



HAL
open science

Théories de l'institution et disciplines

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Théories de l'institution et disciplines. P. Ancel et J. Moret-Bailly. Vers un droit commun disciplinaire?, Publications de l'université de Saint-Etienne, pp.29-40, 2007. halshs-00193344

HAL Id: halshs-00193344

<https://shs.hal.science/halshs-00193344>

Submitted on 3 Dec 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.

THEORIES DE L'INSTITUTION ET DISCIPLINES

Eric Millard
Professeur à l'Université Paris-Sud 11

Il est relativement classique lorsqu'on évoque en droit la discipline, de se tourner vers les théories institutionnelles : il est vrai que la prise en compte immédiate des phénomènes disciplinaires les caractérise, et qu'elles proposent un autre modèle d'interprétation du pouvoir d'organisation dans le collectif, comme du fait de leur acceptation au sein de ces groupes. Deux points au moins alors mettent en évidence l'originalité de leur posture : l'appréhension première de la dimension collective, où qu'elle se trouve, transcende la séparation traditionnelle entre le public et le privé ; la mise au jour du pouvoir dans les groupes, quelle que soit leur nature juridique supposée, reconstruit l'opposition entre le contrat (lieu de volontés échangées) et l'unilatéralité (lieu de puissance affirmée) autour de la figure de la décision. La discipline, comprise comme pouvoir tourné vers la police du groupe, apparaît ainsi comme inhérente à tout collectif organisé, et structurante de celui-ci.

Pour autant, le recours à la grille institutionnelle soulève davantage de questions qu'il n'apporte de réponse. En premier lieu, la grille institutionnelle est produite par des théories multiples et distinctes, qui partent de positions disciplinaires variées (juridiques, sociologiques, pédagogiques, psychiatriques, etc.) pour proposer des modèles aux statuts épistémologiques contradictoires (théories de l'action ou théories de la connaissance), et aux capacités explicatives diverses (idéalistes ou critiques).¹ L'utilisation sans précaution de cette grille par la dogmatique juridique – utilisation assez répandue en définitive – devient alors problématique, et la tentation est grande de suspecter *in fine* la théorie de vices internes qui, s'ils peuvent ne pas être chimériques par ailleurs, sont aussi et surtout des vices méthodologiques externes liés à la posture de l'emprunt.

Une des possibles raisons de ce colloque est sans doute d'évaluer une appréhension de l'émergence au sein du droit positif d'un corpus dit « droit disciplinaire » grâce à l'analyse institutionnelle. Je doute que l'on puisse y parvenir sans davantage vérifier si l'objet existe réellement en droit positif, et si ensuite cet objet éventuel est susceptible d'un traitement *via* les constructions théoriques appropriées que l'on trouverait dans les analyses institutionnelles. Je suis assez incompetent pour répondre à la première des questions ; en revanche, je voudrais m'appuyer ici sur trois idées pour avancer sur la seconde : si la discipline est clairement un objet de la théorie institutionnelle (I), l'analyse institutionnelle, pour des raisons de cohérence, commande quelques distinctions (II) et suppose, pour des raisons de méthode, quelques formes d'évaluation (III). A l'évidence trompeuse du premier point répond le décalage entre la délimitation de l'objet et de la méthode des théories institutionnelles et de la dogmatique classique, mis en lumière par les deux suivants.

I. La discipline comme objet caractéristique des théories institutionnelles.

¹ Pour une première approche, cf. R. Lourau, 1970, *L'analyse institutionnelle*, Paris, éd. de Minuit, 1970 ; R. Hess et A. Savoye, *L'analyse institutionnelle*, Paris, PUF (coll. « Que sais-je ? »), 1993 ; F. Oury et A. Vasquez, *Vers une pédagogie institutionnelle*, Paris, Maspéro, 1967.

Antoine Jeammaud a fourni dans ses propos préliminaires une définition de la discipline « pour les besoins de la théorie du droit notamment » (c'est-à-dire pas seulement d'une analyse institutionnelle) qui me paraît tout à fait essentielle et à laquelle je souscris ; mais qui nécessite d'être précisée sur un point pour la mettre en cohérence avec l'approche institutionnelle (d'autres points auraient à être nuancés mais ne sont pas inacceptables dans une théorie institutionnelle).

Il propose « *d'entendre par discipline un dispositif ou ensemble de dispositifs dont un groupe social, relativement réduit et constitué en communauté ou organisation, se dote ou se trouve doté afin que ses membres adoptent certaines conduites, homologues ou coordonnées, pour réaliser et maintenir en son sein un ordre particulier ajusté aux objectifs qui lui sont assignés. Cette définition voudrait souligner que la recherche d'ordre passe par celle de conformités des conduites à des modèles formulés ou tacites. C'est en cela que la discipline est œuvre de normalisation. L'obtention de ces conformités, cette normalisation, peut être recherchée par l'usage de différents outils ou procédés :*

- *des prescriptions ou interdictions de comportements ou d'actions, procédant de règles ou d'ordres;*
- *la surveillance des assujettis;*
- *la répression des agissements jugés déviants par l'imposition de sanctions (prises par une détenteur de pouvoir quelconque, avec ou sans procédure réglée, avec ou sans débat contradictoire, par référence à des prescriptions ou interdictions formulées, donc pour violation de celles-ci, ou sans référence nécessaire à de telles "normes" pré-posées), et de sanctions qui ont sans doute pour trait distinctif de (frapper) l'agent dans ses intérêts de membre du groupe »* [selon une formule de Joël Moret-Bailly]. Antoine Jeammaud ajoute : « *la discipline ne se réduit pas à l'organisation et à l'exercice d'une répression. Même si des dispositions légales visant des "disciplines" ne s'attachent qu'à cet aspect, et l'on songe notamment au code du travail qui, depuis 1982, consacre au "droit disciplinaire" une sous-section dont les dispositions se bornent à encadrer les sanctions prononcées par l'employeur à l'encontre de ses salariés, tandis que le règlement intérieur est régi par les dispositions de la sous-section précédente.* »²

Il n'est pas exact selon les hypothèses institutionnalistes que le groupe se trouve doté de règles ; au contraire il faut, par souci de cohérence interne au point de départ institutionnaliste, distinguer les règles dont se dote le groupe (la discipline au sens institutionnaliste) de règles dont il se trouve doté (qui participent d'un autre phénomène, celui de la relevance). Je soupçonne que c'est dans cette idée que réside l'ambiguïté d'un recours à l'analyse institutionnelle par la dogmatique juridique pour aborder le droit positif traitant de la discipline dans les institutions.

Rapidement dit, les théories institutionnelles sont formulées à partir d'un noyau ontologique commun qui peut être identifié à partir de quatre propositions :

- a) La normativité inhérente à tout groupe social organisé (objet : l'institution).
- b) La compréhension de cette normativité comme moyen d'assurer la cohésion et la durée du groupe autour de sa raison d'être (hypothèse théorique).
- c) La conception de l'organisation comme un pouvoir avant d'être un ensemble de règles au sein de ces institutions (concept)
- d) La mise en évidence d'un phénomène d'acceptation (dont il faut rappeler qu'il ne signifie pas nécessairement consentement) déplacé (de la manifestation singulière du pouvoir à la raison d'être du groupe et au pouvoir qui la réalise).

L'institution sera définie en 1925 par Hauriou, l'un des théoriciens institutionnalistes les plus sollicités par les juristes classiques, au terme d'une analyse complexe³, sur le fondement

² Cet ouvrage, pp 19-20.

³ E. Millard, « Hauriou et la Théorie de l'Institution », *Droit et Société*, 30/31, 1995, pp. 381-412.

idéaliste de cette ontologie : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »⁴. Santi Romano, dans une version positiviste de cette ontologie, prétendra à peu près au même moment de son côté que l'institution constitue un *ordre juridique objectif*. Ce n'est pas seulement une idée d'œuvre au sens d'Hauriou, c'est un système normatif (un ensemble de règles).⁵ Je reviendrai sur les différences conceptuelles que peuvent traduire ces deux approches du vieil institutionnalisme juridique⁶, et il serait sans doute éclairant de confronter ce vieil institutionnalisme tant à des théories juridiques institutionnalistes plus modernes, qu'à des théories institutionnalistes non juridiques ; mais pour aborder la question de la discipline sans trop de digressions, je vais m'en tenir à l'approche la moins mal connue, celle d'Hauriou, qui n'est pas ici hétérodoxe.

On sait que le texte de 1925 généralise à tous groupes une hypothèse formulée dès avant par Hauriou quant à la nature de l'Etat ; c'est à cette occasion qu'Hauriou abordait l'idée de discipline et la distinction qu'il proposait lui-même entre la logique disciplinaire et la logique légale mérite attention pour ce qui nous intéresse ici : une approche d'un droit légal se donnant la discipline pour objet.

En effet, la discipline apparaît essentiellement comme un phénomène organique, apparaissant dans toute institution, et lié à la dimension interne du groupe : sa police propre pour permettre sa raison d'être (l'aspect externe). Hauriou pouvait ainsi définir le droit disciplinaire comme « l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose ».⁷ La discipline, par rapport à une telle ontologie, est centrale car elle traduit concrètement le pouvoir dans le groupe, et l'acceptation de ce pouvoir. Hauriou poursuit : « Il n'y a pas pour l'individu exposé à l'effet du pouvoir disciplinaire obligation préétablie de le subir, du moins il n'y a pas obligation juridique, il n'y a qu'un devoir moral ou un devoir professionnel ; le pouvoir disciplinaire se présente comme une force à laquelle on obéit ou à laquelle on résiste à ses risques et périls. L'obligation préétablie d'obéir existe dans le droit légal parce que la loi est conçue de telle sorte que tous les sujets de l'Etat sont censés y avoir consenti. Mais il n'y a rien de tel pour le droit disciplinaire ; il s'impose quoique non consenti et il s'impose et s'oppose à la façon d'un fait ».⁸ L'acceptation ne se fait pas quant à la discipline mais quant au pouvoir, et non parce qu'il impose une discipline mais parce que, comme le note Antoine Jeammaud, cette discipline est ajustée par ce même pouvoir *aux objectifs qui lui sont assignés* : la raison d'être du groupe. La discipline ne vaut que tant qu'on est membre du groupe (encore une fois, la dimension interne) et il est commun de noter que la sortie du groupe est très généralement l'issue ultime du conflit disciplinaire : soit

⁴ M. Hauriou, « 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, p. 96.

⁵ S. Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

⁶ Par opposition au néo-institutionnalisme contemporain. Cf. notamment E. Millard, « Sur les théories italiennes de l'Institution », in B. Basdevant et M. Bouvier (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, Collection Systèmes, Paris, 2004, pp. 31-46.

⁷ M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1916, p. 128.

⁸ *Id.*, p. 131.

comme sanction (l'expulsion), soit comme protection (la soustraction au pouvoir du groupe). Il n'est guère que l'Etat qui ne conçoit pas totalement cette possibilité de conditionner le pouvoir disciplinaire ; encore convient-il de rappeler que ce qui est entendu par l'Etat ici est l'ordre juridique souverain et non les services publics ou administrations (qui sont des organisations générant des situations de discipline), à la notable exception du droit pénitentiaire (qui conjuguant la souveraineté pénale à la discipline, paraît pour partie irréductible aux autres phénomènes disciplinaires).

Sans aller plus avant, il me paraît utile ici d'insister sur ce point pour nos débats à venir : dans cette conception de l'institution, ce que nous tenons pour le droit positif disciplinaire est une variante du droit légal, qui traite d'un point de vue externe un pouvoir dans les groupes ; le droit disciplinaire selon l'analyse institutionnelle est ce pouvoir qui se manifeste du point de vue interne, c'est-à-dire que le droit légal selon les termes d'Hauriou, entendons dans notre vocabulaire le droit positif, le prévoit, l'organise, le contrôle, le limite, ou non. Ce qui montre l'utilité de quelques distinctions.

II. *Quelques distinctions.*

Nous parlons dans ce colloque de droit disciplinaire, de procédure disciplinaire, de sanction disciplinaire. Joël Moret-Bailly envisage une « *activité répressive* » mise en œuvre fréquemment par des « *organismes* » ou « *institutions* » disciplinaires⁹. Mais tout ce que le système juridique ou la dogmatique appréhendent sous l'idée de discipline ne participe pas de la même démarche, et appelle distinction.

Le modèle qui ressort en effet de l'analyse institutionnelle est tout autre que celui-ci, et il se concentre sur les concepts de pouvoir disciplinaire et d'organisation institutionnelle. Même en repartant de l'approche suggérée par Joël Moret-Bailly, il me semble important de distinguer les deux points de vue, notamment en reprenant quelques remarques d'Hauriou : « *La sanction du pouvoir disciplinaire est la coercitio pure et simple, c'est-à-dire l'exécution par la force mise à la disposition du magistrat. En ce sens, le droit disciplinaire comporte des voies d'exécution plutôt que des pénalités. Ces voies d'exécution constituent de l'action directe, au sens où les syndicalistes du mouvement ouvrier l'entendent de nos jours. Le pouvoir disciplinaire s'appuie sur la force propre que l'institution a conscience d'avoir pour se faire justice d'elle-même...* ».¹⁰

La source du droit disciplinaire selon l'analyse institutionnelle est uniquement interne : le groupe comme organisation ; et non externe : l'habilitation par des normes extérieures au groupe (le droit positif) investissant des organismes spécialisés. La discipline traite de l'intérêt organique du groupe et non de sa raison d'être. Elle porte sur la question de l'organisation et du pouvoir organisationnel. Les mesures d'ordre intérieur (conceptuellement) ne s'identifient pas avec l'intérêt général en droit administratif, pas plus que la discipline de l'entreprise ou de l'association ne se confondent avec l'intérêt social ou associatif.

⁹ J. Moret-Bailly, V° Discipline, *Dictionnaire de la Justice* (dir. L. Cadet), Paris, PUF, 2004, p. 332.

¹⁰ M. Hauriou, *Principes de droit public, op. cit.*, p. 130.

La discipline pour l'analyse institutionnelle n'est alors que secondement répressive.¹¹ La discipline ne se réduit pas à la sanction disciplinaire : elle est d'abord une liberté d'organisation (une réglementation), et ensuite éventuellement de sanction ; elle est par conséquent avant tout organique, c'est-à-dire interne-normative. Elle se manifeste par une réglementation formelle ou informelle, y compris lorsqu'elle a des visées répressives, c'est-à-dire lorsque la norme interne n'a pas été suivie : « *La règle disciplinaire n'a pas à être précisée et formulée comme la règle légale [...] elle est souvent implicite, elle doit être sentie par l'intéressé autant que conçue ; la faute disciplinaire n'a pas besoin d'une détermination complète* ». ¹² Or nous savons que c'est justement ce souci de précision *a priori*, c'est-à-dire à un alignement de la sanction disciplinaire sur le modèle légal pénal, autant que faire ce peut, qui est notamment recherché par l'émergence d'un droit disciplinaire positif.

Pour cette même raison encore, la question de la procédure encadrant le pouvoir disciplinaire échappe aux présupposés de l'analyse institutionnelle. On sait par exemple qu'Hauriou dans sa typologie des formes de droit dans l'institution corporative distingue le droit légal, la coutume et le droit disciplinaire. On sait aussi à quel point il insiste sur l'importance des procédures comme sources du droit. A ce propos, il écrit : « *La procédure est une source du droit indépendante du pouvoir ; elle est la source profonde à la fois du droit coutumier et du droit légal* ». ¹³ La source profonde du droit disciplinaire, on ne saurait le concevoir plus clairement, est purement le pouvoir : un pouvoir conditionné, un pouvoir accepté sans doute, au moins dans l'idée. Mais simplement un pouvoir.

Et la discipline, dans la grille institutionnelle, ne peut alors se concevoir comme exercée en faisant appel à un organe qui soit externe au groupe : le pouvoir disciplinaire est le pouvoir *dans* le groupe qui s'organise, et non le pouvoir sur le groupe qui s'est organisé. Toute sanction n'est pas disciplinaire : la sanction disciplinaire est celle liée au pouvoir d'organisation et ne peut se confondre avec la sanction prononcée indépendamment de ce pouvoir, soit par une autorité extérieure, soit sur la base d'une réglementation extérieure (imposée et non reconnue). Sans doute la sanction disciplinaire est vue le plus souvent par les juristes comme une sous-catégorie de la sanction (ce que l'on retrouve dans la transposition des cadres procéduraux et de la juridictionnalisation) ; pour l'analyse institutionnaliste, la sanction disciplinaire est une des formes possibles de la discipline, c'est-à-dire une manifestation interne du pouvoir. La référence au magistrat (au sens ancien) dans la citation d'Hauriou ci-dessus ne doit pas faire illusion ; l'auteur précise lui-même : « *c'est parce qu'il est sanctionné par une coercitio, c'est-à-dire par l'action directe, que le droit disciplinaire se sépare du droit légal de l'Etat ; la caractéristique de celui-ci en effet est de n'admettre de sanction que par l'intermédiaire d'un juge public, c'est-à-dire d'un juge qui puisse être considéré comme un tiers, interposé entre le délinquant et l'institution nationale* ». ¹⁴

L'idée d'un pouvoir disciplinaire extérieur au groupe, notamment sous les deux formes d'attribution de compétences ou de contrôle externalisé, traduit une autre conception de la discipline (c'est-à-dire plus exactement un autre objet de la discipline : le groupe dans une relation interinstitutionnelle). Cette conception est légitime et elle se réfère à des faits dont l'existence est incontestable. Mais elle ne repose pas sur une analyse de la discipline dans l'institution, et il est essentiel de bien distinguer ces deux types de faits : la discipline du groupe

¹¹ V. cependant sur cet aspect J. Mourgeon, *La répression administrative*, Paris, LGDJ, 1967.

¹² *Id.*, p. 131.

¹³ *Id.*, p. 158.

¹⁴ *Id.*, p. 133.

et le contrôle sur cette discipline (ce que finalement Santi Romano abordait au travers du concept de *relevance*).

Phénomène consubstantiel au groupe organisé (et au pouvoir de et dans ce groupe), la discipline ne se confond donc pas avec tout pouvoir juridique de sanction et d'organisation. *Stricto sensu*, pour l'approche institutionnelle, le pouvoir de discipline s'exerce dans tout groupe organisé indépendamment de sa reconnaissance par le droit (positif), qui ne peut qu'essayer de le contrôler. Les théories de l'institution dessinent partant une interrogation en termes de légitimité du pouvoir davantage qu'en termes de droits des membres du groupe, du moins tant que l'idée de ces droits est invoquée de manière non pas substantielle (l'atteinte à des droits « fondamentaux » remettrait en cause l'idée même de groupe¹⁵) mais procédurale (le droit à une forme d'exercice du pouvoir disciplinaire). Les théories de l'institution résistent donc à une vision « juridictionnalisante » de la discipline lorsque la décision est prononcée sinon en la forme contentieuse, du moins par une autorité séparée du pouvoir du groupe (impartiale au sens de l'art 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Non que cette juridictionnalisation ne vaille pas d'être défendue (sur la base notamment d'une conception politique de la démocratie) ; mais parce qu'elle est antinomique avec la notion même d'un pouvoir disciplinaire, le faisant disparaître. Ce qui conduit à interroger plus précisément les processus d'encadrement, d'habilitation et de contrôle (formel et/ou substantiel) du pouvoir disciplinaire.

Le droit positif (c'est-à-dire le droit étatique, celui qui *traite* de la discipline, le droit disciplinaire au sens de ce colloque) remplit une fonction duale exponentielle pour l'analyse institutionnelle : d'une part, celle d'apporter des limites éventuelles à un pouvoir disciplinaire qui pré existe (et qui survit sans doute assez bien à l'intervention du droit positif, même limitative, même prohibitive, car consubstantiel au groupe) ; d'autre part, celle de fournir en supplément un soutien au pouvoir décidé relevant, à la fois symboliquement (affirmant la légitimité de ce pouvoir) et pratiquement (mobilisant les instruments de coercition publique pour en appuyer l'exercice). La première fonction s'incarne dans la reconnaissance de droits et statuts de protection contre le pouvoir disciplinaire, y compris des droits de contestation ; la seconde dans la validation publique d'actes disciplinaires (règlement intérieur d'entreprise, etc.)

Le droit disciplinaire en ce sens n'est pas le droit disciplinaire de l'analyse institutionnelle. A proprement parler, quand le droit positif traite de la discipline dans les groupes, il porte du point de vue théorique non pas sur la discipline dans les groupes, mais est la manifestation d'un pouvoir disciplinaire spécifique : la discipline de l'Etat sur les groupes eux-mêmes. Développer ce que contient cette proposition est assurément complexe¹⁶ et suppose, ce que nombre de théories institutionnelles, à commencer par celle d'Hauriou, peinent à fournir, un statut des relations entre institution (les groupes visés par le droit positif disciplinaire sont-ils des éléments inclus dans l'institution étatique — ce qui laisse entière l'idée de souveraineté mais affaiblit la force explicative du concept d'institution, tout en formulant l'hypothèse d'une discipline de l'Etat sur les groupes¹⁷ — ou des institutions extérieures à l'institution étatique, ce qui suppose une théorie de

¹⁵ Le concept est ici utilisé non, comme dans la vulgate doctrinale, pour désigner des libertés publiques, mais pour, dans la logique notamment d'Hauriou, désigner les droits qui sont intouchables par le pouvoir disciplinaire parce que, dépassant les questions d'organisation du groupe (la discipline), ils touchent aux questions fondant le groupe (sa raison d'être), ou extérieures au groupe.

¹⁶ Pour une tentative, voir E. Millard, *Famille et droit public*, Paris, LGDJ, 1995.

¹⁷ C'est la logique d'Hauriou dans les textes précités, et notamment de 1916, qu'il retrouvera finalement dans ses derniers écrits (notamment dans son *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, réimprimé CNRS 1965).

l'interinstitutionnalité et une théorie de l'Etat reformulée, tout en excluant alors la possibilité de concevoir ces rapports comme disciplinaires ?¹⁸).

III. *Éléments pour une évaluation.*

Parce que les analyses institutionnelles sont multiples, et parce qu'aussi elles sont invoquées dans l'analyse dogmatique classique pour expliquer des phénomènes de droit positif, on ne saurait se dispenser de précisions pour en permettre une évaluation. L'évaluation peut être axiologique ; aux fins d'une utilisation dans le contexte qui nous occupe, elle est plus utilement théorique et heuristique.

Pour certaines analyses institutionnelles, directement prescriptives, le recours conjugué à la légitimation du pouvoir dans le groupe par la fonction qu'il y remplit et au présupposé que la cohésion existe dans le groupe, et doit demeurer, sert effectivement à renforcer l'acceptation d'un pouvoir disciplinaire (en droit du travail, dans les universités et autres collectivités éducatives, dans le domaine militaire ou pénitentiaire, dans le droit administratif par exemple), au travers d'affirmations idéologiques telles que l'intérêt de l'entreprise, ou l'intérêt général (constitutifs de la raison d'être et du groupe, et du pouvoir). Pour d'autres au contraire, il s'agit avant tout de constater (donc de décrire et de comprendre) l'existence réelle de ce pouvoir et la légitimité qu'il se donne (ou qui lui est reconnue) au travers de cette construction idéologique, sans négliger que cette construction n'est que justificative, et qu'elle occulte les divergences d'intérêts dans le groupe, laissant la porte ouverte à une critique politique (penser autrement la cohésion et l'organisation, par exemple par des instances internes mais élues ?) et/ou juridique (limites du droit disciplinaire et consécration de droits « fondamentaux »).

Affirmer comme Hauriou (et les analystes de l'institution souscriraient aisément à cette affirmation) que « *le pouvoir disciplinaire s'appuie sur la force propre que l'institution a conscience d'avoir pour se faire justice d'elle-même* » peut signifier alors des choses contradictoires.

Le préalable, pour une utilisation par une dogmatique du droit positif, réside dans le fait de retenir un sens axiologiquement neutre : il s'agit bien de se référer à un fait (la discipline dans le groupe, les énoncés traitant de cette discipline dans le langage objet et particulièrement en tant qu'ils organisent leur relevance), que l'on peut avec des processus appropriés, vérifier. L'analyse institutionnelle fournit simplement une grille de lecture du monde, un monde dans lequel le pouvoir dans les institutions existe, et de ce point de vue, l'hypothèse formulée sous (I) est corroborée. Il reste que pour mener à bien ce projet épistémologique positiviste, l'analyse institutionnelle doit vraisemblablement se débarrasser d'une posture initiale idéaliste et métaphysique, telle que celle adoptée par Hauriou, et qu'elle risque fort, ce faisant, de se fondre dans la sociologie générale. On peut rappeler *a contrario* la lecture par Norberto Bobbio de la conception positiviste de Santi Romano. Il montre brillamment que l'analyse institutionnelle de Santi Romano est en réalité une critique, parfaitement fondée sur son principe, quoique menée au travers de concepts inadaptés (l'organisation), de la conception de l'ordre juridique comme ensemble de normes de conduite, et qu'elle peut être comprise aussi comme la désignation de l'ordre juridique en tant que système normatif complexe, alliant des règles de premier degré (les

¹⁸ C'est en revanche la position adoptée en 1925. C'est aussi celle de Georges Renard dans *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930.

règles de conduite) et des règles de second degré (les règles relatives aux règles de conduite).¹⁹ Mais il n'est alors plus besoin du concept spécifique d'institution, et la question disciplinaire ne se pose plus, dans l'analyse juridique, au travers de la grille institutionnelle : elle est renvoyée, pour ce qui la concerne, au champ de l'analyse des pouvoirs sociaux, c'est-à-dire expulsée de la dogmatique juridique. Sauf pour la théorie générale du droit à utiliser l'analyse institutionnelle comme hypothèse.

C'est clairement à cela que je me réfère quand je prétends que l'analyse institutionnelle permet alors d'éclairer le phénomène disciplinaire. Et qu'elle peut le faire alors même que l'émergence du droit disciplinaire dans le droit positif semble traduire, par rapport aux prémisses institutionnalistes, un recul du phénomène : les institutions disciplinantes sont contestées depuis plusieurs décennies, et les modèles classiques de l'armée hiérarchisée, de l'entreprise caporalisée, de l'école hussardisée, de l'université mandarinale et de quelques autres sont, assez heureusement à mes yeux, interrogés, tant comme référence organisationnelle générale que comme modèle spécifique ; le pouvoir disciplinaire quant à lui se restreint au profit de la reconnaissance de droits des assujettis (droits statutaires échappant au pouvoir disciplinaire, comme droits procéduraux dans la mise en œuvre de ce pouvoir). Les causes et les effets sont difficiles à distinguer, mais la constitution d'un droit disciplinaire de plus en plus complexe et précis dans le droit positif participe du mouvement. Pour autant, ce recul ne fait pas disparaître empiriquement la discipline (elle en change les manifestations) et dans la dimension normative, le recul supposé de l'institution disciplinante se traduit trop souvent par un recul réel de l'institution socialisante, le droit laissant l'individu seul face à des pouvoirs qu'il prétend occulter : une monade isolée au sens de Marx. De ce point de vue, non seulement la discipline ne disparaît pas, mais le pouvoir disciplinaire, renforcé par le droit positif, devient encore plus ambigu, entre partage (la juridictionnalisation), limites (l'application éventuelle de l'art 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), et contrôles (le recul des mesures d'ordre intérieur par exemple). L'analyse institutionnelle peut alors enrichir la démarche juridique dans cet effort de classification et de clarification, mais une démarche qui est théorique avant d'être dogmatique.

Il convient peut-être de rappeler *in fine* que nul ne dispose de définitions *a priori* de la discipline, du pouvoir disciplinaire et du droit disciplinaire. Ces concepts résultent de stipulations fournies au stade théorique (méta dogmatique) et qui ne sont vraies que par leur utilisation correcte au sein de cette théorie ou par cette dogmatique. La dogmatique juridique a pour objet ici la description critique des énoncés de droit positif (directives écrites, décisions jurisprudentielles notamment) qui utilisent les expressions de discipline, de pouvoir disciplinaire, de droit disciplinaire. Peu importe ce que l'on qualifie de droit disciplinaire *per se* ; il est d'assez bonnes raisons de tenir pour opératoire que ce concept peut désigner pour la dogmatique juridique l'ensemble des règles du droit positif qui traitent du statut en droit positif de l'objet qu'elles appellent discipline : parmi les caractéristiques de cet objet dans le droit positif français, on trouve l'existence de procédures protectrices de l'assujetti à la discipline (dont le droit au procès ou au recours), des définitions de compétence, c'est-à-dire des habilitations à exercer un pouvoir disciplinaire (y compris celles investissant des autorités extérieures au groupe), des droits fondamentaux ou statutaires reconnus aux membres du groupe que le pouvoir disciplinaire ne peut atteindre. Toutes choses dont on parlera dans ce colloque. Mais le caractère opératoire du concept exige que l'on ne tienne pas pour *équivalent* un *autre* concept de droit disciplinaire, et on a pu voir que celui avec lequel travaille l'analyse institutionnelle ne peut permettre de traiter dogmatiquement (décrire le droit positif) l'objet ainsi saisi. Ce qui suppose que l'on réserve « droit disciplinaire » à ce dont traite ce corpus de règles et que l'on se serve d'autres concepts (pouvoir disciplinaire ou discipline par exemple)

¹⁹ N. Bobbio, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1998, pp. 172-173.

pour désigner l'objet de l'analyse institutionnelle. Ce qui suppose aussi la prudence dans l'éclairage au moyen des concepts de l'institution de cet objet de la dogmatique.

D'un autre côté, décrire ainsi ces règles ne nous éclaire en rien sur le phénomène de discipline, y compris dans ses manifestations normatives. Le projet d'analyser l'émergence d'un droit commun disciplinaire, c'est-à-dire d'une unité des règles de droit positif traitant de la discipline dans son ensemble, à la fois comme objet identifiable au sein d'ensembles de règles traitant d'autres questions, et comme objet relativement homogène traitant assez identiquement la discipline dans des institutions diverses, suppose pour le moins de disposer d'une théorie de la discipline et de son rapport à ce corpus du droit positif ; ou de la formuler. La dogmatique aura quelque peine à dépasser la paraphrase de son langage-objet (les normes de droit positif) si elle ne développe pas une analyse critique de ce qu'elle entend par droit disciplinaire, et notamment si elle ne comprend pas que le droit disciplinaire qu'elle étudie n'institue pas une discipline (un pouvoir) sur les membres du groupe, mais une discipline sur les groupes eux-mêmes, c'est-à-dire, selon une approche institutionnaliste non idéaliste, une discipline sur le pouvoir qui existe réellement dans ces groupes et qui, quant à lui, institue une discipline sur ses membres.