établi est un des éléments de l'état de droit (*sic*) »¹¹⁷. Ce contrôle de constitutionnalité des lois apparaissait alors comme la pierre de touche de tout un système visant à subordonner le parlement à l'ordre social et à assurer le couronnement du juge comme gardien de l'autorité et de la liberté individuelle, les deux piliers de toute société libérale et paisible, selon Hauriou, contre les soubresauts politiques démultipliés par le suffrage universel et les revendications des parlementaires imbus d'idéologie révolutionnaire et de leur soi-disant représentativité du peuple.

Ainsi, par des glissements, voire des révolutions sémantiques, Maurice Hauriou avait rendu sans objet bien des questions qui troublent aujourd'hui encore les doctrines politiste et constitutionnaliste. Certes, on peut ne pas adhérer à sa conception du Droit, de la Justice et de l'Etat. Certes, bien des points de ses développements ne deviennent convaincants qu'à la condition d'adopter sa *Weltsauffassung*. Mais Hauriou était parvenu à présenter une conception cohérente et globale du droit constitutionnel, face à d'autres projets tout aussi ambitieux et réussis que ceux d'Adhémar Esmein ou Ferdinand Larnaude. Le tour de force était prodigieux.

¹¹⁴ *PDP*, 1916, p. 645.

¹¹⁵ *PDP*, 1916, p. 644.

¹¹⁶ Cf. Luc HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, collection La Nouvelle bibliothèque de Thèses, tome 16, 2002 et Marie-Joëlle REDOR, « L'Etat dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits* 1992, n° 15, pp. 91-100 et *De l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française : 1879-1914*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection droit public positif, 1992.

¹¹⁷ *PDP*, 1916, p. 644.

Foulquier : Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)

Norbert Foulquier

*Norbert Foulquier est Professeur de droit public à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne.*