

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

Massimo La Torre

I.

L'institutionnalisme est une théorie du droit qui se développe dans le milieu du droit public. Ses deux grands fondateurs, Maurice Hauriou et Santi Romano, étaient tous les deux des juspublicistes et des constitutionnalistes. Le troisième institutionnaliste de notre histoire, un institutionnaliste hétérodoxe et plutôt opportuniste, est 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 version de pensée juridique – de l'institutionnalisme je veux dire – mais avec des schémas et des valeurs bien différents de ceux défendus par les fondateurs, Neil MacCormick et Ota Weinberger, ont eux aussi été beaucoup plus à leur aise avec le droit public qu'avec le droit privé.

L'institutionnalisme est en effet une théorie juridique qui élabore son concept du droit à partir de la considération de problèmes qui sont propres au droit public et tout particulièrement à la notion et à l'expérience du constitutionnalisme. Donc, le lien entre institutionnalisme et théorie constitutionnelle ne pourrait être plus étroit.

II.

C'est la crise de l'État au dix-neuvième siècle qui pousse vers l'élaboration du concept de droit comme « institution¹ ». La société européenne de cette fin de siècle doit déjà faire front à la décadence d'une société civile éminemment composée de propriétaires et à l'émergence d'une masse sociale qui jusqu'ici n'avait pas eu accès aux décisions dans la sphère publique. C'est le mouvement ouvrier qui frappe à la porte de l'État et demande à y entrer avec ses représentants et ses partis. L'homogénéité de la sphère publique est brisée par un nouveau pluralisme qui se reproduit comme conflit d'intérêts de classe en son sein. L'État ne peut plus se projeter comme neutre face à une société civile fondamentalement univoque dans son appui à l'économie de marché et au régime propriétaire. Avec l'inclusion de la classe ouvrière comme parti politique, l'unité de l'État comme régime de gouvernement d'élites se rompt. Cela signifie aussi que la constitution ne peut plus refléter la simplicité du régime politique d'antan. Sa structure ne peut se donner comme fait neutre et technique. Il faut que l'on résolve en son intérieur le 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, une sorte d'horaire des trains, un document pas trop lourd qui établit les règles fondamentales de l'organisation de l'État. C'est la représentation que nous en donne Paul Laband. Pas de droits fondamentaux. La citoyenneté est plutôt garantie au niveau de l'administration, qui est soumise à une juridiction spéciale (ce qui nous offre la notion basique de Rechtsstaat), et ici ce sont les droits publics subjectifs 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, comme entité abstraite néanmoins douée d'un pouvoir absolu de domination et production du droit. L'État pourrait même se décider pour l'anarchie dans le contenu de ses prescriptions, mais cette anarchie – 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. C'est un des multiples paradoxes qui affligent cette puissante doctrine, comme celui de « l'état négatif », *status negativus* la liberté des Modernes selon Benjamin Constant, qui ne peut qu'être le résultat de l'état de subjection, statut tout à fait passif, *status subjectionis*, c'est-à-dire d'une situation de dépendance absolue du sujet au regard de l'autorité de l'État².

Nous savons comment cette doctrine devient la cible du normativisme et de l'anti-volontarisme de la théorie pure d'Hans Kelsen. Le juriste viennois « dévolontarise » la norme en la conceptualisant comme un jugement, pas plus comme impératif ou prescription, avec toute l'ambiguïté que ce terme, « jugement », *Urteil*, notion bien sûr de provenance kantienne, peut impliquer. Et nous savons aussi que Kelsen « désubstantialise » l'État en le conceptualisant comme un système de règles qui

* Article présenté 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.

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

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

En faisant ça, avec ses deux mouvements théoriques, la « nomostatique » et la « nomodynamique », Kelsen croit pouvoir réinterpréter et rendre compte de la complexité de l'État du début du vingtième siècle. Un État qui est un système de règles n'est 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-ci. 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 réaliser aussi la neutralité du droit et de sa pratique. Ce qui pourrait permettre un *overlapping consensus* avant la lettre, à savoir une structure constitutionnelle légère, ou libérale, c'est-à-dire capable d'intégrer les plus diverses conceptions du bien et de ce qui est le style de vie à pratiquer.

Cette perspective neutraliste ou neutralisante doit néanmoins payer un prix élevé. Il y a un prix théorique à payer, celui 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 si technicisé. C'est quelque chose de beaucoup plus lourd. Il se produit et se reproduit comme une norme valide, donc qui existe. Mais, où existe-t-il ? En outre, le contenu de la règle doit être déclaré comme anodin pour ce qui concerne la validité et l'existence de la règle même. On se rappelle ce passage fameux de la *Reine Rechtslehre*, première édition : le droit peut avoir un contenu quelconque (« jeder beliebige Inhalt kann Recht sein »)⁴ ; pas de limites à l'autoproduction de règles par les règles. Donc, tout État sera un État de droit⁵, conclusion qui est moralement et politiquement dangereuse.

Or, l'institutionnalisme croit être capable de fournir une alternative qui soit pratiquement, disons politiquement, et théoriquement, disons philosophiquement, plus plausible et plus efficace. C'est la matérialité du droit qui se fait valoir contre toute construction formaliste ou juristiciste. Cette matérialité, il est vrai, avait été déjà comprise et thématiquée par Georg Jellinek. Mais ce dernier en fait la base du droit même, qui la développe en la domestiquant et en l'incluant dans son système, en fin de compte en la niant. Santi Romano, qui est un bon lecteur du juriste autrichien, reprend ce sujet, mais la matérialité chez lui n'est jamais vraiment stabilisée ou normalisée. On le voit dans son traitement des droits publics subjectifs où leur matérialité n'est pas fournie par la *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, c'est Romano qui le dit, le droit public subjectif trouve son fondement dans l'autonomie, ou la force, que serait capable de démontrer ou de déployer socialement le citoyen. Romano a aussi une théorie de l'État d'exception qui en fait l'origine du droit, bien avant Carl Schmitt⁷. C'est le pouvoir social qui fait la règle, il ne se transforme jamais en figure toute juridique, en 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 reconceptualiser et de projeter hors de soi-même. Et dans l'institution qui est un champ d'action sociale, on retrouve de la hiérarchie et de l'organisation, et donc des règles⁸. La constitution est toute 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 sort de ce pluralisme n'est pas quelque chose d'extérieur à l'État ; c'est l'État même, qui se fait donc État social, dans le sens qu'il est producteur de la somme des relations sociales. Il n'est plus au-dehors de la société civile ; il en est le centre.

Hauriou dit une chose similaire. Son problème est l'individualisme et l'égoïsme libéral, plutôt que le pluralisme social. Il veut reconstituer la communauté homogène de la tradition, mais il se rend compte qu'on ne peut pas le faire en tournant le dos à l'État républicain. De sorte que l'institution pour lui est une communauté qualifiée, et elle l'est par la séparation des pouvoirs républicains et par un principe de représentation. On connaît l'ambiguïté de cette notion dans la pensée d'Hauriou qui se rapproche de la *Repräsentation* de la doctrine allemande antilibérale et qui a été revendiquée par la suite par la critique de la démocratie lancée par Erich Voegelin¹⁰. Mais derrière Romano, il y a Jellinek et son intelligente et tout laïque réflexion sur la « force normative des faits », « *die normative Kraft des Faktischen* », tandis que derrière Hauriou (et

³ Cette désubstantialisation est déjà proposée dans son œuvre 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 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, nouvelle impression de la première édition de 1934 sous la direction de Matthias Jestaedt, Tübingen 2008, p. 74.

⁵ *Ibid.*, p. 136.

⁶ V. S. Romano, *I diritti pubblici subbietivi*, 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*, 2 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 V. E. Voegelin, *The New Science of Politics. An Introductory Essay*, Chicago 1952.

Voegelin) on entrevoit la conception thomiste et la Weltanschauung traditionaliste d'un ordre normatif fondée sur une ontologie communautaire et hiérarchisée. Mais 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, c'est celle de « l'idée directrice »¹¹. Il y a là une intuition qu'on retrouve dans un autre contexte ; dans la réflexion sur l'institution de Ludwig Wittgenstein. On ne peut pas comprendre celle-ci, un jeu par exemple et même une forme de vie, à laquelle le jeu renvoie, et ainsi s'interroger sur son sens, sans considération de ce que Wittgenstein appelle l'*esprit* de la règle, « *Witz einer Regel* »¹². 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 avec la seule référence aux règles mêmes. On peut savoir au moyen des règles quand est-ce qu'on gagne une partie d'échecs, mais les règles ne nous expliquent pas ce qu'est un jeu, ni quel est le sens de gagner à un jeu. Tout ça requiert quelque chose de plus, et la même situation on la retrouve dans la pratique juridique, où le droit comme système de règles ne nous dit pas ce qui signifie le droit, cette pratique, cette institution comme champ de conduites sociales. Afin d'apprendre ce que tout ça signifie, nous avons besoin de saisir et comprendre son « idée directrice ».

Sur ce point, Romano n'est pas si explicite et clair. On se rappellera qu'il ne voit pas de distinction essentielle entre mafia et État comme systèmes de droit. Les deux sont considérées comme des institutions de plein droit et la question de leur légitimité, ou de leur sens, n'est envisagée que comme un problème moral, pas juridique.

III.

Neil MacCormick et Ota Weinberger, les deux grands néo-institutionnalistes contemporains, viennent d'un parcours tout à fait différent. Leur formation s'est faite dans le milieu de la philosophie analytique, surtout en ce qui concerne MacCormick, et dans celui du néoempirisme logique dans le cas de Weinberger. MacCormick est un élève d'Herbert Hart ; Weinberger l'est de Franz Weyr, un ami très proche de Kelsen et le leader du pendant tchèque de la « théorie pure ». C'est donc en discutant la doctrine de Hart et Kelsen que cette nouvelle version d'institutionnalisme se développe. Mais, comme dans le cas de Romano et d'Hauriou, c'est tout de suite la question de la constitution qui est au centre de leurs investigations.

Pour Hart, la constitution est donnée par la « règle de reconnaissance » (*rule of recognition*) ou par quelque chose qui lui est très proche et similaire. Pour Kelsen, la constitution est une émanation de la norme fondamentale (*Grundnorm*) et la règle fondamentale finit quelques fois par coïncider avec la constitution. 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 » est surtout une chose de juges, elle n'est pas adressée à, ni employée ou appliquée par, les citoyens¹³, mais le juge – comme il est souligné de manière critique par MacCormick¹⁴ – 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 assez évidente. À son tour la constitution kelsénienne n'est pas capable d'auto-fondation, et pour se justifier normativement, de manière systémique, doit renvoyer à la *Grundnorm*, qui est un principe épistémique de la science juridique, où évidemment les citoyens comme tels ont très peu à dire et à faire. Surtout, la *Grundnorm*, en tant que principe épistémique, ne peut produire de réalité, mais seulement une *connaissance*. D'où dérivera alors la constitution sa réalité comme norme valide ?

Le remède à ces incohérences est, c'est maintenant les néo-institutionnalistes qui parlent, la notion d'*institution*, qu'on peut mobiliser dans un spectre beaucoup plus large d'expériences et de conduites, pouvant toutes être reconduites par le sens commun au champ du droit. C'est vrai qu'il y a une différence importante entre MacCormick et Weinberger, au moins au début de leur entreprise théorique néo-institutionnaliste. Le premier est plutôt intéressé par l'élucidation de la prise des concepts juridiques sur la pratique et il croit pouvoir l'expliquer avec une duplication pour ainsi dire ontologique des concepts dans une portion de réalité sociale. Un contrat plus qu'un concept juridique serait donc un « fait institutionnel ».

Weinberger est obsédé par le statut ontologique des règles, qu'on ne peut pas expliquer simplement comme des pièces de langage, et surtout pas d'une façon strictement impérativiste, ce qui 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 considération descriptive de second degré (ce qui est proposé par Georg Henrik Von Wright et frontalement attaqué par Weinberger¹⁵).

Il faut pouvoir donner un repère réel aux normes, sans pour autant leur soustraire la possibilité d'un traitement logique, ce qui est malheureusement la finalité du réalisme ou de toute sociologie empiriste du droit. Comment faire du droit quelque chose qui soit en même temps réel, qui soit dans le temps, et qu'on puisse néanmoins concevoir comme régi par

¹¹ 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.

¹² V. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main 1977, p. 238.

¹³ V. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, p. 112.

¹⁴ N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, London 1981, pp. 108-111.

¹⁵ V. par exemple O. Weinberger, *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, Berlin 1974, p. 41 et suivantes, et pp. 157-168.

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 à un point de vue idéal, de façon qu'on puisse en discuter au-dedans de la pratique juridique comme ouverte aux valeurs de la justice ? Et comment introduire la matérialité (la pratique des « faits ») dans le système juridique sans recourir à l'espace dangereux d'une souveraineté sans contrôle et sans limites ?

Pour MacCormick, la solution, qui passe par la notion d'institution¹⁶, est le pluralisme constitutionnel¹⁷. Si nous n'employons pas le concept très lourd de personne juridique, et que par contre on reconnaît qu'il y a des champs d'action qui se constituent moyennant de règles institutives, ou constitutives, nous pourrions accepter 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. Ce qui permet au théoricien écossais de remettre 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 accepté avec enthousiasme par plusieurs experts de droit communautaire¹⁸. Weinberger est moins centré sur le droit de la communauté européenne. Son problème est plutôt comment pouvoir justifier l'empire de la constitution réglant le droit étatique interne. On connaît la construction kelsenienne 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. C'est là une des différences fondamentales de la « théorie pure », celle entre ordre normatif *statique*, celui de la morale, et ordre normatif *dynamique*, celui du droit. Weinberger n'accepte pas cette distinction. La délégation de pouvoir nécessite de la déduction ; on ne peut pas la mettre en place et la mobiliser sans formes logiques opératives. Mais on ne pourrait aussi attribuer de validité aux normes, c'est-à-dire créer d'autres normes selon Weinberger, qui introduit le principe de co-validité, *Mitgeltung*¹⁹, 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 – soit dit en passant – est une notion inférentialiste qui est proche de la perspective à partir de laquelle Richard Brandom explique la signification des énoncés linguistiques en général²⁰.

La *Grundnorm* ne pourrait donc agencer cette dynamique de production de normes au moyen de 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*, 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 co-validité, *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. C'est justement ce défaut d'origine qui permet de mettre en place une juridiction constitutionnelle où la décision sur la constitutionnalité d'une loi n'est 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 dans l'embaras lorsqu'il veut maintenir le pluralisme constitutionnel une fois qu'on entreprend de l'activer du point de vue interne. Ici – on pourrait objecter – on ne peut qu'être moniste. Et ce, de surcroît, comme le fait MacCormick, si on accepte l'idée de la prétention de correction de la décision judiciaire au sens élaboré par Robert Alexy²¹. Même si on refuse qu'on puisse toucher à une « seule réponse juste », comme le croit par contre Ronald Dworkin²², l'idéal de la « justesse » doit pouvoir nous donner des renseignements sur ce qui est moins ou plus juste, et dans la balance des deux possibilités ce qui est plus juste devra d'une façon évidente prendre le dessus et être accepté comme la décision judiciaire correcte. 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

¹⁶ 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.

¹⁷ V. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.

¹⁸ Cf. par exemple C. Richmond, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, « Law and Philosophy », 1997, p. 377 et suivantes.

¹⁹ V. O. Weinberger, *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Vienna 1988, p. 67.

²⁰ Pour une présentation de cette perspective on peut renvoyer à R. Brandom, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge, Mass. 2001.

²¹ V. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Stuttgart 1992.

²² « 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).

l'autre côté, Weinberger avec son non-cognitivism rigide 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, ou 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 de 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 pas capable de penser le *Witz*, le sens, de l'institution. C'est encore une fois son scepticisme méta-éthique, qui heurte en vérité avec son ontologie de l'idéalité réelle de la normativité juridique, qui 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 néo-positivisme 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 stipulative²³. Toutefois, sans définir la norme juridique comme « idée en sens objectif » (*Gedanke im objektiven Sinne*) – nous dit-il –, 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 règles²⁴.

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 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 toutes de la méta-éthique non-cognitivist 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'elle²⁵, et en dépit de l'ontologie pluraliste de Nicolai Hartmann à laquelle de temps en temps se réfère Weinberger²⁶, restent tous les deux rattrapés par la tradition de Hume et dans un empirisme trop étroit. Le langage pour eux 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*²⁷, 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 bruts », 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 juridique²⁸ ». Ils en donnent donc une explication en termes d'un type de règle qui est très proche de 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 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 de se référer à la notion d'institution. Ce n'est pas tout à fait clair chez le néo-institutionnalisme de MacCormick et Weinberger quelle est la prise de la règle sur la conduite humaine et sa réalité sociale. Il n'est pas non plus défini quelle serait la phénoménologie différente de la règle et de l'institution qui en serait le résultat.

Il faudrait aussi que le *sens* de l'institution soit thématiqué d'une façon explicite en reprenant les intuitions de « l'idée directrice » d'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 imbue des valeurs et principes matériels dont le contenu axiologique et son élaboration résultent du raisonnement pratique. La théorie du droit devrait donc être capable d'élucider et d'activer ce contenu-là comme faisant partie de plein droit de la réalité normative de la constitution même.

²³ O. Weinberger, Einleitung, dans N. MacCormick, O. Weinberger, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin 1985, p. 18.¹⁷ VV. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.

²⁴ O. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin 1981, p. 46.

²⁵ 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.

²⁶ Par exemple O. Weinberger, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, Stuttgart 1987, p. 112.

²⁷ Pour laquelle il faudrait tout d'abord lire John R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1969.

²⁸ 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, Presses Universitaires de France, Paris 1986, pp. 196-197.