

Éléments d'une théorie institutionnelle des droits

Jean-François Kervégan

(Université de Paris I, Institut Universitaire de France)

Comme celle du droit en général (du droit « objectif », *the law*), la théorie des droits (des droits « subjectifs », *the rights*) voit s'opposer, surtout depuis le XIX^e siècle, une approche jusnaturaliste et une approche positiviste. Selon la première, les droits, ou du moins la part la plus fondamentale d'entre eux (les droits fondamentaux, les « droits de l'homme »), doivent participer de la « nature » et se fonder sur elle. D'après la variante la plus courante de cette théorie, les droits fondamentaux sont naturels en ce sens qu'ils se fondent sur la « nature raisonnable et sociable » de l'homme (Grotius) ou relèvent d'un « droit rationnel » distinct de et supérieur au droit positif, auquel il sert de critère d'évaluation (Kant, Hegel). Selon l'approche juspositiviste, le droit naturel est, au mieux, la désignation inadéquate d'un certain nombre de « truismes » ou de « vérités élémentaires » que tout système juridique est tacitement tenu de présupposer (Hart¹), au pire un « rêve » (Windscheid), voire « une mauvaise herbe à arracher sans pitié » (Bergbohm)². Les droits, y compris les droits fondamentaux, doivent alors être définis sur le seul terrain du droit positif, par exemple sous la forme d'une charte ou Déclaration des droits incorporée ou non à un texte constitutionnel, et pouvant éventuellement avoir une validité trans-étatique (cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948 par l'ONU).

Les arguments opposés à ces deux grandes classes de conceptions des droits sont connus de longue date. Des droits conçus comme procédant d'une nature manquant de toute définition précise et qui est plus ou moins imaginaire – ne dit-on pas depuis belle lurette que la nature de l'homme consiste à ne pas avoir de nature – courent le risque d'être voués à

¹ Voir H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 1994, p. 193 sq. (*Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 1988, p. 232 sq.).

² Bernard Windscheid est un des grands théoriciens « pandectistes » qui ont tenté dans la 2^e moitié du 19^e siècle de systématiser le droit privé positif allemand avant qu'il soit codifié ; pour l'expression citée, voir Windscheid, *Über Recht und Rechtswissenschaft*, Greifswald, 1854, p. 9. Karl Bergbohm est un des doctrinaires les plus dogmatiques du « positivisme de la loi » : Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. 1 (seul paru), Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 118.

l'ineffectivité, faute d'une garantie positive ; au cas où ces droits « naturels » fondamentaux ne seraient pas respectés, ce qui est tout de même un cas assez fréquent, auprès de qui faudra-t-il demander réparation ? Ces droits naturels sont peut-être des droits moraux, en tant que tels profondément respectables ; mais – à supposer qu'une notion comme celle d'un droit moral (*moral right*) soit recevable, et ce point aussi fait débat – cela ne suffit pas à en faire des droits *stricto sensu*, des droits juridiques opposables³. Réciproquement, des droits d'origine purement positive – que cette origine soit la législation ou la coutume importe peu ici – ne sont-ils pas, parce que constamment révisables (même lorsque cette révision obéit à des conditions renforcées), constitutivement fragiles ? L'inaliénabilité que l'on s'entend à reconnaître aux droits fondamentaux, leur caractère « sacré » (comme dit la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), sont-ils compatibles avec le statut de la positivité ? Ce n'est pas par hasard si ladite Déclaration évoque, d'un seul mouvement, les droits « naturels, inaliénables et sacrés » de l'homme. Les termes du débat, au fond, sont assez simples. Si les droits fondamentaux (et quelle que soit la procédure permettant d'établir la hiérarchie dont ils forment la base ou le sommet) sont des droits « naturels » (ou rationnels), leur effectivité (ou leur « efficacité », comme dit Kelsen) suppose une garantie externe (car relevant de la sphère de « l'être » et non de celle du « devoir-être ») qui est toujours incertaine. Si ces mêmes droits sont purement positifs, leur efficacité est assurée par l'ensemble des moyens dont dispose le droit positif à cette fin, mais leur « validité » (comme dit Kelsen) demeure conditionnelle, relative ou, en un certain sens, arbitraire⁴.

Dans ce qui suit, on teste une hypothèse. S'il est vrai que les « institutions » (entendues en un sens qu'il faudra évidemment préciser) relèvent de ce que Hegel, après Aristote, nomme la « seconde nature »⁵, si elles inscrivent « l'artifice », dont relève indubitablement le droit positif,

³ Voir à ce propos la critique classique de Bentham (*L'absurdité sur des échasses*, in B. Binoche et J.-P. Cléro, *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2007, p. 19-124, ainsi que celle que même un « défenseur » des droits moraux comme Joël Feinberg fait de ce qu'il nomme la « 'there ought to be a law' theory of moral rights » (J. Feinberg, « In Defense of Moral Rights », in J. Feinberg, *Problems at the Roots of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 43).

⁴ Sur la distinction entre validité et efficacité, et sur leur connexité, voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1999, p. 19-20 et pp. 211-217. La détermination du rapport entre validité et efficacité est, à mon sens, un des points qui font difficulté dans l'axiomatique de la « théorie pure du droit ».

⁵ Voir G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, § 4, p. 119-120 : « le système du droit est le règne de la liberté effectuée, le monde de l'esprit produit à partir de l'esprit lui-même, en tant que seconde nature ».

dans l'ordre d'une quasi-nature, concevoir le droit comme une institution (ou comme un système d'institutions) permet peut-être d'éviter la classique alternative du jusnaturalisme et du juspositivisme, et d'échapper ainsi à l'aporie exposée par Pascal : peut-on « faire que ce qui est juste fût fort », ou doit-on se contenter d'admettre que « ce qui est fort soit juste »⁶ ? Les théories institutionnalistes du droit sont une tentative d'échapper à ce dilemme. Toutefois, si l'on a élaboré au cours du XX^e siècle diverses théories institutionnalistes *du* droit (« objectif »), on en a insuffisamment tiré, me semble-t-il, toutes les implications en ce qui concerne *les* droits (« subjectifs »). Il s'agit ici d'en dégager quelques-unes.

I. Des droits

On s'interrogera ici non pas sur la raison d'être des droits ou sur leur fondement ontologique (il peut, il doit peut-être y avoir par ailleurs une ontologie des droits, pour autant qu'il y a lieu de définir une ontologie des normes⁷), mais sur la structure des argumentations qui permettent de justifier (ou de contester) la revendication de droits. Il s'agit de se demander *ce que signifie* revendiquer, avoir ou ne pas avoir un droit, et non pas *ce qui fait que* c'est un droit. On peut, de ce point de vue, se contenter d'une définition minimale, compatible avec les assignations les plus diverses, et se garder ainsi d'aborder, sauf à titre d'illustration ponctuelle, les controverses relatives à l'identification des « vrais » droits. Ces controverses, au demeurant, ne peuvent être tranchées par la seule philosophie du droit : elles supposent en effet des choix relevant de la philosophie politique, qui concernent par exemple la nature du bien commun et le type de rapport souhaitable entre individu et société. En effet, selon les options que l'on adopte à cet égard, on sera conduit à définir de manière différente le contenu et la hiérarchie des droits, y compris des droits fondamentaux.

Il y a, à la vérité, une manière radicale d'éviter les difficultés que l'on rencontre dès qu'on s'efforce de définir précisément la notion de *droit-right* : c'est d'en contester la pertinence. Elle serait superflue, soit parce qu'elle n'a pas d'objet assignable, soit parce qu'elle définit simplement le corrélat ou le « reflet » d'un devoir ou d'une obligation. Défendue, par exemple, par Bentham (lequel, à vrai dire, conteste seulement l'existence de droits *naturels*), Kelsen (pour qui les droits subjectifs sont de simples

⁶ Pascal, Pensée 285, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1954, p. 1161.

⁷ Voir à ce propos P. Amselek & C. Gregorczyk (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

images réfléchies d'obligations) et R. Frey (qui considère que le langage des droits est « totalement superflu »)⁸, cette position est en concordance avec une théorie déontologique stricte de la normativité. Mais, outre le fait qu'elle néglige les aspects pragmatiques du discours des droits et son caractère mobilisateur, elle se heurte à une objection simple : qui n'a pas de droits n'a pas de devoirs, et réciproquement⁹. De surcroît, il n'est pas possible de réduire systématiquement les droits à des devoirs actuels dont ils seraient les simples corrélats ; les droits peuvent être corrélés à des obligations *conditionnelles*, qui ne s'actualisent pas nécessairement, et ils doivent disposer d'une consistance propre pour que cette actualisation puisse avoir lieu¹⁰. Bref, comme on va le voir avec Hohfeld, droit-*right* et obligation sont des concepts corrélatifs : éliminer l'un, c'est rendre l'autre sans objet. Au demeurant, ce qu'il faudrait peut-être tenter ensuite de concevoir, c'est l'identité de l'obligation et du droit, le fait qu'un droit est en lui-même générateur d'obligation *pour son titulaire même*, et réciproquement. D'une certaine manière, c'est ce que se propose de faire la théorie institutionnaliste des droits, dont il sera question plus bas.

En quoi consiste un droit, au sens de droit subjectif ou de *right* ? D'une manière très générale, on peut définir un droit comme la liberté qu'a une personne d'accomplir certaines actions, relatives à d'autres personnes et/ou à des choses, ou de s'en abstenir¹¹. Mais, dans la mesure où toute liberté d'agir relativement à une chose (par exemple : l'utiliser) ou à l'égard d'une personne (par exemple : réclamer d'elle une prestation) paraît susceptible de générer une obligation de la part d'autrui (à tout le moins, celle de ne pas faire obstacle à mon action lorsque j'ai un droit avéré de l'entreprendre), on peut aussi, surtout lorsqu'on adopte une perspective déontologique, définir un droit comme un pouvoir de créer une obligation à autrui¹². De surcroît, concevoir un droit et statuer sur sa validité supposent une définition, intensionnelle et extensionnelle, du sujet ou du titulaire de ce droit, communément désigné comme *personne* : quelle classe d'individus

⁸ Voir J. Bentham, *L'absurdité sur des échasses*, p. 32-34 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 134-135 ; R. Frey, *Interests and Rights: the Case Against Animals*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 12.

⁹ Voir G. W. F. Hegel, *Encyclopédie des sciences philosophiques*, 3. *Philosophie de l'esprit*, Paris, Vrin, 1988, § 486 Remarque, p. 284 ; *Principes de la philosophie du droit*, § 155, p. 259, et § 261 Remarque, p. 346.

¹⁰ Voir J. Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 225-227.

¹¹ T. Hobbes, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1971, p. 128 : « Le droit consiste dans la liberté de faire une chose ou de s'en abstenir ».

¹² Kant définit le droit (subjectif) comme un « pouvoir (moral) d'obliger autrui » (*Métaphysique des Mœurs*, t. 2, Paris, GF, 1994, p. 25).

est susceptible de disposer de la personnalité, si on entend par là la capacité de posséder et d'exercer un droit¹³ ? Dans les sociétés modernes, la réponse à cette question est, sous quelques conditions restrictives : tout être humain actuel ou potentiel en capacité d'agir par lui-même et auquel, corrélativement, des actions puissent être imputées¹⁴. Mais on sait qu'il n'en a pas toujours été ainsi (le droit romain, par exemple, a une définition restrictive de la personnalité, qui est liée à la possession de certaines propriétés statutaires) et on peut conjecturer qu'il n'en sera pas toujours ainsi (rien n'interdisant, en principe, l'attribution de droits à des êtres non humains, voire à des êtres non vivants, si l'on peut établir qu'ils peuvent en un sens agir « par eux-mêmes »). Par ailleurs, on admet communément que la personnalité, alors entendue comme personnalité « morale », peut revenir à des entités non physiques : des associations, des sociétés, l'Etat entendu comme puissance publique sont, comme dit Hobbes, des « choses personnifiées » susceptibles, de ce fait, d'être reconnues comme titulaires de droits, mais aussi comme destinataires de revendications juridiques de la part des individus (les fameux « droits publics subjectifs » de G. Jellinek¹⁵).

On a coutume, notamment en France, de distinguer deux grands types de droits subjectifs qui seraient distincts, voire opposés par leur structure : les « libertés », qui sont des *droits de* faire quelque chose, et les « créances », qui sont des droits de bénéficier d'une prestation, des *droits à*¹⁶. Les droits de l'homme dits de la première génération, ceux qui sont proclamés dans la Déclaration de 1789 (selon l'article 2 : la liberté et la propriété) seraient des droits-libertés, destinés à définir et à protéger la sphère d'autonomie intangible et originaire de l'individu, et requérant l'abstention de toute ingérence extérieure, en particulier de la part de l'Etat.

¹³ G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 36, p. 147 : « La personnalité contient de manière générale la capacité juridique et constitue le concept et l'assise, elle-même abstraite, du droit abstrait ».

¹⁴ I. Kant, *Métaphysique des Mœurs*, t. 1, p. 175 : « une personne est ce sujet dont les actions sont susceptibles d'une *imputation* ».

¹⁵ Voir G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 1892. À propos de la théorie allemande des droits publics subjectifs, voir O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne*, Paris, PUF, 2005, p. 326 *sq.* ; C. Colliot-Thélène, « Pour une politique des droits subjectifs », in *L'Année sociologique*, 59-1, 2009, pp. 243-244.

¹⁶ Voir L. Ferry et A. Renaut, « Droits-libertés et droits-créances », in *Droits*, 2, 1985, pp. 75-84. Cette distinction est attribuée à Sieyès, bien qu'on ne connaisse aucun texte où celui-ci l'aurait faite. En revanche, elle correspond plus ou moins à celle que fait Isaiah Berlin entre « liberté négative » (les droits de, corrélés à l'obligation de non-ingérence d'autrui) et « liberté positive » (les droits à, qui appellent au contraire l'intervention d'autrui). Voir « Two Concepts of Liberty » (1958), in *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969.

La deuxième génération des droits de l’homme, dont la liste n’a cessé de s’élargir¹⁷, se composerait de droits-créances, qui participent d’une autre vision, structurellement opposée à celle qui sous-tend les droits-libertés, puisque leur exercice suppose une intervention externe, notamment de la part de l’Etat. Ce deuxième ensemble, qui inclut principalement les droits sociaux, repose sur une autre vision des rapports entre le titulaire de droits et la collectivité : alors que, du point de vue des droits-libertés, l’individu dispose de façon primaire, « par nature », d’une sphère privée protégée par ces droits, du point de vue des créances, il est avant tout, suivant l’image de Sieyès, un « actionnaire » de « la grande entreprise sociale »¹⁸, les droits apparaissant alors comme les dividendes que celle-ci doit lui verser.

En réalité, du point de vue de la sémantique des droits, cette opposition est moins tranchée qu’on ne le croit souvent. On peut le montrer en s’appuyant sur la typologie élaborée par W. N. Hohfeld, qui a le grand mérite de montrer la fausse simplicité de la notion de droit subjectif, et d’établir de surcroît que chaque type de droit correspond à une acception spécifique de l’idée de liberté¹⁹. Hohfeld distingue quatre classes de droits, qu’il dénomme respectivement *right*, *privilege*, *power* et *immunity*. Chacun de ces types de droit (de *right* en un sens large et indéterminé) a un « corrélat », qui est une forme d’obligation ou de devoir réciproque du droit en question, et un « opposé », plus exactement un contraire. C’est ce que résume le tableau suivant :

<i>Type de droit</i>	<i>Corrélat</i>	<i>Contraire</i>
Right	Duty	No-right
Privilege	No-right	Duty
Power	Liability	Disability
Immunity	Disability	Liability

¹⁷ Quelques étapes : Déclaration des droits de 1793, art. 21 à 23 ; Préambule de la Constitution de 1848 (art. VIII) ; Déclaration des droits de l’homme de 1946, titre II : « Des droits sociaux et économiques ». Dans la Déclaration universelles des droits de l’homme (1948), l’expression « droit à » intervient dans la plupart des articles, et la liste des « créances » est considérablement étendue.

¹⁸ E.-J. Sieyès, « Projet de Déclaration des droits de l’homme » (1789), in S. Rials, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, p. 600.

¹⁹ W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1913-1917), New Haven, Yale University Press, 1964, p. 36 et *sq.*

Un droit *stricto sensu* est une revendication opposable (un *claim-right*, et plus précisément, lorsqu'il s'agit d'un droit juridique, un *claim against*²⁰), dont le corrélat est une obligation (*duty*) de la part d'un tiers, et dont le contraire est l'absence de droit à revendiquer l'objet de ce droit. Par exemple, si j'ai un droit de propriété sur un terrain, autrui a l'obligation de le respecter celle-ci (non-intrusion) ; mais si je n'en suis pas le propriétaire, je n'ai aucun droit à revendiquer cette chose. On peut se demander si un droit-*right* implique *ipso facto* la capacité d'exercer un contrôle sur l'obligation corrélatrice d'autrui, par exemple celle de la lever²¹. En ce cas, tout *right* serait un *power* au sens de Hohfeld (voir ci-dessous). Je ne crois pas que cela soit exact car il peut exister des droits opposables inaliénables, des droits auxquels je ne peux renoncer même volontairement²², comme le droit à la liberté personnelle ou le droit à la dignité, ce qui veut dire que je ne puis lever, même de plein gré, les obligations corrélatives ; tel est le sens de l'arrêt du Conseil d'Etat français proscrivant la pratique du lancer de nains (même consentants et rémunérés)²³. Reste à savoir si un tel droit inaliénable est effectivement un droit juridique, comme l'affirme le Conseil d'Etat en indiquant que le respect de la dignité est une « composante de l'ordre public », ou s'il fait partie, comme la plupart des droits de l'homme, des droits moraux. Ceci renvoie à une discussion sur l'existence et le statut des droits moraux, dans laquelle il n'est pas possible d'entrer ici.

Le terme « privilège » peut induire en erreur, car il ne désigne pas, dans la terminologie de Hohfeld, un droit exorbitant qui serait réservé à un individu ou à une catégorie d'individus mais, comme l'explique J. Waldron²⁴, la « pure et simple liberté » d'accomplir telle ou telle action sans en être empêché. On pourrait parler de « licence », mais Hohfeld se refuse à

²⁰ Voir J. Feinberg, « The nature and value of rights » (1970), in J. Feinberg & J. Coleman (eds.), *Philosophy of Law*, Belmont, Thomson-Wadsworth, 2008, pp. 351 et 355.

²¹ C'est la thèse de Feinberg qui suit sur ce point Hart. Voir J. Feinberg, « In Defense of Moral Rights », p. 42, et H. L. A. Hart, « Bentham on Legal Rights », in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1973, p. 179-180. Voir également Carl Wellman, *A Theory of Rights*, Totowa, Rowman & Allenheld, 1985, p. 91-94.

²² Voir par exemple Hobbes, *Léviathan*, p. 132 : « Il existe certains droits tels qu'on ne peut concevoir qu'aucun homme les ait abandonnés ou transmis par quelque parole que ce soit, ou par d'autres signes ». S'il le fait, « on doit conclure qu'il ignorait comment ces paroles et ces actions devaient être interprétées ».

²³ <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html>. P.-Y. Quiviger m'a éclairé sur la portée de cet arrêt fameux.

²⁴ Voir le commentaire explicatif et critique de la classification hohfeldienne proposé par J. Waldron dans J. Waldron (dir.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 6 *sq.*, ainsi que la critique (sévère) qu'en fait J. Raz dans *The Concept of a Legal System*, p. 179-181.

considérer ces deux termes comme synonymes pour des raisons qui, au demeurant, ne paraissent pas claires, du moins eu égard au sens de ces termes dans la langue française²⁵. Le *privilege* a pour corrélat l'absence de droit (*no-right*), de la part d'autrui, d'entraver l'exercice de cette liberté, et pour contraire l'obligation que j'aurais d'accomplir l'action en question. Par exemple, les « privilèges » que sont ma liberté d'opinion ou de mouvement ont pour corrélat l'absence de droit, de la part d'autrui (autres individus, Etat), de restreindre la jouissance de ces libertés (sauf au cas où la loi prévoit expressément de telles restrictions), et pour contraire, respectivement, l'obligation de professer telle ou telle opinion ou l'assignation à résidence. Le privilège hohfeldien correspond donc de près à l'idée de « liberté négative » au sens d'Isaiah Berlin.

Un « pouvoir » *juridique* est une capacité ou une habilitation à « effectuer un changement au sein d'un rapport de droit donné », une faculté d'agir sur une situation juridique ; ce pouvoir doit bien entendu être distingué du pouvoir physique d'accomplir les actes qu'il autorise. Son corrélat est l'assujettissement (*liability*) d'autrui aux effets de l'exercice de cette capacité, et son contraire est l'incapacité (*disability*) d'agir sur cette situation juridique²⁶. Par exemple, en tant que créancier, j'ai le pouvoir de libérer mon débiteur de sa dette, mais celui-ci, si je ne le fais pas, est assujetti à l'obligation de me rembourser. En revanche, je suis dans l'incapacité de me soustraire à l'obligation de payer l'impôt, à laquelle je suis assujetti en vertu du « privilège » qu'a l'État de le lever ; ce privilège, en l'occurrence, est aussi un « pouvoir », puisque l'Etat peut également libérer certaines catégories de citoyens de cette obligation en instituant des exemptions (niches fiscales).

Enfin, une « immunité » ou une exemption, c'est-à-dire le fait de ne pas être assujetti à une obligation (son contraire est la *liability*, l'assujettissement), a pour corrélat l'incapacité (*disability*) d'autrui (individu ou autorité publique) à me l'imposer aussi longtemps que cette immunité est en vigueur²⁷. Par exemple, dans un Etat pratiquant la conscription, si je suis objecteur de conscience, et pour autant que la loi reconnaisse ce statut, je suis exempté des obligations militaires qui s'appliquent à ma classe d'âge ; en revanche, toujours en fonction de la loi, je peux être assujetti à l'obligation d'accomplir un service civil. L'Etat, de son côté, n'a pas en ce

²⁵ W. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as applied in Judicial Reasoning », p. 49-50.

²⁶ W. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », p. 50-51.

²⁷ W. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », p. 62.

cas le « pouvoir » de m'imposer d'accomplir des obligations militaires (sauf si la loi cesse de reconnaître l'objection de conscience), mais il a celui d'exiger que j'accomplisse un service civil ; ce pouvoir, de surcroît, est de sa part un droit-*right stricto sensu*, puisque je suis non seulement assujéti à ce service, mais obligé juridiquement de l'accomplir.

L'analyse hohfeldienne conduit donc à distinguer quatre acceptions différentes de l'expression « avoir un droit » : revendication opposable, licence (« privilège »), capacité (« pouvoir »), exemption. Leur correspondent quatre conceptions différentes du « devoir » (si on peut employer ce terme en un sens générique) : l'obligation *stricto sensu*, l'absence de droit, l'assujétissement, l'incapacité. Malgré les critiques qu'on peut lui adresser²⁸, la typologie hohfeldienne est un instrument d'analyse précieux, pour cette raison déjà qu'elle met en évidence l'équivocité du concept « grossier » de droit subjectif et la nécessité de distinguer et de combiner diverses conceptions de ce que c'est qu'avoir (ou revendiquer, ou contester) un droit. Elle nous met également sur le chemin d'une définition rigoureuse et restrictive du droit-*right* en indiquant sa propriété caractéristique, que ne partagent pas les trois autres types : *l'opposabilité*. Dans le vocabulaire du droit romain, le droit-*right* est un *jus in re* (ou un *jus ad rem*) ou un *jus in personam*²⁹. La propriété d'un objet (*jus in re*) a pour corrélat l'obligation pour quiconque (X) de ne pas y porter atteinte ; ce droit est universellement opposable. La vente par A d'un objet à B, crée un *jus in personam*, puisqu'elle a pour corrélat l'obligation pour B de régler à A la somme prévue ; ce droit est opposable à un individu particulier, et à lui seul (au moins dans le cas le plus simple). Mais, dans les deux cas, le droit-*right* implique un *rapport actif à autrui*, que ce soit directement (*jus in personam*) ou par la médiation de l'objet sur quoi s'exerce ce droit (*jus in re* ou *ad rem*), et c'est pour cette raison qu'une obligation déterminée lui est toujours corrélée.

Si on applique cette grille de lecture à l'opposition courante des libertés et des créances, on s'aperçoit aussitôt du caractère simpliste de celle-ci. En effet, les droits-libertés sont pour une part des « privilèges » hohfeldiens, c'est-à-dire de pures libertés dont le corrélat est l'absence de tout droit de la part d'autrui à s'opposer à leur exercice. Par exemple, j'ai le

²⁸ Voir J. Waldron, *Theories of Rights*, p. 8-11.

²⁹ W. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », p. 67 *sq.* Le juriste américain, qui parle de *jus in rem*, néglige la différence faite en droit romain entre *jus ad rem* (droit aux utilités, droit d'usage : cas du locataire) et *jus in re* (droit à la pleine possession de la chose elle-même : propriété) ; mais cette imprécision n'affecte pas la validité de son raisonnement.

« privilège » (la liberté, le « droit ») de me déplacer ou de m'exprimer librement (sous réserve que des dispositions légales ne restreignent pas l'un ou l'autre : je n'ai pas le « privilège » de me rendre dans une base militaire pour y passer mes vacances ou de tenir publiquement des propos discriminatoires envers telle ou telle catégorie de personnes, si la loi l'interdit). Mais les droits-libertés sont aussi, pour une autre part, des « pouvoirs » hohfeldiens. Par exemple, j'ai le pouvoir de renoncer à la propriété d'une chose ou au bénéfice de certaines prestations prévues par la loi, et autrui est alors tenu par ma décision ; on ne peut m'obliger à renoncer à faire don de mes biens à un quidam, sauf si mes ayant-droits peuvent établir mon incapacité d'exercer ce pouvoir (« irresponsabilité » au sens juridique). Quant aux droits-créances, ce sont pour la plupart des *rights* hohfeldiens, c'est-à-dire des revendications juridiques présumées légitimes (*legal claims*) dont le corrélat est l'obligation, de la part d'autrui (qu'il s'agisse d'un individu, d'un groupe d'individus ou de la personne publique), d'accepter ou même de favoriser l'exercice de ce droit. Par exemple, si l'enfant a un droit reconnu à l'éducation, alors ses parents et la société ont (sous peine de sanction) l'obligation de permettre qu'il soit exercé ; ils ont donc l'obligation de l'éduquer et de le scolariser. Mais certains droits-créances parfois revendiqués sont plutôt des « privilèges » : si j'ai un droit au bonheur ou à la paresse, cela signifie normalement non pas qu'autrui ou la société ont l'obligation de me rendre heureux ou oisif, mais plutôt qu'on n'a pas le droit de faire obstacle à ma légitime quête du bonheur ou du repos. De plus, certaines « créances » sont susceptibles de recevoir plusieurs interprétations hohfeldiennes. Ainsi, le « droit au travail » peut être entendu comme un droit strict, ayant pour corrélat une obligation pour la société de me fournir un emploi ; il convient alors que la puissance publique prenne des dispositions garantissant un tel emploi à chacun (les « ateliers nationaux » de 1848). Ou bien, dans une optique opposée, il peut être compris comme un « privilège », dont le corrélat est alors l'absence de droit, de la part d'autrui ou de la société, de m'interdire de travailler à l'âge de douze ou de quatre-vingts ans, si cela me chante. Même si le trait est forcé, on voit clairement à partir d'un tel exemple que l'interprétation des droits ne relève pas seulement de la sémantique ou de la pragmatique du langage juridique ; elle engage souvent des choix politiques.

Jusqu'à présent, il a été question des droits pour en dégager la structure et les variétés, en laissant en suspens la question de la justification de ces droits, c'est-à-dire des *raisons* pour lesquels ils sont revendiqués (qu'il faut évidemment distinguer des *causes* expliquant pourquoi il peut y avoir des droits) et des *critères* de la validité de cette revendication. C'est ici

que s'affrontent, traditionnellement, les deux paradigmes jusnaturaliste et juspositiviste dont il a été question plus haut. A l'intérieur même du camp positiviste, diverses justifications des droits sont en concurrence. Une conception classique – elle remonte à la fameuse thèse de Jhering selon laquelle « un droit est un intérêt juridiquement protégé »³⁰ – justifie les droits par les « intérêts » reconnus qu'ils expriment ; une autre, défendue notamment par Hart, considère qu'un droit est justifié lorsqu'une règle socialement acceptée définit l'espace des choix ouverts au titulaire de ces droits, tout « droit » étant en ce sens une libre option juridiquement protégée³¹ ; ou bien (c'est une variante de la conception de Hart) on dira que j'ai un droit lorsque je suis habilité à accomplir une action que peut-être il ne faudrait pas accomplir³². Mais, dans tous les cas, l'intérêt ou la règle doivent être *reconnus* pour créer des droits ; et cette reconnaissance est, globalement parlant, un phénomène institutionnel. Je vais donc examiner si une définition des droits, ou de certains droits, dans le cadre d'institutions permet de définir une variante du juspositivisme échappant aux critiques que l'on adresse généralement (notamment chez les philosophes de métier) à cette orientation. Pour ce faire, il faut d'abord définir ce qu'est une institution juridique.

II. Des institutions

Qu'est-ce qu'une institution ? On peut en proposer la définition suivante : une institution est un système normatif coordonnant de manière durable, mais pas nécessairement concertée, les actions d'individus ou de groupes auxquels elle assigne un statut et/ou un rôle (qu'il s'agisse des « agents » de l'institution, de ses « usagers » ou de ses « destinataires »), lorsque ces actions sont relatives à un certain but (à une « idée ») qui est défini de manière objective, c'est-à-dire indépendamment des représentations et des attentes des individus et des groupes concernés. Une institution peut (mais ne doit pas nécessairement) être organisée selon des règles explicites (des « statuts » ou des « règles régulatrices »). Elle peut

³⁰ R. Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (3^e édition), Leipzig, 1877, 3^e partie, section 1, § 60, p. 327.

³¹ Cette thèse est connue sous le nom de « choice theory of rights ». Voir H. L. A. Hart, « Definition and Theory in Jurisprudence », in *Hart, Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 35, et *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982, p. 166-167 et 188-189.

³² J. Raz, « A Right to Dissent? », in J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 266. Raz observe que, pour *bien* agir, il n'y a pas besoin d'avoir un droit à cela !

aussi (mais ne doit pas nécessairement) posséder certaines caractéristiques usuellement attribuées aux individus, comme la « personnalité » ou la « volonté », de telle sorte que, sous certaines conditions, elle peut être et agir comme un individu (appelons cela leur quasi-individualité). Enfin, son origine n'est pas à chercher dans un événement naturel (elle n'est pas un *brute fact* au sens d'Anscombe³³) mais dans une « règle constitutive » (Searle³⁴) ou une « règle institutive » (McCormick³⁵), de nature sociale, qui provoque son existence et ses actualisations, et qui peut être réelle ou mythique, voire découler elle-même de l'existence ou de l'activité d'une autre institution.

Différents aspects des « faits institutionnels », suggérés par la définition précédente, méritent d'être soulignés. Tout d'abord, les institutions ont une vocation ou du moins des implications normatives : elles ont pour « fonction », souvent pour raison d'être, en tout cas pour effet de prescrire, interdire ou autoriser des classes d'actions qui seront considérées comme bonnes, néfastes ou acceptables dans le contexte de l'institution en question. Par exemple, s'agissant de l'institution scolaire, elle prescrit certains comportements et en interdit d'autres aux différents types d'agents ou d'institutions de rang 2 auxquels cette institution confère un statut ou un rôle : enseignants, élèves, parents, associations, syndicats, collectivités locales, Etat. Pour le dire autrement : les institutions ne provoquent pas nécessairement des actions (elles le font parfois), elles génèrent du « devoir-être » : des obligations, des règles statutaires ou qui découlent de certaines conventions régulatrices tacites (« normes informelles »).

Deuxième aspect caractéristique des institutions : elles s'orientent et s'organisent d'après une « idée » (« l'idée de l'œuvre à réaliser dans un groupement social », dit Hauriou : il prend pour exemple, pour l'institution administrative, l'idée de service public) ; ce qui veut dire, réciproquement, que l'institution est une idée faite chose ou acte³⁶. Cette idée (toujours en suivant Hauriou) n'est pas à proprement parler le « but » de l'entreprise

³³ Voir G. E. M. Anscombe, « On Brute Facts », in *Analysis*, 18-1, 1958, p. 69-72. L'article n'emploie pas l'expression « institutional facts », mais parle de faits « in the context of institutions », en les distinguant des « brute facts ».

³⁴ R. Searle, *Les actes de langage*, Paris, Hermann, 1972, p. 91-94 ; *La construction de la réalité sociale*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 45-46 et 64 sq.

³⁵ N. McCormick, « Le droit comme fait institutionnel », in N. McCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Bruxelles-Paris, Kluwer-L.G.D.J., 1992, p. 54 sq. ; *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 11-14 et p. 36.

³⁶ M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 68.

institutionnelle, ni sa « fonction », mais son « objet » ; non ce à quoi elle vise, ni ce à quoi elle sert, mais ce en vue de quoi elle est³⁷. De surcroît, cette idée a un caractère objectif, voire une « nature objective »³⁸, ce qui signifie qu'elle n'est pas l'idée que quelqu'un ou un groupe de personnes habilitées aurait (un « concept subjectif ») mais une idée possédant une existence *per se*, concrétisée par la vie actuelle de l'institution (et pas forcément, si ce n'est à l'état latent ou comme « arrière-fond », dans les représentations de ses agents) : elle est ce qui constitue « l'individualité objective » de l'institution³⁹. On peut illustrer ce motif à l'aide de la distinction que fait Hegel – un des grands ancêtres de la pensée institutionnaliste – entre l'idée que les hommes « ont » (et qui n'est souvent « qu'une idée », c'est-à-dire, en termes hégéliens : une « représentation ») et celle qu'ils « sont », l'idée qui est incorporée dans leur mode collectif d'être, de parler et d'agir, et signifiée par lui⁴⁰. Cette « idée » déposée dans des institutions exprime de façon suggestive la nature particulière de ce que Hegel nomme « esprit objectif », un « esprit » déposé dans les lois, les mœurs et les institutions avant de l'être dans les consciences, elle est, comme le dit Durkheim de cette manière d'être qu'est le fait social, « générale dans l'étendue d'une société donnée tout en ayant une existence propre, indépendante de ses manifestations individuelles »⁴¹.

Troisième caractère d'une institution : la durabilité⁴². Chez leurs agents, la conscience de cette durabilité des institutions, renforcée par le fait qu'elles échappent largement aux prises de ceux qui voudraient les transformer (quoique, en fait, elles se transforment constamment), se traduit par le fait que leur origine présumée se perd souvent dans la nuit des temps ; dans les sociétés traditionnelles, elle ne trouve à se dire que dans la langue du mythe (ces mythologies fondatrices dont abondent les cultures) et dans les rituels grâce auxquels elles s'assurent de leur identité en sacrifiant les institutions jugées fondamentales, comme le mariage⁴³. Pour ses agents,

³⁷ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation » (1925), in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre, la liberté*, rééd. Caen, Presses Universitaires de Caen, 1986, pp. 98-100.

³⁸ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », p. 101.

³⁹ M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », p. 135 et *passim*.

⁴⁰ G. W. F. Hegel, *Encyclopédie*, § 482 Remarque, p. 279.

⁴¹ E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1999, p. 14.

⁴² Voir M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », p. 89 : « les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel ».

⁴³ À propos du mariage (et de l'agriculture) comme institution, voir Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, § 203 Remarque, p. 294.

l'institution n'est « le fait » de personne (si ce n'est peut-être d'un héros mythique) ; elle est, veut-on croire, toujours déjà là. C'est vrai en particulier des institutions juridiques, des *Rechtsinstitute* qui, indique Savigny, sont présumés par les rapports de droit effectifs et par les règles du droit objectif⁴⁴ : l'institution juridique de la propriété (« l'idée » de propriété) précède logiquement les rapports juridiques relatifs à la propriété (acquisition, vente, location, héritage...) et les règles qui s'y appliquent et permettent de trancher les litiges qui surviennent dans le commerce juridique.

Quatrième caractère distinctif : les actes susceptibles de se produire au sein d'une institution et conformément à son « idée » sont, pour employer de nouveau le vocabulaire d'Hauriou, des « opérations à procédure » ritualisées, comme on le voit tout particulièrement dans le cas du très ancien droit romain, où la validité juridique des actes était suspendue, dans le cadre de la « procédure formulaire », au prononcé de certaines phrases conventionnelles. Bien entendu, en un sens, tout acte juridique est formalisé ; mais c'est seulement dans le contexte d'institutions vivantes (c'est-à-dire bénéficiant de l'adhésion pratique des individus et des groupements concernés) que la procédure, « discipline objective » de l'institution et « rythme » de sa « vie »⁴⁵, qualifie par elle-même la juridicité de l'acte, en ce qu'elle requiert une « adhésion au fait ». Cette procéduralisation est capitale, car elle assure l'identité objective de l'institution et permet d'éviter le recours à la fiction selon laquelle, derrière tout acte, et notamment derrière tout acte « collectif », il y a forcément une « volonté » ou une « intention »⁴⁶. Par exemple, dans le cas de l'institution de l'élection, « l'adhésion au fait » (j'accepte l'institution dès l'instant où je prends part à la procédure en votant ou en m'inscrivant sur les listes électorales) explique bien mieux que je puisse (et doive) reconnaître la validité du résultat, quand bien même il contredit ma propre opinion exprimée, que le raisonnement selon lequel, en votant autrement que la majorité, j'aurais simplement commis une erreur d'analyse quant au contenu effectif de la volonté générale⁴⁷.

⁴⁴ F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Buch 1, Berlin, Veit, 1840 (rééd. Aalen, Scientia, 1981), Kapitel 1, § 5, pp. 9-10.

⁴⁵ M. Hauriou, « L'institution et le droit statutaire », pp. 152 et 154.

⁴⁶ Sans aller jusqu'à invoquer dans ce contexte la critique nietzschéenne de la liberté de la volonté, on peut se référer à ce sujet à la thèse, assumée comme « grossière », qu'E. Anscombe oppose à « l'absurdité » du psychologisme ordinaire : « en gros, l'intention d'un homme, c'est son action » (*L'intention*, Paris, Gallimard, 2002, § 25, p. 92).

⁴⁷ Ce point de vue est celui de Rousseau. Voir *Du contrat social*, Paris, GF, 2001, livre IV, chap. 2, p. 147.

De surcroît, une distinction doit être faite entre les institutions qui disposent seulement d'une individualité objective et celles qui peuvent accéder à une identité « subjective » et au statut de personne (« morale »). C'est toute la différence entre la propriété ou le mariage, qui sont des « institutions-choses », et les associations ou corporations, qui sont des « institutions-personnes »⁴⁸. Contrairement à la langue juridique allemande, la langue française n'offre malheureusement pas la possibilité, de distinguer entre *Rechtsinstitute* (les « instituts » de droit : ce sont les institutions-choses d'Hauriou) et *Institutionen* (les institutions au sens usuel du terme : les institutions corporatives ou institutions-personnes, chez lesquelles l'individualité objective « passe à l'état subjectif »). Pourtant, cette distinction est importante, parce que l'on a fréquemment tendance à confondre institution et institution personnifiée, et du même coup à valoriser la dimension « subjective » de la personnalité au détriment de l'objectivité fondamentale de l'institution et de son « idée directrice ». On s'intéresse ici aussi bien aux institutions-choses (qui relèvent souvent, mais pas uniquement, du droit privé) qu'aux institutions personnifiées du droit public (mais il en existe aussi dans le droit privé : cas de la société anonyme). Toutefois, les premières retiendront particulièrement l'attention, car c'est d'abord sur ce terrain que peut se justifier une approche institutionnelle des droits subjectifs. Il reste que, dans les deux cas, on a bien affaire à des institutions dotées des quatre caractères distinctifs qui ont été évoqués : normativité, idéalité objective, durée, procéduralisation.

III. Les droits comme faits normatifs institutionnels

Rappelons ce qui incite à concevoir les droits, du moins certains d'entre eux, comme des « faits institutionnels » : l'espoir d'échapper à l'alternative, souvent présentée comme inéluctable, entre une conception jusnaturaliste des droits (au moins de ceux d'entre eux qui sont considérés comme fondamentaux, inaliénables, imprescriptibles) et une conception rigidement positiviste (les seuls vrais droits sont ceux que reconnaît la loi ordinaire et/ou constitutionnelle : c'est la position du *hard positivism*, à laquelle on préfère ici l'option choisie par Hart lui-même, celle du *soft positivism*⁴⁹). On observera d'ailleurs au passage que ces deux conceptions

⁴⁸ M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », pp. 96-97.

⁴⁹ Sur la distinction, faite en réponse aux « attaques » de R. Dworkin (voir *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 79), entre *hard positivism* et *soft positivism* (dont une spécification est celle que font W. Waluchow et J. Coleman entre *inclusive* et *exclusive positivism*), voir notamment H. L. A. Hart, « Postscript », in *The Concept of Law*, p. 250-

antithétiques partagent probablement une même épistémologie consistant à concevoir les normes comme des « brute facts » au sens d'Anscombe. Ce qui ouvre la voie à cette approche institutionnelle des droits, c'est l'observation de Savigny selon laquelle les institutions juridiques (*Rechtsinstitute*) sont toujours déjà présupposées par tout rapport de droit donné, ce qui ne veut évidemment pas dire qu'elles sont là de toute éternité (sans quoi on aurait simplement déplacé vers les institutions le point d'application du point de vue jusnaturaliste), mais qu'on doit les supposer *déjà là* pour pouvoir apprécier juridiquement (normativement) une situation. Prenons un exemple sommaire. A vend un objet à B ; sitôt l'accord conclu selon la procédure en vigueur (sauf au cas où cet accord prévoit un délai de livraison ou lorsqu'il réserve au vendeur l'usage du bien pour un laps de temps défini : cas de la vente viagère), A doit donc remettre l'objet à B, lequel (sous les mêmes conditions) doit payer à A la somme convenue. En outre, A s'engage à ce que l'objet vendu présente bien les propriétés portées à la connaissance de B au moment du contrat (pas de « vices cachés »), et B à effectuer le paiement « en bonne monnaie » (en monnaie de singe), dans les conditions fixées par l'accord (par exemple : sous trente jours), sous peine de pénalités ou de poursuites. Dans leur détail, ces conditions relèvent du droit positif des contrats, qui fixe les principes permettant d'établir des « conditions générales de vente ». Mais l'institution « contrat » elle-même est présupposée comme donnée, tout comme, *a fortiori*, l'institution juridique sans laquelle l'idée même de contrat de droit privé est privée de sens : la propriété. Et, même si l'on peut établir que le concept de propriété ne renvoie pas à une « essence unique »⁵⁰, il n'en reste pas moins que l'idée de cette institution, de quelque manière qu'elle soit interprétée, précède logiquement toutes les dispositions, générales et particulières, qui sont engagées par le rapport de droit unissant A et B. Il ne s'agit pas ici (ou pas encore) de répondre à la « question des fondements »⁵¹, autrement dit de justifier l'adoption de tel ou tel modèle d'interprétation de l'institution, mais tout simplement de prendre acte du fait que si le droit s'exprime à travers

254 ; J. Coleman, « Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis », in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, p. 99 sq. ; B. Leiter, « Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analyse », in *Hart's Postscript*, p. 355-370 ; J. Raz, « Legal Positivism and the Sources of Law », in *The Authority of Law*, p. 37-77 ; J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 162-170 ; S. Shapiro, « On Hart's Way Out », in *Hart's Postscript*, p. 149-191 ; W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁵⁰ C'est la thèse de M. Xifaras. Voir *La propriété. Étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 485.

⁵¹ M. Xifaras, *La propriété*, p. 484.

des rapports engageant des personnes, ces rapports n'ont de sens, et par conséquent ne deviennent juridiquement opératoires que dans le cadre d'une institution de droit ou (le plus souvent) d'un réseau ou « système » d'institutions juridiques.

Cette remarque très générale (les rapports de droit s'inscrivent dans le cadre d'une institution-chose, sinon forcément dans celui d'une institution-arrangement ou d'un agencement institutionnel⁵²) conduit à faire l'observation suivante : que ce soit dans le cas du contrat ou dans celui de la propriété elle-même, les droits et les obligations des différents acteurs doivent non seulement être déterminés et inter-compatibles, mais aussi être justifiables à partir de « l'idée directrice » de l'institution, sous laquelle toute la configuration normative en cause (le « droit de la propriété », le « droit des contrats ») doit en principe être intégralement subsumable, sans contradictions ni aberrations. Si, par exemple, on considère qu'il existe dans le droit positif français trois modèles distincts et irréductibles de la propriété⁵³, alors il convient de s'assurer, lorsque l'un d'eux est adopté (pour des raisons qui ne sont pas forcément de part en part juridiques), que toutes les dispositions juridiques relatives à la propriété et à son transfert, et notamment les droits et obligations des divers acteurs concernés, seront pleinement conformes au modèle adopté : ceux du propriétaire, de l'acheteur, du vendeur, du bailleur, du locataire *etc.*, ne seront pas définis de manière identique, conceptuellement parlant, si on se situe dans le cadre de l'un ou de l'autre de ces modèles.

Ce qui vient d'être dit concerne les dispositions (toujours révisables) du droit positif (ici, le droit « objectif » de la propriété) et conduit à formuler une exigence simple de cohérence interne : relativement à un même objet (par exemple : la vente), elles doivent procéder d'une même idée de l'institution ou des institutions (par exemple : le contrat, la propriété) dans le cadre de laquelle ou desquelles cet objet doit avoir une signification et des effets juridiques déterminés. C'est ce que fait périodiquement le droit positif qui, par la voie de la législation ou celle de la jurisprudence, « met en ordre » ses dispositions relatives à un objet ou à un domaine. Mais on peut faire un pas de plus et se demander s'il existe des droits-*rights*, au sens précis défini plus haut (droits opposables *in personam*, *ad rem* ou *in re*,

⁵² Cette distinction est faite par N. McCormick (qui lui-même s'appuie sur la distinction que fait Hauriou entre institution-personne et institution-chose) dans *Institutions of Law*, pp. 34-36.

⁵³ C'est la thèse défendue par M. Xifaras dans *La propriété*, où les trois modèles concurrents sont dénommés maîtrise souveraine, appartenance patrimoniale et réservation de jouissance.

assortis d'obligations corrélatives, et distincts des pouvoirs, « privilèges » et immunités), qui seraient inhérents à l'institution elle-même, c'est-à-dire qui seraient tels que leur révision ou leur abandon équivaldrait à la disparition ou à la « neutralisation » de son idée. La réponse à cette question passe, au moins dans un premier temps, par un examen historique et comparatif : peut-on plausiblement inférer des exemples que l'on connaît de l'institution « propriété » ou de l'institution « contrat » l'existence d'invariants non triviaux (du type : pour qu'il y ait contrat, il faut au moins deux contractants)⁵⁴ ? Si ce n'est pas le cas, il n'y a pas lieu de persévérer dans cette voie. Mais s'il apparaît que « l'idée directrice » qui organise l'institution de la propriété (ou celle du contrat) comporte bien des caractères invariants, parmi lesquels des revendications opposables (des droits), il y aura lieu de s'efforcer de « déduire » ceux-ci, en un sens quasi-kantien. Il est vrai qu'il est incomparablement plus difficile de définir cet invariant *a priori* que de constater l'existence d'invariants de fait. Mais, sans forcément adopter la perspective phénoménologique qui était celle de ce disciple de Husserl, on pourrait peut-être prendre exemple de la façon dont Adolf Reinach cherchait à élaborer une théorie *a priori* du droit civil à partir de l'élucidation des présupposés conceptuels (prétention, obligation) et de « l'acte social » fondateur (la promesse) de l'idée même de rapport de droit⁵⁵. Certes, Reinach lui-même s'est, de son propre aveu, arrêté en chemin dans sa tentative de description « pure » de l'idée de droit subjectif⁵⁶. Mais, si on se convainc de ce que le noyau dur de ce qu'il dénomme « formation juridique » correspond à ce qui est nommé ici institution, son investigation sur « l'essence des formations juridiques »⁵⁷ peut nous mettre sur la voie d'une théorie conceptuelle (*i. e.* non descriptive au sens trivial du terme) des droits comme faits institutionnels. Cela veut-il dire qu'une telle conception du droit subjectif comme « variable liée » d'une configuration institutionnelle pérenne implique qu'on adopte une posture

⁵⁴ On recourt ici à la distinction que fait McCormick entre une institution (le contrat) et les exemples de cette institution (« Le droit comme fait institutionnel », p. 57-58), bien que, conceptuellement, elle ne soit guère satisfaisante : qu'est-ce en effet qu'une institution séparée de ses réalisations effectives, si ce n'est une « essence » abstraite, impuissante à produire les effets normatifs par lesquels se signale toute institution véritable ?

⁵⁵ Voir A. Reinach, *Les fondements a priori du droit civil* (1913), Paris, Vrin, 2004. Il est à noter que lorsque Reinach définit les concepts *a priori* engagés par une théorie « pure » de l'acte juridique (prétention, obligation, promesse), il retrouve les composantes fondamentales du droit subjectif *stricto sensu*, puisque son concept d'obligation (*Anspruch*), corrélé à celui d'obligation, correspond de près à celui de *right* au sens hohfeldien.

⁵⁶ A. Reinach, *Les fondements a priori du droit civil*, p. 110.

⁵⁷ A. Reinach, *Les fondements a priori du droit civil*, p.143.

transcendantale ? Je ne crois pas que cette option soit nécessaire, car il est sans doute possible de soumettre le motif transcendantal husserlien, tel qu'il est à l'œuvre dans l'écrit de Reinach, à la même conversion à l'immanence que Hegel fait subir au transcendantalisme kantien. Dès lors, l'*idée* de droit subjectif ne serait plus à entendre, à la manière de Reinach, comme relevant du système des présuppositions pures et *a priori* (résidant dans une mystérieuse « région des essences juridiques ») du droit positif. Elle serait plutôt ce qui fait qu'un droit subjectif peut être à la fois *rationnel* et *effectif*, conceptuel et positif : non pas une essence séparée de ses manifestations, mais ce qui, au cœur du droit positif (en l'occurrence : des droits et obligations que celui-ci attribue aux partenaires d'un rapport de droit noué dans le cadre d'une institution déterminée, par exemple la propriété), en forme le noyau de rationalité, – une idée, cette fois au sens hégélien du terme⁵⁸.

Tout ceci peut sembler bien abstrait et spéculatif. C'est pourquoi j'aimerais, pour finir, revenir à un exemple concret d'approche institutionnaliste des droits. Il s'agit de la théorie des « garanties institutionnelles » développée par Carl Schmitt vers 1930⁵⁹. Contrairement aux considérations précédentes, qui concernaient plutôt des institutions-choses (propriété, contrat), cette théorie, élaborée à l'occasion d'une expertise portant sur une question technique de droit administratif, est relative à une institution personnifiée (une institution corporative au sens de Hauriou), en l'occurrence l'administration publique : elle concerne en effet le statut des « droits acquis » des fonctionnaires. Ni l'objet immédiat de la discussion, ni la réponse de Schmitt ne nous intéressent ici particulièrement ; en revanche, l'instrument forgé à ce propos, la notion de « garantie institutionnelle », est une contribution significative à une conception institutionnaliste de droits subjectifs. Cette notion désigne en effet ceux des droits subjectifs qui ne sont pas, contrairement aux libertés fondamentales, attachées à l'individu en tant que tel, mais à une position statutaire occupée au sein d'une institution : par exemple, la garantie de l'emploi reconnue aux fonctionnaires, ou bien les libertés académiques garanties aux universitaires. Schmitt admet que de telles garanties jouissent d'un statut spécial qui les met à l'abri de l'arbitraire du gouvernement et

⁵⁸ L'idée, au sens particulier où Hegel emploie ce mot, n'est pas, écrit-il, « assez impuissante pour devoir être seulement » (*Encyclopédie*, 1. *La science de la logique*, Paris, Vrin, 1970, § 6 Remarque, p. 170).

⁵⁹ Voir C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien » (1931), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pp. 140-171 ; « Grundrechte und Grundpflichten » (1932), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, pp. 181-230.

même du législateur. Mais ce ne sont pas non plus des droits constitutionnels « ordinaires », comme les libertés fondamentales, car ils sont, affirme Schmitt, corrélés à des obligations non pas seulement de la part du destinataire de leur revendication (la hiérarchie administrative, le gouvernement), mais aussi de la part des titulaires de ces droits eux-mêmes : l'obligation de réserve, par exemple. Ce couplage entre droit(s) subjectif(s) et obligation(s) est, affirme Schmitt, le seul moyen d'éviter que les garanties institutionnelles se transforment en « privilèges exorbitants » qui seraient impartis à une caste⁶⁰ ; mais il révèle une dissymétrie structurelle entre les libertés fondamentales (qui, d'après Schmitt, ne sont assorties d'aucune obligation et sont indépendantes de toute position statutaire) et les garanties liées à un statut dans le cadre d'une institution (en l'occurrence, une institution publique personnifiée, l'administration). De surcroît, cette dissymétrie traduit en fait une hiérarchie : les garanties institutionnelles ayant un caractère dérogoire, ou plus exactement « connexe et complémentaire »⁶¹, elles *présupposent* logiquement les libertés fondamentales et doivent donc leur être subordonnées. Une vision, somme toute, assez classiquement libérale des droits, qui peut surprendre de la part d'un auteur aussi peu suspect de tendresse pour le libéralisme.

Quel parti tirer de telles analyses ? Elles indiquent peut-être une voie permettant non pas d'écarter la vision traditionnellement libérale des droits _ qui pêche, à tout le moins, en ce qu'elle ne prête pas suffisamment attention aux différences structurales mises en évidence par Hohfeld _ mais de montrer que les « droits libéraux », ainsi qu'on peut grossièrement qualifier les libertés fondamentales, ne font sens qu'à être mis en réseau avec d'autres types de droits qui pour une partie d'entre eux doivent être pensés comme des normes (et non pas seulement des « garanties ») institutionnelles, à condition toutefois d'élargir considérablement l'extension de cette notion. En effet, dans ses considérations sur les garanties institutionnelles, Schmitt paraît convaincu que cette notion s'applique de manière préférentielle, voire exclusive, aux institutions publiques (*Institutionen*) et non aux « instituts » de droit privé (*Rechtsinstitute*), pour cette raison que « les droits fondamentaux [...] sont des droits de liberté », et que « la liberté personnelle n'est pas un

⁶⁰ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien », p. 159.

⁶¹ C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien », p. 171. Schmitt indique que cette expression est empruntée au théoricien « austro-marxiste » Karl Renner (*Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1929), qui développe une approche quasi-institutionnaliste des « institutions-choses ».

Rechtsinstitut »⁶². Toutefois, en assouplissant cette prémisse, ce que Schmitt fait d'ailleurs lui-même en indiquant que les droits fondamentaux de liberté eux-mêmes sont environnés et étayés par des « garanties connexes et complémentaires », on pourrait aboutir à un élargissement significatif de l'idée de droit subjectif institutionnalisé.

⁶² C. Schmitt, « Freiheitsrechte und institutionelle Garantien », p. 167.