

## Aux sources du droit public : la délibération et la théorie de l'Etat chez Maurice Hauriou

« Toute délibération est *un acte juridique*, il faut bien comprendre en quel sens »  
Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1933, p. 130

### Introduction

La délibération est un concept central de la réflexion politique contemporaine. Cependant, il convient sans doute de reconnaître que ce n'est sans doute pas en philosophie que ce concept se trouve le plus utilisé à l'heure actuelle, mais bien dans l'administration, et dans le droit qui régit son action. De fait, si l'on se demande parfois comment faire advenir une délibération démocratique, ou la démocratie par la délibération, c'est bien de longue date que la délibération appartient pleinement aux institutions et aux usages républicains, en France tout au moins.

A cet égard, il est donc éclairant d'interroger l'œuvre de celui qu'on considère souvent comme le père fondateur du droit administratif français, Maurice Hauriou (1856-1929). Plus qu'aucun de ses grands contemporains (Esmein, Duguit et Carré de Malberg en particulier), Hauriou s'est en effet attaché à mettre en lumière les rapports entre la pratique de la délibération et les principes de la liberté politique et de l'Etat. Toutefois, les enjeux de la lecture de Rousseau par Hauriou ne sont pas du tout les mêmes que ceux d'un Bernard Manin, qui, dans son étude pionnière sur la délibération, montrait que la volonté générale de Rousseau présupposait, de manière à la fois irréaliste et suspecte, l'uniformité des volontés individuelles. En effet, pour Hauriou, le problème n'est pas là : il ne s'agit aucunement de mettre en œuvre une démocratisation effective des institutions au sens où on pourrait l'entendre aujourd'hui. Tout au contraire, sa théorie de la délibération relève d'une opposition réaliste aux théories jusnaturalistes du consentement populaire comme fondement de la légitimité des décisions publiques. Mais il y a alors chez Hauriou une véritable tension entre, d'une part, sa tentative de trouver un fondement impersonnel et objectif à la théorie de la délibération publique et de l'Etat, par-delà le contractualisme de l'école du droit naturel (et de Rousseau en particulier), et, d'autre part, le concept d'Etat républicain et démocratique, destiné à promouvoir et à protéger la liberté individuelle, que ce démocrate sincère n'en hérite pas moins, de fait, de cette même école.

Par conséquent, l'étude de la théorie haurioutienne de la délibération révèle une tension au sein de la conception générale que son auteur se fait du droit et de l'Etat. Comme je tâcherai de le montrer, le refus de fonder les décisions publiques sur les seules volontés individuelles met le « maître de Toulouse » dans l'incapacité de concevoir l'unité indivisible de l'Etat, ou encore sa « personnalité subjective », comme le demanderait pourtant sa propre adhésion aux principes généraux du libéralisme politique et de la théorie moderne de l'Etat. En ce sens, on pourrait dire que la délibération est un concept qui peut effectivement avoir cours en droit administratif, à l'intérieur d'un cadre institutionnel libéral, mais pas en droit constitutionnel, car cela reviendrait à fonder un ordre objectif sur les seules volontés subjectives de ses membres. En ce sens, si la délibération est un concept relevant de la théorie de l'Etat, cette théorie s'éloigne singulièrement des principales caractéristiques de l'école moderne du droit naturel.

Je m'attacherai d'abord à développer ce que Hauriou entend par délibération en droit administratif, c'est-à-dire dans la justification de l'exercice du pouvoir (ou encore ce qu'on pourrait appeler l'ordre « interne »), puis, dans un deuxième temps, je mettrai en lumière les conséquences qui en découlent, d'une manière plus générale (ou « externe »), pour la théorie du gouvernement représentatif d'une part, puis d'autre part pour la théorie générale de l'Etat.

## **1. Une théorie objective de la légitimité : statut, délibération, publicité**

### 1.1 Contexte historique et enjeux stratégiques : le droit statutaire, entre subjectivisme intégral et objectivisme radical

Si Hauriou analyse attentivement la délibération, ce n'est certainement pas pour la mettre au fondement de l'Etat. Certes, les assemblées délibérantes en sont pour lui un élément essentiel, et pour ce partisan de la décentralisation, elles ne se limitent pas aux chambres parlementaires, mais incluent bien jusqu'aux assemblées départementales et communales. Pour lui, la délibération est un rouage central du système juridique institué, mais elle ne peut en constituer la base. De fait, le droit en jeu dans la délibération ne repose pas directement sur la liberté individuelle : la délibération ne peut s'analyser comme un simple rapport de personnes individuelles. Comme on va le voir, c'est l'inverse qui est vrai : il ne peut y avoir de relations contractuelles que sur la base de rapports institués, et le droit public permet donc, à cet égard, d'éclairer le droit privé.

Pour comprendre pleinement l'enjeu de cette position, il faut en restituer la situation historique. Hauriou appartient à la première génération de juristes des débuts de la III<sup>e</sup> République contraints de penser un droit public naissant, et qui plus est hérité d'institutions napoléoniennes. Or, à travers cette théorisation des fondements objectifs du droit, il s'attache à se démarquer de ce qui lui apparaît comme l'hypersubjectivisme des théories allemandes contemporaines, perçues en France comme l'expression juridique de la tyrannie impériale et bismarckienne. De fait, le souvenir de la défaite de 1870, est toujours vivace chez les juristes de cette génération. Hauriou souligne ainsi que dans sa propre théorie de « l'acte complexe », il n'y a pas de « fusion subjective des consentements »<sup>1</sup>. Il n'est pas alors le seul juriste français à partager de telles préoccupations, et la bataille entre la France républicaine et l'Allemagne impériale, déplacée sur le terrain juridique, a ainsi nourri un débat intense et

---

<sup>1</sup> Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1916, p. 146. L'auteur visé est Jellinek, dont le concept de *Vereinbarung* (union des volontés), assorti de l'idée d'une autolimitation spontanée de l'Etat, est aussi bien la cible de Duguit et de Carré de Malberg. Voir déjà Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, op. cit., p. 155-158, note.

fécond entre 1870 et 1914 (dont l'appropriation du concept d'organe par Carré de Malberg constitue sans doute le cas le plus fameux)<sup>2</sup>.

En outre, Hauriou fait preuve d'une certaine réserve conservatrice à l'égard de l'idée de souveraineté populaire : c'est ici entre autres le souvenir des excès révolutionnaires et des plébiscites napoléoniens qui semble jouer<sup>3</sup>. Rétrospectivement, il reproche ainsi à Rousseau d'avoir confondu volonté générale et volonté législative, laissant croire qu'il suffisait de déclarer que le pouvoir appartient au peuple pour que celui-ci puisse l'exercer effectivement et à son profit<sup>4</sup>. Au contraire, si la volonté générale existe bel et bien, elle est celle de la nation *inorganisée*, et correspond à la volonté nationale exprimée et mise en œuvre à travers l'organisation des pouvoirs dans l'Etat, et ce, non pas directement, mais seulement par le biais de ce qu'il nomme, de manière assez énigmatique, « une sorte d'harmonie préétablie » entre cette organisation instituée et cette volonté inorganisée<sup>5</sup>.

S'il se méfie des fondations subjectives de l'ordre public, et substitue en ce sens au concept de « souveraineté populaire » celui de « souveraineté nationale », Hauriou ne pousse pourtant pas l'intransigeance objectiviste, comme son contemporain Léon Duguit, jusqu'à faire de la « règle de droit objective » le fondement unique et indépassable de l'ordre social. Pour lui, le droit qu'on peut dériver d'une telle règle objective, qu'il nomme « le droit disciplinaire », a simplement vocation à protéger l'institution contre ses membres ou contre l'environnement extérieur. On peut le retrouver dans les règlements intérieurs des organisations, et le droit pénal lui-même en est probablement dérivé, mais le droit administratif, articulé autour de la délibération, doit quant à lui en être distingué<sup>6</sup>.

Par contraste avec un droit purement objectif, « disciplinaire », Hauriou qualifie le droit qu'il cherche à définir de « statutaire ». On comprend, dès lors, que pour lui, ce qui est intéressant dans la délibération ne soit pas d'abord le *contenu normatif* des arguments ni les effets qu'elle est susceptible d'avoir sur les préférences des acteurs, mais sa simple *structure formelle*, qui détermine, au seul plan du droit, la valeur de la décision qui en résulte. Pour le comprendre, la théorie juridique doit se muer partiellement en une véritable théorie de l'action collective conçue sur la base des relations de pouvoir<sup>7</sup>.

## 1.2 La délibération et le vote majoritaire en droit public

La conception haurioutienne du droit statutaire et de la procédure délibérative s'enracine pour une part dans une vision tragique et pessimiste de l'existence humaine. Si en effet les individus peuvent librement délibérer, c'est seulement parce qu'il y a un certain nombre de *faits* qu'ils ne remettent jamais en question. Ces faits ne sont pas tant d'ordre naturel, mais institutionnel ou social. La délibération est donc profondément solidaire de

---

<sup>2</sup> Voir sur ce point les études publiées dans O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997.

<sup>3</sup> Voir par exemple Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 639 sqq.

<sup>4</sup> Hauriou, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, p. 16-39.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>6</sup> Hauriou, *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> éd., op. cit., p. 137-143. Hauriou reprochera à Duguit d'avoir rabattu le droit des institutions sur le droit disciplinaire, méconnaissant la pluralité essentielle des phénomènes juridiques : voir Hauriou, « De l'autorité juridique du pouvoir politique et des deux couches du droit », *Principes de droit public*, op. cit., 2<sup>e</sup> éd., Appendice.

<sup>7</sup> Faisant mine de s'étonner de l'absence de théorie du pouvoir chez Duguit au profit des concepts de fonction et d'organe, Hauriou ajoute en 1912 : « Cette prétention d'éliminer le pouvoir des matières constitutionnelles, qui sont justement le champ d'action du pouvoir politique, paraîtrait surprenante si l'on ne savait que, pour M. Duguit, il s'agit simplement d'éliminer la notion de pouvoir *en tant qu'elle serait juridique* et de la reléguer dans la politique pure. Tout de même, il reste singulier que le droit constitutionnel n'ait pas justement pour objet de transformer le pouvoir politique pur en quelque chose de juridique. » (*La souveraineté nationale*, op. cit., p. 50).

l'institution, laquelle ne dépend pas intégralement de la volonté de ses membres. Ainsi, l'ordre des faits encadre toujours le champ de notre libre volonté :

« Si nous réfléchissons bien, nous verrions que les actes des hommes deviennent eux-mêmes rapidement des faits historiques, que par conséquent, le fait nous guette dans nos actes comme la mort guette la vie. A bien prendre, c'est l'acte qui apparaît comme une phosphorescence passagère sur la trame obscure des faits<sup>8</sup>. »

Les actes libres sont ainsi eux-mêmes appelés à devenir des faits, lesquels constitueront le socle sur lequel se déploieront les suivants. Le droit est ainsi la trace des actes précédents en même temps que le témoignage objectif de la limitation de la liberté humaine aux prises avec la dimension objective de la réalité. Ainsi, dans le droit coutumier, le fait est-il appelé le « précédent »<sup>9</sup>. Dans la création du droit par opération délibérative, le précédent est alors transformé par la procédure objective. L'acte proprement collectif de la délibération n'est ainsi qu'une opération inscrite dans une telle « trame » procédurière factuelle et objective, qui permet, d'une part, de relier ensemble un certain nombre de volontés individuelles et singulières (de manière à ce qu'on puisse parler de décision réellement collective), et d'autre part de constituer à son tour un élément objectif susceptible d'entrer, à titre de fait, dans d'autres procédures délibératives.

« Prenons pour exemple la confection de la loi dans notre régime parlementaire ; elle suppose trois actes successifs au moins : la votation de chacune des deux Chambres et la promulgation du Président de la République. On ne peut pas admettre que ce soient trois actes de consentement concourant ensemble à un accord contractuel des pouvoirs en présence. (...) A mon sens, ils constituent un pacte statutaire, c'est-à-dire une opération liée dans laquelle le consentement de la seconde autorité vient adhérer en acte à la décision prise par la première à un moment où celle-ci n'est plus un acte mais un fait, parce qu'elle a été exécutée, et ainsi de suite. »<sup>10</sup>

C'est donc uniquement la forme juridique qui, en tant qu'élément factuel et objectif, permet de penser un acte susceptible d'une imputation collective, ainsi que, d'une manière générale, la cohérence d'ensemble d'un processus dont les développements peuvent être imprévisibles, à la manière dont un « massif de corail »<sup>11</sup> croît par ajouts successifs dans des directions toujours nouvelles, mais toujours de la même façon (selon la même « procédure »). Il peut donc à la limite y avoir hétérogénéité des intentions qui se succèdent au sein de « l'acte

---

<sup>8</sup> Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, op. cit., p. 140.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 11. Hauriou précise : « Il n'y aurait même pas de raison pour que la chaîne des adhésions aux précédents ne se déroulat pas à l'infini, si l'esprit humain n'avait le besoin impérieux de tout conclure et de tout enfermer dans de certaines limites. Il sera donc admis, à un moment donné, que la coutume est immémoriale et, par conséquent, que la règle est définitivement fixée ; ou bien il sera fait une rédaction officielle de la règle coutumière par opération délibérative, ce qui est une autre manière de la délivrer de la servitude des précédents, de leur preuve et de leur discussion. » On peut souligner que ce besoin impérieux de limites n'est autre, dans cette perspective empreinte de théologie, que l'expression de la limitation de notre *propre* condition.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 146. Le texte se poursuit ainsi : « Soit la délibération de la Chambre des députés sur un projet de loi. Cette délibération ne saurait être exécutoire à titre de loi puisque la loi n'est pas faite ; elle ne peut être exécutoire qu'à titre de résolution parlementaire enjoignant au bureau de la Chambre de transmettre le texte voté au bureau du Sénat pour la suite de la procédure. Dès lors, cette délibération de la Chambre sera nécessairement devenue un fait lorsque le Sénat discutera la loi à son tour et adhérera au texte voté par la Chambre, puisqu'à ce moment la transmission opérée aura exécuté la résolution parlementaire et d'ailleurs momentanément dessaisi la Chambre. De même, la délibération aura pour effet exécutoire de faire transmettre le texte au Président de la République et cet effet exécutoire sera épuisé par la transmission. De telle sorte que le chef de l'Etat se troue en présence, non pas de deux actes, mais de deux faits, auxquels, à son tour, il adhérera par la promulgation. »

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 151.

complexe » : l'effet de droit restera valide et intelligible si on peut dire que la procédure a été suivie<sup>12</sup>.

Au sein même de l'assemblée délibérante, d'une certaine manière, il n'y a donc d'accord effectif de tous que sur la procédure formelle. Et c'est précisément ce qui permet de comprendre le procédé de la décision à la majorité des suffrages exprimés : le vote supposerait en effet que les majoritaires de l'heure puissent être minoritaires plus tard, et les minoritaires majoritaires. L'analyse que propose Hauriou du processus de la votation est la suivante : « la minorité de l'assemblée a donné après coup son adhésion non pas à la résolution votée par la majorité, mais au fait du vote et cela résulte de ce que la minorité a continué à siéger (...), de ce qu'elle est restée dans la procédure de l'institution »<sup>13</sup>. Hauriou reconnaît donc qu'il entre, constitutivement, de grandes parts d'« illusions » dans le processus délibératif. Cependant, cette illusion, contrairement à ce qu'avancent les théories cyniques du gouvernement représentatif, est à vrai dire le garant réel, effectif, de la liberté politique du corps social tout entier. En ce sens, on peut dire que, paradoxalement, l'illusion n'est pas « illusoire », mais qu'elle est, au contraire, indirectement constitutive de la réalité même de la liberté en société. En effet,

« le jour où ces illusions seront tombées, le mécanisme électoral et le régime délibérant ne marcheront plus ; les minorités ne voteront plus et ne délibéreront plus, elles se retireront dégoûtées d'une lutte sans espoir ; les majorités, après s'être ainsi à plusieurs reprises *épurées* et réduites, se transformeront en comités de dictateurs. Notons que la partie est organisée comme une institution sociale et non pas en vertu d'une convention des joueurs. La maison de jeu existe, elle est ouverte. On y entre, on y fait sa mise, et, dès qu'on a fait sa mise, on est lié par la procédure jusqu'à la fin de la partie »<sup>14</sup>.

C'est ainsi l'existence *objective* de la liberté publique qui permet de faire la distinction entre l'opération délibérative et un simple jeu de dupes<sup>15</sup>. Or ce qui marque ici cette objectivité purement formelle est l'attachement des acteurs aux aspects symboliques, rituels, du processus de la délibération. Ainsi, celle-ci se caractérise moins par la nature propre de son contenu que par ce qu'on pourrait appeler l'éclat de sa forme : la procédure a en effet pour Hauriou la solennité d'une véritable « cérémonie » sociale<sup>16</sup>. On peut certes y voir les traces d'une pensée empreinte de catholicisme : il n'en demeure pas moins que ce qui fait la spécificité de l'acte juridique est qu'il constitue un élément social dont la justification doit être absolument distinguée du contenu de la décision elle-même. Une part de mysticisme entre ainsi indéniablement dans la définition scientifique de l'opération procédurale :

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 163. Et il en est de même au niveau constitutionnel : une fois la décision adoptée par le vote majoritaire, si l'opinion publique « ne s'émeut pas », on « présumera l'adhésion » de la volonté générale (*La souveraineté nationale*, op. cit., p. 67). Cependant, à ce niveau, il n'y a plus à proprement parler délibération n'opère plus (puisque le peuple n'y participe pas) : la logique délibérative du droit administratif cède complètement la place à la logique représentative de l'ordre constitutionnel (voir *infra*).

<sup>14</sup> *L'institution et le droit statutaire*, op. cit., p. 165.

<sup>15</sup> Une telle thèse va à l'encontre de celle de Bernard Manin, qui affirme, dans son article classique sur la délibération : « en fait, une seule des doctrines se rattachant à l'individualisme moderne parvient à donner une théorie cohérente du phénomène majoritaire, c'est l'utilitarisme » (voir B. Manin, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 33, 1985, p. 72-93). Il est indéniable en effet que Hauriou, à ses propres dires, se rattache très fortement à l'individualisme moderne, sans pour autant avoir jamais en vue le « bonheur du plus grand nombre » des utilitaristes, mais bien plutôt la création continue d'un *ordre* au sein de la collectivité d'individus. On pourrait aussi citer à cet égard la théorie de Kelsen, qui s'en rapproche par certains aspects (H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Dalloz, 2004).

<sup>16</sup> *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 142. Il s'agit toutefois d'un rituel rationalisé (voir *infra*).

« la procédure est une source du droit indépendante du pouvoir ; elle est la source profonde, à la fois du droit coutumier et du droit légal ; la procédure est l'élément juridique de ce que M. Duguit a appelé la solidarité sociale ; elle n'est pas la seule règle de droit, mais combinée avec le pouvoir, elle est la source du droit légal. »<sup>17</sup>

Comme je l'indiquais plus haut, l'idée de droit statutaire permet donc de rendre compte du droit dit réel (qui caractérise les rapports de propriété individuelle). Les membres des assemblées délibérantes ne délibèrent qu'en vertu des droits spécifiques qui leur ont été conférés par les règles juridiquement établies. Etre doté individuellement d'un statut permet en effet de se faire reconnaître un droit spécifique sur ce dernier, un peu comme les militaires sont propriétaires de leur grade<sup>18</sup>. Le statut est ainsi la base de nouveaux rapports juridiques entre libres individus.

Et c'est finalement l'acte contractuel lui-même qui s'éclaire en définitive par droit statutaire. Car la différence entre le statut et le contrat n'est en fait que d'ordre temporel : dans le cas de l'opération à procédure, la volonté individuelle se saisit de l'acte juridique après coup, tandis que dans le contrat, la volonté subjective est première par rapport à la procédure. Le contrat est donc en vérité une forme de procédure presque héroïque, puisqu'elle se fonde déjà sur des faits qui ne sont pas encore advenus : Hauriou peut ainsi écrire qu'il « représente la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance à un acte de prévision »<sup>19</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que comme le disait Durkheim, bien qu'en un sens un peu différent, « tout n'est pas contractuel dans le contrat », en ce que certains éléments de celui-ci, à commencer par sa forme juridique, sont des réalités objectives qui échappent en tant que telles à la libre volonté (subjective) des contractants.

Une telle théorie permet ainsi tout à la fois de rendre compte des limites de l'explication des phénomènes sociaux par le point de vue strictement individuel et subjectif, tout en continuant à considérer la liberté individuelle d'entretenir des rapports singuliers et originaux comme la plus haute réalisation de l'édifice juridico-étatique<sup>20</sup>. Il ne s'agit en effet aucunement pour lui de bâtir un « Etat de statuts », et de rigidifier de la sorte toutes les relations sociales par le « droit statutaire ». Ce dernier, pour le dire en termes contemporains,

---

<sup>17</sup> *L'institution et le droit statutaire*, op. cit., p. 158.

<sup>18</sup> « L'ensemble des attributions d'un organe constitue une fonction ; l'organe a un droit sur cette fonction, un droit de nature réelle, et ce droit constitue son statut », *ibid.*, p. 169.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>20</sup> Hauriou conçoit ainsi le droit comme une sorte d'infrastructure permettant aux individus de circuler librement d'un espace social à un autre, dans des formulations qui rappellent les métaphores néolibérales ultérieures bien connues du « code de la route » : « si, pratiquement, le droit de l'Etat se ramène à une police de la voirie, c'est que, presque complètement, la nation se ramène à un public d'individus qui vont et viennent à travers toutes les entreprises » (*ibid.*, p. 502). Il est de fait que la société économique constitue pour le libéral qu'est Hauriou l'élément essentiel de l'édifice juridico-politique : « ce qui constitue le support de la personnalité subjective de la commune incorporée, c'est la communauté des habitants avec les intérêts communs et les propriétés communes. » C'est cette « société d'ordre économique » qui exprime le mieux l'individualité subjective ; en d'autres termes, la propriété matérielle constitue à la fois la réalisation concrète de la liberté et la manifestation de son essence. Cette thèse assez paradoxale est encore développée dans une note de la 12<sup>e</sup> édition du *Précis de droit administratif*, où Hauriou, citant Gabriel Tarde, la résume finalement d'une manière particulièrement lapidaire : « être, c'est avoir » (Hauriou, op. cit., p. 47). Pour les individus, le droit n'est donc qu'un instrument, en aucun cas une fin auxquelles leur volontés doivent être subordonnées comme dans une totalité organique ; mieux, « ce corps est leur armure parce qu'elles sont engagées dans la bataille » (*Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 108). C'est ainsi que, si Hauriou s'applique à mettre en lumière la dimension objective du droit pour faire pièce aux juristes allemands, il n'en soutient pas moins, contre Duguit, que celui-ci « marche de l'objectif au subjectif », et ce, jusqu'à qualifier de « retour à la barbarie primitive » la « prétendue évolution de la responsabilité civile vers la théorie objective du risque » (*ibid.*, p. 43, note ; sur l'importance historique de ces lois pour le développement du droit de la protection sociale, voir notamment F. Ewald, *L'Etat-providence*, Paris, Grasset, 1986, M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit français*, Paris, LGDJ, 1993, R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995).

est, en ce sens, un concept relevant moins du droit que de la théorie du droit, et qui permet de penser les articulations de concepts juridiques relevant de logiques différentes et relativement autonomes les unes des autres<sup>21</sup>. Mais comme je l'annonçais en commençant, ce concept a aussi et peut-être d'abord pour but d'éclairer la genèse même des rapports juridiques en les réinscrivant dans des rapports de pouvoir pré-juridiques, et même en un sens pré-discursifs puisqu'ils sont toujours déjà supposés par les délibérations collectives, dont en un autre sens ils constituent également l'objet. On comprend donc les difficultés qu'il y a à définir la délibération comme le mode opératoire du gouvernement démocratique. On peut mieux saisir sa fonction en disant qu'il s'agit d'un mode de prise de décision ayant pour objet et finalité la liberté des individus. Cependant, la tentative haurioutienne de justifier juridiquement l'Etat achoppe précisément sur cette impossibilité d'articuler valablement une théorie réaliste et objective des rapports d'autorité, et la théorie de l'Etat libéral et démocratique fondée sur le concept de consentement individuel et subjectif.

## 2. Délibération et représentation : du droit à la politique, par-delà l'Etat

### 2.1 De la délibération parlementaire à la représentation nationale

Dans la deuxième édition (1916) des *Principes de droit public*, qui reprend à la fois l'analyse de la procédure délibérative et la théorie de la souveraineté nationale développées dans ses travaux antérieurs<sup>22</sup>, Hauriou cherche ainsi à montrer comment une souveraineté organisée statutairement, ou en encore institutionnellement, peut être dite démocratique.

Encore une fois, le problème est que la délibération, pour être un élément central de la théorie de l'Etat, n'en occupe pas le fondement. Toutefois, Hauriou énonce que « le droit constitutionnel n'est (...) qu'une vaste procédure et il est de même du droit administratif ». De plus, cette procédure peut faire elle-même l'objet d'une évaluation. Ainsi, « nombre de cérémonies sont puérides ou déraisonnables, il est au contraire dans la nature du régime d'Etat que toutes ses procédures soient sérieuses et rationnelles, en même temps qu'elles imposent une conduite, elles sont aptes à rendre compte de l'utilité de cette conduite »<sup>23</sup>. Or comment rendre compte d'une telle utilité, sinon précisément par une délibération ? De deux choses l'une alors : ou bien le débat suppose fondamentalement l'existence de la procédure instituée, et l'on demeure dans le cadre de l'Etat ; ou bien il peut réellement et intégralement la prendre pour objet, et alors on sort de l'ordre juridique institué pour entrer véritablement sur le terrain, plus mouvant et incertain, de la politique proprement dite : on sort alors de la théorie de l'Etat. C'est ainsi qu'Hauriou tentera de dépasser le dilemme au moyen d'une théorie complexe et originale de la représentation, qu'il articule à celle de l'opération à procédure.

Tout d'abord, à l'intérieur de l'organisation de l'Etat, dont la règle fondamentale est la séparation des pouvoirs (séparation à laquelle s'ajoute, pour Hauriou, la décentralisation), la prépondérance objective du pouvoir délibérant (dont les organes sont les Chambres législatives) fait que « le régime représentatif transporte complètement l'organisation politique dans la région des idées »<sup>24</sup>. Ainsi, dans les termes de la théorie de la séparation des pouvoirs, Hauriou, de manière classique, interprète le régime représentatif comme étant caractérisé par l'intervention de la caractéristique délibérante du Parlement dans la sphère du

---

<sup>21</sup> Par exemple, Hauriou voit dans les sociétés commerciales par action, ou encore dans les associations du type de la loi de 1901, des formes de combinaison du statut et du contrat : la forme contractuelle ne suffit pas à rendre compte de tous les phénomènes qui s'y inscrivent.

<sup>22</sup> Respectivement et principalement dans « L'institution et le droit statutaire » (op. cit., 1906) et *La souveraineté nationale* (op. cit., 1912).

<sup>23</sup> Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., p. 161.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 118.

pouvoir dit exécutif<sup>25</sup>. Mais, contrairement à John Stuart Mill<sup>26</sup>, Hauriou ne justifie pas cette prépondérance par les seules vertus spécifiques de la délibération, qui consisteraient notamment à affiner les décisions et à aplanir les contradictions en sublimant en quelque sorte les oppositions politiques. Son intellectualisme, pourrait-on dire, est plus spéculatif, mais par là même, il met à mal l'inscription de la politique dans le strict cadre de l'autorité de l'Etat.

En 1912, Hauriou avait déjà affirmé que la souveraineté nationale se composait de trois éléments : un élément de « volonté implicite », un élément de « volonté explicite », et un élément de « volonté exécutoire »<sup>27</sup>. La délibération caractérise la deuxième, puisque les chambres ont pour fonction de définir et d'« expliciter » les volontés exprimées de façon implicite dans les processus électoral. Cependant, le terme de volonté implicite pour qualifier le statut du corps électoral ne doit pas égarer : Hauriou s'inscrit en faux contre toute théorie de la délégation de la volonté, et pour lui les représentants ne sont en aucun cas supposés porter les volontés préexistantes de leurs électeurs. Se plaçant toujours sur le terrain de l'institution et du droit statutaire, Hauriou préfère ainsi parler d'« investiture » pour qualifier les représentants de la nation : « l'investiture respecte, chez l'agent investi, le caractère autonome de son pouvoir et lui impose simplement l'obligation d'exercer ce pouvoir avec une certaine orientation, au nom de l'investissant »<sup>28</sup>. S'ils peuvent être qualifiés de représentatifs, c'est ainsi « parce qu'ils marchent d'après des représentations mentales qu'ils se font de la volonté du représenté. Là est l'essence du régime représentatif »<sup>29</sup>.

Hauriou, on le voit, joue ici sur les mots : le régime qu'on appelle représentatif n'est pas appelé ainsi en vertu de la capacité des gouvernants à refléter la volonté d'électeurs à qui ils seraient soumis, mais parce qu'ils sont susceptibles de former une « représentation mentale », c'est-à-dire une idée, de la décision à prendre. Le régime représentatif se caractérise donc plutôt par son caractère *idéal* que par son caractère *populaire* ou encore *démocratique*. Certes, parce qu'elle est nécessairement publique, contrairement aux formes « aristocratique » ou « bourgeoise » d'organisation de la souveraineté nationale, la délibération parlementaire permet la démocratisation progressive du régime<sup>30</sup>. Cependant, on reste dans le cadre d'une analyse objective de l'organisation politique, toute différente de celle de l'école du droit naturel moderne, et au moyen de laquelle Hauriou projette alors sur l'Etat une unité toute spirituelle.

Dans les *Principes de droit public* de 1916, la synthèse de la souveraineté nationale prend alors des accents quasi hégéliens, mais qui permettent de développer l'idée qu'il existe ce qu'on pourrait appeler une *procédure objective instituante*, qui permet de comprendre la liberté, non pas comme le contrôle direct des représentés sur leurs représentants, mais comme le produit d'une mécanique institutionnelle. S'appuyant sur l'autorité de Montesquieu, Hauriou affirme ainsi que la vie des nations libres est caractérisée par « l'atmosphère »

---

<sup>25</sup> « Quand on dit « le pouvoir législatif », cela évoque l'idée du Parlement et de sa compétence délibérante, beaucoup plus que l'idée de la fonction législative, qui est caractérisé par la prédominance politique du pouvoir législatif, cette prédominance n'est pas due à l'exercice de la fonction législative, mais à l'intervention du Parlement dans la fonction exécutive où il introduit sa compétence délibérante. » Hauriou, *La souveraineté nationale*, op. cit., p. 49.

<sup>26</sup> Voir J. S. Mill, *Considérations sur le gouvernement représentatif*, Paris, Gallimard, 2009. chapitre V ; *id.*, *De la liberté*, Paris, Gallimard, 1990, chapitre II.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>30</sup> *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd. op. cit., p. 627 sqq. Il y a ici un point de convergence avec la thèse de Bernard Manin, pour qui la volonté majoritaire, légitimée uniquement par la délibération argumentée dont elle est issue, constitue le critère (démocratique) de la justification de la décision publique. A ceci près que pour Manin, « le véritable but du pluralisme des contre-pouvoirs n'est pas l'équilibre, mais la délibération », et que d'un point de vue hauriouien, une telle thèse apparaît comme tout à fait irréaliste, l'idée d'une substitution du plan de la délibération à celui des rapports de force ne pouvant aboutir qu'à appauvrir et à obscurcir l'analyse.



générale de liberté qui y règne, et qui est le vrai but des institutions politiques<sup>31</sup>. Il montre ainsi que ce qu'il nomme « l'opération représentative » permet de rendre compte de la synthèse des dimensions objectives et subjectives de la procédure juridique, qui, pris ensemble, constituent les éléments fondamentaux de la liberté politique<sup>32</sup>.

Au plan matériel, si la procédure est un rituel, la représentation est un « drame » : celui d'une prise de conscience collective d'elle-même par une collectivité nationale ayant ainsi accédé au statut de véritable *sujet* politique. L'effectuation concrète et dynamique de la volonté collective est ainsi inséparable d'un mouvement d'abstraction, dans lequel se manifeste l'essence spirituelle de la vie commune : ce « drame », « qui pousse graduellement les décisions gouvernementales vers l'état subjectif (dans la volonté commune), se joue à l'intérieur de l'idée d'œuvre sociale, laquelle ne demande qu'à devenir un sujet conscient »<sup>33</sup>. La tension constitutive de la théorie hauriouienne de l'institution de l'Etat semble ainsi trouver sa résolution théorique dans une forme d'idéalisme subjectiviste où l'on retrouve les accents hégéliens d'une idée absolue cherchant à se saisir d'elle-même à travers les consciences individuelles qu'elle met en mouvement, et qui, dès lors, ne peuvent l'exprimer séparément, mais seulement collectivement.

## 2.2 Le pluralisme instituant et l'impossible fondation juridique de l'Etat

En elle-même, la délibération devient alors moins importante que l'opération même qui conduit à la décision destinée à être exécutée, c'est-à-dire à l'action concrète qui devient un élément la vie du peuple lui-même<sup>34</sup>. En d'autres termes, la représentation n'est pas seulement le propre du gouvernement représentatif entendu comme synonyme de « régime parlementaire », mais désigne aussi plus largement l'acte cognitif par l'intermédiaire duquel une décision peut être considérée comme légitimé, et partant obligatoire par tous les individus concernés, gouvernants comme gouvernés<sup>35</sup>. Elle est, pour ainsi dire, le moment de la spiritualisation du pouvoir, dans lequel, de simple expression unilatérale et subjective d'une supériorité de puissance, celui-ci se renverse objectivement, et simultanément chez tous les organes de la souveraineté nationale, en manifestation de *l'autorité*. En cela, la représentation désigne à la fois le processus cognitif et le drame théâtral ; c'est une prise de conscience subjective formée objectivement par la « cérémonie sociale ».

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 115 : « la liberté politique est, pour l'institution corporative, ce que la liberté tout court est pour l'individu humain. (...) Elle est une atmosphère de liberté pour tous les éléments de l'institution, gouvernants et gouvernés ; chaque élément y conserve ses positions relatives, mais avec plus de jeu, plus de choix, plus de raison. » Voir Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, chapitres 3 à 6.

<sup>32</sup> Véritable innovation par rapport à la première édition des *Principes de droit public*, cette synthèse paraît expliquer l'adoption dans ce traité d'un plan architectonique à mi-chemin entre Hegel et Saint Thomas d'Aquin, ce qui impliquait une importante refonte de la première version de 1910. Mais cette innovation entraîne aussi des conséquences sur la doctrine même de la souveraineté nationale. En 1910, celle-ci « consiste dans l'équilibre du pouvoir de la nation et du pouvoir de gouvernement » (op. cit., p. 467) ; équilibre qui en lui-même n'est donc pas saisi par le droit. En 1916, la « synthèse pratique » de l'individualité objective et de la personnalité subjective est bien exprimable juridiquement, puisqu'elle consiste dans « l'acte exécutoire » (c'est-à-dire destiné à être exécuté), et tout particulièrement dans « l'opération représentative » (voir *infra*).

<sup>33</sup> *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd. op. cit., p. 302.

<sup>34</sup> Le droit, pour Hauriou, ne peut être réellement défini que si l'on inclut aussi dans cette définition son devenir historique effectif ; ainsi, la science du droit ne se réduit pas chez lui à l'étude des règles positives, mais se prolonge dans une véritable philosophie de l'histoire. : « le droit positif est réalisé en tant que règle, il est formulé en tant que règle, mais son action n'est pas par là épuisée. Cette règle formulée a maintenant elle-même un nouveau pouvoir par cela même qu'elle est exécutoire, et obligatoire et applicable ; il subsiste en elle un devenir qui ne sera épuisé que quand elle fera partie de la législation morte d'un peuple disparu » (*ibid.*, p. 34).

<sup>35</sup> C'est bien entendu la constitution, règle statutaire, qui détermine les individus en question. Séparation des pouvoirs et constitution sont, avec la publicité des lois et la centralisation du pouvoir, les quatre éléments fondamentaux de l'individualité objective de l'institution d'Etat (*ibid.*, p. 115-116).

Il en résulte que cette représentation ne peut se réduire à aucun mode particulier de désignation des gouvernants. Elle est plutôt une manière de définir le phénomène de l'institution du pouvoir comme autorité politique. C'est en ce sens que les Anglais ont pris l'habitude de distinguer le roi proprement dit de « la Couronne », laquelle peut être considérée comme réellement représentative de la nation, au même titre que les parlementaires élus quoique pas de la même manière<sup>36</sup>.

On comprend alors que ce soit finalement le chef de l'Etat, au-dessus même des Chambres représentatives comme des partis politiques, qui soit amené à incarner à lui seul, par l'unité personnelle de son action, l'unité effective de la collectivité politique et partant de la souveraineté nationale<sup>37</sup>. Certes l'organisation constitutionnelle de la nation (en particulier la séparation des pouvoirs) empêche l'absorption totale de la nation dans sa volonté singulière, qu'Hauriou illustre par la formule de Louis XIV : « l'Etat, c'est moi »<sup>38</sup> ; de plus, il convient également de faire la part des hésitations et des revirements qui caractérisent le *work in progress* qu'est l'œuvre d'Hauriou<sup>39</sup>.

Il n'en demeure pas moins que les citoyens demeurent toujours dans la position de consentir aux décisions publiques plutôt que d'en être à l'origine par leurs propres volontés. En 1916, l'organisation constitutionnelle de la souveraineté, qui est une forme d'autolimitation *objective* par décentralisation du pouvoir<sup>40</sup>, comprend en effet trois éléments : « constitution », « représentation » et « sujétion ». Si la première définit la place des juges, et la seconde celle des gouvernants, la troisième correspond bien entendu à celle du peuple. Paradoxalement, le consentement de l'école moderne du droit naturel devient finalement, chez celui qui lance la doctrine républicaine en France, la simple sujétion. Le terme semble bien indiquer une régression spectaculaire vers l'Ancien Régime ; cependant, Hauriou confère au peuple trois façons d'agir politiquement : l'incomplétude de l'adhésion aux décisions gouvernementales, du fait de la liberté d'opinion, pouvant même aller jusqu'à la résistance à des ordres manifestement injustes<sup>41</sup>, la possibilité positive de « collaborer », avec fidélité et loyalisme, aux décisions publiques, et enfin « l'esprit public » qui est un autre nom du « civisme »<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> « Le régime réside donc essentiellement dans l'opération mentale de la représentation des idées politiques par des systèmes organisés d'idées et non pas dans l'opération électorale, plus ou moins organisée en mandat, d'où sortent les représentants (...) La nomination à l'élection n'est qu'une modalité habituelle du régime représentatif, elle n'en est pas l'élément essentiel. » (*ibid.*, p. 647). On peut aussi penser à la définition du roi comme représentant de la Nation chez les Constituants de 1791, à laquelle Hauriou fait également mainte allusion. Sur ce point qui fut l'objet d'importantes controverses, voir Pierre Brunet, *Vouloir pour la nation*, Paris, LGDJ, 2004.

<sup>37</sup> *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd. op. cit., p. 673 : « le chef de l'Etat symbolise l'unité de la souveraineté » ; et p. 675 : « la fonction du chef de l'Etat est tellement importante que c'est de la forme qu'elle revêt qu'est déduite la forme même de l'Etat ».

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 602, note.

<sup>39</sup> Dans l'organisation de la souveraineté nationale, l'organisation des suffrages est ainsi désignée comme une « question aiguë » : évoquant la souveraineté au sens organique et la souveraineté au sens révolutionnaire, inorganique, caractérisé par les « appels au peuple » de type plébiscitaire, il ajoute qu'« il faudrait, sans doute, réaliser une combinaison des deux tendances. (...) Peut-être la république représentative, à base de souveraineté nationale corporative, pourrait-elle s'accommoder d'un certain impérialisme populaire. Il y a, du moins en ce sens, l'expérience américaine » (*ibid.*, p. 633).

<sup>40</sup> Par opposition à l'autolimitation spontanée et subjective de Jelinek.

<sup>41</sup> Ce reliquat de non-consentement aux décisions gouvernementales fait que la souveraineté doit être dite « imparfaite », mais cela pour Hauriou ne fait que renforcer la nécessité toute mystique de l'autorité, qui est une « nécessité vitale » (*ibid.*, p. 667).

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 656 sqq. L'esprit public est « un état d'esprit généralement répandu parmi les citoyens, qui fait que ceux-ci ont conscience de leur souveraineté de sujétion et sont déterminés à l'exercer dans l'intérêt de l'Etat. (...) [Il] est fait des trois vertus théologiques, foi, espérance, charité, appliquées au régime d'Etat ; il est fait d'intelligence de la chose publique, de la confiance en la chose publique, d'amour et de dévouement pour la chose publique » (*ibid.*, p. 660-661).

C'est sur cet esprit public, aspiration *indirectement exprimée* des volontés individuelles, car médiée en quelque sorte par l'organisation politique de la nation, que le chef de l'Etat peut directement prétendre se fonder :

Placé au-dessus des partis, n'ayant point la responsabilité du gouvernement, le chef de l'Etat est d'ailleurs en excellente situation pour se laisser pénétrer par l'esprit public et pour se faire l'interprète des aspirations profondes qu'éprouve le pays dans ses moments d'unanimité.

Ainsi, Hauriou retrouve donc en un sens l'unanimité qu'il condamnait chez Rousseau et les contractualistes. Mais c'est une unanimité retrouvée seulement par l'intermédiaire de l'organisation statutaire de la nation. La volonté générale ne peut toujours pas s'exprimer par elle-même, immédiatement. Ainsi ne trouvera-t-on pas chez Hauriou d'irruption mythique de la volonté populaire sur la scène politique comme chez Carl Schmitt : tout y est affaire de médiation spirituelle et de composition collective des forces, nulle décision collective ne peut y apparaître de manière immédiate et spontanée<sup>43</sup>. Il n'y a donc dans son système, par conséquent, aucune nostalgie d'une forme quelconque d'absolutisation de l'existence sur une scène politique pensée comme une sorte de communauté organique ou encore d'indistinction avec une divinité créatrice et toute-puissante.

En outre, les organismes nationaux non étatiques sont eux aussi pénétrés par le droit national et ont également quelque chose de statutaire, ce qui limite la seule puissance de l'Etat centralisé. Certes, si Hauriou défend le syndicalisme, il se montre hostile au droit de grève, même dans le monde industriel, « parce que ce serait le droit à la guerre privée »<sup>44</sup>. De même, dans ses développements sur « les institutions de la famille », il exprime les inquiétudes contemporaines sur la dépopulation nationale et se laisse aller à la déploration de la corruption des « mœurs publiques » par « une liberté inorganisée de la presse et du théâtre » (l'émancipation des femmes étant vue quant à elle comme la manifestation d'un « besoin irréfléchi d'individualisme égalitaire »), et recommande entre autres la « suppression du divorce », « l'orientation morale donnée à l'instruction publique des garçons et des filles », « le rétablissement de la paix religieuse » au motif que « l'institution du foyer a besoin de l'ascétisme chrétien », et enfin, « une organisation de la liberté de la presse telle que celle-ci soit incitée à mettre sa très puissante influence au service des institutions de la famille et au service de la repopulation »<sup>45</sup>. De fait, lorsqu'on quitte les cadres institués, les prises de

---

<sup>43</sup> Sur la représentation chez Schmitt, voir O. Beaud, « Repräsentation et Stellvertretung. Sur une distinction de Carl Schmitt », *Droits*, n°6, 1987, p. 11-20 ; sur la notion de délibération opposable à l'unanimité autoritaire de cet auteur, voir l'analyse de B. Bernardi, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Paris, Vrin, 2003. Schmitt admirait fort Hauriou, bien que leurs catholicismes respectifs différassent, augustinien pour l'un et thomiste pour l'autre, comme le remarque encore Olivier Beaud (« Carl Schmitt ou le juriste engagé », in C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993). On peut incidemment noter, avec Bruno Bernardi, que par contraste avec la conception schmittienne, le reproche d'unanimité adressé au concept rousseauiste de volonté générale apparaît discutable. Cet argument va à l'encontre de l'interprétation que donne Bernard Manin, dans l'article précité, du célèbre passage du troisième chapitre du deuxième livre du *Contrat social* portant sur la nature de la volonté générale (voir Bernardi in Rousseau, *ibid.*, note 73 p. 65). De fait, les « mœurs », qui semblent alors former la véritable clef de voûte de l'édifice du *Contrat social*, et constituer le dernier mot du problème de la définition de la volonté générale, ne sont pas sans faire écho à ce que Hauriou appelle « l'organisation objective de la nation » (voir sur ce point B. Bernardi, préface à Rousseau, *Du contrat social*, Paris, GF-Flammarion, 2001).

<sup>44</sup> Hauriou, *Principes de droit public*, 2<sup>e</sup> éd, op. cit., p. 743. Pour ce qui est des fonctionnaires, Hauriou plaide pour une solution modérée, consistant à reconnaître aux fonctionnaires un statut, avec des associations professionnelles qui veilleront sur celui-ci, ainsi que le partage de la direction de certaines fonctions avec le pouvoir central. Cette position tranche avec le refus d'un Durkheim d'accorder aux fonctionnaires le droit de se syndiquer. Voir P. Birnbaum, « La conception durkheimienne de l'Etat : l'apolitisme des fonctionnaires », *Revue française de sociologie*, 17-2, 1976, p. 247-258.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 767-772. Il faut souligner que cette « organisation de la liberté de la presse » suppose pour lui de la soustraire aux « influences d'argent » au moyen d'une « organisation syndicale » (indépendante, donc, des puissances économiques et financières), qui lui permette de prendre « librement, mais fermement (...)

positions s'énoncent directement pour ce qu'elles sont : symboliques, et à ce titre celles d'Hauriou peuvent être qualifiées de clairement *conservatrices*. Eléments constitutifs de la souveraineté nationale, elles n'en demeurent pas moins extérieures à l'institution étatique *stricto sensu*<sup>46</sup>. La logique instituante déborde donc en quelque sorte du cadre étatique à laquelle voudrait l'associer Hauriou.

Quoi qu'il en soit cependant des positions politiques de son auteur, on peut donc voir que, dans ces différentes variantes cognitive, spirituelle ou théâtrale de la théorie de la représentation, et quel que soit le théâtre institutionnel où elle se déploie, la théorie juridique de l'institution et du droit statutaire déborde véritablement la seule logique de la fondation de l'Etat. Et c'est finalement ce que, semble-t-il, Hauriou a refusé d'accepter. Dans la grande étude de 1925 sur la théorie de l'institution, l'Etat disparaît tout à fait ; il réapparaît finalement en 1929 dans le *Précis de droit constitutionnel*, mais c'est au prix d'un véritable coup de force qui fait passer au second plan le pluralisme des forces instituantes, tandis que le législatif lui-même semble s'effacer derrière l'exécutif, et la faculté délibérante derrière la faculté exécutoire<sup>47</sup>. Le coup de force ne résout donc pas le problème, et la question de l'articulation du mécanisme institutionnel interne aux volontés exprimées dans la délibération demeure sans réponse.

## Conclusion

La théorie hauriouienne de la délibération, qui récuse le droit naturel moderne sans cacher ses orientations conservatrices, paraît donc éloignée à maints égards des critères actuels de définition de la délibération démocratique. Pourtant elle n'en paraît pas moins conserver paradoxalement une certaine puissance critique.

En effet, l'impossibilité de fonder les décisions publiques sur la seule délibération<sup>48</sup> conduit Hauriou à déstructurer la théorie de l'Etat pour se diriger vers une théorie métaphorique et métajuridique de l'autorité comme équilibre dynamique de puissances. Historiquement et pratiquement, il faut d'abord reconnaître à cette théorie qu'elle s'est révélée féconde pour éclairer le fonctionnement du droit, en dépit de la faiblesse apparente de sa fondation rationnelle ou normative.

Il resterait alors à compléter son analyse : si l'autorité politique est un concept symbolique, et non pas juridique, et n'est donc réellement conceptualisable *a priori* (c'est-à-dire en somme antérieurement à l'expérience même de la *vie*, en tant que celle-ci se révèle tout entière traversée de manifestations, aussi singulières qu'imprévisibles, de *puissance*) ; et si, d'autre part l'expérience politique est formée de rituels théâtraux plutôt que de discussions

---

conscience de son rôle social » (*ibid.*, p. 772). Hauriou, d'autre part, s'est toujours montré un partisan ferme et constant du droit de vote des femmes, même si ses raisons relèvent plutôt comme on s'en doute du « droit statutaire » que d'un féminisme anti-essentialiste d'allure contemporaine.

<sup>46</sup> Comme le montre bien Jean-Arnaud Mazères, « il est significatif que, dans toute l'œuvre du maître de Toulouse, ne se trouve jamais établie autrement que de manière allusive une relation entre la théorie de l'Etat et la théorie de l'institution. Pour importante qu'elle soit, l'institution médiation d'une nature pluraliste de l'Etat n'est pas vraiment centrale dans cet ensemble complexe d'éléments enchevêtrés qu'Hauriou met en place dans les *Principes de droit public* » (« La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998).

<sup>47</sup> « C'est dans le pouvoir exécutif que se trouvent la véritable autorité et le véritable pouvoir de gouvernement ; le pouvoir législatif – avec son pouvoir de domination – n'est là que pour le contrôle du pouvoir exécutif » (*Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd. 1929, p. 29). Voir également, sur ces deux points, J.-A. Mazères, op. cit. ; E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 30-31, 1995, p. 381-412.

<sup>48</sup> Projet dont Vincent Descombes, dans sa critique de Habermas, a pu montrer qu'il relevait d'une « pure démocratie, d'un gouvernement par la loi » (voir V. Descombes, « Le contrat social de Jürgen Habermas », in *Le raisonnement de l'ours et autre essai*, Paris, Seuil, 2007, p. 353).

argumentées, il reste à comprendre en quoi la logique de ce rituel peut être dite *démocratique*, et quelles libertés il permet alors de reconnaître à chacun.

Il conviendrait alors d'examiner, en d'autres termes, en quel sens on peut dire qu'il existe un exercice démocratique du pouvoir institué, ou encore un exercice démocratique de l'autorité. Plutôt qu'une généalogie d'une pensée délibérative dont on pourrait attester de la continuité par la mise en lumière de ses sources, c'est donc à une analyse critique du caractère fondationnel de ce concept qu'inviterait un examen contemporain de la manière dont Maurice Hauriou avait cherché à la conceptualiser, en resituant les pratiques délibératives au sein d'ensembles symboliques qui les débordent. On pourrait ainsi concevoir l'autorité indépendamment de toute théorie politique pure, mais en prise avec les dimensions latentes et inconscientes de toute prise de position politique, et faisant donc « toujours déjà » fond sur la dimension sociale de l'existence individuelle.