

Quentin Epron

Maurice Hauriou au prisme américain. Présentation d'un article méconnu à la Harvard law review

Maurice Hauriou, « An interpretation of the principles of public law », Harvard law review, vol. XXXI, avril 1918, p. 813-821.

En avril 1918, Maurice Hauriou publiait, dans la *Harvard law review*, un article peu connu présentant au public américain les principales thèses développées dans ses *Principes de droit public*¹. L'ouvrage avait retenu l'attention outre-Atlantique, malgré la difficulté de certains développements et l'emploi d'une terminologie peu fréquente dans le domaine juridique². L'occasion offerte au maître toulousain lui permit d'exposer synthétiquement sa pensée et de mettre en valeur les affinités qu'elle entretient avec la culture politique et constitutionnelle américaine³.

Le point de départ de sa réflexion est significatif : il s'agit du problème fondamental de la soumission de l'État au droit. Cette question a été résolue de manière pragmatique par les juristes anglais mais ils ne sont pas parvenus à lui donner une justification théorique. A l'inverse, les doctrines allemandes de la

¹ Maurice Hauriou, « An interpretation of the principles of public law », *Harvard law review*, vol. XXXI, avril 1918, p. 813-821. L'article présente les thèses de la deuxième édition des *Principes de droit public* (Paris, Sirey, 1916) ; la première (Paris, Larose et Tenin, 1911) a été récemment rééditée par les éditions Dalloz (Paris, 2010).

² La première édition des *Principes* a fait l'objet d'une recension par J. W. Garner dans *The American Political Science Review*, vol. 6, n°1 (fév. 1912), p.134-136 et la deuxième édition d'une note parue dans la *Harvard Law Review*, en décembre 1919 (vol. 33, n°2, p.334-336). L'auteur de cette dernière relève notamment : « The phraseology is, to be sure, metaphysical, and the thought carries one back to those schoolmen who in the Middle Ages ornamented theology. » (art. cit., p.334).

³ Il est difficile de dire si l'article a été écrit directement en anglais par Maurice Hauriou ou si, rédigé tout d'abord en langue française, il fut traduit par un tiers. Il est certain, en tout cas, que le texte comprend des tournures maladroites qui ne sont attribuables qu'à un francophone.

Herrschaft ont, certes, élaboré une théorie de l'auto-limitation de l'État qui justifie cette soumission, mais qui procède d'une vision absolutiste de la souveraineté dont les prémisses semblent annuler par avance les conclusions. Le fondement du droit public, avance alors Hauriou, ne réside ni dans le contrat, ni dans la règle de droit telle que la concevait Duguit, ni même dans l'État, mais dans l'*institution*.

La notion d'institution est, à l'époque où Hauriou développe les linéaments de sa réflexion, l'un des concepts centraux de la sociologie d'Émile Durkheim⁴. Toutes les institutions sont en effet irréductibles à une approche purement légale. Un tel point de vue est impuissant à rendre compte de la genèse et de la postérité des institutions consacrées par le droit, qu'il s'agisse de la propriété, du mariage, du contrat ou d'institutions « personnalisées » comme les associations, les syndicats ou l'État. Si Hauriou n'a pas fait œuvre de sociologue, sa pensée est restée marquée par le déplacement profond dans l'analyse des phénomènes sociaux dont la sociologie est synonyme. Le rapport des règles et des institutions est inversé : ce n'est pas la règle qui produit l'institution – telle serait l'illusion du légalisme – mais c'est l'institution qui produit la règle⁵.

Les conditions de la liberté politique dans l'État moderne sont intimement liées à cette structure sociale de l'ordre juridique. Reprenant une analogie traditionnelle, Hauriou écrit que la liberté politique est comme « la liberté interne de l'homme, en ce que toutes deux sont conditionnées par une organisation et une structure, par la balance et l'équilibre des pouvoirs, bref, par une constitution interne objective. »⁶ L'État libéral est l'expression moderne, individualiste, de cette « constitution interne » : il a pour finalité concrète l'établissement et la protection de la liberté civile qui est garantie par un régime constitutionnel. La constitution est l'un des instruments mis au service de cette fin, notamment lorsqu'elle sert de point d'appui au contrôle de constitutionnalité des lois⁷.

Maurice Hauriou ne voit, pourtant, le ressort de l'État libéral ni dans la constitution, ni dans la loi mais dans la *coutume*. L'importance accordée par Hauriou à la coutume ne s'explique pas par une conception particulière des sources du droit. Il ne s'agit pas d'exalter, à côté des sources étatiques, les sources « spontanées » qui seraient, comme le voulait Savigny, l'émanation de la conscience populaire. La coutume tient une place centrale parce qu'elle est le substrat commun des institutions et des règles qu'une nation se donne à elle-

⁴ La sociologie, écrivait Durkheim, est « la science des institutions, de leur genèse et de leur fonctionnement » (*Règles de la méthode sociologique*, préface de la seconde édition (1901), réédit. Flammarion, coll. Champs, 1988, p.90). Voir Frédéric Audren et Marc Milet, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale », préface aux *Écrits sociologiques* de Maurice Hauriou, Paris, Dalloz, 2008.

⁵ Maurice Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n°4, réédit. *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud et Gay, 1933, p.94.

⁶ « An interpretation... », p.815.

⁷ Sur Hauriou et le contrôle de constitutionnalité des lois, voir Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique*, Fondation Varenne, LGDJ, 2009, p.257-273.

même. Ce que désigne la notion de « coutume » dans la pensée de Maurice Hauriou, ce n'est pas en effet une légalité par défaut mais bien plutôt la *légitimité* des institutions politiques et des règles de droit⁸. Ces dernières ne peuvent être comprises si l'on s'en tient au seul constat de leur caractère obligatoire : de nouveau, le regard que le juriste porte sur elles doit être plus large et tenir compte, non seulement de l'obéissance aux règles, mais aussi des raisons pour lesquelles le pouvoir est obéi. Or, ce qui manifeste l'adhésion d'un peuple à ses institutions, c'est l'usage qu'il en fait : il n'est pas de légalité qui puisse durer sans une forme de reconnaissance des institutions par les sujets qu'elles gouvernent.

En ce sens, remarque Hauriou, le gouvernement constitutionnel par excellence est celui de l'Angleterre⁹. Les institutions politiques anglaises sont demeurées coutumières parce que le peuple anglais n'a jamais cessé de se reconnaître en elles. Les constitutions écrites sont bénéfiques pour les peuples qui ne possèdent pas des traditions libérales suffisantes mais, même en ce cas, leur force ne procède pas de l'instrument constitutionnel : elle est au contraire liée à l'acceptation coutumière des nouvelles institutions. Plus qu'un pouvoir constituant, il faudrait évoquer ici un pouvoir *instituant* du peuple, la forme politique et constitutionnelle d'un État n'étant pas donnée dans l'instantanéité d'une volonté souveraine, mais par le mûrissement d'institutions et de règles dans lesquelles le peuple jouit de sa propre liberté. Si les institutions politiques furent, le plus souvent, créées par la force, elles ne durent leur pérennité qu'à leur capacité d'organisation par le droit¹⁰.

Ainsi, le régime constitutionnel est « la nécessaire réaction de la coutume sur la loi »¹¹. La loi parlementaire ne saurait prétendre en effet exprimer de manière infaillible la volonté générale. Aucune source du droit *gouvernemental* ne pourrait d'ailleurs revendiquer un tel statut. Ce droit du gouvernement qui, dans la pensée d'Hauriou, recouvre à la fois la loi parlementaire et les actes du pouvoir exécutif, se caractérise au contraire par son caractère provisoire. L'erreur de Duguit est de ne pas avoir vu que ce droit provisoire, cette strate superficielle de l'ordre juridique, est soumis à l'autorité politique de l'État, à sa souveraineté, mais l'erreur du légicentrisme est de placer les règles qui en relèvent au niveau des règles, plus profondes, qui appartiennent à la vie de la nation, qui en constituent le statut et qui, pour certaines, ont fait l'objet de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Cette deuxième catégorie de règles, Hauriou l'appelle le droit *établi* – il s'agit d'un droit statutaire, résidant dans la nation et qui, « dominé par les nécessités statiques du principe d'inertie », « peut réaliser l'unanimité des consentements »¹².

⁸ « My theory of the institution makes possible a satisfactory explanation of the difficult problem of legitimacy arising from prescription. » (« An interpretation... », p.816).

⁹ « In this aspect England, the parent of constitutional government, is right in making her constitution customary. » (*ibid.* p.818).

¹⁰ L'exemple pris par Hauriou de l'Alsace-Lorraine annexée par l'Empire allemand, entre 1870 et 1914, est significatif (*ibid.*, p.816).

¹¹ *Ibid.*, p.818.

¹² *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p. XVIII.

Si ce droit établi correspond à ce qu'il est d'usage d'appeler la « constitution normative », il faut aussi voir en lui l'expression de la séparation inhérente aux sociétés modernes entre l'État et la société civile. Cette séparation se traduit par un régime de libertés publiques, par la protection de droits fondamentaux qui s'imposent aux gouvernants. Il s'agit d'un droit *décentralisé*, écrit Hauriou : à la centralisation gouvernementale, à l'unité du pouvoir d'État, correspond la décentralisation du droit qui épouse les contours de la société civile. La coutume est en ce sens une frontière – parce qu'elle correspond à la primauté de la société civile sur l'État, à la primauté du droit privé sur le droit public et parce qu'elle doit être protégée des empiétements inconsidérés du pouvoir législatif. La loi parlementaire est plus décentralisée que le règlement administratif car elle est votée par des représentants élus, mais elle demeure inférieure au droit établi, à la souveraineté du statut national. Ce qui confirme la loi au-delà du domaine gouvernemental, c'est son appropriation par la nation comme une coutume. « La loi est donc fondée sur la coutume générale », écrit Hauriou dans la *Harvard law review*¹³ et, dans la deuxième édition des *Principes de droit public* : « le droit « établi », c'est un droit *écrit* qui, par surcroît, est devenu *coutumier* »¹⁴ – formules déroutantes, paradoxales, qui ne devaient pas manquer de surprendre aux beaux jours de la souveraineté parlementaire, mais qui indiquent à merveille la distance, parfois l'ironie voilée, qu'entretenait Hauriou avec les institutions de son temps.

L'article se poursuit par une évocation de la deuxième partie des *Principes de droit public* que Hauriou présente comme une « histoire naturelle de l'État »¹⁵. Malgré sa relative brièveté, ce passage met en valeur une évolution importante de la réflexion d'Hauriou qui se situe précisément entre les deux éditions des *Principes*, c'est-à-dire entre 1910 et 1916. En ouverture de la deuxième édition, Hauriou signalait que celle-ci était « profondément remaniée » et qu'il était enfin parvenu à élaborer une « théorie positive de l'État »¹⁶. Or, le principal aspect de ce remaniement réside dans la théorie des formes de souveraineté qui est centrale dans la deuxième édition et qui, même si elle s'inscrit dans la continuité d'idées exposées dès 1910, n'est pas formulée en tant que telle à cette époque.

Par cette théorie, Hauriou cherche à exprimer la manière dont l'État libéral parvient à articuler les deux idées dominantes de la pensée politique moderne : celle de l'autorité et celle de la liberté, ou encore celle de la souveraineté et celle de la séparation des pouvoirs. Cette articulation est en effet toujours susceptible d'être détruite puisque l'unité de la souveraineté – affichée clairement, depuis Bodin et Hobbes, comme une condition de son existence – s'oppose à la séparation, à la division du pouvoir entre plusieurs autorités. Le constitutionnalisme a résolu classiquement cette équation en distinguant le titre de la souveraineté, dont la possession appartient indivisiblement au peuple ou à la Nation, et son exercice qui, à un niveau inférieur, distribue des pouvoirs entre des organes constitutionnels. Cette conception traditionnelle de la séparation des

¹³ « An interpretation... », p.818.

¹⁴ *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p.XVII.

¹⁵ « An interpretation... », p.819.

¹⁶ *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p.V-VI.

pouvoirs réserve les conditions de la liberté politique sous l'empire d'un concept de souveraineté qui est fondamentalement unitaire. Or, c'est précisément avec un tel concept que Maurice Hauriou a rompu – progressivement, certes, par le mûrissement permanent de quelques intuitions, mais avec persistance et continuité jusqu'à la deuxième édition des *Principes* qui expose, pour la première fois, sa théorie des formes de souveraineté et qui sera à son tour prolongée par les deux éditions du *Précis de droit constitutionnel*.

La théorie des formes de souveraineté est présentée par Hauriou comme un prolongement et un dépassement des vues de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs. Il faut, écrit Hauriou, « pousser plus loin l'analyse de Montesquieu et, antérieure à la *séparation des pouvoirs*, (...) admettre la séparation des formes de la souveraineté »¹⁷. La séparation des pouvoirs telle que l'a décrite Montesquieu et telle que l'a présentée de manière canonique la doctrine constitutionnelle, est demeurée une séparation de pouvoirs entre des organes gouvernementaux. Elle vise à distribuer des compétences entre des organes qui, collectivement, sont responsables du « gouvernement », c'est-à-dire de la conduite des affaires politiques de la nation. Or, cette description, sans être fautive, est insuffisante : l'expérience des régimes politiques libéraux est plus complexe, la souveraineté qui y est invoquée ne se réduit pas au domaine de la délibération politique, à la souveraineté du gouvernement. Elle implique également, à côté de cette souveraineté politique, à la fois en amont et en aval de celle-ci, la reconnaissance de deux autres formes de souveraineté : la souveraineté *du statut* et la souveraineté *de sujétion*¹⁸.

La souveraineté du statut correspond à l'idée de souveraineté du droit. Cette forme de souveraineté a été formulée par les juristes anglais qui ont, les premiers, établi les conditions du règne de la loi¹⁹ ; elle a, ensuite, été parfaite par les juristes américains à travers le pouvoir de *judicial review*²⁰. Cette souveraineté du statut est aussi, selon la terminologie d'Hauriou, la souveraineté du « droit établi » : celui-ci « a profité d'un phénomène d'adaptation et de bonification, qui est à proprement parler le phénomène de l'institution et qui lui confère une sorte de consécration »²¹. La suprématie du droit établi sur les lois nouvelles est l'une des caractéristiques de l'État de droit : en effet, « si le règne du pouvoir législatif a engendré le parlementarisme, c'est-à-dire le pouvoir illimité du parlement, le règne de la loi établie doit logiquement engendrer la limitation des pouvoirs du

¹⁷ *Ibid.*, p. 618.

¹⁸ A partir de la deuxième édition des *Principes* (1916), le cadre général d'analyse de la souveraineté ne variera plus. La deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel* (Paris, Sirey, 1929), achevée par Hauriou peu avant sa mort, reprend ainsi et développe la thèse des trois formes de souveraineté en des termes proches de ceux utilisés, treize ans plus tôt, dans les *Principes*.

¹⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} édit., Paris, Sirey, 1929, p.216 : « Voilà ce qu'on apprend avec émerveillement quand on lit l'ouvrage classique de Dicey *Le droit de la constitution* et ce qui est caché par ce nuage de fumée que l'on appelle la constitution coutumière et souple de l'Angleterre. »

²⁰ *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p. 645.

²¹ *Ibid.*, p. 644.

parlement. »²² La souveraineté de sujétion, quant à elle, prend sa source dans les libertés civiles : elle « représente ce que les sujets ont de pouvoirs en vertu de leurs libertés individuelles, soit pour limiter la souveraineté de domination, soit pour collaborer, avec celle-ci, au bien général de l'État »²³. La souveraineté de sujétion est l'exact opposé de la souveraineté gouvernementale : elle est la souveraineté originaire de la nation, la souveraineté (« lockienne » pourrait-on dire) des sujets indépendamment de l'état social et de la représentation politique²⁴.

La constitution libérale ne peut ainsi être comprise qu'à partir de la distinction de ces trois formes de souveraineté. Hauriou ne soulève pas la question qui taraude le positivisme juridique et sa variante décisionniste : *qui* est souverain ? Qui, du gouvernement, du juge ou du citoyen décide en dernier ressort ? De telles questions reviendraient à réintroduire un concept de souveraineté dont Hauriou a prétendu d'emblée se passer. Le libéralisme politique d'Hauriou traite de la souveraineté sous les auspices de la séparation des pouvoirs. La souveraineté est une qualité attribuable à certains pouvoirs : le pouvoir du juge, le pouvoir des gouvernants ou encore le pouvoir diffus des citoyens ; mais le rapport de l'un à l'autre est irréductible à la notion de souveraineté. Il s'agit, en réalité, de nouveau, d'un rapport d'institution.

La note américaine qui clôt l'article est ainsi nuancée par une appréciation critique de la théorie de la délégation qui fut partagée aussi bien par les révolutionnaires français de 1789 que par les constituants américains²⁵. Les pouvoirs gouvernementaux ne sont pas une délégation des pouvoirs de la nation : l'équilibre fondamental (et implicite) des constitutions libérales est en effet un équilibre entre le gouvernement et la nation²⁶. Les organes gouvernementaux disposent d'un pouvoir propre, mais minoritaire, dont l'initiative appartient au droit superficiel et dont la légitimité ne peut provenir que de l'acceptation profonde, coutumière, de la nation. De même, la supériorité de la constitution sur la loi ne s'enracine pas dans une réserve de pouvoirs que la nation aurait accordée aux juges, mais dans la supériorité d'un droit décentralisé, expression de l'institution « corporative », sur le droit gouvernemental²⁷. Cette souveraineté du statut habilite le juge à exercer un contrôle de constitutionnalité des lois sans en faire, pour autant, un organe politique.

C'est au Président qu'il appartient de faire le lien entre les trois formes de souveraineté. L'observation vaut pour le Président américain auquel devaient songer spontanément les lecteurs de la *Harvard law review* mais elle était tout

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, p. 619.

²⁴ V. le *Précis de droit constitutionnel*, éd. cit., p.87 et s.

²⁵ V. les *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p.637 s. et également « La souveraineté nationale », in *Recueil de législation de Toulouse*, deuxième série, tome VIII, 1912, p.90 s.

²⁶ V. notamment le *Précis de droit constitutionnel*, éd. cit., p.136-137.

²⁷ *Principes de droit public*, 2^{ème} édit., p.XVI.

aussi pertinente dans l'esprit du publiciste toulousain, pour la France²⁸. Il ne s'agissait pas d'entretenir le mirage d'un régime présidentiel à la française mais de réfléchir aux possibilités de révision, ou d'évolution, des institutions de la III^{ème} république dans un sens dualiste. « La fonction de règne du chef de l'État, écrivait Hauriou dans les *Principes*, est particulièrement nécessaire dans les régimes démocratiques où le gouvernement est abandonné aux partis politiques. Grâce au chef de l'État, l'unité de l'État et, avec elle, un certain patrimoine d'idées communes sur lesquelles tous les citoyens sont unanimes, sont, d'une façon organique, mis au-dessus des partis ; il y a un organe d'unité et d'unanimité au-dessus de tant d'autres organes de discussion, de division, d'oppression majoritaire. »²⁹ Adaptée au régime parlementaire, la formule générale de la Constitution américaine pouvait servir de modèle puisqu'elle ménageait à la fois la primauté du Président, et notamment son irresponsabilité, et la supériorité de la Constitution, garantie par une Cour suprême juge de la constitutionnalité des lois.

Quentin Epron

Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

²⁸ Hauriou observait, dans les *Principes de droit public*, que le chef de l'État français « symbolise l'unité de la souveraineté et participe aux trois formes de la souveraineté nationale » (2^{ème} édit., p.673).

²⁹ *Principes*, 2^{ème} édit., p.674.