

De quoi l'institution est-elle le nom ?

Ou une arlésienne dans la théorie du droit

« La connaissez-vous bien au moins cette fille d'Arles ? Savez-vous au juste qui vous prenez ? »

(Alphonse Daudet, *L'arlésienne*)

L'idée d'institution, mise à l'honneur en France par Maurice Hauriou, exerce depuis un siècle une certaine fascination sur les théoriciens du droit. En témoigne la persistance avec laquelle l'œuvre du doyen de Toulouse à ce sujet, bien que réputée particulièrement confuse, touffue et peu rigoureuse, est encore de nos jours visitée et alimente des commentaires, colloques, thèses et autres ouvrages, dont tout récemment l'ouvrage collectif dirigé par Armel Le Divillec *Des institutions et des normes*¹, qui m'a inspiré ces quelques réflexions. A l'étranger, la notion d'institution a aussi donné lieu chez les juristes à des développements théoriques, en particulier, au cours des dernières décennies, à une « théorie institutionnelle ou néo-institutionnelle du droit » (illustrée notamment par Ota Weinberger et Neil MacCormick) se revendiquant de la philosophie anglo-saxonne des actes de langage.

¹ *Des institutions et des normes. Une question préalable à l'analyse juridique*, Editions Panthéon-Assas, 2023.

Le dénominateur commun de tous ces courants de pensée autour de la notion d'institution (et qui explique en partie cette fascination qu'elle suscite), c'est de chercher à mettre à bas la conception positiviste dominante - spécialement sous la bannière du normativisme kelsénien - ramenant le droit à des règles ou normes, une conception jugée trop étriquée et réductrice.

A la vérité, cette visée n'a pas produit jusqu'ici les effets escomptés : les « institutionnalistes » de tous bords n'ont guère réussi à révolutionner l'idée que les juristes se font couramment du droit proprement dit, ils ne sont guère parvenus à remettre en cause son ancrage dans des règles. Ils ont pour l'essentiel, semble-t-il, enfoncé des portes ouvertes. Et surtout, leurs analyses nous laissent, si je puis dire, sur notre faim : il y est question d'« institutions », mais ce qui est dénommé et étudié sous ce vocable, ce sont des entités instituées ; on ne nous dit pas en quoi consiste exactement leur « institution », à quoi elle correspond. C'est tout particulièrement ce qui apparaît chez Maurice Hauriou, pourtant présenté comme le grand chantre de « la théorie de l'institution » (il est vrai qu'il n'a pas davantage approfondi le fondamental le plus important de la théorie du droit qu'est le concept même de « juridique » ou « juridicité »). L'institution a été, selon ses propres paroles, « la grande affaire de sa vie »², mais force est de constater qu'elle s'apparente à une arlésienne dans son œuvre : on y parle d'elle, mais elle n'y apparaît pas, elle n'y est pas dévoilée, amenée au jour. Pire : en identifiant -et en répandant après lui l'habitude d'identifier- institution et entité instituée, spécialement organe institué, la théorie d'Hauriou a contribué à faire peser une lourde et durable hypothèque sur la théorie du droit ; elle a rendu transparent et fait passer à la trappe le concept authentique d'institution, empêchant par là les juristes de s'y intéresser et d'approfondir ce que veut dire « instituer » ou « institué ». Résultat d'autant plus regrettable qu'en l'occurrence, ce qui a ainsi échappé à leurs radars, c'est une donnée cruciale de l'expérience juridique, de l'expérience de gouvernance des peuples au moyen de règles et, plus

² Cité par Benoît Plessix, « L'analyse institutionnelle a-t-elle encore une utilité en droit administratif ? », in A. Le Divillec (dir.), *Des institutions et des normes*, p.158.

généralement, de l'expérience éthique de direction des conduites humaines. Et c'est peut-être justement ce spectre de l'institution qui hante et fascine les esprits, leur donnant l'obscur sentiment qu'avec elle quelque chose d'essentiel se dérobe à leurs analyses. Aujourd'hui encore, en tout cas, comme le relève justement Armel Le Divellec, « le terme *institution* (le plus souvent au pluriel) est employé à tout bout de champ (par les juristes ou les politiques), sans qu'il soit véritablement défini et sans que le rapport au droit, et spécifiquement aux règles, ne soit réellement précisé »³.

Je me propose, dans les développements qui suivent, de souligner cette focalisation inappropriée de la « théorie de l'institution » sur des entités instituées, puis d'essayer de jeter quelques lumières sur la nature de l'acte même d'institution -de l'acte d'instituer- resté dans l'ombre.

I - Une « théorie de l'institution » focalisée sur des entités instituées

Selon Maurice Hauriou, « l'ordre juridique dans l'Etat ne consiste pas seulement en des règles de droit générales [à cette époque pré-kelsénienne on ne concevait pas encore que les règles juridiques puissent être particulières], mais aussi en des existences juridiques particulières. L'observation prouve qu'il y a autre chose que le rapport juridique comme source des existences juridique particulières : il y a l'institution juridique, qui n'est autre que la situation ou l'organisation de fait reliée à l'ensemble des choses politiques et juridiques existant dans l'Etat et acquérant, tout comme les règles générales, une valeur juridique par le phénomène de confirmation ou de légitimation qui résulte de l'adhésion des esprits et aussi de l'accommodation des choses sous l'action de la force d'inertie »⁴.

³ A. Le Divellec, « *Ubi jus, ibi institutiones*. Esquisse d'une approche renouvelée du concept d'institution dans l'analyse juridique », in *Des institutions et des normes*, p.10.

⁴ *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Sirey, 1916, p.XX.

Ces formules manquent pour le moins de clarté ! Qu'est-ce que cette consistance des institutions juridiques en « existences juridiques particulières » ? Elles sont, précise-t-il, de deux sortes : il y a des « institutions-personnes », d'une part, et des « institutions-choses », d'autre part. On voit bien par là que sa théorie de l'institution concerne des entités instituées, - c'est un peu comme si on étiquetait « théorie du sport » une étude des clubs sportifs ou « théorie de la charité » une étude des organes caritatifs. En fait, la théorie qu'il a développée, et qui est passée à la postérité, tourne essentiellement, et même quasi uniquement, autour des institutions-personnes. On va voir, cependant, que ce sont les « institutions-choses » qui présentent le plus d'intérêt heuristique pour comprendre la brumeuse pensée du doyen toulousain.

1/ Les institutions-personnes, ce sont évidemment (conformément au sens le plus couramment donné au mot institution) des organisations humaines, des organes ou organismes qu'on a tendance à se représenter métaphoriquement comme des êtres vivants spéciaux sur le modèle des êtres humains, avec la particularité de ne pas être des individus, mais des ensembles ou agrégats d'individus, - encore qu'il puisse y avoir des institutions organiques unipersonnelles dont le droit public comme le droit privé nous fournissent bien des exemples (le Président de la République, le Défenseur des Droits, les sociétés unipersonnelles du droit privé, etc.) . C'est, en tout cas, en ce sens - et en écho à l'organicisme social ambiant de l'époque- qu'Hauriou parle d' « institutions-*personnes* » ou « corporations », « institutions sociales qui forment corps » et qu'il qualifie d'« institutions vivantes »⁵. Il serait plus pertinent de les assimiler à des outils d'un certain type, constitués, non pas avec de la matière inerte, mais avec des hommes intégrés statutairement dans des mécanismes plus ou moins complexes de fonctionnement, ces outils humains étant affectés à rendre certains services, à accomplir certaines tâches, à réaliser certaines oeuvres.

⁵ *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., Sirey, 1910 (rééd. Dalloz, 2010), p.126. Il faut rappeler qu'Hauriou a d'abord été attiré par la sociologie avant de se tourner vers des études plus proprement juridiques.

Les organisations auxquelles le doyen de Toulouse s'est plus particulièrement intéressé, en tant qu'entités du monde juridique, ce sont celles à travers lesquelles s'effectue l'expérience de gouvernance juridique, et au premier plan l'institution-Etat. Il a été conduit à penser l'Etat comme « l'institution des institutions », comme l'organe central de commandement, auquel se rattachent tous les autres organes qui jouent un rôle en matière juridique, qui contribuent à l'application et au prolongement des règles de droit générales émises par l'appareil étatique. C'est ce qui lui a inspiré la conclusion que les règles de droit ne sont pas toute la réalité juridique : à côté des règles, il y a les institutions qui les émettent et les appliquent. Ces institutions doivent d'autant plus être prises en compte, souligne-t-il, qu'elles sont finalement la composante la plus essentielle de la réalité juridique : elles priment sur les règles dans la mesure où elles président à leur naissance et à leur application. C'est notamment à partir de ces idées et de cette conception de l'Etat que le maître toulousain a été amené à mettre en avant l'idée de puissance publique pour caractériser l'administration et le droit administratif, en opposition avec son collègue de Bordeaux Léon Duguit qui, intuitivement plus sensible à leur nature d'outils « servant à », ramenait les organes administratifs à l'idée de « service public ».

Tel est, très succinctement résumé (et épuré), le noyau central de « la théorie de l'institution ». On le retrouve exactement repris par les juristes qui militent encore aujourd'hui sous l'étendard de cette théorie et entendent guerroyer contre ce qu'ils considèrent comme une illégitime hégémonie du normativisme. Typique me paraît, à cet égard, la profession de foi soutenue en ces termes par Armel Le Divellec :

« Il existe dans tout ordre étatique des objets juridiques qui, décidément, ne peuvent pas être ramenés à un concept, même extensif, de norme ou de règle. Ce sont, d'une part, des institutions-personnes et, d'autre part, des institutions-choses (ou objets idéels).

« Ces institutions ne sont pas réductibles aux normes juridiques : elles peuvent leur préexister...Elles ne sont pas entièrement façonnées par des normes juridiques, possèdent une identité propre, on pourrait dire une ontologie propre.

« La juridicité des institutions ne provient en premier lieu non de normes mais d'un processus de leur reconnaissance (surtout implicite) par les individus et par les autres institutions-organes.

« Fondamentalement, paraît exacte, en thèse générale, l'affirmation hardie d'Hauriou selon laquelle 'ce sont les institutions qui font les règles, et non l'inverse'»⁶.

Il conviendrait, en conséquence, « de renoncer à un normativisme intégral, que l'on entend comme une conception définissant le droit exclusivement comme un ensemble de normes et seulement cela » ; il faudrait reconnaître, à côté des normes juridiques, une « juridicité proprement institutionnelle »⁷.

Cette persistance à reprendre, pour ainsi dire à l'identique et avec la même conviction, les idées d'Hauriou se justifie-t-elle ? Ces idées remettent-elles vraiment en cause la conception bien ancrée dans les esprits selon laquelle le droit se ramène à des règles d'un certain type, des règles de gouvernance de peuples humains, entendant par là qu'il est ce que fixent ces règles, ce qu'elles permettent ou non de faire, ce à quoi elles *donnent droit*⁸ ? Une remarque difficilement contestable vient de prime abord à l'esprit : il est indiscutablement impossible de prêter à une même chose une double identité. L'adjonction que semblent proposer les institutionnalistes est *a priori* rationnellement irrecevable : la logique s'oppose à ce qu'on puisse définir le droit comme étant tout à la fois des règles et des institutions. Veulent-ils seulement, en réalité, reprocher au positivisme juridique, et spécialement au normativisme kelsénien, de concevoir les règles juridiques de façon purement éthérée, comme des entités abstraites dépourvues de tout contexte, comme si -pour reprendre une expression d'Armel Le Divellec- elles « s'autoengendraient » par un mystérieux

⁶ Contribution précitée in *Des institutions et des normes*, p.30.

⁷ *Ibid.*, pp.16 et 33.

⁸ Voir ma postface à la seconde édition de mon ouvrage *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Ed. Panthéon-Assas, 2022, p.553s.

processus de génération spontanée ? Nul n'a jamais sérieusement soutenu une pareille idée (aussi saugrenue que celle d'un neveu sans oncle, disait Herbert Hart), mis à part certains courants jusnaturalistes prétendant qu'au-dessus des règles fabriquées par les hommes, il y aurait des règles de droit plus authentiques structurellement immanentes à la nature des choses : mais en métaphysique, comme en poésie, tout est possible ! De tout temps, les règles de droit ont été pensées comme des règles *édictees*, rendues autoritairement applicables, en bref comme des commandements, ce qui implique des commandants en amont des règles, des organes di-rigeants ou directeurs, c'est-à-dire littéralement prescripteurs de règles, - qu'il s'agisse d'autorités humaines ou même, dans des perspectives métaphysico-religieuses, d'autorités divines.

C'est un faux procès fait au positivisme juridique de lui reprocher de se prétendre une théorie de règles conçues comme totalement abstraites de la réalité, alors que son étiquette même affiche qu'il est la théorie du droit *posé*, édicté, mis en vigueur par des autorités humaines. Et s'agissant plus particulièrement du normativisme kelsénien, on doit souligner que la *Théorie pure du droit* s'ouvre par cette phrase emblématique: « La Théorie pure du droit est une théorie du droit positif ». Il faut rappeler aussi que c'est justement pour ne pas présenter la première Constitution comme non arrimée à la réalité que Kelsen a été conduit à fabriquer derrière elle une réalité factice en « supposant » une norme fondamentale imaginaire, à laquelle il s'est ensuite résolu à adjoindre une autorité tout aussi imaginaire qui l'aurait édictée. Je montrerai plus loin que ce bricolage tarabiscoté lui aurait été épargné s'il avait pu bénéficier du concept authentiquement élucidé d'institution.

De fait, ce que l'on vise à remettre en cause dans les idées professées par Kelsen, ce n'est pas sa conception positiviste du droit, mais plus exactement sa conception très particulière de la théorie dogmatique du droit, telle qu'il l'a exposée dans son ouvrage de base intitulé précisément *Théorie pure du droit* (et non *Théorie du droit pur*

ou épuré)⁹. L'image -le modèle idéal- qu'il en a donné et qui rejoint celle que prônait déjà au XIX^{ème} siècle l'Ecole allemande de l'*Isolierung*, lui a été inspirée par un double souci : d'une part, dégager la dogmatique juridique de ses anciennes accointances avec des préoccupations purement idéologiques, politiques ou métaphysiques, et, d'autre part, la protéger des nouvelles sciences sociales en train d'éclorre et qui s'érigeaient alors syncrétiquement en rivales appelées à se substituer à elle. C'est cette double motivation qui l'a conduit à vouloir la présenter comme une « science positive ou positiviste » (au sens comtien) et à la démarquer des sciences sociales en prétendant exclure de son champ d'activité les faits humains, censés réservés à la sociologie, - ce qui revenait à lui donner l'étrange statut d'une science axée, non pas sur des faits, mais sur des normes étudiées hors contexte, en marge de la réalité historique, d'un point de vue essentiellement logique. Cette conception épistémologique restrictive de Kelsen était intenable : la dogmatique juridique n'est pas une véritable science, comparable aux sciences physiques, ses démarches relèvent de la raison pratique et non de la raison théorique. Elle ne vise pas à élaborer des lois théoriques de la survenance au monde de faits ou phénomènes ; elle est une activité au service de la pratique, qui fait partie de l'expérience juridique elle-même qu'elle a pour mission d'aider à se faire et à se parfaire. La Théorie pure était, d'ailleurs, en contradiction avec elle-même, puisque pour justifier l'étiquette de « science positive », c'est-à-dire de science étudiant des choses effectives et non des chimères, Kelsen proclamait en même temps qu'elle devait se concentrer et se concentrer uniquement sur les normes juridiques effectives, c'est-à-dire, suivies d'effet, d'actes

⁹ C'est clairement contre la conception de la théorie du droit de Kelsen, et non contre sa conception du droit lui-même, que le « positivisme institutionnel » de Neil MacCormick et Ota Weinberger a entendu s'ériger : « Pour le positivisme institutionnel, la connaissance du droit n'est pas seulement une découverte herméneutique des normes juridiques, mais également la connaissance de la réalité du droit dans son ensemble, y compris les relations juridiques et les états de choses juridiques, au sens le plus large du mot... Alors que Kelsen a réduit en général, dans ses travaux, la théorie du droit au rôle de compréhension normativiste et qu'il n'a reconnu qu'occasionnellement une théorie du droit sociologique à côté de la théorie normative, le positivisme institutionnel considère l'union des deux points de vue -le normatif et le sociologique- comme essentielle et nécessaire pour la connaissance du droit » (article d'Ota Weinberger paru en 1982 dans la revue *Rechtstheorie* et reproduite en traduction française dans l'ouvrage de Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Story Scientia-LGDJ, 1992, p.471).

d'obéissance et d'application. En tout cas, ces vues épistémologiques totalement irréalistes n'ont eu aucun impact sur les démarches dogmatiques concrètes des juristes dans leur étude du droit positif, et elles en ont encore moins aujourd'hui avec le développement de tous les moyens d'information dont ils disposent : loin d'étudier les règles de droit hors sol, au contraire, pour répondre efficacement -comme c'est leur mission- aux besoins de présentation didactique et d'examen critique de ces règles, ils ne se privent pas d'explorer de manière approfondie leur contexte historique, les conditions de leur édicition et de leur application, et en particulier de s'intéresser aux institutions-organes qui y procèdent.

On ne voit pas, dès lors, ce que la théorie de l'institution, telle qu'elle est conçue, peut apporter de bien nouveau, sinon de la confusion autour du concept de droit qu'elle prétend clarifier (un confusionnisme conceptuel qui n'a rien à envier au confusionnisme épistémologique de Kelsen...). Définir le droit comme un certain type de règles (on devrait dire, plus précisément : « comme le contenu des règles d'un certain type », « comme les régimes qu'elles fixent »), ne revient nullement à occulter les institutions-personnes dont parle Hauriou. Le droit, ce n'est pas, comme il le soutient, des règles de droit et, à côté et indépendamment d'elles, des institutions juridiques ; il n'y a pas de bicéphalisme conceptuel, de juridicité à double visage, « normative » et « institutionnelle ». Les institutions en question ne sont ni indépendantes des règles de droit ni occultées par elles : elles sont, au contraire, impliquées dans leur concept même, dans leur essence de règles posées par les autorités publiques, par les instances ou institutions de direction des peuples humains. Et elles sont impliquées aussi dans le champ d'observation de ceux qui se livrent à l'étude du droit.

2/ Les institutions juridiques comprennent, selon Hauriou, à côté des institutions-personnes ou organes, des « institutions-choses ». Ce type d'institutions n'a, toutefois, correspondu chez lui qu'à une vision assez floue, à des intuitions vagues, parcellaires, qu'il a eu, semble-t-

il, des difficultés à approfondir et clarifier ; l'on comprend par suite qu'il ne se soit guère attardé à leur propos (ni sa postérité non plus). En 1910, dans ses *Principes de droit public*, il se contente d'indiquer que, « sans les éliminer », il ne leur accordera pas « la première place » ; en fait, il ne leur accordera pratiquement aucune place, et en 1933 il les écartera cette fois complètement du champ de ses analyses institutionnelles en invoquant...un manque de place¹⁰ !

Qu'est-ce que le doyen de Toulouse veut évoquer en parlant d'institutions-choses ? Il faut déchiffrer laborieusement les quelques bribes sibyllines de discours qu'il leur consacre dans ses ouvrages précédemment cités, pour parvenir -ou tenter de parvenir- à ses obscures intuitions sous-jacentes. Bien qu'il ait d'abord présenté l'idée d'œuvre à réaliser comme la caractéristique essentielle de toutes les institutions¹¹, il observe que cette caractéristique est absente dans le cas de l'institution-chose : ses éléments constitutifs « ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre... elle n'est pas un principe d'action ou d'entreprise »¹². Les institutions-choses, note-t-il encore, sont « inertes » et non vivantes, non incorporées dans des corps vivants, comme les institutions-personnes ; mais elles auraient en commun avec ces dernières d'avoir une « individualité sociale »¹³. On commence à subodorer ce qu'il a confusément à l'esprit, lorsqu'il dit que « la règle de droit établie socialement est une institution de ce second type » et qu'il ajoute qu'« elle est une institution parce qu'*en tant qu'idée* elle se propage et vit dans le milieu social »¹⁴ : les institutions-choses n'appartiennent pas au monde sensible, mais au monde intelligible ; elles sont de l'ordre des choses de l'esprit, des « objets idéels » comme les qualifie Armel Le Divillec. Mais alors, en alliant ainsi, sous l'idée commune d'institution, les « institutions-personnes » et les « institutions-choses », le maître toulousain et ses adeptes marient-ils la carpe et le lapin, d'un côté des existants, des

¹⁰ *Aux sources du droit*, 1933, rééd. 1986 Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, p.97.

¹¹ *Aux sources du droit*, p.96.

¹² *Aux sources du droit*, p.97.

¹³ *Principes de droit public*, 1^{ère} éd., p.126.

¹⁴ *Aux sources du droit*, p.97.

organisations humaines vivantes instituées pour diriger un peuple au moyen de règles de droit, et, de l'autre, des objets mentaux, des données de l'esprit, des entités conceptuelles ?

Pour approfondir davantage et mieux pénétrer la pensée d'Hauriou, on peut s'appuyer sur un éclairant parallèle entre l'expérience juridique et l'expérience de la pratique de jeux, qui est elle aussi une expérience mettant en œuvre des règles de conduite. Un jeu, en effet, se définit comme un ensemble de règles à suivre ayant un certain contenu : le football, de même que le tennis ou le bridge, ce n'est rien d'autre qu'une réglementation-type, un lot ou jeu (si je puis me permettre ce ...jeu de mots) spécifique de règles que les joueurs sont tenus d'observer dans leurs faits et gestes tout au long de la partie. Le jeu apparaît, à cet égard, comme une sorte de parenthèse dans le cours de la vie ordinaire, comme l'entrée à titre ludique dans un autre monde, un monde artificiel qui vient, en quelque sorte, se superposer temporairement sur le monde réel et se mélanger avec lui. Dans ce monde, il se passe des choses particulières : par exemple, dans une partie de football, des choses étiquetées « pénalty », « corner », « hors jeu » ou « tirs au but ». Ces choses sont inséparables du jeu de football, c'est-à-dire des règles du football et du régime qu'elles fixent à l'intention des joueurs : elles n'ont lieu que dans le cadre d'une partie de ce jeu et par référence mentale à la réglementation sous-jacente qui lui est applicable. C'est exactement de la même façon qu'il faut entendre, semble-t-il, les « institutions-choses » qu'Hauriou et ses continuateurs évoquent : ce sont des choses correspondant à des contenus de règles juridiques, à des régimes juridiques, et qui n'ont lieu que dans le monde artificiel que ces règles superposent mentalement au monde réel, - ce qu'on appelle couramment (sans trop avoir à l'esprit ce que cette appellation recouvre au juste) « le monde juridique »¹⁵. Ainsi, « la propriété ou le mariage sont des institutions-choses »¹⁶, comme la responsabilité civile, les mandats ou les

¹⁵ Sur ce « monde du droit », voir mon étude « Si le droit m'était conté » dans *mes Ecrits de philosophie du droit*, Editions Panthéon-Assas, 2019, p.175s.

¹⁶ Jean-François Kervégan, « Eléments d'une théorie institutionnelle des droits », *Revue Philosophique*, 2011-21, p.126.

testaments : il ne s'agit pas de faits naturels bruts, de pures données de la perception, mais de faits qui se rapportent à des règles juridiques et aux régimes, concepts et étiquetages qu'elles articulent ; c'est la réalité virtuelle vue et vécue à travers le filtre de cette réglementation.

A la lueur de cette analyse, les formules floues utilisées par Hauriou s'éclairent : les institutions-choses sont les règles du droit en tant qu'idées, en tant qu'entités qui se déploient en elles, qui sont conçues à travers elles. En qualifiant ces entités d'« existences juridiques particulières », il veut évoquer leur appartenance au monde du droit, leur artificialité dont le sentiment s'émousse peu à peu dans le milieu social avec le temps et « l'adhésion des esprits », elles finissent par sembler aussi naturelles que les entités proprement naturelles : on finit par ne plus se rendre compte de ces filtres ou lunettes juridiques que nous portons.

Mais les institutions-personnes sont-elles vraiment d'un autre type ? Hauriou les englobe d'ailleurs, comme il ressort des fragments que j'ai cités, dans la qualification d'« existences juridiques particulières » : l'Assemblée Nationale, le Conseil d'Etat ou les sociétés anonymes ne sont pas des entités visibles, perceptibles, appartenant purement et simplement au monde sensible ; ce ne sont rien d'autre que des entités du monde du droit, de ce monde virtuel dans lequel les règles juridiques nous font entrer et nous font vivre ; elles sont inséparables de ces règles juridiques et de l'expérience de direction des conduites à laquelle elles donnent lieu. Ce sont aussi des « choses juridiques »¹⁷.

On voit, en fin de compte, que la théorie de l'institution n'aboutit nullement à remettre en cause la réduction du droit à des règles ; elle tend, au contraire, à la confirmer puisque les institution-choses comme les institutions-personnes apparaissent indissociables de ces règles. Mais, surtout, où est l'« institution » dans tout cela ?

¹⁷ Hauriou note en ce sens que les institutions-personnes, par exemple « la *Banque de France*, la *Ville de Paris*, l'*Etat* lui-même », « vivent d'une vie objective » dans nos esprits, à travers la mémoire qui les y maintient et leur propagation « d'un esprit à l'autre » (*Aux sources du droit*, p.100).

II - L'institution, acte d'autorité fondamental dans l'expérience juridique et éthique

L'institution est absente de la théorie de l'institution ; on parle d'elle, on mentionne tout le temps son nom, mais les projecteurs ne sont pas braqués sur elle. De quoi est-elle donc le nom ? Le doyen toulousain a fait fausse route en la localisant au niveau de l'être même du droit, de sa constitution, de ce qui le définit. Elle n'est pas une pièce manquante à ajouter au concept de droit des positivistes et normativistes. Il ne fait pas sérieusement de doute que le périmètre du droit ne s'étend pas au-delà des règles juridiques. Le concept qui nous a été légué par la tradition juridique romaine est indépassable : *jus est quod jussum est* ; le droit, c'est ce que les commandements, les règles de droit mises en vigueur -« posées »- par les dirigeants publics fixent, les droits ou possibilités d'action qu'ils assignent autoritairement aux citoyens, qu'ils impartissent respectivement aux différents membres de la Cité (y compris ceux qui exercent une fonction de gouvernance). C'est précisément au niveau des actes d'autorité accomplis par ces dirigeants ou sur leur habilitation -ce qu'on dénomme couramment des *actes juridiques*- qu'il faut se placer pour déceler ce qu'est véritablement l'institution : elle a, en effet, dans son essence la plus générale, la nature d'un acte, d'un agir, et plus précisément d'un acte d'autorité ; et les institutions juridiques sont, plus spécifiquement, des actes d'autorité effectués dans l'expérience juridique, qui en font partie et où ils jouent un rôle de premier plan.

Les actes juridiques ne sont pas de simples prononcés de paroles d'un certain type ; ce sont ce qu'on appelle couramment aujourd'hui des « performatifs » ou « *actes de langage* », c'est-à-dire des actes ou agissements sociaux accomplis en parlant, au moyen de paroles communiquées oralement ou par écrit. Ce qui m'a amené, dans de précédents travaux, à les étudier à la lueur particulièrement éclairante de la théorie générale des actes de langage qui a été fondée par le

philosophe anglais John Austin et affinée par l'américain John Searle. Un examen critique de la classification peu élaborée des actes de langage proposée par ce courant philosophique m'a inspiré de ramener les actes juridiques à deux grandes catégories : les actes prescriptifs et les actes déclaratifs. Cette seconde catégorie correspond, dans son principe, aux actes d'institution et permet, notamment, de rendre compte de l'institution des « institutions-personnes » dont parlent Hauriou et les institutionnalistes ; je me propose de reprendre ici, succinctement, cette analyse que j'ai antérieurement développée¹⁸. Mais je veux profiter de l'occasion qui m'est donnée pour aller plus loin et présenter une analyse plus fine, reconnaissant, en définitive, à tous les actes juridiques, y compris les actes juridiques prescriptifs, la nature d'actes d'institution et les faisant entrer dans cette seule et même catégorie fondamentale ; cela permettra du même coup de dégager plus pleinement de quoi l'institution est le nom.

1/ Les actes juridiques ont longtemps fait l'objet, de la part de la théorie dogmatique, de vues confuses et kaléidoscopiques, reposant sur des intuitions insuffisamment approfondies. Le normativisme kelsénien a semblé introduire une salutaire clarification et, en même temps, simplification en présentant l'ensemble des actes juridiques, l'ensemble des actes d'autorité effectués par les pouvoirs publics ou sur leur habilitation, comme des actes d'édiction de normes, des actes « normatifs » ou « normateurs » ; dans son souci de minimiser les données sociopolitiques dans le champ de sa « théorie pure du droit », Kelsen les appelle aussi, de façon plus euphémique et ambiguë, « actes qui *créent* des normes ». Cette analyse a rencontré une très large adhésion et se trouve encore aujourd'hui couramment répandue. Elle est pourtant inexacte, et même doublement inexacte : tous les actes juridiques prescriptifs, qui fixent autoritairement la réglementation applicable, ne sont pas des actes d'édiction ou création de règles ; et, par ailleurs, tous les actes juridiques ne sont pas prescriptifs, impartiteurs de règles à observer. L'identité de nature

¹⁸ Je l'ai principalement exposée dans ma contribution « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in (P. Amselek dir.) *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P.U.F., 1986, p.109 s., et dans mon ouvrage déjà cité *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, p.324 s. et 365 s.

prêtée aux actes juridiques n'est qu'un leurre dû, on va le voir, à une identité de leurs modes d'accomplissement.

Tout d'abord, sous le même concept d'actes d'édiction de normes, on range confusément deux sortes d'actes juridiques de nature différente. Une partie de ces actes est bien constituée d'actes édictant -posant ou « créant »- des règles à suivre obligatoirement, les mettant en vigueur ; encore qu'il faudrait distinguer parmi eux les mises en vigueur proprement dites (en y sous-distinguant, d'ailleurs, les mises en vigueur immédiates ou différées) et les prorogations, les maintiens et les remises en vigueur. Mais une autre partie, assimilée à des actes de mise en vigueur, recouvre en réalité des actes exactement contraires, des actes non pas de position mais de déposition, des actes de mise hors vigueur, temporairement ou définitivement : actes suspendant l'applicabilité de normes antérieurement édictées, actes annulant *ab initio* ou abrogeant sans effet rétroactif, totalement ou partiellement, des édictions antérieures de réglementations. A quoi il faut ajouter les actes de modification de réglementations auparavant mises en vigueur, qui sont des actes hybrides contractant à la fois une mise hors vigueur des dispositions en cause dans leur teneur initiale et une mise en vigueur d'un dispositif nouveau dans la teneur résultant de la modification apportée. Ces actes d'annulation, d'abrogation ou de modification d'édiction de normes peuvent eux-mêmes faire éventuellement l'objet d'actes contraires, et notamment d'actes d'annulation par des autorités juridictionnelles. Si la différence de nature de tous ces actes juridiques n'a guère retenu l'attention de la dogmatique et passe généralement inaperçue, c'est parce qu'ils sont accomplis sous la même étiquette et dans les mêmes formes et procédures que les actes d'édiction de normes proprement dits : *loi*, *décret*, *arrêté*, *jugement*, etc. Souvent, d'ailleurs, dans le même acte l'autorité juridique tout à la fois met en vigueur de nouvelles règles et annule, abroge ou modifie des règles antérieurement édictées. Kelsen et son Ecole semblent eux-mêmes avoir été abusés par cette pratique d'indifférenciation ; elle leur a inspiré une curieuse explication : les actes de mise hors vigueur de normes seraient bien eux aussi des actes

d'édiction ou création de normes, mais d'un type spécial ; ils créeraient des normes juridiques « négatives », l'autorité juridique ferait en l'occurrence office de « législateur négatif ». Toutefois, et contrairement au principe de toutes les règles de conduite, ces règles négatives, observe-t-il sans sourciller, ne seraient pas susceptibles d'être obéies ou violées, ayant pour objet direct, non pas des comportements humains, mais ... d'autres normes qu'elles visent à annuler !¹⁹ En réalité, la pratique qui s'est spontanément installée repose tout simplement sur une raison pragmatique : les mises en vigueur et les mises hors vigueur de règles forment deux éléments complémentaires de l'activité de commandement, étroitement associés dans son exercice et qu'il n'y a aucune utilité à disjoindre dans leurs modalités formelles d'accomplissement (ce qui serait, du reste, impossible dans le cas des actes modificatifs). La fonction des dirigeants publics n'est pas, et ne peut pas être, seulement d'édicter des règles, d'en créer et faire continuellement entrer de nouvelles en vigueur ; elle consiste, plus exactement, à constituer et à modeler en permanence, à l'adresse des gouvernés (et des gouvernants eux-mêmes), un corps, champ ou tissu de règles applicables, - ce qu'on appelle « l'ordre juridique ».

En second lieu, il est également inexact de ramener tous les actes juridiques à des actes prescriptifs de règles, même entendus à la fois comme des actes de mise en vigueur et de mise hors vigueur. Des actes juridiques tels qu'une déclaration d'utilité publique en droit administratif ou une reconnaissance de paternité en droit civil, de toute évidence, ne prescrivent aucune norme de conduite à suivre : en déclarant que tel projet d'expropriation au profit de l'administration est d'utilité publique ou encore qu'on est le père de tel enfant, on n'émet aucun commandement à observer et il n'y a pas lieu à des comportements d'obéissance. En pratique, les actes juridiques de ce type sont très nombreux, beaucoup plus qu'on pourrait imaginer. On peut citer, en vrac, uniquement à titre d'échantillonnage :

¹⁹Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd. 1960, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p.368 ; *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruylant- L.G.D.J., 1997, p.317 ; *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, P.U.F., 1996, p.140.

- les actes manifestant un consentement, accord, approbation, ratification ou acceptation, ou bien un refus de consentement, désaccord, veto ou rejet ;
- les actes portant déclaration, proclamation, reconnaissance ou constatation (déclaration d'état de guerre, d'état de siège ou d'urgence ; déclaration d'utilité publique ; déclaration de conformité ou de non-conformité, notamment à la loi ou à la Constitution ; proclamation des résultats d'un scrutin ou d'un concours; déclaration d'ouverture ou de clôture d'une opération d'emprunt public ou d'enquête publique ; reconnaissance d'Etat ou de gouvernement étranger ; constatation d'état de catastrophe naturelle, déclaration de zone sinistrée ; proclamation d'une journée de fête ou de deuil national, ou encore déclaration dédiant une journée à une grande cause nationale) ;
- les actes portant classement ou déclassement, inscription ou radiation (d'une personne, d'un bien, d'un site...) ou, plus généralement, attribution ou retrait d'une qualité ou qualification (nomination, affectation, avancement, révocation d'agents publics ; homologation ou validation ; naturalisation, retrait de ou réintégration dans la nationalité française ; attribution ou retrait de titres et distinctions honorifiques...).

Dans tous ces cas, il n'est guère approprié de parler d'actes normateurs, d'actes d'édiction de normes ; on se trouve en présence d'actes de langage, non pas prescriptifs de règles, mais plus exactement « déclaratifs », ainsi que les dénomment les philosophes du langage : on veut désigner par là des actes de parole ayant pour objet, non pas de mettre en vigueur ou hors vigueur des règles, mais de créer -d'instaurer par un dire- une situation particulière nouvelle qui va déclencher l'entrée en activité ou la cessation d'activité d'un certain statut préfixé par des règles ou conventions en usage, - des règles d'application non pas continue, mais intermittente et conditionnelle. Il peut s'agir aussi, on va le voir, de déclencher l'entrée en jeu des compétences prescriptives de certains organes et de

les amener à prendre, en fonction de la situation nouvellement instaurée, les mesures qu'elle appelle.

Notre vie courante fourmille d'actes de ce type (acte par lequel le commissaire-priseur dans une vente publique aux enchères déclare un objet « adjugé » ; acte par lequel le président d'une assemblée déclare la séance ouverte ou, au contraire, levée ; acte par lequel les dirigeants d'une association prononcent l'admission ou l'exclusion d'un membre ; acte par lequel l'arbitre d'une compétition sportive déclare que tel incident de jeu a eu lieu, ou que tel joueur ou telle équipe a gagné ; etc.). Mais c'est l'expérience juridique, expérience de direction de conduites humaines à grande échelle, qui constitue le terreau principal de cette sorte d'actes. Il est fréquent que la réglementation subordonne le déclenchement, le maintien ou la cessation du jeu de ses dispositions à la décision d'une autorité exprimée sous la forme d'un acte de parole : ainsi, pour que s'applique dans un cas donné le statut de l'état de siège ou celui de la fonction publique, il faut qu'intervienne, de la part d'une autorité publique, un acte de déclaration de l'état de siège ou un acte de nomination à un emploi public ; pour mettre fin à cette application, il faut des actes de parole contraires déclarant l'état de siège levé ou le fonctionnaire révoqué²⁰.

En vérité, ces actes déclaratifs seraient mieux appelés « institutifs » ; ils correspondent exactement, en effet, à ce que l'on veut exprimer lorsque l'on parle d'« institution ». Instituer, c'est, selon les définitions courantes qui sont données de ce mot, *établir, instaurer, fonder* : tel est exactement l'objet de cette catégorie d'actes de langage, et spécialement de ceux qui sont accomplis par les autorités publiques ou sur leur habilitation. Et ce sont bien, en

²⁰ Il est à observer, au passage, que la réglementation peut requérir parfois seulement un succédané symbolique d'acte de parole : ainsi, le simple silence gardé pendant un certain temps par une autorité administrative peut valoir acte de parole et entraîner les mêmes effets qu'un acte de parole exprès (à l'instar des coups de sifflet d'un arbitre ou des coups de marteau assénés sur une table par un président de séance ou un commissaire-priseur). L'entrée en activité d'un certain statut juridique peut aussi, d'ailleurs, être subordonnée par la réglementation à un fait quelconque : accéder à l'âge de la majorité civile ou encore commettre un délit dommageable pour autrui déclenche l'application à l'intéressé du régime juridique des majeurs ou celui de la responsabilité civile.

particulier, ces actes juridiques que vise Hauriou derrière les « institutions-personnes » sur lesquelles il s'est quasi exclusivement focalisé. L'institution et la suppression ou dissolution d'organismes sont des exemples topiques de cette variété d'actes juridiques : lorsque le législateur déclare créer un organisme, il instaure une situation juridique particulière déclenchant le jeu des compétences juridiques des autorités d'application et appelant de leur part les mesures juridiques nécessaires pour constituer concrètement l'organisme en question et en fixer ou en préciser le statut ; s'il s'agit d'un organisme d'un type déjà existant et dont le statut juridique général a déjà été fixé (par exemple, un établissement public à caractère industriel et commercial), l'acte institutif du législateur va faire automatiquement entrer en action cette réglementation juridique statutaire préétablie. Le défaut de la théorie de l'institution, c'est de viser l'institution seulement par un petit bout de la lorgnette : l'institution d'organismes (à laquelle il faut adjoindre l'acte institutif inverse, la dissolution, qui instaure pareillement une nouvelle situation juridique) n'est qu'un cas parmi de très nombreux autres actes juridiques institutifs, comme le montre le panel que j'ai précédemment brossé.

Le mérite d'Hauriou reste d'avoir, au moins, appelé l'attention sur ce type d'actes en le nommant, en le visant indirectement et en évoquant sa spécificité, même sans s'y arrêter. Les théoriciens du droit n'ont guère distingué jusqu'ici, en effet, ces actes juridiques des actes juridiques proprement prescriptifs, mis à part les philosophes du droit familiers de la théorie des actes de langage, en particulier Herbert Hart (qui a collaboré étroitement à Oxford avec Austin à l'édification de cette théorie) ou les réalistes scandinaves comme Karl Olivecrona ou Tore Strömberg. En France, c'est finalement le collègue et rival bordelais d'Hauriou, le doyen Léon Duguit et son Ecole, qui se sont le plus rapprochés, sans le savoir (un peu à la manière de Monsieur Jourdain), de l'idée d'institution, en distinguant dans leur typologie des actes juridiques, à côté des « actes-règles » et des « actes subjectifs » (correspondant *grosso modo* aux prescriptions de normes),

les « actes-conditions », évocation encore confuse, partielle et peu approfondie des actes juridiques institutifs²¹.

Si ces actes restent encore, très généralement, non différenciés des actes juridiques prescriptifs, c'est pour des raisons identiques à celles qui poussent à l'assimilation syncrétique des actes de mise en vigueur de règles à des actes de mise hors vigueur. D'une part, ces actes de parole institutifs sont accomplis, en pratique, selon les mêmes formes et procédures, avec le même étiquetage et sous le même régime contentieux que les actes prescriptifs ; ce sont, la plupart du temps, les mêmes autorités qui sont investies tout à la fois de pouvoirs prescriptifs et de pouvoirs institutifs, et qui les exercent le plus souvent concurremment et indistinctement, dans le même acte de langage (cas, par exemple, de la loi qui institue un organisme public et qui édicte les règles de son organisation et de son fonctionnement). On est ainsi facilement porté à ne voir dans les actes institutifs qu'une simple variété d'actes prescriptifs. D'autre part, la pratique suivie en l'occurrence apparaît parfaitement « normale », justifiée, reposant là encore sur une raison pragmatique : les actes institutifs et les actes prescriptifs sont, en effet, deux modalités de l'exercice de l'autorité qui se combinent ; il n'y aurait aucun intérêt à les séparer radicalement dans leurs formes d'accomplissement, ce serait au contraire une source inutile de complication. Ils se trouvent liés dans les objectifs qu'ils poursuivent. On peut assimiler d'une certaine façon les actes institutifs à des actes directifs de conduite indirects ou au second degré : en déclenchant l'action de certaines dispositions de la réglementation juridique, on aboutit indirectement à commander la conduite de ceux qui sont concernés par ces dispositions. En proclamant, par exemple, l'état de siège, l'autorité publique fait entrer en application un ensemble de règles auparavant en sommeil, en applicabilité potentielle, qui devront désormais être effectivement suivies. Ce faisant, cette autorité n'édicte pas de règles, mais son acte produit bien un « effet directif » comparable à une prescription de règles. C'est bien ce qui a incité Kelsen à soutenir que l'adhésion d'un

²¹ Cf. mes *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, p.330s.

Etat à une organisation internationale, comme l'adhésion d'un particulier à une association, sont des actes « créateurs de normes »²².

2/ L'analyse que je viens de rappeler aboutit à invalider la conception moniste du normativisme ramenant tous les actes juridiques, tous les actes d'autorité accomplis par les dirigeants publics ou sur leur habilitation à des actes normateurs, à des actes d'édiction de normes ; elle amène à y substituer une conception dualiste distinguant les actes proprement prescriptifs de normes et les actes institutifs. C'est en fait, me semble-t-il, la mise au point que visait Hauriou ; mais en prétendant remettre en cause la réduction du droit aux règles juridiques, il a été victime d'une illusion d'optique qui lui a fait confondre les règles juridiques et les actes juridiques : ce sont les actes juridiques qui sont trop restrictivement ramenés à des actes d'édiction de règles et auxquels il faut adjoindre les actes institutifs. Cette clarification est sans incidence sur la définition du droit comme étant ce qui est fixé par les règles de droit, autour desquelles tournent les deux catégories d'actes. Le droit proprement dit doit être, en d'autres termes, bien distingué de l'expérience juridique, de l'expérience pragmatique de gouvernance de peuples au moyen d'actes mettant en œuvre des règles de droit.

Aujourd'hui il m'apparaît nécessaire d'aller plus loin et de dégager des vues plus affinées, s'appuyant sur une élucidation plus complète de l'institution, de l'acte d'instituer. Je propose de jeter les bases de cet approfondissement en réexaminant la place de l'institution parmi les actes juridiques, puis en développant des réflexions plus générales sur la place de l'institution dans les relations humaines d'autorité.

La place de l'institution parmi les actes juridiques - Ramener tous les actes juridiques à un seul et même type fondamental d'acte d'autorité était, finalement, une bonne intuition, mais l'Ecole normativiste s'est fourvoyée en faisant endosser ce rôle matriciel aux actes d'édiction de normes, aux actes prescriptifs ou « normateurs » : ce moule ne convenait pas, on l'a vu, aux actes de mise hors vigueur

²² Kelsen, *Théorie pure du droit*, p.348s.

de normes, et encore moins aux actes déclaratifs ou institutifs. C'est, en réalité, sur le modèle de ces derniers qu'il faut, à l'inverse, concevoir l'ensemble des actes juridiques.

Qu'est-ce, en effet, que les actes de langage qu'on désigne comme des actes juridiques d'édition de normes ? Ce ne sont pas des actes de *dire*, mais de *dicter*, des *diktats*. Ils ne consistent pas simplement à proférer, à émettre oralement ou par écrit, du normatif, du contenu de normes, comme le laissent entendre et semblent souvent le croire Kelsen et son Ecole en parlant d'actes de simple « création » de normes et en reconnaissant à ces dernières un caractère intrinsèquement obligatoire à condition d'être « valablement » créées. Il s'agit, plus exactement, d'actes d'autorité accomplis au moyen de paroles et consistant à proclamer autoritairement l'entrée en vigueur ou la cessation de vigueur de normes dans un certain espace social. Ces normes n'ont pas de par elles-mêmes une portée obligatoire, ce sont ces actes qui leur confèrent cette « force » ou « vigueur »²³ : par les paroles qu'il prononce, le dirigeant locuteur fait entrer d'office en application ou fait sortir pareillement d'application des règles ; cet acte de langage instaure en l'occurrence, dans l'espace social en cause, un état de choses nouveau -une situation juridique nouvelle- dans laquelle ceux qui sont visés par ces règles vont se trouver désormais tenus d'agir en conformité avec leurs dispositions ou, à l'inverse, s'en trouveront dorénavant déliés. C'est bien ce à quoi correspondent, dans leur principe, les actes déclaratifs ou institutifs : il s'agit, en définitive, d'actes qui ont exactement la même nature. Et on comprend, sous cet éclairage, pourquoi les normativistes s'entêtent à vouloir à tout prix, au défi de la logique, assimiler les actes de mise hors vigueur de normes aux actes de mise en vigueur : ce n'est pas

²³ On le voit clairement quand, exceptionnellement, ces actes se trouvent décomposés à l'intérieur d'une procédure complexe comme c'est le cas, par exemple, en droit français, pour les actes législatifs, qui sont arrêtés par les Parlement, puis reçoivent leur force exécutoire des décrets de promulgation du Président de la République. La plupart du temps, les autorités publiques agissent par un seul et même acte de langage : ils mettent en vigueur les normes dont ils fixent en même temps la consistance ; cette mise en vigueur peut être explicitée dans le contenu de l'acte (lorsque l'autorité publique déclare expressément qu'elle « ordonne », « décrète », « arrête », telles dispositions) ou dans son étiquette (« ordonnance », « décret », « arrêté »,...) ; la nature de l'acte peut aussi rester complètement tacite et se déduire tout simplement de la qualité d'autorité publique de son auteur et du contexte dans lequel il s'exprime (c'est ce que la théorie des actes de langage appelle des « performatifs implicites »).

parce que ces actes édicteraient eux aussi des normes, comme ils le soutiennent superficiellement, mais bien parce que ces deux catégories d'actes juridiques leur font sourdement et plus fondamentalement apparaître, dans le balancement même de leur articulation (mettre en vigueur/mettre hors vigueur), une nature foncièrement identique, la nature précisément d'actes déclaratifs ou institutifs.

Que les actes prescriptifs de règles soient des actes institutifs, Hauriou en a eu d'ailleurs, là encore, une obscure intuition avec ses « institutions-choses » : n'a-t-il pas voulu évoquer sous ce vocable les choses instituées dans le monde du droit par les actes sociaux de mise en vigueur de règles ? N'est-ce pas le sens à donner à ses formules précédemment citées ? Lorsqu'il dit que « la règle de droit établie socialement est une institution de ce type...en tant qu'idée », il faut entendre : la mise en vigueur dans le milieu social d'une réglementation juridique institue les choses qui découlent de cette réglementation, qui sont vécues et accomplies en application de cette réglementation. Cela ne concerne pas seulement les entités correspondant à des concepts juridiques, dont les règles juridiques fixent spécifiquement et étiquettent le concept. C'est sur ce type de règles, mises en lumière par la théorie des actes de langage et appelées depuis Searle « règles constitutives » par opposition aux autres règles dites « règles normatives » (sic !)²⁴, que la théorie néo-institutionnelle du droit a surtout concentré son attention, en voyant en elles des « règles institutives ». Cette vue restrictive ne se justifie guère : les actes de mise en vigueur (comme, à l'inverse, les actes de mise hors vigueur) de toutes les règles juridiques de quelque sorte qu'elles soient doivent être considérés comme des actes institutifs : ils instaurent, dans le monde virtuel du droit, des états juridiques nouveaux en faisant entrer désormais en activité de nouveaux *droits* et *obligations* ; ces éléments inhérents par principe à toutes les règles juridiques, et plus généralement à toutes les règles éthiques, ne correspondent pas à des entités fictives et illusoires -à du dire qui ne veut rien dire- comme le pensait Jeremy Bentham, mais plus exactement à des entités

²⁴ John Searle, *Les actes de langage*, trad. H. Pauchard, Hermann, 1972, p.72s.

virtuelles qui entrent mentalement en jeu et jouent un rôle bien réel à travers les règles auxquelles on se réfère et que l'on applique.

Corroborant cette analyse des institutions-choses, il est significatif que les continuateurs d'Hauriou les qualifient, comme le relève Armel Le Divillec, « purement et simplement de règles »²⁵; c'est que les actes de mise en vigueur ou hors vigueur qui sont derrière les règles juridiques ont, précisément, une nature institutive, sont des institutions.

La place de l'institution dans les relations humaines d'autorité - Les actes déclaratifs que la théorie des actes de langage a mis en lumière ont souvent paru fort mystérieux et donné lieu à des vues erronées : on tend à leur attribuer une sorte de portée incantatoire, comme si la parole avait, en l'occurrence, le pouvoir magique de faire surgir automatiquement, par miracle, des réalités. Un pouvoir comparable à celui que la Genèse biblique prête au verbe de Dieu dans la création des différents éléments du monde, à commencer par la lumière : « Dieu dit : 'Que la lumière soit' et la lumière fut ». Ce n'est évidemment pas sur ce modèle que fonctionne l'autorité humaine. Le pouvoir de commandement dont les hommes peuvent user ne s'exerce pas sur la nature, sur les éléments matériels du monde sensible, mais sur d'autres hommes ; et plus précisément, il opère, non pas sur les éléments physiques, corporels, de leur personne, mais sur leur esprit, sur leurs attributs mentaux. Les actes d'autorité sont des actes sociaux de nature mentale, des agissements de l'esprit sur d'autres esprits, accomplis par l'intermédiaire de paroles ; ce ne sont pas des actes de force ou violence physique, même si des violences physiques peuvent les accompagner pour les appuyer et décider les dirigés à soumettre effectivement leur volonté à la volonté des dirigeants. Tous les actes de langage sont, d'ailleurs, des actes sociaux de nature mentale, d'esprit à esprit, qu'il s'agisse de manifester à d'autres esprits nos états mentaux de gratitude, d'admiration ou de désaccord (actes de remerciement, de félicitation, de protestation), de les mettre en garde

²⁵ Contribution précitée in *Des institutions et des normes*, p.23.

(actes d'avertissement, de menace), de les provoquer (actes de défi), ou encore de faire appel à leur bon vouloir (actes de demande, de prière, d'exhortation), etc.

Plus précisément, les actes d'autorité sont des agissements contraignants de l'esprit sur d'autres esprits, des actes de force ou violence mentale à l'égard d'autrui en vue de prendre le contrôle de sa conduite, - en quelque sorte des tentatives de putschs perpétrées à l'intérieur de lui aux fins de s'emparer de son pouvoir sur lui-même. On ne peut, en effet, avoir de prise directe de l'extérieur sur les agissements d'autrui. Les humains sont, dans le principe le plus essentiel de leur ontologie, des êtres *autoconducteurs*, qui *se conduisent* ; quand on parle de la conduite humaine, il est significatif que l'on utilise toujours ce verbe pronominal. Chaque homme est l'unique conducteur de lui-même ; c'est lui seul qui, de l'intérieur de lui-même, par l'impulsion de sa volonté propre, est l'instigateur de son agir, de ses démarches, c'est lui seul qui tient le « gouvernail » de sa personne. On ne peut prétendre à conduire autrui, mais seulement à *diriger* sa conduite de lui-même en agissant sur son esprit, sur ses facultés psychiques, sur son vouloir. Le pouvoir de commandement passe par des processus mentaux. Il consiste à construire des règles de conduite, outils mentaux logeant et opérant uniquement dans nos têtes ; constituées par de la pensée codée en langage, elles ont la nature d'étalons du possible : elles fixent des marges de possibilité à l'agir de ceux que l'on veut diriger, elles déterminent ce qui peut ou ne peut pas être ou ne pas être accompli par eux. Ces outils mentaux leur sont ensuite donnés, transmis dans leur esprit par émission de paroles à décoder, ils leur sont « mis en mains » pour qu'ils y ajustent leurs conduites : c'est le sens étymologique des verbes latins *mandare* et *commandare* formés à partir de la locution *manum dare*. Cette évocation métaphorique d'une donation-mise en mains est un euphémisme, car il s'agit, plutôt, de leur forcer la main, de leur tracer - sans leur laisser le choix- la route à suivre impérativement, comme lorsque l'on trace sur le sol, devant autrui et à son intention, une bande à l'intérieur de laquelle ses pas seront astreints à se tenir, dont ils ne

pourront pas s'écarter²⁶. L'acte de commandement consiste, en d'autres termes, à installer d'office, autoritairement, celui dont on veut diriger la conduite, dans un état moral d'assujetti, à le placer intérieurement dans la situation de devoir respecter certaines règles, d'avoir à y conformer sa conduite ; et c'est aussi par un acte d'autorité que le dirigeant le déliera de cette contrainte en le faisant entrer dans une autre situation.

Le terme « injonction » évoque le mieux la nature de l'acte de commandement : il exprime l'idée métaphorique parfaitement suggestive de placer un joug intérieur, dans l'esprit de celui à qui l'on s'adresse, de façon à l'atteler à des règles et à l'astreindre à les suivre, à les *observer*, c'est-à-dire littéralement à les conserver constamment en face de lui, sous ses yeux, de manière à garder le cap qu'elles lui fixent (c'est le sens du verbe latin *ob-servare*). De là l'appellation du mode verbal dédié spécialement à la formulation d'actes d'autorité, d'actes de soumission à un joug : le *subjonctif*. Le commandement est un acte d'asservissement de la volonté d'autrui ; en lui imposant l'observance de règles, on met autrui, pour ainsi dire, en état de conduite ou pilotage automatique de lui-même. Toute expérience de commandement, toute expérience de direction de la conduite humaine, et au premier plan l'expérience juridique, l'expérience de gouvernance de peuples, revient à introduire dans l'esprit des dirigés, par des actes de force de l'esprit des dirigeants, des représentations mentales constituant un monde intérieur virtuel, artificiellement créé et agencé, se superposant et se mélangeant au monde réel, un peu à la manière de la « réalité augmentée » ou « métavers » dans laquelle nous font entrer les casques de réalité virtuelle d'aujourd'hui (avec cette différence que les règles de conduite sont des objets mentaux et non des dispositifs matériels). Le monde qui est imposé intérieurement aux dirigés par les actes d'autorité des dirigeants, et particulièrement par les actes juridiques des dirigeants publics, apparaît comme un monde où règne un certain ordre, un monde ordonné, dans lequel les mouvements ou comportements sont « réglés » mécaniquement, à la manière

²⁶ Sur l'importance particulière et le chatoiement de l'image de la « main » dans la langue et la pensée romaines, voir Sarah Rey, *Manus. Une autre histoire de Rome*, Albin Michel, 2024.

d'automates ou de dispositifs d'horlogerie : selon les cas, tels ou tels comportements doivent, peuvent ou ne peuvent pas avoir lieu. C'est ce qu'évoque, à propos de l'expérience juridique, l'idée d'*ingénierie sociale* mise en vogue par Roscoe Pound et l'Ecole américaine de la « *sociological jurisprudence* » : le monde juridique est un monde dans lequel les conduites des membres de la Cité sont réglées globalement et synchroniquement. Ordonner, donner un ordre, c'est tout à la fois faire acte d'autorité et imposer un certain ordre ou arrangement de choses artificiellement créé. Léon Duguit et son Ecole de Bordeaux ont mis en vogue au début du siècle dernier un concept onirique, mais qui exprime parfaitement cette caractéristique essentielle du monde juridique virtuel projeté dans les esprits par le droit en vigueur : l'*ordonnancement juridique*. Cette notion correspond à la vue kaléidoscopique fantastique de l'état général du monde juridique à chaque instant, c'est-à-dire à l'ensemble bigarré et mouvant des droits et obligations résultant pour chacun de l'ensemble des règles applicables dans toutes les situations de son existence²⁷. C'est sur la toile de fond de cet ordonnancement que se profilent les entités et événements de type particulier conçus par la réglementation juridique et qu'elle introduit dans notre esprit par-dessus le monde réel.

Au passage, il est à observer que cette superposition mentale d'un ordre artificiel sur la réalité et son mélange avec elle peuvent avoir, à la longue, des effets pervers en finissant par faire apparaître comme naturels, « normaux », des régimes juridiques odieux comme, par exemple, l'apartheid ou les statuts antisémites institués par des gouvernements racistes²⁸. A l'inverse, cette confusion des genres nous pousse à assimiler, par réflexe anthropomorphique, l'ordre du monde

²⁷ Dans le sillage de Duguit, Georges Scelle évoque ainsi l'ordonnancement juridique : « L'ordonnancement juridique, dans une société déterminée, pourrait être figuré comme une sorte de film en perpétuel mouvement, éternellement changeant, défiant tout inventaire et même toute classification, car les frontières des phénomènes juridiques sont souvent imprécises et parfois fictives. Les personnages du film apparaissent tour à tour revêtus des vêtements juridiques les plus divers, indéfiniment superposés, successivement apparents, comme les figurants d'une grande comédie sociale dont la vie se retire lorsqu'on l'immobilise, fût-ce par la pensée » (« Le droit public et la théorie de l'Etat », in *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, Rousseau, 1951, p.55s)

²⁸ Voir sur ce point les pertinentes remarques de Danièle Lochak, « La doctrine de Vichy ou les mésaventures du positivisme », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., 1989, p.252s.

que nous donnent à voir les lois théoriques construites par la science pour guider notre entendement dans le déroulement du réel, à un ordre institué, auquel les éléments naturels se trouveraient astreints à « obéir », comme dans notre propre expérience juridique : c'est une illusion qui pervertit couramment, encore aujourd'hui, notre conception de la science et des « lois » scientifiques.

Cette insertion d'un ordre de choses contraignant dans l'esprit d'autrui pour diriger sa conduite n'a pas, bien sûr, d'effet absolu, à la différence du « *fiat lux* » du Dieu de la Bible. Encore faut-il qu'autrui « joue le jeu », accepte de conformer son agir réel à l'agir qui lui est virtuellement dicté dans son esprit par les règles qu'on a placées en lui. Irréductiblement autoconducteur de lui-même, le dirigé conserve toujours le dernier mot : l'autorité du dirigeant ne s'exerce qu'au second degré, subsidiairement, par-dessus l'autorité qui appartient à titre principal au dirigé en tant qu' « auteur » de ses actes. En d'autres termes, l'autorité du dirigeant est toujours, au bout du compte, à la merci du pouvoir du dirigé sur lui-même ; en attestent les actes mêmes de violence physique auxquels le dirigeant peut être amené pour motiver le dirigé à s'autoconduire de la manière voulue. La servitude est d'essence volontaire, ainsi que l'avait lumineusement relevé, il y a quatre siècles et demi, Etienne de La Boétie.

La conclusion qui se dégage de ces quelques réflexions, c'est que l'institution ou acte institutif est la notion clé qui éclaire l'ensemble des relations humaines d'autorité : tous les actes d'autorité sont, dans leur principe même, des institutions, des actes institutifs, qui instaurent dans les esprits les états d'un monde mental, virtuel, artificiellement créé. Ils s'articulent tous de la même façon que les actes juridiques, c'est-à-dire selon les deux modalités que j'ai dégagées précédemment à propos de ces derniers : on commande, on dicte des conduites à suivre, soit en mettant en vigueur ou hors vigueur des règles (générales ou particulières), soit en mettant en activité (en réveil) ou hors activité (en sommeil) des régimes préfixés par des règles en vigueur ou en appelant de la part des autorités compétentes les mesures nécessitées par la situation qu'on instaure; ce

sont les deux registres -les deux manettes- complémentaires dont est amené à user en pratique le pouvoir de commandement. L'institution est à l'œuvre dans toutes les relations entre des dirigeants et des dirigés, qu'elles soient éphémères ou durables, qu'il s'agisse des commandements des supérieurs d'entreprise ou des gradés militaires sur leurs subordonnés, de ceux d'un père sur ses enfants ou d'un maître sur ses élèves, ou encore des commandes d'un consommateur à un serveur dans un bar ou des injonctions d'un malfaiteur aux victimes qu'il détrouse. Mais l'institution s'illustre par excellence dans la macro-expérience sociale de commandement qu'est l'expérience juridique : si les règles juridiques sont bien l'élément essentiel de l'être du droit, les actes institutifs qui sont derrière elles et leur donnent force sont l'élément primordial de cette expérience, comme de toute expérience de direction autoritaire de conduite.

De sorte qu'en définitive, dans le match par lequel les institutionnalistes opposent Hauriou à Kelsen, c'est, d'une certaine façon, Hauriou qui me paraît l'emporter en dépit de l'hermétisme, de l'insuffisant approfondissement et du caractère très impressionniste de sa pensée ; il l'emporte même, si j'ose dire, par k.o. après les coups fatals portés à son challenger par sa vigoureuse affirmation du « rôle secondaire de la règle de droit dans l'ensemble du système juridique » et sa formule phare, déjà évoquée, qui condense toutes ses intuitions : « ce sont les institutions qui font les règles de droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions »²⁹. Kelsen s'est, en effet, complètement fourvoyé en plaçant les règles juridiques avant les actes juridiques, comme si c'étaient elles qui donnaient vigueur à ces actes et non le contraire. En mettant ainsi la charrue avant les bœufs, il s'est condamné à une extravagante régression à l'infini au-delà de la première Constitution, qui l'a amené à l'expédient tout aussi extravagant d'une Norme Fondamentale fantomatique, purement imaginaire, qu'on devrait « supposer » pour sortir de l'impasse où enferment ses prémisses. En réalité, il convient de raisonner exactement à l'inverse du maître autrichien. Au commencement de

²⁹ *Aux sources du droit*, p.127-128.

toute expérience de commandement, il y a un acte institutif ; c'est le cas pour l'expérience juridique : elle débute par l'acte institutif -ou Constitution originaire- de la première autorité publique. Pas plus que le bandit de grand chemin, cette autorité publique n'a aucunement besoin d'être habilitée par une norme antérieurement mise en vigueur pour agir en cette qualité : elle peut s'habiliter de par elle-même à exercer sa fonction de gouvernance de peuple sous la condition pragmatique que son autorité soit acceptée par le peuple à gouverner (cette condition vaudrait aussi, d'ailleurs, même si une norme antérieure l'avait habilitée).

Cette Constitution originaire jette les premières bases -les premiers états- du monde juridique, en édictant les premières normes de l'ordre juridique et en instituant des organes habilités à accomplir d'autres actes institutifs. A partir de cet acte fondateur, ce sont toujours de nouveaux actes d'autorité qui viendront introduire de nouveaux états dans ce monde juridique en mettant en vigueur de nouvelles normes ou en en mettant hors vigueur, en déclenchant ou en faisant cesser l'activité de dispositions préétablies ou à établir. L'évolution de ce monde juridique virtuel, de son ordonnancement, se fait d'actes institutifs en actes institutifs, et non de normes en normes comme le conçoit Kelsen avec sa fumeuse « hiérarchie dynamique de l'ordre juridique ». Il n'y a là rien de spécifique à l'expérience juridique, rien de nature à poser un problème inédit aux juristes. Armel Le Divellec emploie une formule exacte : « *Ubi jus, ibi institutiones* » ; mais on doit l'élargir : « *Ubi auctoritas, ibi institutiones* ».