

## Raymond Carré de Malberg (1861-1935)

Comme l'œuvre de Duguit, la *Contribution à la théorie générale de l'État* (2 volumes, 1920-1922), le maître ouvrage de Raymond Carré de Malberg<sup>1</sup>, se présente largement comme un dialogue approfondi avec la science allemande du droit constitutionnel. Toutefois, alors qu'il s'agit pour Duguit d'un dialogue *négatif*, Carré de Malberg procède à un travail de *réception critique* de ces doctrines. Dans l'avant-propos de la *Contribution*, Carré de Malberg reprend les éléments du débat soulevé par Duguit : « Domination ou collaboration : dans lequel de ces deux sens se formera le droit de l'avenir<sup>2</sup> ? » Mais il pose cette question pour, en vérité, échapper à cette alternative. Car il n'est guère douteux, pour Carré de Malberg, que l'État moderne d'après la Première guerre mondiale ne saurait se passer de la collaboration et du partenariat avec les individus, les citoyens :

Sans doute, l'État moderne ne peut plus se contenter de l'activité spéciale de ses organes attitrés ; il a besoin du concours général de ses membres. Ceux-ci sont appelés notamment à jouer un rôle actif et fort utile dans les opérations dites de gestion, qui nécessitent, en dehors du travail des fonctionnaires ou des corps publics, le déploiement de nombreuses forces ou compétences privées<sup>3</sup>.

Mais cette coopération nécessaire ne supprime pas la puissance propre de l'État. Et Carré de Malberg reprend la distinction ancienne des actes de gestion (auxquels il fait référence dans l'extrait ci-dessus) et des actes d'autorité, qu'il appelle « actes de puissance », ce qui indique « qu'il y a pour l'État un domaine d'activité, dans lequel sa puissance est appelée à jouer le rôle prépondérant »<sup>4</sup>. Plus précisément, tout l'avant-propos, comme une réponse à Duguit, a pour objet de rejeter cette opposition qu'on fait trop vite et d'un point de vue qui n'est pas strictement déterminé entre collaboration et puissance :

---

<sup>1</sup> Il faut aussi citer : *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931 (réimp., Economica, 1984) ; *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, 1933 (réimp., Dalloz, 2007)

<sup>2</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution*, vol. 1, Paris, 1920, p. VII.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. XVI.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Il n'est donc pas exact de conclure du fait nécessaire de la collaboration à la légitimité des théories qui cherchent à supprimer de la définition de l'État la notion de puissance<sup>5</sup>.

Déduire du *fait* nécessaire de la collaboration à l'exclusion de la puissance hors de la définition *juridique* de l'État, c'est mélanger le fait et le droit. Or, la distinction méthodologiquement indispensable entre fait et droit permet de distinguer entre la *politique* allemande – qu'il faut rejeter comme impérialiste – et la *science du droit* allemande avec sa construction juridique de l'État à partir du concept strictement juridique de puissance ou de domination. Cette distinction n'est pas duguiste dans la mesure même où sa conception sociologique du droit repose précisément sur une indistinction entre le fait (sociologique) et le droit. Le débat reflète donc toute la distance épistémologique existant entre Duguit et Carré de Malberg.

Ce qu'il faut rejeter des conceptions allemandes, c'est la théorie du *Herrscher* que développent Seydel, le Bavarois, et Bornhak, le Prussien, c'est-à-dire ces théories qui partagent au moins avec celle de Duguit la prétention au « réalisme » et dans lesquelles droit et réalité se trouvent confondus et mélangés. En revanche la théorie de la *Herrschaft* comme telle, pour autant qu'elle ne soit pas laissée en des mains allemandes, repose précisément sur une notion *abstraite*, purement *juridique* de la domination ou de la puissance qui ne conduit pas nécessairement à une *politique* de puissance et de domination. Il faut donc que la doctrine française s'empare de la notion de puissance en tant que juridique, la *dégermanise* :

Ce qui a sombré dans la défaite des Empires germaniques, ce qui se trouve exclu aussi dans le régime de la collaboration, c'est la théorie du *Herrscher*, de ce dominateur, qui apparaissait, dans la littérature allemande, comme situé en dehors et au-dessus de la nation et vis-à-vis de qui les membres du corps national n'avaient plus, dès lors, que le caractère de purs sujets. Quant à la *Herrschaft* elle-même, le tort de la doctrine allemande n'est point d'avoir présenté cette puissance comme le critérium juridique de l'État, ou comme son attribut pratiquement indispensable : mais il est, en réalité, dans l'abus que les Allemands ont fait de leur théorie de puissance, c'est-à-dire dans le fait d'avoir conçu et forgé la *Herrschaft* comme un instrument de conquête, destiné à fournir au peuple allemand le moyen de dominer et d'asservir des peuples étrangers.

C'est l'absence de scrupule, cette manière « *rücksichtslos* » (en allemand dans l'original) avec lesquelles les Allemands en ont fait usage, laissant sous silence « l'existence des règles d'ordre moral, qui dominent elles-mêmes de leur supériorité majeure toute puissance étatique, si absolue que soit juridiquement cette dernière, si nécessaire qu'elle soit politiquement »<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. xvii sq.

<sup>6</sup> Toutes les citations : *ibid.*, p. xix.

À la différence tant de Duguit que d'Hauriou, Carré de Malberg rejette donc comme irrelevante pour la science du droit tout point de vue non strictement juridique et s'inscrit donc dans la ligne de pureté méthodologique de l'école classique allemande. Il trouve en Laband et Jellinek ses principaux inspirateurs. De sorte qu'il maintient, comme critère déterminant du droit public, celui de la *Herrschaft* et développe en conséquence son corollaire, la notion de puissance publique ou puissance de l'État. La « collaboration » est sans doute une caractéristique de l'État moderne, mais une caractéristique socio-politique qui ne saurait interférer sur l'appréhension juridique du phénomène étatique qui tient en une réglementation des conditions d'exercice d'une puissance de domination.

Ce faisant Carré de Malberg reprend à son compte les impératifs méthodologiques de la science juridique allemande, du positivisme de Laband en tant qu'il faut, pour Carré de Malberg aussi, séparer les considérations juridiques de toute autre considération politique, économique ou morale. Il faut donc penser avec Laband, contre Laband. Une « *Contribution* » qui s'établit certes, comme l'indique le sous-titre de l'ouvrage, « spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français », mais qui dans ses intentions épistémologiques reste spécialement allemand et d'ailleurs, du point de vue méthodique plus que dogmatique, labandien – essentialiste – plus que jellinékien – critique, néo-kantien.

Le positivisme de Carré de Malberg est donc, comme celui de Laband, moins un positivisme de la loi qu'un positivisme « scientifique »<sup>7</sup> : il faut ramener les systèmes constitutionnels à des principes découverts dans les institutions mêmes qui les contiennent, de manière explicite ou non. C'est cet ensemble cohérent de principes et de concepts qui forme le fond même de ce que Carré de Malberg appelle la « réalité juridique ». Il est donc plus proche, méthodologiquement, de Laband que de Jellinek, en ce sens qu'on peut le dire « conceptualiste », « essentialiste »<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Je reprends cette distinction indispensable à FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), 2<sup>e</sup> éd., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, réimp. 1996, p. 458 sq.

<sup>8</sup> Sur cette question et sur la doctrine de Carré de Malberg en général, voir surtout : MAULIN É., *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003. Des nombreuses autres études de cet auteur, on signalera seulement l'excellente synthèse : « Carré de Malberg », CAYLA O., HALPERIN J.-L., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, op. cit., p. 82. Voir aussi, bien sûr : BACOT G., *Carré de Malberg et*

Mais il s'agit pour ainsi dire d'opérer un *déplacement* du système conceptuel en décrochant la notion de la *Herrschaft* du principe monarchique allemand (et de la construction juridique de l'Empire de 1871) pour la raccrocher aux principes (vrais) de la Révolution française et de repenser, notamment, la théorie de l'organe, si prégnante dans la littérature germanique, à partir de l'idée révolutionnaire de la *représentation*. Telle est la grande affaire de Carré de Malberg.

Pour ce faire, il convient donc de placer toute la construction de sa théorie générale de l'État sur une base autre que celle sur laquelle s'édifient les conceptions de Geber et Laband. Il faut une base française. Toute conception de l'État présuppose un principe politique. La doctrine allemande classique de l'État, celle de Gerber et Laband, présuppose le « principe monarchique » et cherche à réinterpréter ce principe dans le cadre d'une conception moderne de la constitution, ce qui d'ailleurs conduit Laband à une construction acrobatique de l'architecture fédérale de l'État allemand de 1871. Toujours est-il que les notions de personnalité juridique de l'État, de souveraineté de l'État et d'organe de l'État sont marquées et chargées par la présupposition de ce principe monarchique. Il en résulte que le même ensemble de notions prendra un tout autre contenu et aura une toute autre fonction si, à la place du principe monarchique allemand, on met le principe français de « souveraineté nationale » : avec les « mêmes » concepts (extérieurement), on fait un autre droit constitutionnel<sup>9</sup>.

Le professeur de Strasbourg reprend expressément la thèse cardinale d'Esmein selon laquelle l'État doit être conçu comme la « personnification de la nation »<sup>10</sup>. La doctrine allemande, à laquelle une telle conception de l'État fait défaut, tient un position que Carré de Malberg décrit comme suit :

Une fois constitué, l'État n'est donc point la personnification de la nation, il ne personnifie que lui-même : il n'est point davantage le sujet des droits de la nation, il est le sujet de ses droits propres<sup>11</sup>.

---

*l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. du CNRS, 1985.

<sup>9</sup> Voir surtout : MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, spéc. p. 198 sq. et BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, *op. cit.*

<sup>10</sup> C'est sur cette définition que s'ouvre le manuel d'ESMEIN, *Éléments*, précit., p. 1. Voir : CARRE DE MALBERG, *Contribution*, vol. 1, p. 11 sq.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 11.

Dans le système français de la personnification de la nation, qui est le système vrai du droit constitutionnel moderne bien compris, la souveraineté que détient l'État n'est pas vraiment la sienne propre mais plutôt celle de la nation. La doctrine de la personnification de la nation renvoie en permanence, dans le texte malbergien, l'État à son autre, à son double, d'où peut se penser une limite à la puissance de l'État. La doctrine de la personnification de la nation, qui permet à la fois de rabattre la souveraineté de l'État sur la souveraineté de la nation tout en différant en permanence cette souveraineté d'elle-même, cette doctrine déplace complètement le système du droit public dans son ensemble, par rapport à son implantation allemande dans le principe monarchique.

Pourtant – et la sophistication de la construction atteint ici son *summum* – la nation ne peut être pensée comme une donnée préexistante à l'État puisqu'elle ne trouve sa « personnalité » non pas dans un « être réel » et immanent, mais seulement dans le construit, l'organisation que lui donne l'État qui la personnifie. La nation comme telle n'est pas capable d'une volonté propre et indépendante de l'État. L'État ne personnifie pas une nation qui serait en quelque sorte déjà là, mais il *est*, à travers son organisation constitutionnelle, l'unité qui donne seulement à la nation sa personnalité. Le leitmotiv malbergien s'énonce comme suit :

L'État n'est pas un sujet juridique se dressant en face de la nation et s'opposant à elle : mais, dès qu'il est admis que les pouvoirs de nature étatique appartiennent à la nation, il faut admettre aussi qu'il y a identité entre la nation et l'État<sup>12</sup>.

Entre l'État et la nation il y a, tout à la fois, identité (personnification), et différence (les droits de l'État ne sont pas des droits « propres », mais ceux- de la nation). Cette tension est strictement constitutive du droit public malbergien. Et l'on a sans doute à faire avec la construction juridique la plus conséquente de l' « État-nation ».

Certes, cette construction emporte avec elle une difficulté considérable. Il apparaît, *prima facie*, purement sophistique ou tautologique d'affirmer que les droits dont l'État est le titulaire ne sont rien autres que les droits de la nation même, dès lorsqu'on ne sépare pas entre État et nation. Mais cette même affirmation peut même apparaître contradictoire puisqu'on dénie à la nation une subjectivité propre et une volonté propre : comment, alors, aurait-elle des droits en « propre ». Il faut donc considérer que c'est cette pure tension (identité *et* différence) État-nation qui crée le « Sujet » et

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 13 et *passim*.

donc le support de toute la construction du droit public, les éléments de cette tension étant, pris en eux-mêmes, vides et pour ainsi dire nuls. Quelle que soit la difficulté de cette construction, faite pour échapper aux doctrines matérielles allemandes, même si elle devait être condamnée pour tautologie et contradiction logique, elle n'en a pas moins un sens pragmatique très fort qu'il convient d'examiner : les juristes font des théories moins pour l'amour de la logique que pour résoudre des problèmes qu'ils se posent.

Parmi les Allemands, Jellinek occupe une position particulière aux yeux de Carré de Malberg. Avec sa théorie célèbre du peuple, compris comme « organe primaire » de l'État, et du Parlement, entendu comme organe du peuple – et donc comme organe secondaire, organe d'un organe primaire – il cherche à établir un certain rapport juridique entre volonté de l'État et volonté du peuple qui « semble cadrer heureusement avec les Constitutions démocratiques modernes »<sup>13</sup>. Mais puisqu'il faut bien admettre que le « peuple » ou la « nation » n'a précisément pas de volonté propre, cette doctrine raffinée de la représentation doit malgré tout être repoussée : privé de volonté, le peuple ne saurait être par lui-même, ni personne ni même « organe » (et donc pas « organe primaire de l'État »). La faiblesse de cette conception jellinekienne de la représentation doit être rapportée au fait que le maître de Heidelberg a méconnu « la grande idée qui a été dégagée par la Révolution française sous le nom de principe de souveraineté nationale et qui a déterminé, dans les Constitutions qui se sont inspirées de ce principe, une sorte de démocratie entièrement distincte de la démocratie intégrale, comme aussi une forme monarchique absolument différente de l'ancienne et pure monarchie »<sup>14</sup>. On voit bien que la théorie de la souveraineté nationale ne dit pas seulement la vérité du droit constitutionnel révolutionnaire français mais qu'elle seule permet de sortir des apories dans lesquelles s'enferment toutes les doctrines des formes constitutionnelles (démocratie et monarchie). Elle a une validité historique qui est élevée à la hauteur d'une valeur heuristique.

On ne présentera pas ici davantage la théorie de la souveraineté nationale de Carré de Malberg et la doctrine de la représentation qui s'ensuit. On n'examinera pas davantage la question de savoir jusqu'à quel point la construction malbergienne est

---

<sup>13</sup> CARRE DE MALBERG, *Contribution*, vol. 2, Paris, 1922, p. 333.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 354 sq.

capable de résister à la critique. On insistera seulement, en revanche, sur le résultat et le point de départ de tout l'édifice argumentatif.

La nation ne peut posséder, former et exprimer de volonté qu'à travers l'État qui la personnifie. La thèse de l'identité interdit de voir dans la volonté de l'État le reflet d'une volonté nationale préexistante. La représentation politique ne signifie donc pas établir une relation ou un lien entre deux personnes ou deux organes distincts. Telle est au fond la structure de la représentation du droit privé qui s'avère donc être inopérante dans le droit public<sup>15</sup>. Au contraire, la représentation politique signifie le processus en vérité mystérieux par lequel l'État et la nation s'identifient l'un à l'autre et, par là même, se constituent mutuellement. Il en résulte que la volonté de l'État est radicalement *libre et indépendante*. Elle n'est pas sous la tutelle d'une volonté populaire qu'elle devrait refléter. Mais puisque l'État n'est rien autre qu'un système d'organe et de distribution de compétences, il faut que soit institué dans l'État un ou plusieurs organes susceptibles d'exprimer cette volonté originaire, initiale, libre et indépendante. Dans le système constitutionnel de la Troisième République, des lois constitutionnelles de 1875, cette compétence suprême dans l'État est confiée au Parlement. Le Parlement serait donc l'unique organe primaire de l'« État-nation » français. Il est l'organe de l'État et de la nation par excellence. Il ne se situe pas, dans l'architecture constitutionnelle, simplement à côté de l'exécutif et de l'autorité judiciaire. En tant qu'organe primaire exclusif, il se trouve *au-dessus* de ceux-ci. Les théories de la souveraineté nationale et de la personnification de la nation par l'État conduisent ainsi à la concentration de la puissance de l'État aux mains du Parlement, au système que Carré de Malberg appellera aussi de la « souveraineté parlementaire ». Tel est le résultat de la construction.

Son principe premier réside toutefois dans la valeur particulière que Carré de Malberg attribue à la Révolution française et, plus précisément, à la Constitution de 1791. La vérité du droit constitutionnel français dans son ensemble résiderait dans la Constituante et, plus précisément, dans l'idée directrice de la Constitution qu'elle a adoptée, telle qu'elle est interprétée par Carré de Malberg sous le nom de « souveraineté nationale ». Or, cette vérité vaut aussi au-delà du droit constitutionnel français et de sa tradition. Car, au bout du compte, c'est une contribution à la théorie

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 281 sq.

« générale » de l'État qu'écrit Carré de Malberg, même si le sous-titre précise : « spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français ». Le mot « spécialement » ici ne limite pas la validité de la théorie, mais l'ouvre au contraire par-delà la particularité du droit politique français.

Le titre complet de la *Contribution* indique donc à lui seul que la légitimité de la dogmatique allemande du droit constitutionnel, en tant que doctrine de l'État constitutionnel moderne, sera mise en question et qu'il vaut la peine de reprendre toute cette dogmatique, au contraire, à partir d'un point de départ français, révolutionnaire. Du point de vue de la méthode, Carré de Malberg reste bien un « Allemand » – et d'ailleurs plus un « Laband » qu'un « Jellinek »<sup>16</sup> – mais exige que l'édifice dogmatique, matériel soit reconstruit sur de tout autres bases, strictement françaises.

Pour conclure, toute la construction de la personnalité juridique de l'État se retrouve ainsi placée sous le signe de la représentation révolutionnaire. Pour le dire brièvement, la théorie révolutionnaire de la représentation permet de construire l'État comme un sujet « corporatif », puissance qui n'est pas extérieure au corps des citoyens et donc non *hétéronome* par rapport à ceux-ci, même si – Carré de Malberg reprend une célèbre distinction rousseauiste – le citoyen est sous un autre rapport à l'État, en tant que *sujet* de la puissance publique. Il en résulte, par opposition à Hauriou, une centralité de la loi dans le système constitutionnel représentatif. Mais à un autre plan, purement théorique, cette construction de l'État comme « unité corporative » permet à Carré de Malberg, après Gierke et Jellinek, poursuivant un débat engagé par Léon Michoud<sup>17</sup> de juridifier le concept de domination, ce qui est la question centrale et redoutable de toute construction du droit public : « Seul ce

---

<sup>16</sup> Carré de Malberg demeure à mon sens attaché au conceptualisme juridique de Laband. Mais à côté de ce point de vue méthodique, au plan dogmatique, il voit en Jellinek un certain nombre de progrès décisifs en vue de l'interprétation juridique de l'État de droit moderne et démocratique. Il est significatif que Carré de Malberg accepte la théorie si controversée de l'autolimitation de l'État. Toutefois, Carré ne peut s'y retrouver dans la « théorie sociale de l'État » que développe Jellinek : sa théorie « générale » est exclusivement *juridique*.

<sup>17</sup> MICHOUUD L., *La théorie de la personnalité morale*, 2 vol., 1906-1909. Voir l'intéressante recension qu'en donne LABAND P., *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 27, 1910, p. 590.

concept permet de transformer cette puissance de fait en une puissance de droit<sup>18</sup>. »  
Par-là, il touche le problème fondamental du droit public.

\*

\* \*

### **Maurice Hauriou (1856-1929)**

Chez Hauriou l'on voit s'amalgamer un jusnaturalisme d'inspiration aristotélo-thomiste à l'idée bergsonienne d'évolution créatrice pour donner base à la célèbre théorie de l'institution<sup>19</sup>. Le fondement jusnaturaliste justifie qu'on admette des invariants de base : le pouvoir, l'ordre et la liberté. Ces invariants sont pris, quant à leurs configurations positives, dans le mouvement évolutif d'une histoire qui tend à la vérité que représente la « civilisation axiale », celle de l'Occident en tant qu'équilibre sinon parfait du moins satisfaisant entre ces trois éléments constitutifs. Mais un tel équilibre ne serait que purement précaire s'il n'était tenu par une structure durable, c'est-à-dire non pas fixe, mais *évolutive*. L'*institution* est l'idée à travers laquelle se pense la cohésion durable des forces productrices de la civilisation. On ne peut penser les règles en tant que règles, ni la liberté comme liberté en dehors du cadre institutionnel qui les tient ensemble et qui fait donc émerger, entre le *pouvoir* et la *liberté*, l'*ordre* nécessaire. « Les lois constitutionnelles ne signifient rien en tant que règles ; elles n'ont de signification qu'en tant que statuts organiques d'institutions vivantes<sup>20</sup>. »

L'institution n'est pas seulement cadre *objectif*, pure *forme* légale, mais alliage subtil des éléments objectifs, sans lesquels il n'y aurait aucune durabilité, et des éléments

---

<sup>18</sup> *Contribution*, vol. 1, p. 255.

<sup>19</sup> Mais le principal porteur du renouveau thomiste en France dans les années 1920, Étienne Gilson, était un élève de Bergson qui n'a pas renié cet héritage et a y trouvé au contraire les moyens de refuser le dogmatisme de certains courant néo-thomistes. Voir : VIEILLARD-BARON J.-L., *Bergson et le bergsonisme*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 77 sq.

<sup>20</sup> HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1929, p. 5.

subjectifs, sans lesquels il n'y aurait pas d'évolution créatrice<sup>21</sup>. Elle est l'élément médiateur qui permet à la fois de rejeter les « systèmes objectivistes » et le subjectivisme radical de l'individualisme absolu<sup>22</sup>. Elle est à la fois réalité objective, sociale et idée propulsive, l' « idée d'œuvre » ou d' « entreprise » qui anime le corps organique de l'institution. Elle permet de comprendre que les pouvoirs autant que les droits sont tout à la fois puissances subjectives et instances objectives. Elle est la notion clef du « spiritualisme réaliste », de l'idéal-réalisme d'Hauriou<sup>23</sup>.

Une institution est 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<sup>24</sup>.

Puis, après avoir ainsi déterminé les éléments constitutifs de l'institution, Hauriou introduit la célèbre distinction entre les institutions « qui se personnifient » – institutions-personnes ou institutions corporatives – et les institutions qui ne se personnifient pas comme la règle de droit qui se propage dans le milieu social, emprunte à l'État son pouvoir de sanction « mais ne peut engendrer de corporation parce qu'elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise, mais, au contraire, un principe de limitation »<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> « Ce sont les éléments subjectifs qui sont les forces créatrices et qui sont l'action, écrit Hauriou ; les éléments objectifs, la règle de droit, le milieu social, l'ordre public ne sont que des éléments de réaction, de durée et de continuité » : HAURIOU M., *Théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, rep. dans du même, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre, la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 95.

<sup>22</sup> Le dépassement de cette « querelle » est l'objet même de la théorie de l'institution : *ibid.*, p. 90-96.

<sup>23</sup> GURVITCH G., « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 155.

<sup>24</sup> HAURIOU, *Théorie de l'institution et de la fondation*, précit., p. 96.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 97. On peut se demander si l'institution-chose est alors à proprement parler qualifiée « institution » puisque l'idée d'œuvre ou d'entreprise lui fait manifestement défaut. Mais quelle que soit l'importance et même le génie de la pensée d'Hauriou, la rigueur et la clarté conceptuelles ne sont pas ses signes les plus caractéristiques, peut-être parce que le maître Bergson avait précisément revalorisé l'intuition face au concept. Voir surtout : BERGSON H., *La pensée et le mouvant* (1934), 63<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1965, le texte « L'intuition philosophique » (p. 117 sq., qui date de 1911) et « Introduction à la métaphysique » (p. 177 sq., qui date de 1903), où l'intuition est définie comme « la sympathie par laquelle on se

L'idée d'entreprise qui est au fondement de l'institution (corporative) conduit à privilégier, dans l'organisme étatique le pouvoir qui précisément peut seul porter cette idée, ce qui suppose une certaine concentration des réflexions et des volontés que réalise le pouvoir exécutif dans sa dimension, non pas « administrative », mais proprement « gouvernementale ». Si l'État contemporain est « combinaison de la compétence et du pouvoir de domination », combinaison de la décision et de la législation, combinaison du « pouvoir minoritaire » et du « pouvoir majoritaire » – le premier désignant « l'autorité politique associée à la compétence » que l'on rencontre dans l'institution gouvernementale, le second, la souveraineté nationale s'exerçant à travers le pouvoir de suffrage et le pouvoir délibérant – la « primauté » revient au pouvoir minoritaire qui seul peut porter *efficacement* l'idée d'entreprise<sup>26</sup>. Ainsi le constat empirique selon lequel, dans l'État moderne, le pouvoir exécutif domine<sup>27</sup>, se voit relayé par la construction « doctrinale » de l'institution : la « primauté du pouvoir exécutif », qui renverse la tradition rousseauiste et révolutionnaire, est à la fois *réelle* et *idéelle*, justifiée par l'idée d'entreprise<sup>28</sup>. L'on voit ici combien la position théorique d'Hauriou le conduit à élaborer un droit constitutionnel très singulier dans le milieu français. Il est vrai que son influence fut plus décisive, en France, s'agissant de l'œuvre monumentale qu'il a donnée à la discipline du droit administratif<sup>29</sup> et notamment ses célèbres *Notes d'arrêts*<sup>30</sup>, qui en font l'un des plus grands arrêtiéristes de la science du droit moderne.

À l'étranger, la théorie de l'institution de Maurice Hauriou a sans doute inspiré l'institutionnalisme de Santi Romano, qui entretient toutefois un rapport critique avec

---

transporte à l'intérieur d'un objet pour coïncider avec ce qu'il a d'unique et par conséquent d'inexprimable » (p. 181).

<sup>26</sup> HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>27</sup> Voir : BARTHELEMY J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Giard & Brière, 1906.

<sup>28</sup> HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 383 sq. Voir une excellente synthèse dans : MAULIN E., « Hauriou », CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, *op. cit.*, p. 246.

<sup>29</sup> Voir : HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd. revue par André Hauriou, rééd. Paris, Dalloz, 2002.

<sup>30</sup> Réunies après sa mort par son fils, André Hauriou, et publiées en 1929, à nouveau disponible grâce à l'édition qu'en a faite La Mémoire du droit : HAURIOU M., *Notes d'arrêts*, 3 vol., 2000.

les thèses du doyen de Toulouse<sup>31</sup>. Par ailleurs, l'Allemand Carl Schmitt paraît avoir découvert l'importance de l'œuvre d'Hauriou au moment de son propre basculement au service du régime national-socialisme :

Aujourd'hui, je ne distingue plus deux, mais trois types de pensée dans la science juridique : outre le modèle normativiste et le modèle décisionniste, il y aurait le type institutionnel. Le débat autour de ma théorie des « garanties institutionnelles » dans la science juridique allemande et l'étude de l'importante et profonde théorie des institutions développée par Maurice Hauriou m'ont amené à cette conclusion. Alors que le pur normativiste pense par règles impersonnelles et que le décisionniste fait prévaloir dans une décision personnelle le bon droit de la situation politique jaugée avec justesse, la pensée juridique institutionnelle se déploie dans des organisations et des structures supra-personnelles<sup>32</sup>.

Schmitt s'efforcera l'année suivante, dans l'opuscule qui doit tenir lieu de théorie du droit au service du nouveau régime, de développer une version personnelle de l'institutionnalisme, rebaptisé sous un nom plus « germanique » de « pensée concrète de l'ordre et de l'organisation », où la pensée raciale trouve des prétextes et des habillages « théoriques »<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> SANTI ROMANO, *L'ordre juridique* (1<sup>re</sup> éd., 1918) trad. fr. de la 2<sup>e</sup> éd. 1946, Paris, Dalloz, 1975, p. 21 sq. pour l'appréciation de l'œuvre d'Hauriou.

<sup>32</sup> SCHMITT C., *Théologie politique*, trad. fr., Paris, Gallimard, 1988, préface à la deuxième éd. (1933), p. 12 sq.

<sup>33</sup> « Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken ». Voir : SCHMITT C., *Les trois types de pensée juridique*(1934), trad. fr., Paris, PUF, 1995. Pour l'analyse de ce texte, voir : JOUANJAN O., « Pensée de l'ordre concret » et ordre du discours « juridique » nazi : Sur Carl Schmitt, à paraître.