

# I

## LA THÉORIE DE L'INSTITUTION ET DE LA FONDATION (1)

(ESSAI DE VITALISME SOCIAL)

Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel ; l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'Etat.

La théorie juridique de l'institution, qui serre de près la réalité historique, a été lente à s'organiser. Elle n'a trouvé sa véritable assiette que lorsque le terrain a été déblayé par la querelle du contrat social et par celle de l'objectif et du subjectif.

La querelle du contrat social et de l'institution est maintenant jugée. Rousseau avait imaginé que les institutions sociales existantes étaient viciées parce que fondées sur la force pure et qu'il fallait les renouveler par le contrat social instrument d'un libre consentement. Il avait confondu la force avec le pouvoir. Les institutions sont fondées grâce au pouvoir, mais celui-ci laisse place à une forme du consentement ; si la pression qu'il exerce ne va pas jusqu'à la violence, l'assentiment donné par le sujet est valable juridiquement : *coactus voluit, sed voluit*. Tout le monde est d'accord aujourd'hui que le lien social étant naturel et nécessaire, ne saurait être analysé qu'en un *coactus voluit*.

L'institution est donc sortie triomphante de cette première épreuve, mais une autre l'attendait : la querelle de l'objectif et du subjectif. Le premier débat avait servi à préciser le degré de consentement qui subsiste dans les institutions, le second allait servir à déterminer

(1) Extrait du quatrième cahier de la *Nouvelle journée (La cité moderne et les transformations du droit)*, 1925.