

Institutionnalisme et Constitution. L'enjeu de la matérialité du droit*

Massimo LA TORRE
Professeur de philosophie du droit

I.

L'institutionnalisme est une théorie du droit qui se développe au sein de la doctrine publiciste. Ses deux grands fondateurs, Maurice Hauriou et Santi Romano, étaient tous les deux des publicistes et des constitutionnalistes. Le troisième institutionnaliste de notre histoire, un institutionnaliste hétérodoxe et plutôt orthodoxe était Carl Schmitt. Il n'est pas nécessaire ici de rappeler son rôle dans la doctrine et, hélas, dans la pratique constitutionnelle de l'Allemagne de Weimar. Et les continuateurs de cette pensée juridique, mais avec des valeurs bien différentes de celles défendues par les fondateurs, seront Neil MacCormick et Ota Weinberger, plus tournés vers le droit public que le droit privé.

L'institutionnalisme est une théorie juridique qui élabore son concept de droit spécialement à partir du constitutionnalisme et de ses expériences constitutionnelles. Donc, le lien entre institutionnalisme et théorie constitutionnelle ne pourrait être plus étroit.

II.

C'est la crise de l'État du dix-neuvième siècle qui sollicite l'élaboration du concept de droit comme « institution »¹. La société européenne de la fin du XIX^e siècle doit déjà faire face à la décadence d'une société civile qui se compose d'abord de propriétaires confrontée à l'émergence d'une masse sociale qui jusqu'ici n'avait pas eu accès aux décisions dans la sphère publique. C'est le

* Ce texte est issu d'une contribution présentée au Colloque « Quelles doctrines constitutionnelles aujourd'hui pour quel(s) droit(s) constitutionnel(s) demain », Université Toulouse 1 – Capitole, Institut Maurice Hauriou, 29-30 septembre 2016.

1. C'est justement le sujet du discours inaugural donné par Santi Romano à l'Université de Pise en 1909, « Lo Stato moderno e la sua crisi », qu'on peut lire dans : S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Milan 1969

mouvement ouvrier qui frappe à la porte de l'État, et qui demande à y entrer avec ses représentants et ses partis. L'homogénéité de la sphère publique se trouve alors brisée par un nouveau pluralisme qui prend en considération ce conflit d'intérêts de classe. L'État ne peut plus se projeter comme une autorité neutre face à une société civile univoque au regard de ses attaches exclusives à l'économie de marché et au régime propriétaire. L'affirmation de la classe ouvrière comme force politique organisée en parti rompt l'unité de l'État fondé sur un régime de gouvernement d'élite. Au plan constitutionnel, la Constitution, dans sa structure, ne peut plus refléter une homogénéité qui n'existe plus. Elle doit résoudre ce pluralisme émergent.

Le constitutionnalisme de la fin du dix-neuvième siècle est désormais dominé par la doctrine allemande, où prévaut une notion de constitution minimaliste, que je définirai comme « une sorte d'horaire des trains », c'est-à-dire un document pas trop lourd, qui se limiterait à établir les règles fondamentales de l'organisation de l'État. C'est la représentation que nous en donne Paul Laband. Dans cette conception minimaliste, il n'y a pas de droits fondamentaux. Les droits ici sont plutôt garantis au niveau de l'administration, dont les décisions et les actes sont soumis au contrôle d'une juridiction spéciale (ce qui nous offre la notion basique de *Rechtsstaat*). Ce sont les droits publics qui confèrent aux citoyens une certaine dignité d'acteurs publics.

Mais tout est régi, du point de vue théorique, par une idée qui fait la fortune du droit public allemand, celle de l'État comme personne juridique et conçue comme une entité abstraite néanmoins douée d'un pouvoir absolu de domination et de production du droit. Ici l'État peut faire ce qu'il veut, voire se décider pour l'anarchie dans le contenu de ses prescriptions, même si une telle situation ne peut échapper à une contradiction interne dans la mesure où, – c'est l'argument de Georg Jellinek – ne pourrait se donner que sous forme d'une prescription souveraine, donc logiquement en reniant la situation d'anarchie telle quelle. Il s'agit là de l'un des multiples paradoxes qui affligent cette puissante doctrine, comme le démontre encore par exemple celle de l'« état négatif », *status negativus*, à savoir cette liberté des Modernes selon Benjamin Constant, dont la réalisation implique une dépendance absolue du sujet vis-à-vis de l'autorité de l'État (statut tout à fait passif, *status subjectionis*)².

Nous savons comment cette doctrine a pu devenir la cible du normativisme et de l'antivolontarisme de la théorie pure de Hans Kelsen. En réaction à cette conception volontariste, le juriste viennois « dévolontarise » la norme en la conceptualisant comme un jugement, pas plus comme une prescription, avec toute l'ambiguïté que ce terme, « jugement », *Urteil*, notion bien sûr de provenance kantienne, peut impliquer. Et nous savons aussi que Kelsen desubstantialise l'État en le conceptualisant comme système de règles qui se ferme

2. V. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, deuxième édition, Tübingen 1905

logiquement moyennant une simple hypothèse ou présupposé épistémologique, qui toutefois est pensé donner validité réelle aux règles qui doivent l'assumer comme leur source³.

En réalisant ces deux opérations théoriques, la « nomostatique » et la « nomodynamique », Kelsen croit pouvoir réinterpréter et rendre compte de la complexité de l'État du début du vingtième siècle. Il se définit alors comme un système de règles qui n'est d'ailleurs pas conceptuellement hostile au pluralisme social ; il est plutôt à même de le recomposer procéduralement. La « théorie pure » toutefois ne se voit pas comme prenant en charge la complexité du conflit social et politique ; elle veut plutôt rester à côté de celui-là. Elle n'a pas besoin d'accepter ou de refléter l'articulation de la société dans la structure normative qu'elle propose. Avec l'approche de la pureté méthodologique on prétend de réaliser aussi la neutralité du droit et de sa pratique. Ce qui pourrait permettre un *overlapping consensus* avant la lettre.

Cette perspective « neutraliste » ou « neutralisante » doit néanmoins payer un prix théorique élevé. Elle exige d'isoler le droit dans un espace ontologique pas du tout clair, ou autosuffisant. Le *Sollen*, l'espace du droit, n'est pas ici simplement une forme linguistique ou une dimension de la sémantique du langage ordinaire, même s'il est technicisé. La conséquence est beaucoup plus lourde. Cette perspective implique que le droit est créé par le biais d'un processus de production et de reproduction de la norme mue par un processus de validité qui n'interroge pas l'origine de cette existence. Le droit existe parce qu'il se produit et reproduit comme normes valides. Mais, où est-il qu'il existe ? En outre, le contenu de la règle doit être déclaré comme anodin, disons secondaire, non essentiel, dans l'appréciation des conditions relatives à la validité et l'existence de la règle même. On se rappelle ce passage fameux de la *Reine Rechtslehre*, première édition, menant à cette conclusion moralement et politiquement dangereuse, selon laquelle, tout État sera un État de droit⁴ : le droit peut avoir un contenu quelconque (« jeder beliebige Inhalt kann Recht sein »)⁵ et par là même conduire à une autoproduction des règles par les règles sans limites.

Or, l'institutionnalisme croit être capable de fournir une alternative qui soit pratiquement, disons politiquement, et théoriquement, disons philosophiquement, plus plausible et plus efficace. Contre toute construction formaliste ou juridiciste, c'est la matérialité du droit qui est ici valorisée. Cette matérialité, c'est vrai, avait été déjà comprise et théorisée par Georg Jellinek. Mais s'il fait de cette dimension la base de son système, il finit par la nier en la « domestiquant » et en l'incluant dans ce dernier. Santi Romano, qui est un bon lecteur du juriste

3. Cette desubstantialisation est déjà proposée dans son œuvre d'après la première guerre mondiale *Das Problem der Souveränität* de 1920, mais elle est développée chez H. Kelsen, *Der juristische und soziologische Staatsbegriff*, deuxième édition, Tübingen 1928.

4. *Ibid.*, p. 136.

5. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, nouvelle impression de la première édition de 1934 sous la direction de Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, p. 74.

autrichien reprend ce sujet. Pour lui, la matérialité du droit n'est jamais vraiment stabilisée ou normalisée. On le voit dans son traitement des droits publics subjectifs. Ici leur matérialité n'est pas fournie par le *status subjectionis* qui renvoie au dehors du droit subjectif, mais par une dimension du droit subjectif liée au pouvoir effectif des individus⁶, un petit peu à la manière de Spinoza : *ipsa naturae potentia*. En fin de compte, et comme le souligne Romano, le droit public subjectif trouve son fondement dans l'autonomie, ou la force, que serait capable de déployer socialement le citoyen.

Mais bien avant Carl Schmitt, Romano développe aussi une théorie de l'État d'exception dont il fait l'origine du droit⁷. C'est le pouvoir social qui fait la règle, même s'il ne se transforme jamais pleinement, s'il ne trouve une pleine concrétisation, dans une figure juridique, une personne juridique. C'est à ce moment-là qu'on introduit la notion d'institution. La personne juridique est une fiction, et une abstraction ontologisante ; l'institution est une réalité existentielle immédiate que l'expérience n'a pas besoin de conceptualiser à nouveau et de se projeter hors d'elle-même. Et c'est dans ce mouvement que l'institution, vrai champ d'action sociale en soi, génère une organisation et une hiérarchie, et donc des règles⁸. Ce point est important dans la mesure où la Constitution s'affirme dans cette matérialité de l'institution. En ce sens, Costantino Mortati, le théoricien de la « constitution matérielle », est un disciple assez fidèle de l'institutionnalisme romain⁹. Le pluralisme politique ou le régime qui émerge de ce pluralisme n'est pas quelque chose d'extérieur à l'État ; c'est l'État lui-même, qui se fait donc État social, en ce sens qu'il se fait producteur de la somme des relations sociales. Il n'est plus au-dehors de la société civile ; il en est le centre.

Hauriou dit plus ou moins la même chose. Mais plutôt que le pluralisme social, son problème réside plutôt dans l'individualisme et l'égoïsme libéral. Il se trouve confronté à une question de légitimité. Son but est de reconstituer la communauté homogène largement fondée sur la tradition. Mais il se rend compte également que cette reconstitution ne peut se faire en tournant le dos à l'État républicain (c'est qui n'est pas peut-être les cas d'autres « institutionnalistes » français, de George Renan par exemple¹⁰). De la sorte, pour Hauriou,

l'institution est une communauté *qualifiée* ; et elle l'est par la séparation républicaine des pouvoirs et par un principe de représentation. On connaît l'ambiguïté de cette notion dans la pensée du doyen de Toulouse parce qu'elle se rapproche de la notion de *Repräsentation* dans la doctrine allemande antilibérale au moment de la République de Weimar, et revendiquée par la suite par la critique de la démocratie lancée par Erich Voegelin¹¹. Si derrière Romano, on entrevoit Jellinek et son intelligente et tout laïque réflexion sur la « force normative des faits », « die normative Kraft des Faktischen », derrière Hauriou (et Voegelin), apparaît la conception thomiste et la *Weltanschauung* traditionaliste d'un ordre normatif fondée sur une ontologie communautaire et hiérarchisée. Me ce n'est pas mon sujet aujourd'hui et je n'en dirai pas plus.

Je veux plutôt souligner l'autre grande notion d'Hauriou dans sa théorie de l'institution. Il s'agit de l'« idée directrice »¹². Il est possible que cette notion soit le résultat d'une interrogation de l'œuvre de Bergson et de son vitalisme faite par le juriste français. Toutefois, ici il y a une intuition qu'on retrouve dans un autre contexte, dans la réflexion sur le langage et la conduite sociale proposée par Ludwig Wittgenstein. On ne peut pas comprendre une conduite linguistique ou sociale, un jeu par exemple et même une « forme de vie », à laquelle le jeu renvoie, ainsi s'interroger sur son sens, sans considération de ce que Wittgenstein appelle le *sens* de la règle, « Witz einer Regel »¹³. Et on sait bien, en étudiant les systèmes de règles du point de vue interne, ou herméneutique, que l'action qu'elles permettent ou contribuent à produire ne peut se comprendre que par la seule référence aux règles mêmes. On peut savoir, moyennant les règles, quand est-ce qu'on gagne une partie d'échec, mais les règles ne nous expliquent pas ce qu'est un jeu, et le sens réel de ce que peut vouloir dire gagner dans un jeu¹⁴. Une telle recherche requiert quelque chose de plus. Or, c'est la même situation que l'on retrouve dans le droit. Pour appréhender la signification du droit et du système de règles qu'il contient dans une institution conçue comme un champ de conduites sociales, nous avons besoin de saisir et de comprendre son « idée directrice ».

Précisons d'ailleurs que Romano n'est pas très clair sur cette question. À titre d'exemple, on se rappellera qu'il ne voit pas une distinction essentielle entre mafia et État. Il les voit comme deux systèmes de droit car les deux doivent être considérés comme des institutions de plein droit. La question de leur légitimité, ou de leur sens, n'est envisagée que comme un problème moral, et non juridique.

6. V. S. Romano, *I diritti pubblici subbiettivi*, Milano 1911. Cf. M. La Torre, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi : il paradosso dei diritti di libertà*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », juin 1982, p. 79 et suivantes.

7. V. S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina*, « Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia », 1909, pp. 251-272.

8. V. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, troisième édition, Firenze 1978.

9. V. C. Mortati, *La costituzione materiale*, Milano 1940.

10. Cfr. M. Bouvier, *L'institution contre le contrat dans la pensée juridique de George Renan*, dans l'ouvrage coordonné par Brigitte Basdevant-Gaudemet, *Contrat ou Institution : un enjeu de société* I. G. D. I., Paris 2004, pp. 16-30.

11. V. E. Voegelin, *The New Science of Politics. An Introductory Essay*, Chicago 1952.

12. V. M. Hauriou, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1925), réimpression, Caen 1990. Sur l'institutionnalisme d'Hauriou on peut utilement lire E. Millard, *Hauriou et la théorie de l'institution*, « Droit et société », 1995, pp. 381-412.

13. V. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main 1977, p. 238.

14. « What distinguishes playing chess [...] – that is what makes it the kind of activity it is – is *not* [...] a matter of its rules » (H. Schwyzer, « Rules and Practices », *The Philosophical Review*, Vol. 78, 1978, p. 454).

III.

Neil MacCormick et Ota Weinberger, les deux grands néoinstitutionnalistes contemporains, ont eu quant à eux des parcours bien différents. Depuis sa formation intellectuelle, et en sa qualité d'élève de Herbert Hart, MacCormick a été influencé par la philosophie analytique. Influencé par Franz Weyr qui fut un ami très proche de Kelsen et le leader du pendant tchèque de la « théorie pure », Weinberger est quant à lui marqué par le néo-empirisme logique. C'est donc en discutant les doctrines de Hart et Kelsen que cette nouvelle version d'institutionnalisme se développe. À l'instar des réflexions de Romano et d'Hauriou, la préoccupation essentielle de ce courant reste la question de la constitution.

Pour Hart la constitution est donnée par la « règle de reconnaissance » (*rule of recognition*) ou par quelque chose qui lui est très proche. Pour Kelsen, la constitution est une émanation de la norme fondamentale (*Grundnorm*) et celle-ci quelque fois finit par coïncider avec celle-là. Mais dans les deux cas la matérialité de la constitution, son caractère substantif, soit politique, soit social, n'est pas vraiment pris en charge. La « règle de reconnaissance » par exemple est une chose de juges, elle n'est pas adressée ni employée ou appliquée par le citoyens¹⁵, mais le juge – comme il est souligné critiquement par MacCormick¹⁶ – présuppose la validité et la force obligatoire de la règle de reconnaissance qui néanmoins est dite dépendre de son acceptation par les juges. Ici la circularité de l'argument est évidente. À son tour la constitution kelsénienne n'est pas capable d'auto-fondation, et pour se justifier normativement, systématiquement, doit renvoyer à la *Grundnorm*, qui est un principe épistémologique de la science juridique, ne produisant aucune réalité, mais une connaissance, et sur lequel les citoyens comme tels ont très peu à dire et à faire.

D'où alors la Constitution tire sa réalité comme norme valide ? Le remède à ces incongruités, et ce sont ici les néoinstitutionnalistes qui parlent, se trouve dans la notion d'*institution*, qu'on peut mobiliser dans un spectre beaucoup plus large d'expériences et de conduites, toutes reconductibles au champ du droit par le sens commun.

C'est vrai qu'il y a une différence importante entre MacCormick et Weinberger, au-moins au début de leur entreprise théorique néoinstitutionnaliste. Le premier est plutôt animé par la volonté de comprendre comment les concepts juridiques peuvent exercer leur emprise sur la pratique qu'il explique par une duplication ontologique des concepts dans une portion de réalité sociale. Un contrat plus qu'un concept juridique serait donc un « fait institutionnel ». Weinberger quant à lui s'intéresse plutôt au statut ontologique des règles que l'on ne peut réduire à de simples pièces de langage strictement impératives car cela empêcherait le traitement logique des règles, c'est à dire une logique propre des normes, bien

différente de la duplication de la logique propositionnelle qui traiterait le raisonnement sur les règles comme des considérations descriptives de second degré (ce qui est proposé par Georg Henrik Von Wright et frontalement attaqué par Weinberger¹⁷).

Il faut pouvoir donner un repère réel aux normes, sans pour autant leur soustraire la possibilité d'un traitement logique, ce qui est malheureusement l'aboutissement final du réalisme ou de toute sociologie empiriste du droit. Comment faire du droit quelque chose qui soit au même temps réel, qui soit dans le temps, et qu'on puisse néanmoins concevoir comme régi par une rationalité et une logique formalisable ? Comment penser une constitution qui soit matérielle, mais en même temps ouverte soit à la normativité formelle, à la possibilité de la mobiliser dans le raisonnement juridique, soit d'un point de vue idéal, de façon qu'on en puisse discuter au dedans de la pratique juridique comme ouverte au valeurs de la justice ? Et comment introduire la matérialité (la pratique des « faits ») dans le système juridique sans confier dans l'espace dangereux d'une souveraineté sans contrôle et sans limites ?

Pour MacCormick, la solution, qui passe par la notion d'institution¹⁸, est le pluralisme constitutionnel¹⁹. Cette démarche, qui évacue le concept très lourd de personne juridique, reconnaît l'existence de champs d'action capables de se constituer au moyen de règles institutives, ou constitutives. En conséquence, il serait possible de concevoir l'ordre juridique comme une pluralité de ces champs d'action et comme une structure de multiples systèmes normatifs, où la question de la *Kompetenz-Kompetenz* n'est plus centrale. De la sorte, le théoricien écossais peut mettre en question la notion étatique de souveraineté à l'intérieur de l'Union Européenne sans devoir appeler à une souveraineté supranationale. C'est la leçon du pluralisme constitutionnel qui a été depuis acceptée avec enthousiasme par plusieurs experts de droit communautaire²⁰.

Weinberger, lui, est moins centré sur le constitutionnalisme supranational ou le droit de la communauté européenne, car son problème serait plutôt de savoir comment il est possible de justifier l'empire de la constitution sur la production du droit étatique au plan interne. On connaît la construction kelsénienne d'une validité *ex nunc* des prononcements du juge constitutionnel, solution qui est due à la primauté accordée par Kelsen à la dynamique de délégation de compétences sur la dérivation logique matérielle par déduction ou argumentation substantive. Il s'agit là d'une des différences fondamentales de la « théorie pure », celle entre

17. V. par exemple O. Weinberger, *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, Berlin 1974, p. 41 et suivantes, et pp. 157-168.

18. C'est sa leçon inaugurale comme *Regius Professor* à l'Université d'Édimbourg en 1973, « Laws as Institutional Fact », qui marque son virage institutionnaliste : v. N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1985, chap. 1.

19. V. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.

20. Cfr. par exemple C. Richmond, *Preserving the Identity Crisis : Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, « Law and Philosophy », 1997, p. 377 et suivantes.

15. V. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 112.

16. N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, London 1981, pp. 108-111.

ordre normatif *statique*, celui de la morale, et ordre normatif *dynamique*, celui du droit. Or Weinberger n'accepte pas cette distinction. Pour lui, la délégation de pouvoir nécessite une déduction que l'on ne peut faire sans formes logiques opératives. De plus, on ne pourrait attribuer validité aux normes, (c'est à dire créer d'autres normes selon Weinberger, qui introduit le principe de covalidité, *Mitgeltung*²¹), si leur validité n'était que purement hypothétique. Qu'une norme soit valide signifie – selon le juriste tchèque – qu'on puisse dériver logiquement, « inférentiellement », d'autres normes. La validité ici – cela dit en passant – est une notion inférentialiste qui est proche à la perspective à partir de laquelle Richard Brandom explique la signification des énoncés linguistiques en général²².

La *Grundnorm* ne pourrait donc agencer cette dynamique de production de normes moyennant normes, si elle n'est pas une norme existante, réelle, ce que Kelsen refuse de penser. Mais, si la norme fondamentale du système n'est pas une hypothèse, que sera-t-elle ? La réponse est qu'elle sera la norme fondamentale, ou l'ensemble des normes fondamentales d'une *institution*. Il faut entendre ici qu'elle serait une « portion de la réalité sociale » qui se constitue aussi moyennant des règles. C'est l'effectivité de l'institution et de ces règles institutives qui confère validité à l'ensemble des normes du système. Et la relation entre cette norme fondamentale et les normes qui dérivent de cette norme ne sera pas seulement dynamique, se donnant par acte de délégation et ascription de compétences, mais aussi par dérivation logique de contenus sémantiques qui peuvent aussi être porteurs de valeurs et d'instructions substantives, car – comme on l'a vu avant – la validité de la norme est régie par le principe de covalidité, *Mitgeltung*.

L'invalidité donc est un péché originel de la norme, péché qui bien sûr doit être vérifié par l'organe qui en a la compétence, mais qui du début a fait de la norme qu'on vérifie une pièce défectueuse du système normatif. Ce justement ce défaut d'origine qui permet de mettre en place une juridiction constitutionnelle où la décision sur la constitutionnalité d'une loi ne soit pas valide que du moment où la décision a été prise, mais qui invaliderait la loi de son début, *ex tunc*, du moment même de sa production législative.

IV.

Il y a bien sûr des problèmes à résoudre dans la théorie constitutionnelle de MacCormick et Weinberger.

MacCormick est confronté à la difficulté de maintenir le pluralisme constitutionnel lorsqu'on tente de l'activer du point de vue interne. Ici – on pourrait

objecter – on ne peut qu'être moniste comme le fait MacCormick, si on accepte l'idée d'une prétention de correction de la décision judiciaire au sens élaboré par Robert Alexy²³. Même si on refuse qu'on puisse toucher à une « seule réponse juste », comme par contre le croit Ronald Dworkin²⁴, l'idéal de la « justesse » doit pouvoir nous donner des renseignements sur ce qui est moins ou plus juste. Dès lors, dans la balance des deux possibilités, ce qui est plus juste devra d'une façon évidente prendre le dessus et être accepté comme la correcte décision judiciaire. La pluralité normative devra donc se dissoudre – il me semble – à la lumière de la prétention de justesse, quelle que soit sa satisfaction finale.

De même, avec son rigide non-cognitivism, Weinberger ne peut fonder la norme fondamentale que sur l'efficacité, s'il ne se donne pas la chance de normativiser d'une façon forte la norme fondamentale du système, où sa pratique institutionnelle. S'il ne veut pas, ou ne peut pas se donner cette chance, la conséquence sera que l'acceptation de la dimension statique, ou matérielle, du système ne trouvera pas une justification substantive ; elle devra s'arrêter au fait accompli, on pourrait dire, de l'efficacité de l'institution. Weinberger ne conceptualise jamais la norme fondamentale comme norme constitutive spécifique, c'est à dire comme acte de langage et situation phénoménologique distincte d'une prescription. Surtout Weinberger, mais MacCormick ne va pas plus loin sur ce terrain, n'est-il pas capable de penser le *Witz*, le sens de l'institution. C'est encore une fois son scepticisme méta-éthique qui se heurte en vérité avec son ontologie de l'idéalité réelle de la normativité juridique. Cela l'empêche d'être plus libéral, c'est à dire moins réductionniste, dans la conception du champ du normatif. Et sa sémantique, malgré tout, est encore celle du néopositivisme et reste figée dans le piège de l'alternative sans sortie entre descriptif et prescriptif, ce qui le pousse à affirmer que toute ontologie ne pourrait qu'être stipulative²⁵. Toutefois sans définir la norme juridique comme « idée en sens objectif » (*Gedanke im objektiven Sinne*) – il nous dit – on ne pourrait pas agencer la norme d'une façon logique et rationnelle ; il faudrait alors donner raison au dernier Kelsen qui renie la possibilité de relations formelles, logiques, entre règles²⁶.

Le néo-institutionnalisme est donc en condition de faire progresser la théorie constitutionnelle que nous laisse en héritage la philosophie positiviste du droit de Hart et Kelsen, mais jusqu'à un certain point. Dans la forme que lui ont

23. V. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Stuttgart 1992.

24. « It is in the nature of legal interpretation – not just but particularly constitutional interpretation – to aim at happy endings [...] Telling it how it is means, up to a point, telling it how it should be » (R. Dworkin, *Freedom's Law*, Cambridge, Mass. 1996, p. 38).

25. O. Weinberger, *Einleitung*, dans N. MacCormick, O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985, p. 18.

26. O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen*, Thübingen, 1981, p. 16.

21. V. O. Weinberger, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Vienna 1988, p. 67.

22. Pour une présentation de cette perspective on peut renvoyer à R. Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge, Mass. 2001.

donnée MacCormick et Weinberger doit-il rester aveugle face à la complexité ontologique du droit et surtout face à son côté existentiel ? Il est ainsi empêché de bien articuler les implications politiques et morales qui donnent le *Witz*, le sens, l'imaginaire social – si vous préférez –, de ce que nous appelons l'État constitutionnel. Pour lui rendre justice, il faut faire un effort de plus : il faudrait se débarrasser une fois pour toute de la méta-éthique non cognitiviste et de la sémantique simpliste et réductionniste qui pivote sur la distinction crue centrale entre fonction descriptive et fonction prescriptive du langage, un pas déjà fait par le second Wittgenstein.

MacCormick et Weinberger, bien qu'ils adhèrent, surtout le premier, à la théorie des actes de langage de John L. Austin et se servent d'elle²⁷, et en dépit de l'ontologie pluraliste de Nicolai Hartmann à laquelle de temps en temps se réfère Weinberger²⁸, restent tous les deux rattrapés par la tradition de Hume et dans un empirisme trop étroit. Le langage est quelque chose de fondamentalement externe à la réalité empirique qui pour eux est encore le noyau dur des conduites sociales. Les mots sont, ou des modèles ou reflets de la réalité, ou des instruments pour la manipuler, ou bien des schémas pour l'interpréter, mais jamais des conditions de sa possibilité et perceptibilité.

C'est pourquoi ces deux auteurs refusent obstinément la notion de *règle constitutive*²⁹, même si plusieurs fois, lorsqu'ils traitent des normes constitutionnelles, ou des actes juridiques, ils soulignent qu'il ne s'agit pas là d'actes impératifs. Ils les définissent plutôt comme faits institutionnels, en tant qu'opposés aux « faits brutes », et comme tels, comme « faits institutionnels », rendus possibles par une règle qui d'une certaine façon les « constitue » : « *Tout acte juridique valide, tout exercice de pouvoirs légaux, présuppose une certaine règle qui est constitutive de l'acte en tant qu'acte juridique* »³⁰. Ils en donnent donc une explication en termes d'un type de règle qui est très proche à la substance d'une règle constitutive, règle qui est logiquement dépendante de son objet et avec une force productive de cet objet-là, et qui par conséquent ne peut pas être conceptualisée dans le cadre d'une sémantique qui n'opère qu'avec les deux fonctions descriptive et prescriptive.

La voie de sortie de cette impasse serait une notion d'institution ontologiquement plus complexe et phénoménologiquement plus précise, au-delà par exemple

27. Un sommaire intelligent de cette théorie est offert par John Searle dans son chapitre *Langage ou esprit ?*, dans le recueil d'essais *Un siècle de philosophie 1900-2000*, Paris 2000, p. 367 et suivantes.

28. Par exemple O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart 1987, p. 112.

29. Pour laquelle il faudrait tout d'abord lire John R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969.

30. N. MacCormick, Z. Bankowski, *La théorie des actes de langage et la théorie des actes juridiques*, dans *Théories des actes de langage, éthique et droit*, sous la direction de P. Amselek. Paris 1986. pp. 196-197.

de la définition trop facile, et évasive, et même circulaire, de l'institution comme « système des règles », lorsque pour expliquer en suite la notion de règle on se voit obligé à se référer à la notion d'institution. La question de la prise de la règle sur la conduite humaine et sa réalité sociale n'est pas tout à fait clair chez le néoinstitutionnalisme de MacCormick et Weinberger. Il n'est non plus défini quelle serait la différente phénoménologie de la règle et de l'institution qui en est le résultat.

Il faudrait aussi que le *sens* de l'institution soit thématiquement d'une façon explicite en reprenant les intuitions de l'« idée directrice » de Hauriou, et du « *Witz* » de Wittgenstein, et que ce sens puisse tout de suite être traité dans le cadre d'une théorie, et d'une pratique, modérément cognitive du raisonnement normatif. La constitution est un fait social et normatif qu'on ne saurait traiter comme un simple horaire de trains. Elle est constituée de valeurs et principes matériels dont le contenu axiologique doit pouvoir être élucidé par la théorie et prendre ainsi part dans la dimension normative de la constitution même.

