



HAL
open science

Sur les théories italiennes de l'Institution

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Sur les théories italiennes de l'Institution. B. Basdevant et M. Bouvier. Contrat ou institution : un enjeu de société, LGDJ, pp.31-46, 2004, Systèmes. halshs-00126017

HAL Id: halshs-00126017

<https://shs.hal.science/halshs-00126017v1>

Submitted on 23 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sur les théories italiennes de l'Institution

Eric Millard *

La théorie institutionnelle en France et en Italie

Les juristes français connaissent au moins l'existence si ce n'est toujours les subtilités de ce que l'on a coutume d'appeler l'École de Toulouse ou la théorie institutionnelle à la française. Par ces termes assez vagues ¹, on se réfère aussi bien aux écrits d'Hauriou (tout ou partie, la question est débattue mais pour ma part je considère qu'il n'existe pas chez Hauriou de séparation théorique et conceptuelle entre les œuvres administrativistes de l'annotateur ou du rédacteur de précis, les écrits constitutionnalistes, et les ouvrages relevant davantage d'une démarche – à évaluer – de science sociale ou de philosophie sociale), qu'à ses continuateurs, qu'ils soient rattachables à lui par une philosophie commune (une certaine lecture du thomisme en droit) ou par une méthodologie commune (je pense notamment aux démarches menées à Toulouse par Jean-Arnaud Mazères et autour de lui) ². Au-delà même des cercles un peu fermés des juristes universitaires, la démarche institutionnelle s'est déployée assez largement, reconnaissant ce qu'elle devait à Hauriou, aussi bien dans le débat politique ³ que vers d'autres disciplines (sociologie, pédagogie, psychiatrie, etc.) ⁴.

Ces mêmes juristes français ignorent souvent cependant d'autres formes de théories institutionnelles qui se sont développées ailleurs. On en fournirait aisément les raisons : trop grande tendance à une approche nationale du droit, qu'impliquerait l'existence de systèmes juridiques souverains (l'État-nation), et qui justifierait de se concentrer sur une doctrine localisée (attitude non tenable cependant dès lors que la démarche institutionnelle relève non de la doctrine mais de la théorie juridique, qui se donne pour objet de fournir les outils conceptuels généraux aptes à une description de systèmes positifs divers) ; trop grand écart surtout entre les présupposés de l'approche institutionnelle à la française, du moins dans sa très grande généralité, qui est essentiellement idéaliste et jusnaturaliste, et une vision plus positiviste, voire analytique, de l'institutionnalisme (néo-institutionnalisme anglo-saxon, par exemple de McCormick et Weinberger ⁵).

* Professeur de droit public à l'Université Paris Sud XI, Faculté Jean Monnet ; directeur du Conseil scientifique. eric.millard@jm.u-psud.fr

¹ V. le colloque de Toulouse *A propos de Maurice Hauriou*, organisé par Jean-Arnaud Mazères en mars 1997, dont les actes n'ont malheureusement pas encore été publiés.

² Sur toutes ces questions, V. Eric Millard, *Hauriou et la Théorie de l'Institution*, Droit et Société, 30/31, 1995, pp. 381-412.

³ Pour illustration dans le domaine de la réglementation de la famille, V. Eric Millard, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, particulièrement dans la seconde partie la question de la représentation politique des familles.

⁴ V. en particulier René Lourau, *L'analyse institutionnelle*, éd. de Minuit, 1970.

⁵ Neil MacCormick et Otta Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992.

L'école institutionnaliste italienne devrait, par la proximité culturelle (langue, système romano-germanique), comme par la filiation avouée, bénéficier d'une meilleure reconnaissance en France. Ce n'est pourtant que très partiellement le cas.

Un des points d'achoppement réside vraisemblablement dans l'ambiguïté, chez Hauriou même, de la conceptualisation de l'institution. On sait le juriste toulousain peu adepte de la pensée figée. Son œuvre ne peut se lire que chronologiquement, les idées, les hypothèses, étant tour à tour avancées, contestées, reprises. Cela est vrai, par exemple, de la théorisation du service public et de la puissance publique, entre les premières versions du précis de droit administratif et l'admirable préface de 1927⁶ ; c'est vrai aussi et surtout de l'institution comme concept et comme ligne directrice de sa réflexion. Hauriou n'a pas plaqué un concept préformé de l'institution sur ses analyses juridiques et philosophiques ; bien au contraire, ce sont celles-ci (inspirées aussi de ses diverses lectures, Durkheim et Mauss sans doute avec la sociologie française naissante⁷) qui l'amènent, le contraignent pourrait-on dire, à forger un concept d'institution, et à le travailler. La genèse est trop connue pour qu'on s'y attarde davantage. Travaillant sur le concept juridique de l'Etat et de la personnalité morale, il se persuade qu'une explication juridique (et non pas simplement historique ou sociologique) doit être recherchée en amont : l'institution sera le concept qu'il propose et dont il se sert pour construire cette explication. C'est alors la première version de l'institution, celle de 1910 et des *Principes de droit public*⁸, mais entamée plus tôt⁹ : une version qui se décline dans le cadre d'une théorie générale de l'Etat. Plus tard, il se rend compte que le concept n'est pas suffisamment travaillé et qu'il ne peut faire l'économie d'une réelle *Théorie de l'institution* elle-même : c'est principalement ce qu'il fournit en 1925, dans un article célèbre¹⁰.

Deux versions donc au moins chez Hauriou, si l'on fait l'abstraction de la préhistoire et du déclin de l'idée (l'institution de 1929, celle du *Précis de droit constitutionnel*, n'est déjà plus tout à fait celle de 1925, débarrassé qu'est le concept de ses conséquences inacceptables par la philosophie d'Hauriou¹¹) ; et deux versions inconciliables. D'abord en 1910 donc, une approche historisante du concept, génétique pour la théorie de l'Etat ; une approche métonymique¹² qui englobe l'institution dans l'Etat, fait de l'institution un des éléments aux sources de l'Etat ; une démarche que l'on qualifierait presque par provocation, tellement ce système est à l'opposé de la pensée d'Hauriou, d'hégélienne¹³ – et pourtant il y a de ça ! Une approche ontologique ensuite en 1925, empreinte à la fois d'un incontestable questionnement

⁶ Maurice Hauriou, *Puissance publique et service public*, in *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} éd, Sirey, 1927.

⁷ V. le concept d'institution chez Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, Quadrige, 2002. *Adde* : Marcel Mauss et Paul Fauconnet, *Sociologie*, in *La Grande Encyclopédie*, 1901.

⁸ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1910

⁹ Maurice Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation, 1906, pp. 134-182 ; mais il faudrait remonter jusqu'aux *Leçons sur le mouvement social* (Larose, 1899) voire à la *Science sociale traditionnelle* (Larose, 1896) pour trouver le premier germe de ce qui sera l'interrogation constante l'amenant à l'idée institutionnelle : celle de l'équilibre entre l'objectif et le subjectif, entre le mouvement et l'ordre.

¹⁰ Maurice Hauriou, *Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle journée n° 23, 1926 (réimprimé Université de Caen, 1990).

¹¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929.

¹² Sur la dualité des conceptions métonymiques et métaphoriques dans la théorie institutionnelle d'Hauriou, v. l'article-manifeste de Jean-Arnaud Mazères, *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*, Bruylant, 1998, pp. 239-293

¹³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Les principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-François Kervégan, PUF, Quadrige, 2003.

métaphysique et d'un sociologisme qui a su lire Durkheim : conception métaphorique de l'institution *per se*, dans laquelle l'institution n'est plus dans l'Etat mais qui fait de l'Etat lui-même une institution, une institution comme les autres, une institution parmi d'autres – *Primus inter pares* pourra alors dire Renard ¹⁴.

Car pour Renard, comme pour la très grande majorité de ceux qui en France vont s'inspirer de la théorie institutionnelle d'Hauriou, c'est l'approche ontologique de 1925 qui servira de point de départ et de référence. C'est cette « définition » de l'institution : « une idée d'œuvre... », qui deviendra le leitmotiv auquel on réduit trop souvent, chez les adversaires d'Hauriou, chez ses thuriféraires aussi parfois, une pensée mouvante, pleine d'intuitions, mais aussi souvent brouillonne et confuse (et à cet égard, il est vrai, la « définition » de 1925 n'est pas des plus limpides, mais est-ce une définition, du moins au sens où l'entendent ceux qui cherchent des vérités révélées ?). Et tous comme Hauriou, vont buter sur le problème de l'inter-institutionnel : si l'on comprend ce qui fait l'institution, et si l'Etat est une institution parmi d'autres, quelles sont les relations entre institutions (peuvent elles être analysées sur le mode institutionnel ou faut-il renoncer au mouvement fondateur dès lors que l'on passe au stade d'un agrégat d'institutions, pour revenir à la logique classique du contrat ou de l'unilatéralité ? dans le premier cas, c'est l'Etat que l'on perd, mais dans le second c'est la théorie). Hauriou résoudra à sa manière la question, par la différenciation des institutions primaires et secondaires : convenons que c'est un recul, voire un renoncement. D'autres, y compris ceux qui, hors du droit, se serviront de ce modèle ou de ceux du même type, rencontreront les mêmes difficultés à théoriser le collectif, l'auto-gestion, le marché, entre individualisme et étatsisme : ne serait-ce que le Sartre de la *Critique de la raison dialectique*¹⁵. Lourau connaîtra les mêmes difficultés ¹⁶, et les anthropologues du droit, lorsqu'il pense le pluralisme juridique, se heurtent eux aussi à l'impossibilité de penser en *même* temps, et dans la *même* analyse, l'Etat comme souverain (c'est-à-dire pour le moins différent et tendant à l'unicité) et l'Etat comme les autres institutions ¹⁷.

Que reste-t-il alors, ces voies sans issues négligées, de l'institution ontologique ? une philosophie morale, éloge de la métaphysique, refondatrice dans la mouvance néo-thomiste ; l'inspiration jusnaturaliste d'une large part de la doctrine de droit social (Durand ¹⁸, Brethe de la

¹⁴ Georges Renard, *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930. Sur Renard, V. les études de Michel Bouvier, notamment au colloque de Toulouse précité et dans cet ouvrage.

¹⁵ Jean-Paul Sartre, *Critique de la raison dialectique*, Gallimard, 1960. Sartre a fourni le tome 1 : *Théorie des ensembles pratiques*, mais n'a jamais pu écrire le tome 2, appréhendant les relations entre ensembles.

¹⁶ Cf. *supra*.

¹⁷ La seule alternative est alors d'adopter une posture directement politique comme le font les juristes canadiens (par exemple Rod Macdonald – en français v. avec Andrée Lajoie, Richard Janda et Guy Rocher, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998 –, ou, canadien d'adoption, Jacques Vanderlinden – *Anthropologie juridique*, Dalloz, 1996), qui nient la souveraineté étatique pour mieux lui faire admettre le pluralisme culturel, ou mieux encore, celle de Griffiths, qui ne reconnaît de droit que contre l'Etat, nié par lui et interdit au statut de droit (John Griffiths, *What is legal pluralism?* *Journal of Legal Pluralism*, 1986, 24, pp. 1-50). En fait, peu importe bien sûr ce que l'on entend stipulativement par droit (le droit n'existe pas et ne peut être désigné indépendamment de la théorie qui le conceptualise – ne peut être désigné ? entendons : par des mots autres que « la force nue du pouvoir », ce qui convenons-le est trop vague et ne saisit pas la spécificité qui habille cette force, variable selon les systèmes certes, et malgré tout pour le moins particulière dans les systèmes issus de la modernité, les systèmes étatiques). Mais résoudre la question en disant qu'il n'y a de droit que contre l'Etat présuppose bien qu'il ne peut y avoir en *même* temps de droit dans l'Etat et en dehors de lui : remarquable inversion du postulat positiviste, qui au fond dit la même chose. Pour une introduction à toutes ces questions, v. Norbert Rouland, *Anthropologie du droit*, PUF, 1994.

¹⁸ Paul Durand et André Vitu, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1956.

Gressaye¹⁹, etc.) et du droit public (Rivero notamment²⁰), qui ne s'adapte souvent aux exigences de la théorisation et de la description de la technique juridique qu'au prix de certaines libertés avec la pensée d'Hauriou (le Vedel des bases constitutionnelles du droit administratif²¹). Mais une philosophie morale qui, à de rares exceptions près, recouvre d'une chape de plomb toute la dimension sulfureuse, juridique autant que sociologique, de l'*institution* (entendons : la dialectique entre l'instituant et l'institué) qu'Hauriou avait contribué à dévoiler dans le droit. Et Renard a raison : il en est resté une Ecole, se fédérant autour de dogmes qui, fussent-ils fondés, réduirait l'apport d'Hauriou à un résultat alors qu'il plaiderait pour une méthode.

Rares sont ceux en France qui, face à cette alternative, sont retournés alors à l'institution des *Principes* pour poursuivre la démarche d'une analyse institutionnelle juridique. Jean-Arnaud Mazères l'a fait²², comme avant lui Jacques Mourgeon²³, et quelques autres encore. Gérald Simon également, mais à partir de l'institutionnalisme italien²⁴. Car si en France, c'est cette obsession du texte de 1925 qui est généralisée, une école s'est construite en Italie à partir essentiellement de la posture de 1910, qui a entraîné l'institution sur des chemins qui non seulement s'accordent avec les exigences minimales de la théorie juridique moderne, mais de plus n'apparaissent pas comme hérésies au regard de la démarche d'Hauriou en matière de théorie de l'Etat (même si, on en conviendra, il est fort douteux qu'Hauriou ait pu adhérer aux conséquences logiquement tirées ainsi de ses constructions : mais après tout, lui-même n'a-t-il pas renoncé aux conséquences qu'il avait tiré de sa propre conceptualisation ontologique ?).

Cet institutionnalisme italien, reconstruction positiviste de l'institution d'Hauriou des *Principes*, ou mieux, reconstruction à partir des *Principes*, il n'est évidemment pas possible ici d'en livrer la substance. Je voudrais simplement, en guise d'invitation à la lecture, suivre quelque peu la pensée de celui qui a introduit l'institution en Italie, Santi Romano, et de celui qui de nos jours renouvelle radicalement à mon sens l'institutionnalisme, Massimo La Torre. J'essayerai pour chacun d'entre eux, « vieil » institutionnalisme et néo-institutionnalisme (l'opposition classique, est notamment exprimée comme telle et en ces termes par Massimo La Torre) de dire rapidement quel est leur concept d'institution et leur projet théorique.

Santi Romano : un autre classicisme de l'institution

Santi Romano (1975-1947) est un juriste sicilien de l'entre-deux-guerres, successivement professeur de droit administratif et de droit constitutionnel à Camerino, Modène, Pise, Milan et Rome : il rencontre la théorie de l'institution d'Hauriou avant la théorisation ontologique, et avoue et revendique pleinement cette influence. C'est aussi un

¹⁹ Jean Brethe de la Gressaye et Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey 1947.

²⁰ V. Jean Rivero, *Maurice Hauriou et le droit administratif*, ann Toulouse, 1968, p. 140 et s. Mais il faudrait ici tout citer ou presque de celui qui dans la doctrine classique du droit public fut le plus proche intellectuellement d'Hauriou, le *Droit du travail* (avec Savatier, autre institutionnaliste, Dalloz), les *Libertés publiques* (PUF), le *Précis de droit administratif* (Dalloz).

²¹ Georges Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE 1954, p. 21 et s. De manière générale sur les malentendus entre la doctrine de droit public et l'institution d'Hauriou, v. E. Millard, *Les disciples administrativistes d'Hauriou*, au colloque de Toulouse précité.

²² V. *supra*.

²³ V. notamment Jacques Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967.

²⁴ V. Gérald Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990.

juriste positiviste et les préoccupations qui fondent son ouvrage principal, l'*Ordre juridique*²⁵, paru en 1918, dénotent une conception formaliste dans la théorie du droit. C'est enfin un juriste engagé qui ne conçoit pas la théorie du droit hors de l'interrogation sociale et politique, position difficile et non exempte d'ambiguïté dans le contexte italien des années vingt. L'*Ordre juridique* doit ainsi se lire aussi dans le contexte de la conception des rapports entre l'Etat et l'Eglise.

Santi Romano partage avec Hauriou la conviction que la théorie juridique doit conceptualiser la sociabilité première du phénomène juridique. Toutefois, il adresse quatre critiques principales à la théorie d'Hauriou.

- 1) Pour Santi Romano, il est injustifié de limiter l'institution (et il s'agit rappelons-le de l'institution dans sa première version, celle du Hauriou de 1910) à des organisations ayant atteint un certain degré de développement, c'est-à-dire principalement l'Etat moderne. A cette critique Hauriou a en partie répondu en abordant la deuxième version, ontologique de la théorie, au risque de perdre ainsi la spécificité de l'Etat.
- 2) Pour Santi Romano, il est tout aussi injustifié de limiter l'institution au modèle constitutionnel représentatif. Là encore, la critique porte essentiellement sur le fait qu'Hauriou avait abordé l'institution au travers de la Théorie de l'Etat, dans une description-conceptualisation du régime de la IIIème République française. Il faut néanmoins noter que malgré l'élargissement de 1925, dans son dernier écrit : le *Précis de droit constitutionnel*²⁶, Hauriou reviendra assez largement à cette limite, sans doute effrayé par la dimension déconstructiviste de son ontologie, qui ne garantissait plus de hiérarchisation entre systèmes politiques.
- 3) Il est ensuite inexact pour Santi Romano de dire que l'institution est la source du droit. Il y a en réalité identité entre l'institution et le droit. Sur ce point, Hauriou n'ira jamais aussi loin et maintiendra la conception, idéaliste et métaphysique, que l'institution (idée d'œuvre) est une des faces d'un phénomène, et sa phase vitaliste (le mouvement), que le droit contribue à inscrire dans la durée (le pouvoir, la stabilité).
- 4) Enfin, il est obscur pour Santi Romano de dire comme Hauriou que l'institution est « une sorte de chose » (dans les *Principes*). La qualification de 1925, on le sait, ne sera pas plus claire, et Hauriou reviendra sur le caractère objectif de l'idée d'œuvre elle-même. Pour Santi Romano dès lors, il convient d'admettre que si l'institution est certes objective, c'est dans le sens où l'institution constitue *un ordre juridique objectif*. Ce n'est pas seulement une idée d'œuvre, c'est un système juridique : marque du positivisme du juriste italien, et rupture évidente avec le juriste français.

Partant, Santi Romano s'inscrit évidemment dans une tout autre perspective, dans un tout autre cadre conceptuel et méthodologique. L'inter-institutionnel, dont on a vu qu'il constituait chez Hauriou et ceux qui ont suivi une identique démarche ontologique la difficulté non conceptualisable, se réduit chez Santi Romano à la question du rapport entre systèmes juridiques. Non pas simplement la classique question de la souveraineté, et des relations internationales entre ordres juridiques souverains. Mais la question de l'écriture par l'ordre juridique souverain des conditions d'acceptation des ordres juridiques sociaux (on hésite à dire

²⁵ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

²⁶ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Sirey, 1929.

spontanés²⁷: communautés, regroupements d'intérêts, institutions religieuses, etc.): si tout groupe social doté d'une certaine cohésion (acceptée ou imposée) génère un ensemble de normes que l'on peut tenir pour constituant un ordre juridique objectif, c'est-à-dire une institution, cette institution rencontre à un moment donné la puissance souveraine de l'Etat qui seul va accepter tout ou partie de l'institution (ex : les conventions collectives, le règlement intérieur d'entreprise), les rejeter (ex : les phénomènes mafieux), dans une relation politique qu'il serait naïf de croire totalement unilatérale. Cet acte d'acceptation, Santi Romano lui a donné un nom très révélateur : la *relevance*. Est relevant un ordre juridique ou une norme juridique appartenant à cet ordre lorsqu'il est accepté comme norme par un autre ordre juridique, et particulièrement l'Etat. Difficile de ne pas lire alors cette théorisation hors du contexte qui donnera lieu notamment aux accords du Latran (11 février 1919), celui des relations entre le jeune Etat italien et la vieille puissance papale. Difficile surtout de ne pas s'apercevoir qu'il s'agit, par rapport à ce que sera l'ontologie d'Hauriou en 1925, un rejet sans appel de l'idéalisme, et une formalisation, que l'on pourra juger inutile ou au contraire innovante car subtile et décalée dans son regard, de questions classiques de la science du droit, du positivisme : la théorie des sources du droit, la théorie de la souveraineté, la théorie des relations entre systèmes.

Ainsi pour Santi Romano, l'institution (l'ordre juridique) se conçoit par acte d'identification, et de constitution :

- 1) Identification à un double niveau. D'une part toute institution est un ordre juridique et tout ordre juridique est une institution : l'Etat n'a ainsi pas le monopole de l'institutionnalité (ce qui est différent d'Hauriou dans ses deux versions). D'autre part, l'institution est identifiée totalement au droit : l'Etat n'a pas le monopole de la juridicité (ce qui est conforme simplement au Hauriou de 1925²⁸). Cette double identification suppose donc de repenser la souveraineté par la conceptualisation de la *relevance* ; surtout elle permettra de développer une théorie institutionnelle des normes qui soit juridique et non pas simplement sociologique (l'institution aux sources – sociologiques ? historiques ? – du droit).
- 2) Constitution par la réunion de plusieurs éléments. Une institution est un *corps social* qui :
 - i. A une *existence sociale réelle* (et non fantasmée : on doit pouvoir l'établir empiriquement, sociologiquement, et ne pas s'en tenir à une conception métaphysique : l'idée d'œuvre... toujours.).
 - ii. Manifeste la nature sociale de l'Homme, et non pas simplement (classique écueil des systèmes étatiques issus des révolutions modernes, qui atomisent les individus en monades isolées²⁹) sa nature individuelle³⁰.
 - iii. A un degré avancé d'autonomie. Suffisamment pour constituer un corps social réellement existant, mais sans atteindre nécessairement une autonomie absolue, puisqu'aussi bien la *relevance* qui permet la reconnaissance suppose une extériorité antinomique de l'autonomie

²⁷ V. Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002, particulièrement pp. 323 et s.

²⁸ On notera que Santi Romano propose cette identification quelques 7 ans avant Hauriou, qui ne semble pas s'en être pourtant inspiré, en tout cas (mais il en est pareil avec Kelsen, et d'autres) qu'il ne cite pas : autant Hauriou a discuté la littérature internationale qu'il maîtrisait (en partie anglaise et espagnole, surtout allemande), autant il est passé à côté de ce qui a constitué le socle de développement de la théorie juridique au XXème siècle.

²⁹ V. Karl Marx, *La question juive*, 10/18, 1968.

³⁰ On pense certes en premier lieu aux corporations, combattues par D'Allarde et Le Chapelier et les décrets de 1791... Mais les exemples abonderaient dans l'ensemble du champ social.

absolue. La question se posera pour la souveraineté de l'Etat. Et cette souveraineté exclut que d'autres institutions (sauf à les dire « Etats » et c'est la problématique de l'internationalité) bénéficient du même degré d'absolue autonomie.

- iv. A une unité forte et durable. Sur ce point, Santi Romano ne dit rien d'autre que tous les institutionnalistes, dont Hauriou. Le groupe social comme institution, c'est-à-dire l'ordre juridique, a vocation à durer et dépasse la simple rencontre, le simple croisement. Institution *versus* contrat dans la technologie juridique, avec les difficultés liées à la prise en compte des contrats à exécution successive (durée *versus* immédiateté de l'échange, intérêt général *versus* intérêt particulier, Nation *versus* marché³¹), contrats de concession du service public par exemple : les questions des prérogatives contractuelles de l'administration dans l'intérêt du service, modification unilatérale, résiliation unilatérale, toutes validées sans texte (unilatéral ou conventionnel) et conceptualisées par le juge sur le fondement de propositions doctrinales. L'institution comme théorie du droit, c'est-à-dire l'institution comme grille de conceptualisation fournissant des outils pour rendre compte de problèmes juridiques réels : il n'y a décidément pas d'Hauriou philosophe opposé au Hauriou arrêtiériste³².
- v. Connaît une organisation du pouvoir et de la force. On dirait presque dans un vocabulaire devenu plus moderne : une organisation hiérarchique, une hiérarchie des normes.

Ce Santi Romano annonce alors (on ne dit pas qu'il a influencé : simplement qu'il énonce une ligne directrice qui est pour partie antérieure, et qui s'inscrit parfaitement avec) les travaux théoriques de Kelsen, et particulièrement du Kelsen de la hiérarchie dynamique des normes³³, mais aussi Karl Olivecrona³⁴ et Alf Ross³⁵. Ce qui n'est peut-être pas étonnant dans la mesure où l'un des maîtres d'Olivecrona et Ross (avec Kelsen pour ce dernier) était Axel Hägerström, philosophe suédois qui a donné naissance au réalisme scandinave en partant de la critique de la métaphysique marquant la philosophie des religions comme la philosophie du droit³⁶. Et c'est sans doute ce qui dévalorisera un peu l'influence de Santi Romano. Outre que, comme en France, la pensée jusnaturaliste dominante se méfiait de ce positivisme assumé, le normativisme et le réalisme (scandinave et américain à ses origines, mais devenu très largement italien grâce aux travaux initiés par Giovanni Tarello et Norberto Bobbio³⁷ notamment) se trouveront plus rigoureux, plus conséquents, et finalement mieux reçus dans la pensée analytique que ce « vieil institutionnalisme » pourtant si proche. Y compris dans le néo-institutionnalisme.

³¹ Jean-Arnaud Mazères, *L'Un et le multiple dans la dialectique marché-nation*, in Brigitte Stern, *Marché-nation*, Montchrétien, 1995.

³² Parmi bien d'autres, v. les notes de Maurice Hauriou sous C.E., 10 janvier 1902, *Compagnie Nouvelle du gaz de Deville-les-Rouen*, au Sirey 1902.3.17 ; CE 21 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, au Sirey 1911.3.1 ; ou CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, au Sirey, 1916.3.17.

³³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, LGDJ, 1999.

³⁴ Karl Olivecrona, *Law as Fact*, 2^{ème} éd., Stevens and sons, 1971.

³⁵ Alf Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, à paraître, LGDJ.

³⁶ Axel Hägerström, *Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Skrifter utgivna av. K. Humanistiska Vetenskap Samfundet i Uppsala, 1927, t. 1, vol. 23.

³⁷ Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998.

Massimo La Torre : le néo-institutionnalisme analytique

Le néo-institutionnalisme italien, dont Massimo La Torre, professeur de philosophie du droit à l'Institut universitaire européen de Florence, puis à l'Université de Catanzaro, fournit une des théories les mieux argumentées à propos des *Normes, Institutions et Valeurs*³⁸, prend son origine à deux sources : d'une part, le vieil institutionnalisme, mais le vieil institutionnalisme déjà reconstruit par Santi Romano sur l'architecture positiviste ; d'autre part le néo-institutionnalisme anglo-saxon (et ici anglo-saxon est utilisé dans ses deux sens, aussi bien pour désigner une école géographique qu'une école philosophique, comme lorsque les tenants de la philosophie continentale soulignent le hiatus existant entre leurs constructions intellectuelles et la méthode analytique d'un Russell ou d'un Searle). Du premier donc ne demeure plus grand-chose de la théorie d'Hauriou ; quant au second, c'est principalement celui développé par MacCormick et Weinberger³⁹, c'est-à-dire non pas tellement une théorie de l'institution mais une théorie institutionnelle de la norme, qui renvoie autant à la philosophie analytique de Wittgenstein qu'à l'enseignement sociologique pour proposer une conception s'inscrivant finalement assez bien dans le paysage intellectuel de la philosophie juridique moderne : positiviste, presque réaliste.

Le projet de Massimo La Torre sonne dès lors comme un manifeste, celui d'une reconstruction de l'institutionnalisme en trois points pour :

- 1) Repenser d'abord la relation entre le droit et le pouvoir. Pour ce faire, La Torre adopte une vision non prescriptive du droit (positivisme) mais aussi une vision non instrumentale (le droit n'est pas réduit à un moyen d'action du pouvoir)
- 2) Inscrire ensuite le nouvel institutionnalisme au cœur de la philosophie analytique, autour de la question centrale de la signification. Il s'agit ici d'élaborer une théorie qui relie les questions de la signification, de la validité et de la norme en réévaluant la place de la signification. Si les juristes, et particulièrement les juristes analytiques (en Italie par exemple, Riccardo Guastini ou Paolo Comanducci, en France Michel Troper), proposent généralement une théorie générale du droit qui articule une théorie de la validité juridique, une théorie de l'interprétation et une théorie de la norme, ces théories appréhendent secondairement la signification, au travers de l'acte d'interprétation, lui-même assimilé au pouvoir normatif⁴⁰.
- 3) A cette fin, proposer une approche analytique méta éthique, modérément cognitiviste. On sait le positivisme adversaire acharné de toute introduction des questions méta éthiques dans le champ de la science juridique. La théorie du droit s'est construite contre la philosophie du droit traditionnelle. La première entend donner les outils épistémologiques et méthodologiques nécessaires à l'élaboration d'un discours descriptif de son objet (droit, c'est-à-dire normes et systèmes de normes juridiques) alors que la seconde prétendait, grâce à une méta éthique cognitiviste, prescrire les orientations justes et fournir les critères d'évaluations du

³⁸ Massimo La Torre, *Norme, Istituzioni, Valori (Per una teoria istituzionalistica del diritto)*, GLF Laterza, 1999.

³⁹ V. *supra*.

⁴⁰ V. par exemple la question chez Michel Troper, qui tout en maintenant le concept kelsénien de validité (la norme ne se réduit pas à l'énonciation par l'autorité d'interprétation), se sépare du critère kelsénien de la validité (le mode de production), en intégrant le contenu des normes. V. Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001.

droit (indifféremment compris comme systèmes de normes ou valeurs). La théorie du droit pouvait alors se réclamer du mouvement analytique, tout au moins en ce qui la concerne dans ses déclinaisons normativistes et réalistes, et pour ce qui le concerne dans sa formulation en positivisme logique. Or ce positivisme logique ne monopolise plus le champ analytique, et les ruptures qu'ont constituées le second Wittgenstein⁴¹ et Quine⁴² ont ouvert la voie à une réintroduction de la question méta éthique. Il ne s'agit pas évidemment d'un renoncement à l'impossibilité d'établir la certitude de valeurs objectives ; simplement d'élaboration de procédures permettant la confrontation des valeurs et une connaissance modérée de la réponse à la question : que faire ?⁴³ Et il s'agit de ne plus laisser hors du débat de la théorie du droit la question des valeurs, repensées sur un mode positiviste.

C'est donc d'abord une théorie institutionnelle du langage que travaille Massimo La Torre : une approche évidente à la fin du vingtième siècle, eu égard aux avancées du débat philosophique qui a marqué les décennies précédentes, et qui était, tout aussi évidemment, absente des problématiques de Santi Romano, comme d'Hauriou. Sur ce point, La Torre fait sien la proposition de Wittgenstein au terme de laquelle « le sens d'une phrase est déterminé par l'usage que nous en faisons ». Par usage dit la Torre, il faut comprendre un ensemble d'éléments qui caractérisent la coutume au sens juridique : un usage continu, un usage collectif, un usage perçu comme obligatoire. Certes les mots et les phrases n'ont pas en eux-mêmes de signification objective (nominalisme) ; néanmoins, les conventions de langage, les définitions stipulatives, ne sont pas simplement des choix individuels et ils participent d'une socialité (avec la contrainte qui s'y attache), que l'on peut établir empiriquement. L'institution apparaît ainsi comme limitation du champ possible des significations, mais une limitation non pas postulée (une telle limitation postulée se trouverait, outre le mythe de l'unicité de la signification, dans la référence à la volonté du législateur, ou à toute autre méthode se référant à une réalité fantasmagorique, que la doctrine a su patiemment élaborer pour occulter ou limiter les effets réels de l'indétermination sémantique, surtout pour occulter sa prétention à se poser comme l'interprète authentique : sa prétention à prescrire le droit sous couvert – dans le meilleur des cas – d'une description) ; une limitation sociale, factuelle, qui demeure empiriquement vérifiable (la contrepartie de ce caractère vérificationniste résidant dans le fait qu'il ne peut s'agir que d'une limitation des possibles, descriptibles avec un degré d'incertitude — ou ce qui revient au même du point de vue pratique dont l'indétermination peut être décrite, comme ses limites —, et non de l'édiction du vrai sens entendu comme le sens unique).

Principalement, il existe deux théories vérificationnistes de la norme, qui sont deux théories réalistes, et par rapport auxquelles La Torre doit se situer.

Pour la première, que l'on dira par souci de distinction rationaliste, et qui est très récente, l'énoncé juridique est dénué de sens. Le sens (la norme à proprement parler) est simplement donné par l'interprète dans l'acte de concrétisation, par exemple lorsque le juge tranche un litige en prétendant appliquer la loi. Et tout sens est également valide. Cette théorie (c'est par exemple celle soutenue par Michel Troper) convient que dans les faits, tout sens possible n'est pas retenu. Mais elle considère aussi que cette observation empirique n'invalide pas la proposition de la totale indétermination sémantique. D'une part, du point de vue logique,

⁴¹ Ludwig Wittgenstein, *Les investigations philosophiques*, Gallimard 1961 (ouvrage de 1953), par opposition au *Tractatus-Logico-Philosophicus*, Gallimard 1961 (ouvrage de 1921).

⁴² Willard Van Orman Quine, *Le mot et la chose*, Flammarion, 1999 (ouvrage de 1960).

⁴³ Loin de Lénine, on trouvera un exemple par exemple dans les travaux de Richard Hare : *Freedom and Reason*, Oxford University Press, 1963, critiqué par ailleurs par les tenants d'une méthode analytique plus stricte, comme Alf Ross : *Introduction à l'empirisme logique*, précité.

dès que deux sens sont possibles (et il n'est pas un seul énoncé pour lequel deux sens au moins ne sont pas possibles), il n'est plus cohérent de parler de détermination *a priori* et l'existence du simple choix est une indétermination totale du même ordre que l'existence de choix multiples. D'autre part, le choix lui-même est à expliquer de l'une ou l'autre des deux manières suivantes. Soit il s'agit d'une question de fait et elle relève de l'analyse idéologique, psychologique ou sociologique : pourquoi et comment tel juge dans tel cas a retenu tel sens pour tel énoncé ? Soit il s'agit d'une question juridique, et elle doit être appréhendée en termes de contraintes : quelles sont les contraintes – et non les obligations ou devoirs, car ce serait encore retomber dans l'hypothèse réfutée de la préexistence d'un sens dans l'énoncé, condition *sine qua non* pour une proposition de la forme : le juge *doit*... Pour « devoir » (pour concevoir donc un « devoir »), encore faut-il que soit exprimé de manière univoque le contenu du « devoir » -, issues du système juridique qui ont conduit le juge, sur le fondement de certains présupposés réels au fonctionnement du droit (la recherche de la non-contradiction, l'exigence de justification, etc.) à retenir telle signification plutôt que telle autre ? Or cette *Théorie des contraintes*⁴⁴ est une théorie de la rétrodiction : elle ne prétend pas établir empiriquement que telle contrainte a joué dans telle affaire, mais simplement que, rationnellement, le choix retenu par tel juge (ou interprète authentique) de telle signification peut se comprendre comme résultat d'une contrainte inhérente au système juridique qu'il appartient à la science du droit de dévoiler (en ce sens, la théorie cesse à ce stade – et à ce stade seulement - d'être vérificationniste, même si Michel Troper maintient qu'elle demeure empiriste pour sa totalité⁴⁵).

Pour la seconde, que l'on qualifiera de prédictionniste et qui est plus classique dans l'analyse réaliste, l'énoncé juridique est dénué de sens *a priori* mais l'étude systématique des éléments cognitifs permet (en tout ou partie, cette théorie connaît de multiples variantes qui ne s'accordent pas sur ce point) d'une part de limiter linguistiquement les sens possibles (en établissant ceux admissibles selon les règles non pas juridiques mais linguistiques : syntaxiques, sémantiques), d'autre part à prédire (avec un degré d'incertitude nécessairement admissible) le comportement de l'autorité de concrétisation, c'est-à-dire à prédire le sens retenu, ce qui revient à dire la norme. Cette approche est celle des réalistes américains (qui insistent davantage sur la prédiction comportementale à raison des éléments externes : psychologie, sociologie, etc.), des réalistes scandinaves et italiens (qui mettent l'accent sur les contraintes linguistiques).

Ces deux théories vérificationnistes doivent se conjuguer avec deux théories possibles de la validité, dont une seule est elle-même vérificationniste. Une norme sera alors valide parce qu'elle peut être justifiée, c'est-à-dire parce que l'interprète peut donner des raisons, et particulièrement des raisons juridiques (mais alors on se heurte à une nouvelle aporie : donner, pour le juge par exemple, des raisons de droit revient très souvent à donner des raisons tirées d'un énoncé qu'il interprète lui-même – cercle sans fin, qui interdit la vérification : on ne peut vérifier les raisons d'un acte, parce que celles-ci sont inséparables de l'acte). Ou une norme sera valide tout simplement parce qu'elle existe (qu'elle est effective), c'est-à-dire parce que la prédiction de la norme (entendre la prédiction d'un comportement) a été vérifiée (et alors, s'il n'y a pas d'aporie à dire par exemple : il existe en droit français positif, ou en vigueur, une norme *N* parce que le juge *X* a tranché le cas selon les modalités que l'on énonce dans la proposition linguistique *N*, ce qui signifie aussi que l'on prédit que confronté à un cas hautement semblable, le juge *Y* ou *Z* tranchera de la même manière en usant de la même norme *N*, il reste que cela signifie et ne peut signifier qu'une chose, contenue dans les prémisses : c'est encore l'interprète qui décide, et ce qui permet à la doctrine de prédire cette décision — donc de dire que *N* est du droit en vigueur — est la prise en compte d'une norme *NI* relative à la compétence de *X*, *Y* et *Z* pour le cas visé... *NI* dont le caractère normatif est lui-même affirmé

⁴⁴ Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats, *La théorie des contraintes*, LGDJ, à paraître.

⁴⁵ Pour une critique, V. ma contribution à l'ouvrage *La théorie des contraintes*, précité.

selon la même démarche prédictionniste/vérificationniste, et ainsi de suite jusqu'à établir descriptivement la norme de reconnaissance⁴⁶⁾

Le projet finalement de Massimo La Torre pourrait alors être le suivant : le nihilisme réaliste pourrait être contenu, au sein d'une approche qui demeure réaliste, par la théorie institutionnelle. Et à la phase déconstructionniste qui initie toute démarche réaliste (déconstruire l'idéologie des conceptions idéalistes du droit, et refuser la question des valeurs autrement que sous la forme : décrire les valeurs véhiculées par les normes entendues comme des significations), pourrait succéder une phase plus constructiviste qui, sans se déplacer sur le terrain du prescriptif, permettrait de réintégrer les valeurs observées – et encore une fois : valeurs non postulées – comme partie intégrante de la théorie juridique (dans la détermination du concept de validité) et de la science juridique (dans la description des significations d'une norme valide). Le sens des énoncés juridiques, ou plus exactement leurs sens possibles, devrait ainsi être compris grâce à l'usage qui en est fait (réellement fait) par les membres de l'institution et particulièrement par les juristes, savants ou praticiens (mais ceux-ci ont été formés... et sont aussi formateurs). La théorie institutionnelle de la signification permettrait de renouveler, sans tomber dans un cognitivisme de principe, la question de la validité en la reliant aux valeurs prévalentes dans le système institutionnel : une justification méta éthique, fondée sur des arguments cognitifs (mais tirés de l'observation d'une vie institutionnelle) et non sur des valeurs *a priori*, qui ne s'en tiendrait pas au seul constat d'existence.

Tout cela (car l'ouvrage de Massimo La Torre est bien plus complexe, sans doute plus large et plus ambigu que je ne l'ai évoqué, et regorge d'explications, notamment sur l'action pratique et les jugements de valeurs) doit évidemment être soigneusement évalué et confronté, tant aux prémisses qu'à d'autres essais de limitation du nihilisme réaliste. Plusieurs questions seraient à envisager, et qui ne peuvent être résolues ni vite, ni brièvement. Notamment, et sans souci d'exhaustivité, il faudra se demander si la référence aux significations institutionnellement établies remplit une fonction réellement descriptive (par exemple les juges *X*, *Y* et *Z* se réfèrent effectivement à ces significations *N1*, *N2*, etc.) ou une fonction sinon prescriptive, du moins traditionnellement stratégique et contraignante (on entendrait ainsi limiter la faculté d'interprétation des autorités de concrétisation, en portant par exemple un jugement sur la valeur d'une signification déviante, pour la rendre plus difficile à adopter). Les deux positions peuvent être considérées comme légitimes pour la doctrine juridique mais participent de discours différents, aux motivations opposées, et aux évaluations incompatibles. Dans le premier cas alors, il faudrait s'interroger sur la réelle originalité du projet (par rapport notamment aux analyses sociologisantes classiques dans la théorie générale du droit d'inspiration réaliste au sens large), dans le second sur sa complémentarité avec des démarches adoptées par exemple par Cristina Redondo⁴⁷ (sur la justification, sur la question de la raison universalisable) ou Riccardo Guastini⁴⁸ (sur la limitation linguistique du sens). Quoi qu'il en soit, cette alternative de posture renvoie au point nodal d'une théorie juridique qui ne peut, en démocratie, parce que justement elle déconstruit un concept de droit perçu comme protecteur (du peuple, des libertés, de l'individu) et les théories afférentes (Etat de droit, Droits de l'homme, droits subjectifs), faire l'impasse de son positionnement politique pratique⁴⁹.

S'il est vrai que sur ces questions, notamment, Habermas⁵⁰ ou Rawls⁵¹ (mais le voile d'ignorance de Rawls est l'antinomie de la contrainte institutionnelle, à moins que ce ne soit un

⁴⁶ Au sens hartien du terme (Herbert L. A Hart, *Le concept de droit*, Publication de la Faculté de Saint Louis, 1975) ou mieux — même s'il n'emploie pas ce terme — de Ross (Alf Ross, *A propos de l'autoréférence et d'une énigme du droit constitutionnel*, in *Introduction à l'empirisme juridique*, précité).

⁴⁷ Cristina Redondo, *Reglas « genuinas » y positivismo jurídico*, *Analisi e Diritto* 1998, pp. 243-276.

⁴⁸ Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992.

⁴⁹ Parmi une littérature abondante, v. par exemple Ugo Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme ?*, LGDJ, 1996.

essai de solution aux « maux » qu'elle engendrerait) ont livré des arguments sérieux en philosophie, il faut reconnaître à Massimo La Torre le mérite d'inscrire la théorie institutionnelle, et une théorie juridique par là-même, au cœur de la question la plus débattue et la plus actuelle. Convenons que c'est pour l'institutionnalisme un beau renouveau et un stimulant défi.

⁵⁰ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

⁵¹ John Rawls, *Théorie de la Justice*, Seuil, 1987.

POUR LA BIBLIOGRAPHIE

- Hauriou Maurice, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle journée n° 23, 1926 (réimprimé Université de Caen, 1990).
- Hauriou Maurice, *Principes de droit public*, Sirey, 1910
- La Torre Massimo, *Norme, istituzioni, valori, Per una teoria istituzionalistica del diritto*, GLF Laterza, 1999
- Lourau René, *L'analyse institutionnelle*, éd. de Minuit, 1970
- MacCormick Neil et Weinberger Otta, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992
- Mazères Jean-Arnaud, *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*, Bruylant, 1998, pp. 239-293
- Millard Eric, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995.
- Millard Eric, *Hauriou et la Théorie de l'Institution*, *Droit et Société*, 30/31, 1995, pp 381-412.
- Romano Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.
- Simon Gérald, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, LGDJ, 1990