PAGES DE DOCTRINE

André de LAUBADÈRE

André MATHIOT

Jean RIVERO

Georges VEDEL

L. G. D. J.
1980

1968

André de LAUBADERE

Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit *

Maurice Hauriou et Léon Duguit ont été des contemporains.

Cette observation peut paraître banale, encore que, s'agissant de deux grands chefs d'écoles et de deux grands maîtres dans la même branche du droit, la quasi-simultanéité de leurs vies et le parallélisme de leurs carrières aient quelque chose de saisissant : nés à trois ans de distance (Hauriou en 1856, Duguit en 1859) ; reçus au même concours d'agrégation de 1882 (Hauriou major) ; doyens des deux grandes Facultés de droit du Sud-Ouest ; disparus, à trois mois près, en même temps.

Mais ce n'est pas seulement pour mentionner cette rencontre de leurs destins que j'évoque, dès l'abord, cette contemporanéité ; elle ne me paraît pas négligeable, comme j'essaierai de l'expliquer plus loin, pour mesurer, à certains égards, la portée réelle de ce que l'on considère immanquablement, lorsque l'on évoque ces deux maîtres, comme la constatation dominante, à savoir les divergences doctrinales qui les opposent.

Lorsque l'on parcourt leurs œuvres, ce sont cependant, presqu'autant que ces divergences doctrinales et même avant elles, les différences de leurs tempéraments, de leurs tournures d'esprit et de leur « manière » qui frappent :

Duguit, rigoureux, linéaire, tranchant, avide de cohérence et de systématisation sans faille, aussi grinçant à l'encontre des métaphores et même des simples images que des intrusions de la métaphysique dans les sciences sociales.

Hauriou, fourmillant et bouillonnant d'idées, d'images, d'ouvertures et de « correspondances » toujours en quête, « buissonnant » (1), « acceptant la complexité et même les contradictions du réel » (2).

Duguit a évoqué ces traits de son collègue toulousain, en des termes que je citerai, non seulement parce qu'ils me semblent très

* **Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, tome XVI, 1968, p. 209-228.**

(1) M. Waline, « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », *L'année politique française et étrangère*, 1930, p. 39.

(2) André Hauriou, avant-propos de la thèse de L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, p. VII.

suggestifs mais aussi parce que, dans une étude consacrée à Hauriou et Duguit, il me paraît indiqué de relever ce que chacun a pu dire de l'autre ; je ne manquerai du reste pas de le faire aussi par la suite. « Aucun de mes lecteurs, écrit Duguit, n'ignore les divergences nombreuses qui me séparent d'Hauriou. Nul plus que moi n'admire la vigueur et la noblesse de son esprit qui, profondément frappé par la complexité du monde social, voudrait, en quelque sorte, dans un élan mystique, s'identifier à lui pour en pénétrer les secrets et les contradictions. Il est comme le Bergson des doctrines juridiques et c'est un éloge qui n'est pas mince » (3).

Mais, quelques frappantes que soient les différences des personnalités, ce sont les oppositions doctrinales qui nous intéressent surtout ici.

Je ne m'attarderai pas sur une recherche des sources possibles de ces oppositions, c'est-à-dire sur les influences intellectuelles qui ont pu s'exercer respectivement sur Hauriou et Duguit. L'identification de ces influences est loin, en effet, d'être aisée :

Elle est très difficile et, peut-on penser, quelque peu vaine pour Hauriou. Duguit le classe bergsonien, non point tellement dans le passage cité plus haut, où il le compare seulement à Bergson, mais en d'autres endroits. Cependant, dans la vaste culture philosophique de Maurice Hauriou, Bergson est-il à placer en tête ? André Hauriou ne le fait venir que nettement après Auguste Comte, Platon et saint Thomas (4). Par ailleurs, Maurice Hauriou s'est lui-même étiqueté et, s'il est indiqué de rechercher ce que chacun des deux auteurs a pu dire de l'autre, il n'est pas pour autant contre-indiqué de relever également ce que chacun a pu écrire sur lui-même. « Il convient, a écrit Hauriou, de me cataloguer comme un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique » (5).

Pour ce qui est des influences qui ont pu marquer Duguit, les choses peuvent paraître à première vue plus simples : le nom de Durkheim et, au-delà, celui d'Auguste Comte, s'imposent tout de suite. Et, naturellement, on ne saurait minimiser l'influence de Durkheim et du sociologisme sur la pensée de Duguit. Mais ce serait certainement une erreur à l'égard d'un homme de la culture et de l'ouverture d'esprit de Duguit que de limiter à cette école ses sources d'inspiration. Je me bornerai à relever la grande attirance que saint Thomas d'Aquin exerçait sur Duguit. Les hommes qui ont approché celui-ci en témoignent. Certains racontent, par exemple, comment, jeunes professeurs à la Faculté de droit de Bordeaux, ils s'étaient vus, un jour, entraînés de force par Duguit, dans un grand élan de curiosité, vers la Faculté des Lettres, où était soutenue une thèse sur les idées de saint Thomas (il en était du reste revenu, ajoutent-ils,

(3) L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I, 1927, p. 25.
(4) A. Hauriou, *loc. cit.*, p. VI.
(5) M. Hauriou, *Principes de Droit public*, éd. 1926, XXIV.

complètement irrité du fait que la discussion avait porté presqu'exclusivement sur des virgules ou des points mineurs) ; lorsque, dans son analyse de la règle de droit, Duguit a ajouté le sentiment de la justice à celui de la socialité, saint Thomas a pris, dans ses références, une place dont témoigne le fait qu'à la table alphabétique du tome I du *Traité de droit constitutionnel*, le mot « saint Thomas » est suivi de renvois nettement plus abondants que le mot « Durkheim ».

Ce trait me détournerait, si j'y avait été porté, de m'interroger sur une question encore plus délicate, celle de savoir quelle part a pu avoir, dans les oppositions doctrinales de Duguit et Hauriou, le facteur issu de leurs attitudes spirituelles : la foi catholique d'Hauriou, l'incroyance religieuse de Duguit.

Délaissant donc ces problèmes d'influences, je prendrai les divergences des deux maîtres comme si elles venaient exclusivement d'eux-mêmes et je pense qu'effectivement l'admirable puissance de réflexion et d'élaboration originale d'Hauriou et de Duguit permet de regarder leurs doctrines comme leur bien propre.

Ces oppositions doctrinales entre Duguit et Hauriou, je voudrais d'abord en rappeler l'essentiel. J'essaierai ensuite d'en mesurer la portée en me demandant surtout comment elles nous apparaissent aujourd'hui, alors qu'un recul de quelque cinquante années nous sépare maintenant des controverses « à chaud » ; je le ferai, bien entendu en dehors de toute idée préconçue, je veux dire de tout parti pris de découvrir les éléments de je ne sais quelles conciliation et rencontre posthumes.

Mais je dois d'abord rappeler l'essentiel des contradictions en me demandant quels sont les points de désaccord vraiment irréductibles. Rappeler, c'est-à-dire que, pour déceler ces désaccords, je ne pourrai évidemment, dans le cadre de ce rapport, reprendre l'analyse approfondie des deux corps de doctrines, comme ont pu le faire, par exemple, et du reste bien plus savamment que je ne le pourrais, au lendemain de la disparition des deux maîtres, Marcel Waline, dans son étude publiée en 1929-1930 dans l'*Année politique française et étrangère*, sous le titre « Les idées maîtresses de deux grands publicistes français : Léon Duguit et Maurice Hauriou », Charles Eisenmann dans son article de la *Revue philosophique* de 1930, « Deux théoriciens du droit, Duguit et Hauriou ».

Sans donc chercher à reprendre ici dans leur ampleur ces analyses, je voudrais seulement choisir quelques éléments majeurs des deux doctrines pour tenter d'y mesurer la portée des divergences.

Je m'efforcerai de le faire surtout à l'aide directe de leur propre controverse.

Car la simultanéité de leurs carrières leur a permis de débattre entre eux de leurs contradictions et ils ne s'en sont point fait faute. C'est là un précieux avantage pour les tiers, encore que, bien entendu, il soit toujours loisible et même recommandé de s'interroger à l'occasion sur les illusions qu'ils ont pu se faire eux-mêmes au sujet de leurs accords ou désaccords.

Il est en tout cas bien utile qu'Hauriou ait pris soin d'écrire, en 1911, dans les *Annales de l'Académie de Législation de Toulouse*, un article sur « les idées de M. Duguit » et consacré plus tard de longs développements à l'appréciation critique des doctrines de Duguit, notamment, en dehors de ses divers manuels, dans ses deux études rassemblées dans les *Cahiers de la nouvelle journée*, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes » (6) et « La théorie de l'Institution et de la fondation ».

De son côté, Duguit a consacré maints développements de son *Traité de droit constitutionnel* à la discussion des points de vue d'Hauriou ainsi qu'à la réfutation des critiques adressées par celui-ci à ses propres idées. Il suffit, pour en mesurer d'un regard l'importance, de consulter les tables qui figurent à la fin de chaque tome du *Traité de droit constitutionnel* et dans lesquelles Duguit avait l'habitude, sous les noms des auteurs cités, non seulement d'indiquer les renvois aux pages de référence de son ouvrage, mais de résumer ou du moins d'évoquer par une phrase le sens général du passage concerné. Ce sont d'assez longues colonnes qui s'allongent sous le mot *Hauriou*. Les phrases évocatrices débutent assez souvent par : « se trompe quand il soutient que... », « dit, sans preuve, que... », « me reproche à tort de prétendre que..., « dit à tort que je suis anarchiste » (sur cette question de savoir si Duguit pouvait être qualifié « anarchiste », il y eut, au fil des écrits successifs des deux auteurs, abondance de répliques et de dupliques jusqu'à ce que, Hauriou ayant réitéré son accusation mais indiqué qu'il « n'insisterait pas davantage », Duguit ait clos à son tour sa réplique en déclarant : « moi non plus, je n'insisterai pas davantage »). Mais on lit aussi, dans la colonne *Hauriou :* « montre bien l'erreur que l'on commet en disant que... », « me défend contre un critique d'Esmein » et même « arrive sur beaucoup de points à des conclusions analogues aux miennes ».

C'est donc en m'appuyant sur leur propre controverse que j'essaierai de préciser la portée de leurs divergences sur quelques thèmes majeurs.

— I —

Ce sont bien, en effet, des divergences fondamentales que fait d'abord apparaître la confrontation des doctrines d'Hauriou et de Duguit.

Ces divergences portent en premier lieu sur les problèmes de base, ceux de la théorie générale du droit et de l'Etat.

Mais, de là, elles s'irradient dans les autres domaines, ceux mêmes où les constructions juridiques pourraient sembler, à prime

(6) Hauriou a incorporé plus tard cette étude dans son *Précis de Droit constitutionnel* (chap. I).

abord, moins marquées par les positions philosophiques et, par suite, plus propices à des rencontres.

Rien de surprenant à cela : comme tous les grands maîtres du droit, Duguit et Hauriou ont fait des positions prises sur les problèmes fondamentaux de la théorie du droit et de l'Etat le soubassement de toute leur construction du droit public, de sorte que ces positions de départ ne pouvaient pas ne pas commander leurs conceptions dans ce que j'appellerai, sans aucun sens péjoratif ou dédaigneux, les branches subalternes du droit.

Au départ cependant, ne rencontre-t-on pas une attitude commune, et de taille puisqu'il ne s'agit de rien moins que des rapports de l'Etat et du droit ?

Duguit et Hauriou ont, l'un et l'autre, rejeté le positivisme juridique, distingué le droit de l'Etat et refusé de voir dans le droit une pure création de l'Etat.

Or, ce problème leur paraissait, à l'un comme à l'autre, le problème majeur : Duguit, dans un passage souvent cité, affirme que, si le droit devait se ramener au droit positif, son étude « ne vaudrait pas une minute d'effort et serait un pur travail de manœuvre ». Hauriou, de son côté, n'a-t-il pas dit de la limitation de l'Etat et de la réalisation de l'Etat de droit que cette question est, en un sens, « la question unique du droit public » ?

Ainsi, dans le domaine même des problèmes fondamentaux, ceux de la théorie générale de l'Etat et du droit, ce que nous rencontrons d'abord, c'est une convergence et une convergence sur une question majeure, celle de la *limitation de l'Etat par le droit*.

Seulement, ce n'est pas le même *droit*. Ni du reste le même *Etat*. Ni non plus la même *limitation*.

Comme je l'ai dit un peu plus haut, je ne vais pas ici tenter de présenter un exposé, en vue de leur confrontation, des conceptions du *droit*, de l'*Etat* et de la *limitation de l'Etat par le droit* selon Hauriou et Duguit. Ce que je voudrais seulement, c'est essayer, pour un certain nombre de questions prises dans ces trois théories, d'examiner, en m'aidant notamment des controverses d'Hauriou et de Duguit, le caractère irréductible ou non de leurs divergences et la portée de celles-ci.

A. - Je prendrai en premier lieu la *théorie générale du droit*, et, dans cette théorie, une question dont précisément Duguit et Hauriou ont débattu et sur laquelle ils se sont longuement étendus, celle de la place, dans le droit, des *éléments subjectifs* et des *éléments objectifs*. Peut-être, comme l'a écrit Ch. Eisenmann (7), n'est-ce pas la question la plus importante dans la théorie générale du droit mais, outre que nos deux auteurs lui ont, eux, attaché une grande importance, elle est révélatrice de leur dissension et par ailleurs elle présente cet intérêt de toucher à tous les aspects de la théorie du

(7) Ch. Eisenmann, article précité.

droit : l'origine et la formation du droit, sa nature, sa mise en œuvre.

On sait comment Duguit a prétendu construire une théorie du droit entièrement objectiviste, exclure du droit les éléments subjectifs, non seulement en ce qui concerne l'origine et la formation du droit, en s'attachant à donner à la règle de droit un caractère purement positif et objectif et en refusant de voir dans l'individu et sa volonté, à un titre quelconque, une source du droit, mais aussi dans la mise en œuvre du droit, en éliminant les notions de droit subjectif, sujet de droit, personne morale et en analysant l'acte juridique comme un simple procédé de déclenchement de la règle objective de droit.

Cette position est-elle génératrice d'un dissentiment irréductible avec Hauriou ?

Si l'on se contentait de se référer à l'opinion que se fait Duguit lui-même de cette dissension, on aurait de fortes raisons d'en douter. Dans son *Traité de droit constitutionnel* (I, 1927, p. 25 et suiv.), Duguit a répliqué aux développements consacrés à cette question par Hauriou dans son article de 1925 sur la théorie de l'Institution et de la fondation. Or, la réplique de Duguit suggère simplement l'idée qu'Hauriou serait en réalité un objectiviste qui s'ignore ou un objectiviste malgré lui. C'est en effet dans un paragraphe intitulé « les doctrines objectivistes » que Duguit traite de la position d'Hauriou sur la question et ce paragraphe a pour thème les progrès réalisés à l'époque par l'objectivisme, progrès illustrés, selon Duguit, par les doctrines d'Hauriou, de Gény et de Kelsen : « Hauriou, écrit Duguit à cette occasion, ne niera point qu'il rejette le *tout au subjectif*, puisqu'il a dit lui-même qu'il fallait rejeter le tout au subjectif ; mais, quoiqu'il en dise, il ne rejette point le *tout à l'objectif* ».

Mais, en réalité, il suffit de lire ce paragraphe pour s'apercevoir que Duguit n'envisage là, dans les idées d'Hauriou, que la seule théorie de l'Institution, théorie que, du reste, il ne critique point — il semble adopter à son sujet une sorte de neutralité bienveillante, encore que, à la table des matières, mais à la table des matières seulement, il la qualifie d' « obscure » — mais théorie dont il soutient seulement, car c'est ce qui l'intéresse là, qu'elle est « une pure doctrine objectiviste ».

Je ne rechercherai pas ce qu'il faut penser de cette opinion relative au caractère purement objectiviste ou non de la théorie de l'Institution, opinion qu'Hauriou ne partageait en tout cas point (c'est en cela qu'il serait donc un objectiviste qui s'ignore), parce que, même si la théorie de l'Institution a été pour Hauriou « la grande affaire » elle n'est point tout dans ses doctrines. Or, il est bien évident que sur de nombreux autres points d'importance majeure, Hauriou fait une large place aux éléments subjectifs, en particulier dans la notion même de sujet de droit, dans la reconnaissance et l'analyse de la personnalité morale et aussi dans le mécanisme de l'acte juridique, au sujet duquel il suffira, pour faire apparaître la distance qui le sépare de Duguit, de citer le passage

suivant, dans lequel, selon une méthode qui lui est familière, Hauriou complète l'énoncé abstrait par une comparaison pittoresque ; « la matière du droit, en tant que consensuelle, est donc créée par la volonté individuelle et, malgré que la puissance publique intervienne dans les formes et dans les sanctions, cela reste important. Si nous entrons faire un tir chez Gastine-Renette, nous lui empruntons son stand, ses armes et l'authenticité du carton, mais notre œuvre personnelle restera quand même la plus importante si nous plaçons bien nos balles et l'effet, c'est-à-dire l'honneur, en sera pour nous. Notre acte aura été encadré et authentiqué mais, dans ces limites, il n'aura pas été subordonné ». (« Le pouvoir, l'ordre et la liberté », précité, *Cahiers nouvelle journée*, p. 73.)

Il n'en reste pas moins vrai que, si Hauriou fait manifestement place au subjectif dans le droit, il assigne également — et il l'a dit clairement — une place importante aux éléments objectifs. Dans son article sur la théorie de l'Institution, le point de départ de ses développements sur la question est la critique des abus du subjectivisme dans les doctrines, notamment allemandes, du XIXe siècle et il conclut : « il faut renvoyer dos à dos le système du tout au subjectif et celui du tout à l'objectif, l'un a pris l'action pour la durée et l'autre la durée pour l'action ».

Et, ailleurs (*Droit constitutionnel*, 1re éd., p. 66) : « La société est en partie subjective, en partie objective ».

Cette présence d'éléments objectifs importants dans la conception du droit selon Hauriou pourrait suggérer à des esprits portés à la conciliation l'idée que Hauriou n'est pas, à tout le moins, aussi loin de Duguit qu'on peut d'abord le penser. D'autant plus que l'on a pu se demander — et l'on n'a pas manqué de le faire — si, de son côté, Duguit ne serait pas en réalité moins intégralement objectiviste qu'il prétend l'être, au moins en ce qui concerne le problème de l'origine de la règle de droit qu'il situe, on le sait, dans la « masse des consciences individuelles » et dans un double « sentiment », le sentiment de la solidarité ou socialité et le sentiment de la justice. S'il en était ainsi, il y aurait là une atténuation, venant du côté des idées de Duguit, de son opposition avec Hauriou. Sans doute, Duguit a toujours prétendu qu'il n'y avait rien que d'objectif dans sa conception de la règle de droit ; mais n'aurait-il pas été, à son tour, quelque peu subjectiviste malgré lui ? Son disciple Bonnard, l'a pensé et il a lui-même essayer de procéder à une sorte d'épuration de ce qui peut subsister de subjectif et de volontariste dans la conception duguiste, en faisant appel à la notion de valeur entendue en un sens purement objectif, c'est-à-dire comme une qualité dépendant de la nature de l'objet et non comme une qualité attribuée à l'objet par le sujet.

On serait ainsi incité à déceler un rapprochement, en cette matière, des doctrines de Duguit et Hauriou, à tout le moins à soutenir qu'au fond, elles ne s'opposent pas aussi diamétralement qu'on le pense habituellement puisque chacune contiendrait à la fois des éléments objectifs et des éléments subjectifs.

Mais, outre que le dosage de ces éléments respectifs dans les deux doctrines apparaîtrait considérablement disproportionné, cette tentative louable de conciliation ne me paraîtrait pas correspondre aux orientations fondamentales des deux maîtres :

En ce qui concerne Duguit, l'observation faite ci-dessus vise seulement un prétendu échec ou demi-échec dans son entreprise d'élimination du subjectif ; elle laisse intacte le parti, pris par Duguit, de procéder à cette élimination. Car il est bien certain que Duguit, obsédé par les abus de l' « ultra-subjectivisme » dénoncés par Hauriou lui-même, a bien, pour éliminer les risques de réapparition de ces abus, entendu raser purement et simplement le subjectivisme afin de mieux assurer l'assainissement du droit avant sa reconstruction (8). Une méthode aussi radicale était-elle défendable ? Aujourd'hui, la rénovation urbaine ne procède guère autrement ; il était en tout cas dans le tempérament de Duguit de procéder ainsi.

C'est, me semble-t-il, une orientation non seulement différente mais véritablement opposée que celle d'Hauriou. Car, s'il a condamné ce qu'il appelle lui-même l' « ultra-subjectivisme », c'est vers la primauté du subjectif qu'il me paraît néanmoins tourné. « Primauté du subjectif par rapport à l'objectif », c'est lui-même qui a employé cette expression (*Précis de droit constitutionnel*, 1re éd., p. 67). De goût, d'instinct, peut-on dire, il me semble être pour le subjectif, c'est-à-dire, a-t-il écrit, « la masse enchevêtrée des relations sociales, particulièrement les relations d'affaires, l'entraide, les organisations représentatives, enfin les organisations fondées sur le pouvoir alors que les éléments objectifs sont les règles de droit et les institutions sociales, c'est-à-dire l'ordre social », éléments qui « reposent sur des idées » (*eod. loc.*, p. 59 et suiv.). Pourquoi cette préférence ? Sans nous aventurer dans trop de recherches, relevons simplement ce qu'il nous dit lui-même :

« Devons-nous, se demande-t-il, attacher plus d'importance à l'ordre objectif des idées plutôt qu'au jeu subjectif du pouvoir et de la liberté ? ». Il répond : « Du point de vue logique, il semble qu'il faille répondre affirmativement. Il s'agit de construire de l'ordre ; il semble que l'ordre doive dominer le pouvoir et la liberté ». Mais il faut écarter ce point de vue logique car il serait non seulement dangereux pour la cause de l'ordre mais surtout incompatible avec le régime moderne de liberté. Le régime moderne de liberté exige que la liberté prédomine, l'ordre objectif des idées et des institutions ne constituant qu'une limite pour elle comme pour le pouvoir. « L'objectif, écrit-il encore, ne saurait primer le subjectif sans que l'ordre prime la liberté » (*eod. loc.*, p. 13).

(8) Cf. sur cette élimination du subjectivisme, J. Brethe de La Gressaye, « L'influence des idées de Duguit sur la doctrine du Droit privé », *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1959, nos 3 et 4.

A cette considération, Hauriou en a ajouté une autre dans son article de 1928, précité, « Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes » : l'objectif est « statique » et c'est parce qu'ils sont statiques, ce qui « fait apparaître leur incompatibilité avec la vie », qu'il condamne les systèmes objectivistes. « Par la négation du pouvoir subjectif de création du droit, le mouvement juridique, qui résulte surtout des forces subjectives, est arrêté, à moins qu'on ne se trouve sous l'empire d'une norme qui, par exception, pose le principe d'une liberté, comme, par exemple, celle qui établit la liberté des conventions ».

En définitive, si l'on ne peut sans doute pas, pour opposer à la doctrine objectiviste de Duguit, qualifier purement et simplement celle d'Hauriou de subjectiviste, c'est seulement, me semble-t-il, parce que, d'une manière générale, les positions doctrinales d'Hauriou, par leurs nuances et leur complexité, répugnent aux étiquettes ; les orientations respectives de la pensée d'Hauriou et de celle de Duguit sur la question du subjectif et de l'objectif n'en paraissent pas moins non seulement divergentes mais bien opposées.

B. - Ce n'est pas non plus le même *Etat* dont Maurice Hauriou et Léon Duguit dégagent et définissent la notion.

Sans doute est-il difficile de rechercher leur divergence dans une comparaison directe de leurs deux analyses de l'Etat, cela parce que ces analyses mêmes sont très difficiles à comparer.

L'analyse de Duguit se ramène des éléments simples, tirés de l'observation positive des faits sociaux et aboutit à une construction purement logique et juridique ; la différenciation des gouvernants et des gouvernés, regardée comme un fait ; l'identité de situation des gouvernants et des gouvernés au regard de la règle de droit ; la répudiation de l'idée de souveraineté ; le refus d'attribuer un caractère juridique quelconque au phénomène de la puissance publique et, pour plus de précaution, l'élimination de l'expression elle-même « puissance publique », trop liée à l'idée d'un droit subjectif de souveraineté.

De cette conception dite « réaliste » de l'Etat, l'analyse d'Hauriou est tellement différente par la nomenclature et aussi par la nature — j'y reviendrai plus loin — des éléments qu'elle contient ou parfois même évoque ou suggère, qu'il est presqu'impossible d'établir une comparaison parce que les termes mêmes de cette comparaison sont trop dissemblables.

Sans chercher à recenser dans leur variété et leur richesse ces éléments, dont chacun constitue lui-même une théorie, de la vision de l'Etat par Hauriou, je mentionnerai seulement la distinction de la constitution sociale, faite de l'ensemble des libertés individuelles, et de la constitution politique, la distinction du pouvoir majoritaire et du pouvoir minoritaire à l'intérieur de l'Etat, la distinction de la souveraineté de gouvernement, de la souveraineté de sujétion et de la souveraineté de la chose publique, la distinction du pouvoir sur les hommes libres et de la propriété des choses.

Certes tout cela n'est pas disparate mais s'encadre et se lie dans des notions dominantes : le caractère d'Institution de l'Etat et le consentement coutumier du pouvoir ; il reste que, dans ces cadres, la variété des composantes que j'ai rappelées — et d'autres équilibres encore que j'ai dû omettre — rend impossible une confrontation directe avec une présentation des choses aussi simple — certains diront : aussi simpliste — que celle de Duguit.

On s'en aperçoit bien du reste lorsque l'on observe ce que Duguit a écrit sur les idées d'Hauriou relatives à l'Etat : il en a parlé longuement, notamment dans les tomes I et II de son *Traité,* mais en des endroits assez dispersés parce qu'il a été précisément obligé de prendre séparément des éléments de construction aussi divers ; il n'a pu concentrer sur une confrontation avec sa propre doctrine la doctrine d'Hauriou, doctrine dont il donne l'impression, si l'on veut bien me passer cette expression, de ne pas savoir par quel bout la prendre.

Il en résulte du reste que l'appréciation portée par Duguit sur les idées d'Hauriou relatives à l'Etat est assez diverse ; il y a beaucoup de choses qu'il ne désapprouve pas, ou qu'il approuve positivement. Il ne désapprouve pas la théorie de l'Institution (dans la mesure, je l'ai dit, où il y voit une théorie objectiviste) ; il loue le rejet par Hauriou de la théorie de la délégation (II, p. 39) ; et c'est à propos de la théorie de l'Etat qu'il écrit : « A beaucoup d'égards, Hauriou aboutit à des conclusions analogues aux miennes ».

Cependant, ici encore comme tout à l'heure à propos de la querelle de l'objectif et du subjectif, il ne faut pas se faire d'illusion sur cette sorte de « Hauriou avec nous ». Il reste des divergences essentielles et sur les points essentiels. Je retiendrai seulement, en dehors de la position évidemment divergente sur la personnalité juridique de l'Etat :

D'abord le champ d'application de la notion même d'Etat qu'Hauriou limite aux formations politiques ayant atteint le degré d'évolution où apparaît le « pouvoir d'Etat », alors que, pour Duguit, le phénomène simple de la différenciation des gouvernants et des gouvernés apparaît constant et identique en lui-même dans toute société, « de la baronnie féodale aux grandes républiques démocratiques modernes » ; et Hauriou a effectivement reproché à Duguit de mettre toutes les institutions politiques sur le même plan.

Ensuite, et surtout, le problème de la juridicité du pouvoir, qui apparaît bien comme le terrain de l'opposition majeure et irréductible. Car c'est bien l'idée duguiste selon laquelle le pouvoir exercé par les gouvernants n'est, en lui-même, qu'un simple fait sans caractère juridique, qui est fondamentalement inacceptable pour Hauriou. C'est elle qui lui fait voir un anachiste en Duguit : est anarchiste une doctrine « où le pouvoir n'a pas de vertu juridique propre, où la volonté des gouvernants est considérée comme n'étant pas d'une nature autre que celle des gouvernés, une doctrine où il n'y a pas de théorie de la légitimité du pouvoir tirée de l'origine de celui-ci »

(*Droit administratif*, 9e éd., 1919, p. 28). Et, dans la fameuse préface de la 11e édition du *Précis de droit administratif* : « Ce qui fait la faiblesse de la position prise par MM. Jèze et Duguit... C'est qu'ils entreprennent l'œuvre impossible de se débarrasser de la puissance publique en tant que pouvoir juridique ».

C. - Ce sont des observations très comparables à celles que je viens de présenter à propos de la conception de l'Etat qui viennent à l'esprit au sujet du problème de la *limitation de l'Etat par le droit.*

Ici aussi, ce que l'on aperçoit d'abord, c'est la différence considérable du contenu et des préoccupations mêmes de deux théories.

Pour Duguit, tout se ramène à un raisonnement logique, simple : jamais, en aucune manière, l'Etat ne crée le droit ; la règle de droit objectif, qu'il vient seulement constater, le limite entièrement de l'extérieur puisqu'elle lui est extérieure.

Chez Hauriou, la limitation de l'Etat est quelque chose d'infiniment plus complexe parce que, si Hauriou, je l'ai rappelé, croit à la limitation de l'Etat, la recherche et fait à un droit naturel une place qui exclut le positivisme juridique, la limitation de l'Etat dépasse la limitation de l'Etat par le droit. Elle résulte en réalité de toute une combinaison, de tout un jeu d'éléments — et qui ne sont du reste pas tous juridiques — éléments qui constituent ces fameux équilibres dont on sait quelle place ils occupent dans l'ensemble des doctrines d'Hauriou. Ce qui intéresse Hauriou, me semble-t-il, c'est, plus que l'idée de la soumission de l'Etat au droit, les moyens de réaliser cette soumission et ils sont très divers, comprenant non seulement les mécanismes constitutionnels classiques (séparation des pouvoirs, dualisme et autres juxtapositions d'organes) mais aussi bien d'autres éléments, comme la constitution sociale, et aussi cette autolimitation qu'Hauriou appelle « objective » et qui résulte de l'aménagement interne de l'Etat (subordination hiérarchique de l'administration, contrôle juridictionnel de l'administration).

Là aussi, par conséquent, les systèmes d'Hauriou et de Duguit apparaissent difficilement comparables.

Mais là aussi, il est aisé de repérer les points de désaccord irréductibles. Deux d'entre eux me semblent se détacher car ils portent sur des points au sujet desquels Duguit se montrait intraitable :

D'une part la place faite à l'idée même de l'autolimitation, notion que Duguit considérait comme à exclure radicalement.

D'autre part — et plus encore — la place faite par Hauriou à une certaine possibilité de création du droit par l'Etat. Pour Duguit, aucune place ne pouvait être faite à cette possibilité et, lorsqu'il a distingué ce qu'il appelait respectivement les règles de droit normatives et les règles de droit constructives, il a bien pris soin de préciser que les secondes tirent leur force de la règle normative qu'elles réalisent et nullement de la volonté du législateur. Duguit prétend ainsi écarter entièrement le volontarisme de la création du droit. Du fait qu'il est radical, ce point de vue ne peut pas s'accomoder de la

place — fut-elle secondaire — qu'Hauriou reconnaît à une certaine création étatique et gouvernementale du droit et qu'il a clairement affirmée, par exemple dans son article précité sur « le pouvoir, l'ordre et la liberté » : « la création du droit par un pouvoir politique doué d'une certaine autonomie, écrit-il, n'est pas moins nécessaire au droit positif ; il peut renoncer à la souveraineté absolue de la puissance publique, mais non à la souveraineté relative. Le gouvernement des groupes humains, qui ne s'exerce que par la création continuelle de l'ordre et du droit, exige que ceux qui gouvernent puissent eux-mêmes créer du droit. Cette création autonome du droit par le pouvoir politique est combattue par les systèmes objectivistes avec plus d'acharnement encore que l'autonomie juridique de la volonté individuelle ».

D. - Pour des esprits envisageant la systématisation juridique au niveau et avec l'ampleur qui caractérisent les doctrines d'Hauriou et de Duguit, il est clair que les divergences relatives aux concepts fondamentaux ne pouvaient manquer de se refléter dans la construction de telle branche du droit public, et par exemple dans le *droit administratif* sur lequel ils ont l'un et l'autre (Hauriou plus encore que Duguit, on le sait) beaucoup écrit.

Pour Duguit, cette liaison du droit administratif à la théorie générale du droit est concrétisée par le fait que toutes ses théories du droit administratif figurent dans son *Traité de droit constitutionnel* et qu'il s'est bien gardé de donner au tome III, dans lequel se rencontrent les principales, le titre ou le sous-titre « Droit administratif ».

Aussi ne faut-il pas s'étonner que, dans le droit administratif, les divergences qui séparent Duguit et Hauriou et qui sont nombreuses, résultent pour beaucoup d'entre elles, de divergences sur les concepts fondamentaux du droit. Je me limiterai à trois exemples :

En premier lieu, c'est l'idée défendue par Duguit, selon laquelle gouvernants et gouvernés sont dans la même situation à l'égard de la règle de droit sans que l'Etat, prétendue personne morale, détienne une prétendue souveraineté, qui, de manière absolument inéluctable et radicale, le conduit à une position tout à fait contraire à celle d'Hauriou sur le problème des *rapports entre le droit public et le droit privé.* A la différence d'Hauriou, pour qui existe un droit de la puissance publique, Duguit ne conçoit pas « l'existence d'une règle distincte par son fondement et par son objet de celle qui s'applique aux rapports entre simples particuliers » (9). Duguit écarte donc la distinction du droit public et du droit privé, au moins dans son principe car il lui reconnaît malgré tout une valeur pédagogique et aussi — ce qui va plus loin — il admet qu'il y a une différence dans les modes de sanction ; mais l'unité du droit n'en garde pas moins à ses yeux, une importance essentielle ; elle l'a conduit, par exemple,

(9) *Traité de Droit constitutionnel,* I, p. 525.

à nier la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun (10).

Sans doute Duguit ne peut pas nier l'existence des situations et règles particulières au droit administratif non plus que l'existence de la juridiction administrative. Mais ces régimes et ces compétences ne peuvent pas être fondés sur une prétendue situation particulière de l'Etat et de l'administration, sur la souveraineté ou la puissance publique. Ils ne peuvent être fondés que sur le but poursuivi par les agents publics et par conséquent liés aux cas où ce but est poursuivi. Et c'est toute la construction du droit administratif sur le *but de service public.*

Inutile de dire qu'il s'agit là — et non point par hasard mais dans la logique inéluctable de la théorie générale du droit et de l'Etat — de la seconde grande opposition de Duguit et d'Hauriou. On la connaît suffisamment pour qu'il soit inutile de s'étendre sur cette divergence. On connaît sa portée (le service public opposé à la puissance publique comme pièce centrale du droit administratif). On connaît ses manifestes (en particulier la fameuse préface de la 11e édition du *Précis de droit administratif* d'Hauriou). On connaît même, depuis les éclairages apportés par J. Rivero (11), ses curieux avatars originaires : on sait ainsi comment Hauriou a eu la paternité de la théorie du service public (alors que, dans ses premiers grands ouvrages sur l'Etat, en 1901-1903, Duguit ne mentionnait même pas le service public) mais comment aussi le cheminement des deux maîtres les a finalement conduit à un chassé-croisé plutôt qu'à une rencontre.

Enfin il est encore une divergence relative aux concepts généraux de la théorie du droit dont on devine qu'elle ne peut manquer d'avoir des incidences profondes sur une branche particulière du droit comme le droit administratif. Je veux parler de la négation des concepts de *droit subjectif, sujet de droit, personnalité morale :*

Si l'on songe, par exemple, qu'en droit administratif tous les sujets de droits sont précisément des personnes morales (territoriales ou spéciales) on devine la différence qu'il peut y avoir entre l'exposé du droit administratif présenté par un auteur comme Duguit qui n'admet pas le concept de personnes morales et un auteur comme Hauriou qui l'utilise.

— II —

C'est avec de réels scrupules que je me vois obligé, en raison des limites de ce rapport, après avoir évoqué les divergences doctrinales qui ont séparé Hauriou et Duguit, de réduire à quelques brèves

(10) *Traité de Droit constitutionnel,* III, p. 41.

(11) J. Rivero, « Hauriou et la notion de service public », in *L'évolution du Droit public,* 1956, p. 461.

réflexions ce que je ne puis appeler une seconde partie mais que j'appellerai un second volet de mon exposé.

Plusieurs considérations doivent en effet prendre place en face des divergences, lorsque l'on veut mesurer la portée réelle de celles-ci et certaines de ces considérations me semblent tirer du recul du temps plus de relief encore.

J'en retiendrais trois :

D'abord, je relèverai que, s'il y a eu une opposition doctrinale Duguit-Hauriou, il y a eu d'autres oppositions doctrinales beaucoup plus marquées et à l'occasion desquelles Duguit et Hauriou se sont parfois, sur des questions importantes, retrouvés dans le même camp.

C'est ainsi, par exemple, que les divergences doctrinales qui ont opposé Duguit à Carré de Malberg ont été beaucoup plus profondes que celles qui l'ont opposé à Hauriou.

Sur le problème du positivisme juridique — que Duguit, rappelons-le, considérait comme le problème majeur de la science du droit — ce n'est pas entre Duguit et Hauriou qu'est l'opposition mais, par exemple, entre eux et Carré de Malberg ou Jèze. Ce dernier, qui était, on le sait, à bien d'autres égards, de l' « école de Duguit », ne considérait-il pas tout exposé théorique s'écartant du droit positif comme un « monument d'orgueil et d'inutilité certaine » (12) ?

Et Marcel Waline a pu écrire qu'à certains égards au moins, par rapport à Kelsen, Duguit et Hauriou étaient du même côté (13).

Ce qui a peut-être majoré, aux yeux de leurs contemporains, l'opposition Duguit-Hauriou, c'est que la simultanéité de leurs carrières a mis en relief une controverse constamment alimentée, renforcée inévitablement par le ralliement de disciples sous deux pavillons (« Toulouse contre Bordeaux », en quelque sorte, écrit Jean Rivero) (14).

Eux-mêmes, en dépit de l'amitié qui les liait et de la grande estime qu'ils avaient l'un pour l'autre, ne se sont pas ménagés, ne se sont pas « fait de cadeaux », dirait-on aujourd'hui en langage sportif. Le « A toi Léon », inscrit un jour par Hauriou, en formule d'hommage, sur la première page d'un article qu'il envoyait à Duguit signifiait à la fois, peut-on penser : « A toi de tout cœur » et « A toi de jouer ».

(12) Jèze, *Principes généraux du Droit administratif*, 2e édition, II, I, p. 19. Duguit n'a pas manqué de souligner lui-même que le point de vue de Jèze se rattachait directement à une conception contre laquelle il n'avait jamais cessé de s'élever.

L'opposition de Duguit et de Jèze sur le positivisme juridique n'a pas manqué d'entraîner d'importantes conséquences sur la théorie même du service public chez ces deux théoriciens de l' « école du service public » : en ce qui concerne le critère du service public, Jèze a défendu avec force l'idée que seule l'intention des gouvernants est à considérer, conception positiviste que Duguit a vivement critiquée (*Traité*, II, p. 74).

(13) M. Waline, *article précité*.

(14) Préface de la thèse de L. Sfez, précitée, p. 1.

C'est pourquoi je disais en commençant ce rapport que, pour mesurer la portée réelle de l'opposition entre Duguit et Hauriou, il faut tenir compte dans une certaine mesure de leur contemporanéité.

Mais cette première observation serait insuffisante si elle était seule à pouvoir prendre place en face des divergences puisqu'elle aboutit surtout à constater qu'en fait de divergence il y a eu pire que celles qui ont opposé Hauriou et Duguit.

Une seconde observation me semble plus importante :

Lorsque nous constatons des divergences dans les pensées respectives d'Hauriou et de Duguit, il ne s'agit pas toujours d'oppositions, de contradictions mais souvent de différences qui tiennent à l'impossibilité de confronter en réalité les deux doctrines. Je l'ai relevé à propos de la conception de l'Etat mais il me faut y insister.

Duguit, soucieux de rigueur et de cohérence, adopte un point de vue, celui de la construction logique et juridique, et s'y tient.

Hauriou, avide d'appréhender le réel dans sa complexité et même ses contradictions, ne se fait pas faute d'associer, d'amalgamer, et de corriger les unes par les autres, dans un même et unique raisonnement, la logique juridique, l'analyse historique et la préférence politique. Il pratique selon l'expression employée, dans son rapport, par le doyen Vedel, un syncrétisme méthodologique tout à fait étranger à la méthode de Duguit.

La doctrine l'a souvent noté ; par exemple Ch. Eisenmann, en ce qui concerne la démonstration de la supériorité du pouvoir minoritaire sur le pouvoir majoritaire par un raisonnement dans lequel la déduction logique est immédiatement corrigée par la considération de fait historique (15) ; par exemple encore A. Brimo (16) lorsqu'il relève ce raisonnement apparemment surprenant, relatif à l'autolimitation : logiquement, l'autolimitation est une idée absurde et pourtant, historiquement c'est comme cela que s'opère la limitation de l'Etat.

Il ne s'agit pas ici de porter un jugement sur cette méthode générale employée par Hauriou. Je constate seulement que bien évidemment, la confrontation d'un syncrétisme de ce type et d'une systématisation homogène comme celle de Duguit est fréquemment impossible et que, lorsque nous lisons les deux œuvres, l'impression d'une extrême distance les séparant ne correspond pas toujours à une opposition de doctrine ; elle résulte fréquemment d'une différence de méthodes.

Il est vrai qu'en disant cela on ne fait que déplacer le point où se situe leur divergence, puisque précisément on ne manquera sans doute pas de faire observer que leurs attitudes divergentes à l'égard de la méthodologie les opposant l'un à l'autre.

(15) Ch. Eisenmann, article précité.
(16) A. Brimo, *Théories générales du Droit et de l'Etat*, p. 321.

Aussi bien, les observations que je viens de présenter ne constituent-elles pas le plus important.

Le plus important des éléments que l'on doit placer en face des divergences doctrinales de Duguit et Hauriou est, lui, positif : il s'agit de la contribution commune et, par conséquent, de la coopération des deux grands maîtres à l'édification d'un droit public et singulièrement d'un droit administratif modernes.

En 1900, Hauriou avait, paraît-il (17), proposé à Duguit d'écrire en collaboration avec lui un traité de droit administratif ; si ce projet avait abouti, on peut penser que le chapitre à la gloire du service public aurait été d'Hauriou mais n'eût pas été désavoué par Duguit.

Il n'y a pas eu finalement de traité de droit administratif par Hauriou et Duguit mais on peut dire en un sens qu'il y a un droit administratif d'Hauriou et Duguit, droit administratif issu d'efforts parallèles et parfois conjugués.

On peut, me semble-t-il, analyser ainsi cet apport commun :

Lorsque l'on observe aujourd'hui la manière dont la doctrine expose le droit administratif, on peut constater que cette systématisation est nourrie d'un certain nombre d'idées que l'on peut appeler des idées modernes, une conception, une vision modernes du droit administratif. Qu'il s'agisse du contentieux administratif, de la responsabilité des collectivités publiques, du domaine public, de la fonction publique, il apparaît qu'un fond commun, un patrimoine d'idées modernes sont aujourd'hui acceptés par tous les auteurs, que ceux-ci discutent à partir de ces idées, sur leurs implications, leurs prolongements mais s'accordent à admettre ces points de départ doctrinaux, lesquels sont devenus tellement familiers que, dans beaucoup de cas, on ne se pose même plus la question de leur paternité.

C'est dans l'établissement de ce fond de conceptions modernes que les noms d'Hauriou et de Duguit sont étroitement associés, association qui se traduit dans le fait que leurs deux noms sont cités en référence, dans nos manuels actuels, comme étant à l'origine de beaucoup de ces conceptions.

Certes, très souvent, les conceptions en question ne sont pas intégralement les mêmes chez nos deux auteurs ; ceux-ci se séparent fréquemment sur tel ou tel point, parfois fort important ; mais ces divergences partielles ne font pas disparaître l'apport en commun.

On se limitera à quelques exemples :

Dans la théorie moderne de la domanialité publique, ce sont les noms d'Hauriou et de Duguit que l'on trouve à l'origine de la place, aujourd'hui banale, reconnue à l'affectation dans le critère et le régime du domaine public et cette coopération (dans laquelle Hauriou est intervenu le premier) n'est pas altérée par la divergence relative à la nature du droit exercé par l'administration sur le domaine public,

(17) V. L. Sfez, *op. cit.*, p. 69.

Hauriou ayant développé on le sait, à l'opposé des idées de Duguit sur ce point, la théorie de la propriété du domaine public.

C'est également un accord des deux grands maîtres que l'on rencontre, dans la théorie de la fonction publique, sur des points fondamentaux, considérés depuis lors comme acquis : le rejet de la notion de contrat pour définir le lien unissant le fonctionnaire à l'administration, l'abandon de la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, la question du rôle du fonctionnaire à l'intérieur de l'administration, même si, là encore, Hauriou et Duguit n'ont pas été d'accord sur tous les points (18).

L'analyse même de l'acte juridique et de l'acte administratif illustre encore l'apport en commun d'Hauriou et de Duguit au droit administratif moderne. Sans doute, sur plusieurs aspects de cette analyse, on relève aisément des désaccords, par exemple en ce qui concerne la place faite par Hauriou et contestée par Duguit à la notion de cause de l'acte juridique (19). Mais, sur des aspects fondamentaux de la théorie des actes juridiques, Hauriou et Duguit ont, peut-on dire, conjugué leurs efforts pour assurer des progrès de la technique juridique qui ont été définitivement acquis, par exemple, en ce qui concerne le contrat, pour combattre l'idée que tout accord de volonté serait nécessairement un contrat (20).

Dans ce dernier domaine, comment ne pas relever spécialement la contribution commune d'Hauriou et de Duguit à la définition moderne de la nature juridique de la concession de service public ? Comment ne pas relever aussi qu'à l'occasion de l'arrêt célèbre du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906, qui a consacré cette nature mi-contractuelle, mi-réglementaire de l'acte de concession, Duguit et Hauriou ont poussé l'esprit de collaboration jusqu'à être le premier l'inspirateur de la requête, le second l'annotateur au *Sirey* de la décision (21) ?

Lorsque l'on établit ainsi le bilan des divergences, elles-mêmes du reste enrichissantes, et des apports, parallèles ou conjugués, d'idées nouvelles que l'on doit à Hauriou et à Duguit, on mesure

(18) Sur la comparaison des idées d'Hauriou et de Duguit en ce qui concerne la fonction publique, v. spécialement L. Sfez, *op. cit.*, p. 429 et suiv.

(19) V. sur ce point Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, I, p. 344 et suiv.

(20) V. Duguit, *op. cit.*, p. 379 : Duguit ne manque pas de relever comment « Hauriou montre nettement qu'il y a beaucoup de cas où apparaît un concours de volontés et où cependant il est impossible de parler de contrat ». Duguit estime l'analyse du contrat par Hauriou insuffisante mais n'en écrit pas moins : « Hauriou a parfaitement raison. Voici toutefois les réserves que me suggère son exposé ».

En ce qui concerne l'analyse de l'acte juridique, la relativité des désaccords entre Duguit et Hauriou (par exemple sur la théorie de la cause) apparaît bien lorsque l'on remarque que des divergences aussi nettes ont séparé, sur la distinction du but et des motifs de l'acte juridique, Duguit et Jèze, lequel est pourtant parti de la technique duguiste.

(21) C.E., 21 décembre 1906, *Syndicat des habitants du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *S.*, 1907 3, 33, note Hauriou.

combien il serait faux de ne voir dans le rapprochement de leurs noms que le symbole d'un antagonisme doctrinal. Bien plus qu'un antagonisme et une rivalité, c'est une puissante coopération à l'édification du droit public moderne qu'évoque aujourd'hui le souvenir des deux grands maîtres de Toulouse et de Bordeaux.