QUADERNI FIORENTINI
per la storia del pensiero giuridico moderno

50

(2021)

Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze

TOMO I

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ANDREA SALVATORE

AL LIMITE ESTREMO. L'ISTITUZIONALISMO GIURIDICO DI MAURICE HAURIOU

1. Anti-sociologia dell'istituzione. — 2. Il cammino dell'istituzione. — 3. L'istituzione come archetipo giuridico. — 4. Anatomia dell'istituzione. — 5. Le colonne d'Ercole del diritto.

1. *Anti-sociologia dell'istituzione.*

La teoria dell'istituzione di Maurice Hauriou va anzitutto intesa come una proposta di inquadramento in termini *essenzialmente giuridici* delle diversissime forme in cui, al pieno dispiegarsi della società di massa (vale a dire, tra fine Ottocento e i primissimi anni del Novecento), un sociale sempre più plurale e stratificato dà vita ad aggregati sociali e intraprese collettive che mutano radicalmente le dinamiche della vita pubblica e la stessa struttura ordinamentale assicurata, e al contempo incarnata, dallo Stato. In questo senso, l'obiettivo di Hauriou è duplice. Per un verso, si tratta di guadagnare alla causa giuridica le nuove forme (debitamente riarticolate) tramite cui si dà vita a gruppi sociali di molto varia natura (partiti, associazioni, club, sindacati, circoli, comitati, società per azioni), fornendo della loro origine, proliferazione e rilevanza un resoconto del tutto irriducibile a quello approntato da coevi e concorrenziali tentativi di dar conto del medesimo fenomeno da parte di altre scienze sociali (su tutte, le varie scuole sociologiche, a loro volta in fortissima concorrenza interna, ma sufficientemente concordi nel ritenere il lemma *scienza giuridica*, tanto più se non confinata ai testi di legge, una contraddizione in termini). Per altro verso, riconoscere la rilevanza delle nuove forme di aggregazione per la più ampia teoria giuspubblicistica richiede e implica un'accorta opera di filtro: il riconoscimento della personalità giuridica di tali forme — questa, in ultima istanza, la dibattutissima e contesissima

posta in gioco — potrà darsi soltanto a condizione di una dirimente ed esclusiva delineazione delle procedure e delle modalità tramite cui individui irrelati danno vita a intraprese collettive che forniscono loro nuovi ruoli e nuove identità sociali. Si tratta dunque — questione capitale, come è evidente — di aprire il diritto alla vibrante ricchezza e alla inesauribile pluralità del sociale, prevenendo al contempo una implosione della tenuta ordinamentale del primo a motivo dell'irruenza centrifuga del secondo, potenzialmente distruttiva se non debitamente regolata.

Quando Hauriou muove i primi meno malcerti passi verso il concetto di istituzione (siamo, lo vedremo nel prossimo paragrafo, nel 1906), il campo scientifico, specie per quanto riguarda l'inquadramento del nuovo ruolo dei diversi aggregati collettivi sulla scena pubblica, è dominato dal positivismo, e in particolare da quella specifica declinazione di esso che va sotto il nome di « psicologia collettiva » o, secondo una dizione ancor più indicativa, « psicologia delle folle ». Per capire compiutamente non solo l'origine della teoria dell'istituzione di Hauriou (per questo aspetto ancor più di quella di Santi Romano), ma anche lo sviluppo e l'articolazione della stessa, è assolutamente fondamentale tener presente che fino a quel momento la partecipazione delle masse alla vita pubblica, finanche non-statale, era inquadrata in parte niente affatto minoritaria delle scienze sociali come un fenomeno al più inevitabile, raramente raccomandabile e in ogni caso piuttosto rischioso, se non distruttivo, dacché caratterizzato da dinamiche sostanzialmente incontrollabili. Non solo: con la parziale eccezione delle forme di partecipazione politica elettorale, il riversarsi delle masse nello spazio pubblico era da più parti diagnosticato come il chiarissimo sintomo di una evidente degenerazione, ancor più che decadenza, della vita associata. Le irresistibili tendenze aggregative, unitamente all'imponente emergere di una pluralità di gruppi sociali, erano interpretate anzitutto come l'esito ineluttabile di una perdita del senso e del valore dell'individualità, di cui singoli ormai incapaci di agire in autonomia erano tanto l'esito ultimo quanto gli involontari acceleratori. Secondo la prospettiva in discussione, nella società di massa, insomma, l'individuo è destinato a scomparire, mentre un indistinto magma collettivistico rischia di far implodere ogni forma di regolazione sociale. Come vedremo, la teoria dell'istituzione di Hauriou si

intende anzitutto come un deliberato controcanto a tale prospettiva: la vita istituzionale non solo permette una compiuta realizzazione delle potenzialità sociali del singolo, ma al contempo, lungi dal minarne le fondamenta, rinsalda l'edificio statale, puntellandolo e ancorandolo a corpi intermedi che ne rafforzano la rete di rapporti che esso ha, e non può permettersi di non avere, con i singoli individui nei loro vari contesti di azione.

Non sarà inutile a tal riguardo rimarcare il fatto che la psicologia delle folle e l'istituzionalismo giuridico condividono le medesime patrie, Francia e Italia, e si contendono il campo in un arco di tempo in parte sovrapponibile. Come accennato, tuttavia, le convergenze, indice comunque di una questione tanto sentita quanto condivisa, finiscono qui. Per i teorici della psicologia delle folle, infatti, gli aggregati sovra-individuali, cui non si disconoscono affatto il carattere innovativo e il ruolo da protagonisti nella vita pubblica, si caratterizzano per una costitutiva irrazionalità: la folla è istintiva, emotiva, volubile, imprevedibile, incapace di controllarsi. All'interno di qualsivoglia folla, non è possibile né discussione né dissenso né mediazione: l'individuo e i suoi caratteri distintivi (iniziativa autonoma, intraprendenza, capacità di riflessione, libero arbitrio, ponderazione, auto-controllo) vanno completamente e irrimediabilmente persi. La folla è la riemersione del selvaggio (e, nel suo abbandono a una irriflessa forza inerziale che spinge all'aggregazione, del servaggio) all'interno della civiltà, il ritorno del primitivo rimosso, il contagio mimetico che annulla la specificità di ciascuno in una indistinzione sovra-individuale che rende incapaci di agire consapevolmente. La psicologia delle folle, come detto, non manca di rilevare il carattere distintivo e innovativo di tali aggregati: a differenza delle ben più attestate nozioni di razza e nazione, la folla non ha un fondamento dato, ascritto e come tale indisponibile al singolo, ma si disfa per poi riaggregarsi per gli scopi più diversi, e anzi, di fatto, in circostanze e per motivi del tutto occasionali. Prima del fuoco incrociato di autori, ovviamente diversissimi, come Carl Schmitt e Georges Canguilhem, è la psicologia delle folle a insistere pervicacemente sulla semantica della normalità: la folla è una patologia, un fenomeno eruttivo ed eccezionale che pone a rischio il normale e inalterato stato di salute di una comunità. Un ultimo tratto condiviso dalla gran parte dei molto vari teorici riconducibili

alla prospettiva in questione è l'afflato anti-democratico: come ogni società, la società di massa deve essere regolata, e i componenti di questa società, stanti le dinamiche aggregative indicate, sembrano del tutto sprovvisti (e, quel che più rileva, non provvedibili) delle risorse epistemiche e relazionali richieste al fine di operare scelte di rilevanza pubblica nei vari contesti a ciò preposti (folle elettorali, corti di assise, assemblee parlamentari) (1).

Più in generale, il rapporto di Hauriou con la sociologia, oltre a risultare in sé complesso e articolato, conoscerà notevoli trasformazioni nel tempo (2). Per quel che qui rileva, Hauriou si serve strumentalmente della sociologia, o meglio di uno sguardo sociologico « a tendenza individualista » (3), per mostrare il riduzionismo monista insito in ogni concezione del diritto che vincoli la realtà giuridica alle sole produzioni positive (la scuola francese del *légicentrisme*) o alle sole fonti autoritative (la dottrina tedesca della *Herrschaft*). Il diritto, di contro, è per sua essenza plurale e nulla meglio degli apporti sociologici, a giudizio di Hauriou, ne può disvelare la polimorfa complessità. In particolare, si tratta di portare alla coscienza giuridica, tramite un rimando costante ai fatti empirici e ai dati dell'esperienza, tutta l'artificiosità di un diritto in sé autosufficiente e presuntamente autonomo rispetto al sociale. Tanto la contestuale rilevanza quanto la costitutiva limitatezza della sociologia sono resi al meglio dalla definizione hauriouviana di essa quale « scienza ausiliaria » (4). Hauriou, infatti, intende al contempo respingere le mire egemoniche rivolte dall'organicismo sociologico nei riguardi dell'autonomia, faticosamente conquistata, della scienza

---

(1) Per un ottimo sguardo d'insieme sulla psicologia delle folle, con un non banale rimando all'attualità, cfr. M. Nacci, *Il volto della folla. Soggetti collettivi, democrazia, individuo*, Bologna, il Mulino, 2019.

(2) Cfr. al riguardo F. Audren, M. Milet, *Préface. Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale*, in M. Hauriou, *Écrits sociologiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. V-LVIII; J. Barroche, *L'argument sociologique chez Maurice Hauriou*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps: quel(s) héritage(s)?*, a cura di C. Alonso, A. Duranthon e J. Schmitz, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, pp. 45-62.

(3) M. Hauriou, *Philosophie du droit et science sociale*, in « Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger », 6 (1899), 12, p. 463.

(4) Ivi, p. 476.

giuridica (si tratta, come si vede, di piegare la sociologia alle esigenze metodologiche della teoria giuridica, più che di giuridificare l'approccio sociologico al diritto). Il diritto ricomprende dunque in sé, in una unità normativa in ultima istanza inscindibile, fondamenti sociali e fondamenti assiologici. L'ordinamento giuridico non può mai ridursi a mero fatto sociale, perché al contempo posizione di valori, norma regolativa, dover essere. Detto ancora altrimenti, le istituzioni sono *ab origine* realtà giuridiche, e non semplici concrezioni estranee al diritto (pur se rilevanti per la comprensione e lo sviluppo di esso, come vuole la sociologia del diritto meno lontana da un approccio istituzionalista). Sociologia giuridica, e non propriamente diritto, è per Hauriou anche ogni forma di oggettivismo integrale (compreso il diritto oggettivo del suo sodale e rivale, Léon Duguit), in quanto, nel confondere la creazione con la durata e la conservazione con l'azione, in ultimo prescinde dall'apporto, di contro ineliminabile, delle capacità creative, della volontà e della coscienza del singolo, uniche forze propulsive di ogni intrapresa giuridica (forze la cui misteriosa e tuttavia sempre rinnovellantesi emersione non si dà a vedere ad alcuno sguardo sociologico) (5).

Vi è una nota affermazione di Hauriou sulla sociologia: « Un po' di sociologia allontana dal diritto, molta riconduce a esso » (6). Giocata sul paradosso, l'asserzione ha di mira l'impostazione sociologica di Durkheim, che fa della sociologia lo studio comparativo delle istituzioni in cui si produce e riproduce la vita dei gruppi sociali. Poca sociologia, secondo Hauriou, in quanto si astrae da ogni dato non immediatamente sociologico (fattori biologici, variabili psicologiche, ecc.) per rinserrare l'analisi del sociale in un

---

(5) Come Hauriou rimarcherà nel 1925, « l'ambiente sociale dispone soltanto di una forza di inerzia che si traduce in un potere di rafforzamento di iniziative individuali, nel caso in cui le faccia proprie, o, al contrario, di inibizione e di reazione, nel caso in cui le ricusi; ma non ha di per sé alcuna possibilità di iniziativa né alcun potere di creazione; è impossibile che da esso origini una regola di diritto creatrice che, in ipotesi, precederebbe ciò che si trattava di creare » (M. Hauriou, *La teoria dell'istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, a cura di A. Salvatore, Macerata, Quodlibet, 2019, p. 26).

(6) M. Hauriou, *Les facultés de droit et la sociologie*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 17 (1893), pp. 289-295.

sistema autofondato. Quel che più rileva, si fa del diritto una forma di regolazione non autosufficiente del reale, come tale da ricondurre a un legame sociale che ha altrove la sua scaturigine e il suo fondamento. È in tale quadro che Hauriou opera una svolta decisiva, ed è questa, al di là di ogni altro più specifico apporto, a farne il fondatore indiscusso dell'istituzionalismo giuridico: *l'istituzione, da dato giuridico da comprendere, diviene la chiave di accesso alla comprensione del diritto*. Il diritto, a sua volta, non è più inteso quale parte di una più ampia e articolata organizzazione sociale, ma *è* questa stessa organizzazione, il « fedele specchio della società » (7) nel suo complesso.

2. *Il cammino dell'istituzione.*

Il cammino di Hauriou verso una compiuta teoria dell'istituzione è lungo, accidentato e non privo di sentieri senza uscita, né all'approdo tutte le questioni sollevate o incontrate durante il percorso potranno dirsi risolte. Prima di giungere al famoso saggio del 1925, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, digressioni, singole trattazioni o anche semplici chiarimenti terminologici concernenti significato e portata dell'approccio istituzionale sono inseriti, in modo se non occasionale certo non molto più che rapsodico, in varie trattazioni, perlopiù manualistiche, del diritto pubblico e del diritto amministrativo, oltre che in alcuni saggi tematici, che peraltro la sistemazione del 1925 in parte presupporrà come base di partenza per l'esposizione, in parte rivedrà in più di un punto, spesso tutt'altro che secondario. Quanto è dunque necessario tenere presente è che l'istituzionalismo giuridico di Hauriou va ricondotto anzitutto, vale a dire al di là delle singole e più o meno articolate trattazioni che ne scandiscono l'evoluzione, all'intuizione fondamentale secondo cui l'istituzione è lo strumento principe per la comprensione del diritto e che pertanto senza tale chiave di accesso è impossibile non solo comprendere ma finanche perimetrare un ordinamento giuridico. Più che un approccio all'ordine giuridico in

(7) M. Hauriou, *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger », 22 (1898), pp. 5-23, 119-140: p. 6.

grado di risolvere i vari problemi e le molteplici tensioni che società complesse pongono inevitabilmente al legislatore (e ancor più al giurista), l'istituzionalismo giuridico, e non solo nella originaria formulazione hauriouviana, va visto come un tentativo di analisi giuridica che dischiude, moltiplicandone articolazioni e punti di fuga, la straordinaria complessità di quella proteiforme modalità regolativa che è il diritto.

Ma, prima di ogni altra considerazione, cos'è un'istituzione (domanda che qui limitiamo all'ambito giuridico (8))? Sia consentito questo interrogativo, per altri versi ovviamente ridondante in un testo tematicamente dedicato all'istituzionalismo, in ragione della specificità della risposta hauriouviana. *Institutio* rimanda classicamente al verbo *in-statuere* (dove il prefisso ha una valenza al contempo intensiva e locativa): creare, istituire, fondare, ma più precisamente rendere stabile qualcosa racchiudendolo in uno spazio delimitato e distinto rispetto al circostante, uno spazio che, senza privare il contesto regolativo delle sue potenzialità relazionali in rapporto al più ampio contesto comunitario, assicura una migliore riproduzione dell'ordine che in esso si estrinseca. L'attività regolatrice e dispositiva si riflette nell'accezione di « istituire » nel senso di istruire e prescrivere, vale a dire di innervare la realtà secondo direttrici di ordine che si integrano in un superiore ideale compositivo e in un più comprensivo sistema di regolazione. È con la canonistica medievale che questo concetto di istituzione viene inscritto in una ben definita cornice giuridica: l'istituzione diviene *l'organizzazione di un potere attorno a un'idea* (o, se si vuole, il processo di concrezione di un ideale di scopo in forme tali da rendere possibile e funzionale il suo perseguimento nella dimensione sociale). Precondizione essenziale è l'intervento di un'autorità esterna rispetto alla libera disposizione delle parti originariamente riunitesi per il conseguimento di un fine condiviso. La caratteristica distintiva della neonata istituzione giuridica è tutta qui: rispetto alla corporazione (*collegium* finalizzato al raggiungimento di determinati vantaggi, ottenibili solo tramite l'unione delle risorse di più individui, che a tal fine si consociano) essa si distingue per il fatto,

(8) Per un più comprensivo inquadramento del concetto, cfr. M. Croce, *Che cos'è un'istituzione*, Roma, Carocci, 2010.

decisivo, che mentre la prima agisce conformemente alla volontà dei consociati (e dunque in forme autonome), l'istituzione si limita a eseguire la volontà superiore che ha presieduto al suo nascere, di fatto creandola tramite un atto unilaterale di autorità. Il processo che, seguendo nuovamente una risalente tradizione canonistica, viene definito « incorporazione » altro non è, in ultima istanza, che un *processo di transustanziazione* tramite il quale un'idea si commuta in fatto sociale, si materializza nella realtà, passa da stato mentale del singolo a elemento ostensibile del contesto comunitario, da volontà contingente di contingenti componenti a formalizzazione di ruoli e saperi che assicurano determinate funzioni giuridiche al di là dei singoli e sempre perituri interagenti chiamati a svolgere qui e ora detta funzione. La teoria dell'istituzione di Hauriou è, problematicamente, tutta qui (9).

Nell'intendere l'istituzione anzitutto come la modalità e il processo tramite cui un'idea di intrapresa collettiva può farsi mondo e ingranarsi in esso (ovvero rendersi forma sociale duratura in mezzo ad altre forme simili), Hauriou fornisce una fecondissima chiave interpretativa, di natura anzitutto epistemologica, circe le modalità in cui la società in quanto tale si produce e riproduce. Secondo tale prospettiva, il diritto viene plasmato non già a opera di organi legislativi o istanze decisionali a tal fine artificialmente create, ma dalla spontanea interazione di individui che si organizzano autonomamente per l'ottenimento di un determinato fine. In quest'ottica, l'analisi istituzionale rivendica la capacità di dar conto delle concrete forme di creazione e funzionamento di *ogni* gruppo organizzato, aprendo l'indagine giuridica a una costitutiva multidisciplinarità e a una sua più comprensiva riformulazione in termini di ontologia sociale. Le relazioni sociali primarie, quelle concernenti gli individui, finiscono sempre per strutturarsi in relazioni di gruppo, che formano a loro volta una rete di organizzazioni sociali le cui connessioni risultano coestensive con la più ampia comunità. Ma a risultare

---

(9) Per un inquadramento della dottrina canonistica concernente il concetto di istituzione, cfr. P.G. Caron, *Il concetto di* institutio *nel diritto della Chiesa*, in « Il diritto ecclesiastico », 70 (1959), parte 1, pp. 328-367, e Y. Sassier, *Réflexion autour du sens d'*instituere*,* institutio*,* instituta *au Moyen Âge*, in *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, a cura di J.-P. Bras, Paris, L'Harmattan, 2008, pp. 19-33.

primaria — ed è questa la chiave e al contempo la tesi fondamentale dell'ontologia sociale delineata da Hauriou — è l'organizzazione collettiva, in quanto ogni interazione tra individui ha luogo, e risulta concepibile, comunque all'interno di una organizzazione che sola rende gli attori sociali capaci di interazione. Di qui un sempre labile, ma imprescindibile, equilibrio tra singolo e collettività: « La realtà concreta totale è l'individuo all'interno del gruppo e il gruppo esaurentesi nell'individualità » (10).

Come detto, che marca e filigrana del diritto siano di origine sociale è convinzione che connota la produzione hauriouviana sin dai primissimi scritti, come varie sono le sortite in chiave istituzionalista sparse in parte consistente della sua produzione. È tuttavia solo nel 1906 che Hauriou, il quale ha al tempo più di cinquant'anni e una carriera accademica di tutto rispetto alle spalle, acquista piena coscienza del fatto che il diritto nella sua interezza, e non già soltanto in qualche suo snodo fondamentale, altro non è che istituzione, vale a dire un insieme di contesti interazionali, ora più ora meno articolati, strutturati, organizzati e coordinantisi secondo rapporti di gerarchia o contiguità (di qui il termine di istituzionalismo). Se l'ordine giuridico altro non è che l'insieme delle interazioni sociali regolate, allora esso è interamente riducibile a un insieme di contesti interazionali relativamente autosufficienti, dal momento che l'istituzione altro non è, a sua volta, che un'unione di più persone che si raggruppano al fine di cooperare in vista di uno scopo comune, ossia condiviso nella sua interezza da più individui che per ciò stesso mettono volontariamente a disposizione, ai fini di una coordinata azione collettiva, risorse epistemiche e materiali necessarie per il conseguimento di tale fine. L'acquisizione capitale del saggio del 1906 che tra un attimo considereremo, in ragione della quale si può a pieno diritto far risalire la prima organica teoria dell'istituzione a tale scritto, è dunque una grammatica giuridica interamente riconducibile al concetto di istituzione, se non addirittura a un alfabeto istituzionale.

In una lunga nota ricompresa nella pubblicazione postuma, curata dal figlio André sulla base di aggiunte e correzioni approntate

(10) HAURIOU, *De la personnalité*, cit., p. 18.

dal padre in vista di quella che sarebbe stata la dodicesima edizione del suo fortunato *Précis de droit administratif et de droit public* (11), Hauriou afferma che una teoria dell'istituzione, inizialmente motivata dall'indagine sul complesso rapporto tra personalità giuridica e personalità morale, era « in cantiere » sin dal 1906, anno delle prime due compiute esposizioni dell'approccio istituzionalista: la prima contenuta nella sesta edizione del già citato compendio (interamente rivisto rispetto all'edizione precedente, risalente al 1903), che si apre proprio con un lungo capitolo dedicato al concetto di istituzione, inteso quale chiave di volta dell'intero diritto pubblico; la seconda in un non meno lungo articolo dal titolo *L'institution et le droit statutaire*, concepito per ovviare alla mancanza di una adeguata trattazione del diritto statutario nella riscrittura in chiave istituzionalista della nuova edizione del compendio (nuova edizione che uscirà tuttavia nel 1907, ma di cui significativamente Hauriou anticipa la prefazione in estratto, evenienza fino ad allora inedita e mai più replicata in seguito) (12). La stessa nota postuma che abbiamo richiamato rivela come la teoria, in un costante processo di riscrittura, sia stata poi trasposta, ma in forme che Hauriou giudica ancora insoddisfacenti, nelle due edizioni dei *Principes de droit public* (1910 e 1916), per giungere a una forma sufficientemente compiuta solo con la prima edizione del *Précis de droit constitutionnel* (1923) e da ultimo in quello che definisce il *mémoire* del 1925 (*La théorie de l'institution et de la fondation*).

Dobbiamo dunque riandare al 1906, anno di grazia (13) delle

---

(11) M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, pp. 45-47, nota 4.

(12) Cfr. M. Hauriou, *Préface sur le droit public*, Bar-le-Duc, Contant-Laguerre, 1906; Id., *L'institution et le droit statutaire*, in « Recueil de législation de Toulouse », 2 (1906), pp. 134-182; Id., *Les institutions*, in Id., *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1907[6], pp. 1-37.

(13) Oltre alle due trattazioni hauriouviane il 1906 conosce altri due testi, forse meno noti ma non meno decisivi per cogliere un fermento evidentemente non confinabile a un unico contesto (men che meno a un unico autore): in *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz, 1906) Eugen Ehrlich afferma che il diritto proviene da forze sociali produttive di fatti giuridici; similmente, Hermann Kantorowicz, in un breve testo significativamente intitolato *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg, Winter, 1906), sostiene l'esistenza, accanto al diritto positivo, di un diritto libero che si sostanzia

prime due consapevoli e articolate trattazioni in chiave compiutamente istituzionalista di tutta la produzione hauriouviana. È in apertura della sesta edizione del *Précis de droit administratif et de droit public* — una scelta, questa di un *incipit* così disciplinarmente anti-istituzionale, tanto audace quanto eloquente — che Hauriou presenta un lungo capitolo esplicitamente dedicato alla teoria dell'istituzione. La riconfigurazione del campo del diritto pubblico è, di nuovo, tanto pacata nei toni quanto dirompente nella sostanza: il diritto pubblico non ha a che fare anzitutto con lo Stato, ma è scienza delle istituzioni, tra cui certo figura lo Stato ma senza che la sua centralità debba far perdere di vista il fatto che si danno effetti di rilevanza pubblica anche già nelle semplici interazioni tra singoli. Precisiamolo subito: per « istituzione » si intende « un'organizzazione sociale, stabilita in relazione con l'ordine generale delle cose, la cui permanenza è assicurata da un equilibrio di forze o da una separazione dei poteri, e che costituisce di per sé uno stato di diritto (*stat per se*) » (14). I caratteri distintivi dell'istituzione sono due: la socialità, vale a dire il carattere non-individualistico dell'organizzazione che essa assicura (si tratta, in altre parole, di un'organizzazione pensata e funzionale per la collettività, e dunque del tutto inservibile, prima ancora che inadatta, a un singolo attore sociale), e la pubblicità, qui da intendersi quale requisito di notorietà e rilevanza all'interno del più ampio contesto sociale (questa sorta di richiesta visibilità, finanche fisica, dell'istituzione avrà non poche conseguenze sul successivo sviluppo della teoria istituzionale hauriouviana, fino a riflettersi nel requisito della concretezza cui Carl Schmitt — ma non diversamente opererà l'organicismo tomista di Georges Renard (15) — vincolerà la sua particolarissima, e al fondo falsante, teoria istituzionale nei primissimi anni Trenta (16)). Ma la

---

nelle convinzioni giuridiche dei membri della comunità e che del diritto positivo è l'originaria fonte.

(14) HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, cit., p. 8.

(15) Per un lucido confronto lungo un *continuum* istituzionalista a sostanzialità crescente, si veda l'antologia *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, a cura di A. Broderick, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1970.

(16) Sulla lettura schmittiana di Hauriou, cfr. T. VON BÜREN, *Carl Schmitt, lecteur de Hauriou*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 181-193; O. JOUANJAN, *Sur*

tesi più gravida di conseguenze è senz'altro quella secondo cui l'istituzione è al contempo il mezzo e il processo tramite i quali uno stato di fatto si trasforma — si transustanzia, per rifarsi all'originaria semantica canonistica — in uno stato di diritto, secondo una progressiva gradualità che non ci pare tuttavia priva di un certo irenismo (o, qui sì, troppo confidente tomismo):

> Non è la durata del fatto che produce lo stato di diritto, ma il miglioramento del fatto a opera del suo adattamento progressivo alle condizioni del diritto e della morale. E ciò che permette di presumere il miglioramento del fatto è la *durata in una condizione pacifica*. Si è tenuti a credere che ciò che ha perdurato *in una condizione pacifica* per un tempo sufficientemente lungo non si mantenga unicamente tramite la forza, ma per la libera adesione delle coscienze e in virtù del fatto che esso non risulta in disaccordo né con il sentimento del diritto che hanno gli individui né con le loro tendenze morali (17).

3. *L'istituzione come archetipo giuridico.*

Il secondo testo del 1906, l'articolo *L'institution et le droit statutaire*, a tutta prima una semplice analisi del concetto di diritto statutario (a detta dello stesso Hauriou troppo frettolosamente indagato nell'altro scritto del medesimo anno che abbiamo sopra considerato), si rivela in realtà una radicale messa in questione tanto dell'esclusività quanto della centralità del contratto quale procedura storicamente e concettualmente privilegiata per la statuizione e la legittimazione non solo dei rapporti di commercio giuridico, per rifarsi alla dizione hauriouviana, ma finanche delle norme di diritto pubblico, e dunque, in una critica che come vedremo si estende implicitamente all'intera tradizione contrattualistica moderna, dell'ordine e dell'ordinamento statali nel loro complesso. Se parte rilevante — e in ogni caso di fatto maggioritaria — della storia del pensiero politico moderno ha visto nella forma contrattuale il *medium* privilegiato per una istituzione dello Stato che scartasse sì

---

une réception allemande de la pensée de Maurice Hauriou: Carl Schmitt et la théorie de l'institution, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 195-212; M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 94-108.

(17) Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, cit., p. 16.

formalmente rispetto agli accordi inter-individuali (contratto sì, ma di rilevanza sociale) per recuperare tuttavia nella sostanza la comune matrice consensualista e tramite essa la condivisa logica pattizia (di rilevanza sociale, ma pur sempre un contratto), Hauriou è fermissimo nell'intento di operare anche a tal riguardo una netta rottura, che si sostanzia in una dirimente divisione delle funzioni e degli ambiti di competenza: la forma contratto ha a che fare con un consenso esplicito a una convenzione artificiale e pertiene ai soli rapporti individuali; il diritto statutario, di contro, implica l'adesione a un fatto oggettivo ed è la sola forma giuridica ammissibile per ogni frangente della vita associata in cui si prescinda e si superi il rapporto sinallagmatico tra singoli interagenti.

Anzitutto un riequilibrio, a tutta prima quasi di semplice prospettiva: qualsivoglia atto, non solo gli atti giuridici, non può non trasformarsi, per una sorta di inerzia effettiva che presiede alle umane cose, in un fatto storico (nel semplice senso di non più in essere nella sua attualità). Ricorrendo a una di quelle immagini evocative con cui non disdegnava di impreziosire, sempre con la dovuta misura, parti di testo di una qualche rilevanza, Hauriou aggiunge dell'altro: sebbene spesso, e anzi inevitabilmente, siano gli atti a balzare immediatamente agli occhi, essi in realtà non sono che « una fosforescenza passeggera sulla trama oscura dei fatti » (18), che dunque percepiamo proprio perché diamo per scontato, pur se in modo irriflesso, uno sfondo, stagliandosi sul quale soltanto gli atti in questione possono essere percepiti come tali, ossia come azioni che mutano lo stato di cose (già) esistente. Ma, non appena posta la distinzione, Hauriou passa a contestare anche l'associazione tra atto e volontarietà: esistono tanto fatti non involontari quanto atti non riconducibili a una volontà soggettiva. A far la differenza è, di contro, la durata: « il fatto giuridico è ciò che è accaduto volontariamente o involontariamente; l'atto giuridico è *ciò che accade* e che non è ancora accaduto, ciò che è ancora *in atto* » (19). Certo, all'origine vi è sempre un atto volontario — ed è, se si vuole, tutto qui l'irriducibile individualismo hauriouviano — che pone in essere uno stato di cose che diviene gradualmente un fatto, vale a dire un

(18) HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, cit., p. 140.
(19) Ivi, p. 142.

qualcosa di compiuto: è a tale fatto, che continua a produrre effetti giuridici, che poi aderisce la gran parte dei consociati, non foss'altro per mere asincronia (si pensi a quanto siano in fondo pochissime le realtà, non solo giuridiche, del cui atto fondativo, per così dire, siamo o possiamo essere partecipi o anche solo testimoni). Agli atti di consenso devono dunque essere aggiunti, in sede teorica, i *fatti di consenso*; e anzi, un fatto di consenso non è altro che l'adesione a un atto che ha esaurito, perché definitivamente inveratasi, la sua ragion d'essere come iniziativa individuale e come manifestazione di volontà in atto e che pertanto si separa dal suo ideatore, rimanendo tuttavia sempre possibile oggetto di un consenso attuale (questa, in sostanza, l'adesione al fatto). Il compimento, o in termini più esatti l'esecutività, di un atto si scinde così dal contenuto dello stesso (nesso essenziale tra esecuzione e contenuto si dà solo negli atti semplici, in cui chi esegue compie una certa azione perché quel contratto ha quel dato contenuto come oggetto dell'accordo). Ogni atto diviene così, in un concatenamento di adesioni che si formalizza e raccorda in una procedura finale che chiude il circolo, un fatto oggetto di consenso per l'atto successivo, « nel modo in cui cresce un banco di corallo, con gli strati di zoofiti viventi che si sovrappongono alle secrezioni degli zoofiti morti e secernendo a loro volta per i futuri zoofiti delle assise, le cui sedimentazioni finiranno per costituire degli arcipelaghi » (20). La formalizzazione di questa serie di atti, che Hauriou con esplicito rimando alla scuola giuridica tedesca definisce « atto complesso » (21), è necessaria per passare da un consenso che si dà solo parzialmente (in quanto adesione attuale a un singolo fatto, non alla serie di fatti nella sua interezza) e in forme eterogenee (le ragioni per aderire a un dato fatto possono ben essere in attrito con quelle che motivano l'adesione ad altri fatti della serie) a un consenso esplicitamente e chiaramente orientato al potenziale regolativo e agli scopi istituzionali dell'atto complesso, consenso che può darsi, insiste Hauriou, solo in presenza e nei

(20) Ivi, p. 151.

(21) Sui rapporti tra Hauriou e la giuspubblicistica tedesca, cfr. C. ARGYRIADIS-KERVÉGAN, *Rapprochements entre la théorie de l'institution de M. Hauriou et la doctrine publiciste allemande de la fin du XIXe et du début du XXe siècle*, in *L'institution. Passé et devenir d'une catégorie juridique*, cit., pp. 123-151.

riguardi di un atto. Ogni istituzione vive di atti complessi e non si danno atti complessi senza un estrinseco ancoraggio istituzionale.

Sarebbe sufficiente questa ripartizione delle forme di assenso in atti di consenso e fatti di adesione per confinare la forma contrattuale, se non a un ruolo ancillare, a procedura subordinata delle modalità di regolazione di un contesto sociale. Ma il ridimensionamento — di fatto un demansionamento — della procedura contrattuale, pur operato da Hauriou con la placida e quasi distaccata freddezza dell'entomologo del diritto, risulta ancora più marcato allorché il contratto, nella terza parte del primo paragrafo del testo in discussione, viene definito esso stesso un atto giuridico complesso e dunque disconosciuto quale esclusiva e precipua modalità di immediata e consapevole espressione di assenso a un contenuto e a una volontà esecutiva vincolanti le parti:

> Il contratto consensuale moderno, e specialmente il contratto sinallagmatico, non è esso stesso che un'operazione giuridica complessa in cui, tramite lo sforzo della capacità di previsione che è data agli esseri umani, tutti i fatti successivi della procedura di esecuzione si riducono a null'altro che clausole dell'atto iniziale e di conseguenza sono incorporati all'atto, grazie all'elemento giuridico dell'obbligazione (22).

Il contratto si presenta dunque, nella radicale riconfigurazione operata da Hauriou, come un tentativo, ambizioso se non proprio azzardato (« ardito », media saggiamente Hauriou, ma « il più ardito che si possa immaginare »), di dominare tramite la volontà, assistita da una capacità previsionale che può quel che può, di ricondurre tutti i fatti successivi a un originario atto di consenso che li preveda sin da subito (nel duplice senso di contemplarli e prefigurarli), affidando l'esecuzione dell'atto al darsi, quantomeno nel breve termine, degli stati di cose futuri (o fatti) che si è inteso ricondurre all'atto originario al fine di una sorta di approvazione *ex ante* che obbliga i contraenti. In una simile prospettiva, il contratto altro non è che una forma istituzionale improvvidamente sincopata, che pretende — e in casi liminari necessita — di operare in anticipo quella ricapitolazione delle occorrenze giuridicamente rilevanti che sarebbe

(22) HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, cit., pp. 157-158.

bene formalizzare solo una volta configuratesi, con sufficiente chiarezza e determinazione, estensione e portata degli effetti giuridici di una data intrapresa. Ciò rende l'istituzione ben più duratura, elastica e stabile del contratto, proprio perché non (auto)vincolata a una configurazione anticipata del quadro giuridico da normare. Ma c'è di più: contrariamente a quanto sostiene, o lascia intendere, la *fictio* demiurgica del contrattualismo (come detto, anche di portata non pubblicistica), si sono avute nella storia molte operazioni giuridiche prima che ci si preoccupasse di redigere dei contratti, i quali difatti presuppongono tanto una capacità quanto soprattutto una necessità previsionale che, secondo Hauriou, rappresentano già uno stadio piuttosto avanzato della civilizzazione, mentre l'istituzione implica l'adesione a una procedura di produzione e conservazione del diritto, e non primariamente alle singole operazioni che tale procedura pone in essere (riprova ne sia che all'inottemperanza di determinati impegni, il contratto è risolto, evenienza che ne fa un'attività, mentre l'istituzione, che comunque permane, ed appartiene dunque alla classe delle « esistenze pure », prevede solo l'eventuale uscita, su base volontaria, dei componenti in dissenso). È solo dunque l'atto complesso, e per così dire riepilogativo dell'insieme delle operazioni di rilevanza giuridica, che può ricomprendere, recuperandola retroattivamente, la situazione iniziale (proceduralmente articolata sì, ma in forme in origine pre-contrattuali) in cui due o più individui consentono a uno stato di cose che ha effetti giuridici pur in assenza di una formale esplicitazione di essi (è il caso, tra i tanti esempi possibili, di un prestito non formalizzato o di determinate forma di convivenza di fatto).

Il diritto pubblico è dunque, pressoché nella sua interezza, non già diritto contrattuale, ma diritto statutario, vale a dire un diritto che si articola in statuti atti a regolare la vita interna di un'istituzione o, seguendo Hauriou, « quel diritto che si elabora in seno a un'istituzione per definirla nell'interesse individuale dei suoi membri », anzitutto determinando competenze e prerogative di ciascun interagente (23). La grande antitesi moderna che oppone, in forme nella sostanza mutuamente esclusive e congiuntamente esaustive, conven-

(23) Ivi, p. 161.

zione e deliberazione è in questa prospettiva, in cui la moderazione dei toni accompagna la radicalità delle tesi, del tutto secondaria, in quanto ogni atto deliberativo, e massimamente il contratto, non fa che porre il precedente in via ipotetica, per subito trasformarlo immediatamente in regola a seguito di una procedura che riassume e sintetizza in un atto ridotto la discussione svoltasi nei secoli (o negli anni) circa la proficuità di una data regolazione. Lo statuto individuale dei singoli membri dell'istituzione si svincola poi dal titolare attuale per divenire un'individualità oggettiva (un ruolo giuridico, non una data persona) e transitare così da diritto soggettivo a diritto reale (quel diritto, cioè, secondo l'originale riformulazione hauriouviana, che traduce in termini giuridici e senza mediazioni per tramite di atti l'esistenza fattuale degli esseri e delle cose). Il titolare di una funzione, in questa prospettiva, acquisirà per ciò stesso delle facoltà inerenti all'incarico, come tali opponibili a qualsiasi altro organo dell'istituzione. Ne segue — e che questo sia poco più di un corollario nell'esposizione di Hauriou è la miglior riprova del radicale cambiamento di prospettiva — che le garanzie e le prerogative giuridiche verranno assicurate alla persona morale solo per tramite dell'istituzione, e più precisamente del diritto reale sulla funzione che la struttura istituzionale al contempo implica, riconosce e rende effettivo. Si danno diritti perché si dà un'istituzione, e anzi delle vere e proprie garanzie istituzionali, che, prima della coartante e surrettizia riconfigurazione schmittiana, hanno qui il loro momento di gloria giuridica, e una gloria tutta finalizzata, in ultima istanza, all'esaltazione delle prerogative dei singoli. È evidente, ciò chiarito, che diritti da opporre all'istituzione, che del resto di essi viene presentata come la più solida dispensatrice, non hanno qui cittadinanza. Diritti, si badi, non anche norme; ciò significa che, almeno per Hauriou, sono ben concepibili garanzie individuali anche in assenza di guarentigie personali (con il che si può forse ridimensionare quell'ideologia, questa sì tutta moderna, che eleva i diritti individuali (o soggettivi o fondamentali) a esclusiva condizione di possibilità, quando non addirittura di pensabilità, delle libertà di ciascuna e ciascuno). Sia detto, in ultimo, che le garanzie della forma contrattuale non possono non risentire della (o, se si vuole, dipendere dalla) capacità di contrattazione, soggettiva e oggettiva, delle parti, il che non ne fa di per sé una grande garanzia di equa e

paritaria considerazione per tutti i contraenti (e non a caso Hauriou definisce il contratto una « fonte di potere consentito » (24)). Il lettore che di questi tempi ha la fortuna di avere un lavoro provi a pensare se preferirebbe veder stabilite le proprie condizioni lavorative tramite una contrattazione privata con il suo datore di lavoro (o con il suo superiore) o se non si affiderebbe, piuttosto, con minori patemi, alla fredda astrazione di una contrattazione collettiva in cui partecipi del più anonimo ma più rassicurante ruolo di fattispecie generalizzata.

4. *Anatomia dell'istituzione.*

Alla luce di quanto fin qui ricostruito è lecito affermare, di contro a interpretazioni che potremmo definire 'sostanzialiste', che la teoria dell'istituzione di Hauriou è, prima di ogni altra cosa, una capitale scelta metodologica, si potrebbe dire un'euristica, che si sostanzia in una grammatica giuridica che riarticola dalle fondamenta componenti e organizzazione del diritto pubblico (per tacere qui, per spazio e competenze di chi scrive, entrambi inevitabilmente limitati, del diritto amministrativo (25)). Detto altrimenti, la teoria dell'istituzione non è uno degli apporti giuridici, accanto ad altri, della riflessione di Hauriou (tra i quali, la teoria sulla decentralizzazione, sulla gestione amministrativa, sull'atto amministrativo, sul ricorso per eccesso di potere, ecc.), ma è un diverso approccio al fenomeno giuridico, solo tramite il quale gli altri e assai diversificati contributi hauriouviani al diritto risultano possibili e perspicui (oltre che riconducibili a unità, il che non ci pare irrilevante per un giudizio complessivo sulla prestazione teorica di Hauriou, troppo spesso accusata di eccessi rapsodici, specie in confronto al diligente amor di sistema di un Léon Duguit). La teoria dell'istituzione è insomma al contempo un nuovo metodo di analisi del fenomeno giuridico e un nuovo approccio alle regolarità sociali che fa di tale metodo la chiave di volta per una nuova teoria generale del diritto e

(24) HAURIOU, *De la personnalité*, cit., p. 16.

(25) Per un primo approccio al tema, cfr. J. CHEVALLIER, *Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 621-632.

dello Stato (26). Una teoria che se anche non sembra mutare le strutture fondamentali di quest'ultimo (ma è appunto poco più di un'apparenza), ne riarticola dalle fondamenta senso e funzione, in un sempre periclitante e di volta in volta sempre riguadagnato equilibrio tra istanze positiviste e istanze spiritualiste (con il loro non meno problematico punto di caduta in quel richiamo al vitalismo che, né scientismo né misticismo, è l'‘evidenza non vista' che marca l'intera riflessione di Hauriou (27), non a caso incluso nel sottotitolo dello scritto relativamente sistematizzante del 1925 che ci apprestiamo, finalmente, a considerare).

« La grande affaire de ma vie ». Queste le parole con cui Hauriou presenta la sua teoria dell'istituzione in una lettera a Jacques Chevalier del 14 giugno 1923, due anni prima della pubblicazione del lungo saggio destinato a divenire, a pochi anni dalla sua apparizione, il testo fondativo dell'istituzionalismo giuridico: *La théorie de l'institution et de la fondation*. Il testo, con il significativo (e spesso, come detto, trascurato) sottotitolo di *Essai de vitalisme social*, compare come articolo di apertura in un fascicolo della rivista « Cahiers de la Nouvelle Journée » (un periodico riconducibile al cattolicesimo moderato vicino al *Parti démocrate populaire*), dallo sbrigativo titolo *La cité moderne et les transformations du droit*, edito nel 1925 (28). Come chiarito in una lettera del 22 giugno 1924 a Paul Archambault, fondatore e redattore della rivista, l'intento di Hau-

---

(26) Inedito, ancor più che innovativo, ci sembra del resto un liberalismo — ché tale è indubbiamente l'impianto giuspubblicistico di Hauriou — che deduca dalla primazia istituzionale un principio come il seguente: « Da questo punto di vista, si ha un governo di istituzioni piuttosto che un governo di uomini, in quanto le istituzioni rilevano, per la durata dell'ordine sociale, più degli esseri umani » (HAURIOU, *La teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 73).

(27) Cfr. J.-A. MAZÈRES, *Le vitalisme social de Maurice Hauriou (ou le sous-titre oublié)*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 229-238.

(28) Cfr. M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, in *La cité moderne et les transformations du droit* (« Cahiers de la Nouvelle Journée », 4), Paris, Bloud et Gay, 1925, pp. 2-45. Per la ricostruzione della genesi e la fortuna del saggio, cfr. A. SALVATORE, *Presentazione*, in HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., pp. 7-14 (e 115-121 per una bibliografia critica del testo in questione). Per un inquadramento complessivo dell'opera nella più ampia produzione scientifica di Hauriou, cfr. J. SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, Paris, L'Harmattan, 2013.

riou è quello di approntare una « messa a punto per il grande pubblico » della sua teoria dell'istituzione, nell'attesa, che sarà destinata a rimanere tale, di trarne una più compiuta monografia. L'obiettivo principale — avverte Hauriou (ed è un avvertimento che dovrebbe indurre soprattutto il lettore odierno a inscrivere l'istituzionalismo hauriouviano in una più ben più comprensiva storia delle idee del primo venticinquennio del Novecento) — è rispondere a quello che Hauriou avverte come il problema fondamentale delle scienze sociali: dove risiede e a cosa è da ricondurre in concreto il potere creativo, non solo di carattere giuridico, presente in ogni società? Come si vede, la questione va ben oltre l'ambito, pur privilegiato, del diritto: si tratta di indagare il primo motore mobile del regno sociale, le forze che rendono ogni spazio di interazione il campo, contrastato e ogni volta da riconquistare, di spazi di libertà che si articolano e difendono necessariamente in comune. In una parola, la scintilla, il *fiat* creatore che dà vita e fa esistere il mondo sociale. Se dunque si vuole parlare di un vitalismo esistenziale di Hauriou ([29]), la sua ragion d'essere non dimora né in foreste nere né alligna tra fumiganti alambicchi: si tratta 'semplicemente' di indagare come gli esseri umani diano forma alle loro idee e ne assicurino la realizzazione tramite intraprese collettive che strutturano e informano le comunità in cui essi vivono. Detto altrimenti, in gioco è la possibilità di fare di determinate prassi giuridiche dei generatori di energia ordinamentale mediante cui perpetuare la vita in forme tali da accrescerne le potenzialità creative, avendo cura di non distorcere né pervertire ragioni e finalità per le quali un dato progetto comune è stato intrapreso.

L'inizio del saggio dà per pacifico, o comunque per acquisito, un assunto, come visto, di grande rottura con la giuspubblicistica classica: « Le istituzioni rappresentano nel diritto, come nella storia, le categorie della durata, della continuità e del reale; *l'insieme delle*

([29]) Perimetriamolo subito, il vitalismo del saggio: « Si intitola *Saggio di vitalismo sociale* ed è tutta lì la sua pretesa. Le idee direttive [vedremo a breve di cosa si tratta] [...] costituiscono il principio vitale delle istituzioni sociali, alle quali conferiscono una vita loro propria, separabile da quella degli individui, nella misura in cui le idee stesse sono separabili dalle nostre menti e agiscono su di esse » (HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., p. 64).

operazioni necessarie alla loro fondazione costituisce il fondamento giuridico della società e dello Stato » (30). Da notare che Hauriou non sta soltanto asserendo che lo Stato altro non è che un insieme di istituzioni, parte concentriche parte intersecantisi, ma si spinge fino a risolvere lo stesso diritto pubblico nella meccanica di formazione dei diversi contesti istituzionali e a ricondurre l'origine del diritto al loro processo di fondazione. Segue, dopo una discussione che mostra la speculare parzialità della visione soggettivistica del diritto sviluppatasi in ambito tedesco e della teoria del diritto oggettivo di marca francese (fasi differenti del medesimo processo giuridico, sentenzia Hauriou, non elementi separati), una definizione di istituzione alla quale, nonostante una certa incomoda macchinosità che ci pare appesantisca gli elementi costitutivi della stessa, di qui in avanti Hauriou rimarrà sostanzialmente fedele: Un'istituzione è un'idea di opera o di intrapresa che si realizza e dura giuridicamente in un ambiente sociale. Per la realizzazione di tale idea, si organizza un potere che la dota di organi. Inoltre, tra i membri del gruppo sociale interessato alla realizzazione dell'idea, hanno luogo manifestazioni di comunione dirette dagli organi del potere e regolate da procedure (31).

Segue un fugace accenno a una partizione tra istituzioni corporative e istituzioni-cose (ossia condizioni giuridiche necessarie al darsi delle prime, ma non tali da potersi dotare di una struttura corporativa); una distinzione, purtroppo mai interamente sviluppata nelle sua fecondissime potenzialità da Hauriou, che debitamente indagata avrebbe prevenuto molte, troppe, interpretazioni sostan-

---

(30) Ivi, p. 21 (corsivo aggiunto).

(31) Ivi, p. 29. Se non immediatamente più perspicua, certo più esauriente è la definizione che Hauriou presceglie in un testo di pochi anni più tardi: « Una organizzazione sociale diviene durevole, ossia conserva la sua forma specifica, nonostante il continuo rinnovamento della materia umana in essa contenuta, quando è *istituita*, vale a dire allorché, per un verso, l'idea direttiva, che è in essa dal momento della sua fondazione, ha potuto subordinare a sé il potere del governo, grazie a bilanciamenti di organi e di potere, e, per altro verso, questo sistema di idee e di bilanciamenti di poteri è stato consacrato, nella sua forma, dal consenso dei membri dell'istituzione come anche dell'ambiente sociale. In sintesi, *la forma dell'istituzione, che ne è l'elemento durevole, consiste in un sistema di bilanciamenti tra poteri e di assensi costruito attorno a un'idea* » (ivi, p. 71).

zialistiche della riflessione hauriouviana (che — sia detto di sfuggita — deve alla consequenzialità tomistica non più di quanto, e dichiaratamente, sia debitrice nei riguardi di un idealismo platonico neanche così temperato (32)). Come i poveri mortali che le frequentano, le istituzioni nascono, vivono e muoiono, e si stagliano come condensazioni di regole giuridiche che hanno nell'impersonalità e nella durata le caratteristiche distintive rispetto a più volatili interazioni interne al campo del diritto (tali, ossia giuridiche, in quanto comunque contribuenti alla stabilità di un ordine interno al sociale).

Il prosieguo della prima parte del saggio è pressoché interamente dedicato alla delineazione dei tre momenti richiamati nella già citata definizione, e che Hauriou così riarticola: « 1) l'idea dell'opera da realizzare all'interno di un gruppo sociale; 2) il potere sociale messo al servizio di questa idea per la sua realizzazione; 3) le manifestazioni di comunione che hanno luogo nel gruppo sociale in rapporto all'idea e alla sua realizzazione » (33). Il primo momento si sostanzia nella ragion d'essere (e, ancor prima, di nascere) di un'istituzione: la finalità che, tramite essa, si intende raggiungere e per la quale un'istituzione assume una data struttura. Finalità che Hauriou, con una scelta terminologica che ha apportato più equivoci che chiarezza, definisce « idea direttiva »: si tratta, in sostanza, del

(32) Tra le moltissime — non già molte — citazioni che potrebbero comprovare tale riequilibrio, che qui si è inteso stabilire (e che in realtà sembra piuttosto pendere, e tendere, verso vette iperuraniche), nell'intero *corpus* hauriouviano, ci limitiamo alla più eclatante tra quelle presenti nel saggio in discussione: « Se l'idea fosse la creazione soggettiva della mente di un individuo determinato, non si comprenderebbe come essa potrebbe acquisire il carattere oggettivo che le permetterebbe di passare in un'altra mente. Dato che le idee passano da una mente a un'altra, devono avere, sin da principio, una natura oggettiva. In realtà, non esistono creatori di idee, ma soltanto scopritori di idee. Un troviero, un poeta ispirato, si imbatte in un'idea nello stesso modo in cui un minatore incontra un diamante: le idee oggettive esistono già nel vasto mondo, incorporate nelle cose che ci circondano; nei momenti di ispirazione, le troviamo e le liberiamo della loro ganga » (ivi, p. 34). Ne aggiungiamo giusto un'altra, contenuta nel testo in cui la trattazione della realtà delle istituzioni risulta la più estesa di tutta la produzione hauriouviana: la teoria dell'istituzione « implica una certa credenza filosofica nella vita propria delle idee e nella natura fondamentalmente ideale degli esseri, che è una sorta di idealismo platonico » (M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916², p. 281).

(33) HAURIOU, *La teoria dell'istituzione*, cit., p. 30.

principio che determina l'articolarsi e dirigersi dell'istituzione, principio appunto finalizzato alla realizzazione dell'intrapresa per cui la creazione di una data istituzione si è resa necessaria. In questo, chiarisce subito Hauriou, l'idea direttiva si distingue sia dalla funzione sia dallo scopo dell'istituzione. Si distingue dal primo perché, a differenza di esso, è interna all'istituzione e ricomprende in sé l'implicita indicazione delle modalità tramite cui portare a compimento l'intrapresa per la quale l'istituzione è stata pensata (un piano di azione, invece del semplice risultato atteso, per dirla con Hauriou). Si distingue inoltre dalla funzione, come detto, giacché la funzione altro non è che la parte già realizzata (o comunque determinata), e dunque esercitabile, dell'intrapresa, la quale ultima mantiene sempre un momento di progettualità (o, se si vuole, di virtualità prescrittiva), come tale esterna alla funzione. Il secondo momento dell'istituzione è un potere di governo finalizzato alla effettiva realizzazione dell'idea direttiva. Si tratta di un potere organizzato sulla base di due principi, che caratterizzano il potere di ogni istituzione, quali che siano gli ulteriori caratteri di essa e il più ampio contesto sociale in cui si trova ad agire: il principio della separazione dei poteri e il principio del regime rappresentativo. Come chiarisce subito Hauriou, qualsiasi separazione dei poteri altro non è che una separazione di competenze, ed è in questa differenziazione dei ruoli anzitutto logistico-sistemica che Hauriou riesce nell'obiettivo di recuperare a livello strutturale una connotazione dell'istituzione come in sé intrinsecamente e *ab origine* contessuta di liberalismo: una prescrizione altrimenti poco più che valoriale si eleva, così oggettivandosi, a necessaria articolazione funzionale (34). È grazie a tale co-essenzialità di istituzione e divisione delle funzioni che Hauriou può asserire — ed è un'altra affermazione capitale, la cui rilevanza è ancora una volta pressoché irrintracciabile in letteratura — che ogni esercizio del potere, se effettivamente tale (vale a dire se articolato funzionalmente nel senso

(34) Divisione dei poteri che Hauriou eleva addirittura a sistematica dello Stato, inteso dunque quale gerarchia di competenze separate senza vertici indivisi, nello scritto-manifesto con cui si presenta, grazie all'insistenza e ai buoni uffici di Harold Laski, al pubblico anglofono: cfr. M. Hauriou, *An Interpretation of the Principles of Public Law*, in « Harvard Law Review », 31 (1898), pp. 813-821.

detto), è di per sé un potere di rilevanza giuridica che pone in essere effetti giuridici. Il principio della rappresentanza, infine, serve ad assicurare, in un'ottica funzionalistica forse meno esplicita ma non meno all'opera, che gli organi di un'istituzione manifestino la volontà degli aderenti a essa, e non la loro propria (con la scelta elettiva dei rappresentanti dichiarata da Hauriou non essenziale allo scopo, certo, ma comunque come la più naturale, in quanto miglior garanzia della comunanza di intenti tra governanti e governati). Il terzo e ultimo momento dell'istituzione, la manifestazione di comunione tra i membri del gruppo, può sciogliersi nella consapevole adesione di tutti i componenti dell'istituzione (membri del gruppo e organi di governo) sia all'opera da realizzare sia ai mezzi per la sua realizzazione: è un riportare a coscienza, per confermarne l'inscalfita validità, la condivisione dell'intrapresa collettiva nei suoi momenti costitutivi, adesione che normalmente si dà in forme irriflesse e, forzando un po' la mano a Hauriou, essenzialmente routinarie.

Risparmiamo al lettore il triplice processo di interiorizzazione, incorporazione e personificazione, come anche il momento della fondazione, principalmente discussi nella seconda parte del saggio: si tratta di articolazioni interne al fenomeno istituzionale già indagato e di fatto rilevanti quasi esclusivamente da un punto di vista tecnico, che qui non rileva approfondire. Assai più decisivi risultano, ai nostri scopi, due corollari — e anzi, a ben vedere, due onerosissimi assunti taciti — della complessiva proposta hauriouviana, che richiamiamo pertanto a conclusione di questa breve dissezione del complesso istituzionale, ché con essi sta e cade il portentoso tentativo hauriouviano di ricapitolare le cose del cielo normativo e dell'organizzazione terrena. Si tratta di una doppia consustanzialità, con l'architettonica liberale per un verso e con l'ordine sociale per l'altro: l'istituzione è, prima di ogni altra cosa, una partizione di poteri ordinanti che struttura l'unità non ulteriormente scomponibile delle regolarità (e delle forme di regolazione) interne al sociale. Resta da rispondere, dunque, a un'ultima, decisiva, domanda: quali conseguenze ha l'adozione di una simile grammatica giuridica per il problema da cui nel presente saggio, in continuità con gli intenti ordinamentali da cui Hauriou stesso prende le mosse, si era partiti, vale a dire il rapporto tra lo Stato e la pletora di realtà associative, di molto varia natura, che oggi come allora sembrano sfidare quel che

resta del monopolio potestativo di un'autorità centrale di cui da tempo — diciamo, convenzionalmente, da più di un secolo, ormai [35] — si fissa la data per le esequie, salvo continuamente rinviarla per morte apparente?

5. *Le colonne d'Ercole del diritto.*

La conciliazione, si vedrà in quali termini, tra lo Stato e i diversi corpi che con Hauriou tornano a configurarsi *pleno iure* (e letteralmente) come intermedi assomiglia a un patto che il giurista stringe con i demoni dell'ordine; potenza diabolica peraltro doppia, come anche etimologicamente gli si confà, in quanto entrambe le parti, la roccaforte statuale e il fronte istituzionale interno, vedono nella controparte qualcosa di molto simile a un coacervo di forze del male intente a erodere, fino a disintegrarle, le virtù (nel caso dello Stato) o le potenzialità (nel caso dei corpi istituzionali a esso interni) ordinamentali del proprio fronte. Come ogni patto con il diavolo, a uscire sconfitto, si sa, è in ultimo e inesorabilmente, chi ha l'incauta idea, e il coraggio, di sedersi al tavolo con il Maligno, e dunque, qui, la stessa teoria hauriouviana, che alfine implode sotto il peso di una mediazione inesigibile perché di fatto impossibile. Mediazione che tuttavia Hauriou ha il sacrificale merito di aver portato fino al limite estremo, estendendo al massimo le potenzialità inclusive del diritto, con ciò arrivando a individuare e mappare — ed è impresa che altrettanto notoriamente destina al naufragio, ma non già al fallimento, chiunque vi attenti — le colonne d'Ercole oltre le quali continua in potenza a darsi diritto senza tuttavia più alcuna possibilità di un ordine (si tratta, come si vede, di una fattispecie difficilmente concepibile), prima di doversi inesorabilmente arrendere a correnti indomabili che rendono impossibile sia avvicinarsi ulteriormente al valico sia tornare indietro.

---

(35) Facciamo data, rimarcando ancora una volta la mera convenzionalità del rimando, dalla celebre prolusione di Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909 (poi ristampato in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 5-26). Ci esimiamo invece dal fornire un'anche minimalissima bibliografia sulla crisi, finale o presunta, dello Stato, in ragione del fatto che di esso, come notoriamente del romanzo, si è di fatto certificata la caducità prima ancora della nascita.

L'impresa hauriouviana è già nelle intenzioni lucidamente disperata, anche se probabilmente Hauriou non ne ebbe sin da subito contezza (ma anche tale scarto è classica occorrenza dei folli voli), e siffatta pervicacia è forse il luogo in cui l'ispirazione istituzionalista risalta con più evidenza in tutta la sua adamantina purezza. Hauriou intende infatti salvare la primazia ordinamentale dello Stato, garantendo al contempo il riconoscimento della personalità giuridica di ogni corporazione istituzionale del tutto indipendentemente dall'eventuale assenso di un'autorità preposta a tale compito. Si può anzi essere problematicamente più precisi: Hauriou si rende conto che vi è un'unica possibilità — siamo nel pieno di una fintamente spensierata *Belle époque* — di salvare la primazia potestativa dello Stato, e tale possibilità passa per il tentativo di concepire, e organare, quest'ultimo non più quale creazione primigenia, ma come momento d'ordine generato dalla stessa sostanza giuridica di ogni altra istituzione. Lo Stato può essere messo in salvo, e con esso l'ordinamento giuridico nel suo complesso, con una mossa di ardita e geniale semplicità, certo, ma anche di ingannevolissima affidabilità: mostrando che la materia di cui è fatto è la stessa di ogni altra istituzione, *parterre* di contesti regolativi che esso sì sopravanza, ma in virtù di un dato in ultima istanza semplicemente fattuale (e anzi, ancor meno: meramente contingente), vale a dire il maggior raggio d'azione compositiva dei conflitti o anche delle semplici sovrapposizioni ordinamentali che avessero a sorgere tra le altre, dunque subordinate, istituzioni. Mossa geniale, si diceva, perché il contrasto tra l'istituzione Stato e le altre galassie ordinamentali finisce per hegelianamente togliersi, in quanto riassorbito in un universo in cui non c'è grumo di materia d'ordine che non si plasmi in forme istituzionali. E che il cerchio possa chiudersi con un'agnizione risolutiva finale, in cui tutte le istituzioni si scoprono figlie del padre-Stato che ritenevano tiranno, è garantito, e in fondo piuttosto scopertamente prefigurato, dal fatto che la stessa forma istituzionale è sin dall'inizio articolata secondo una fisionomia cripto-statuale; si richiedono, infatti, una costituzione, una rappresentanza e un consenso diffuso ma periodicamente esplicitando, sicché lo Stato si rivela *ab origine* come l'istituzione naturale, nel senso di indistanziabile dalla stessa forma istituzionale. Che dunque l'impianto hauriouviano sia *in ultimo* più funzionale a una restaurazione in chiave

istituzionalista della personalità morale dello Stato che a una genealogia finalizzata a decostruire, o quantomeno relativizzare, la primazia normativa di un corpo sovrano, è conclusione che non ci pare necessiti di particolari difese.

E tuttavia la mossa — si accennava anche a questo — si rivela scivolosissima, e semmai sarebbe interessante, quanto con ogni probabilità inappurabile, sapere se e in quale misura Hauriou fosse consapevole sin dall'inizio di un simile piano inclinato. La mossa è a ben vedere sciagurata proprio perché, nel momento in cui si pone tra istituzioni sub-statali e Stato una differenza non più di genere bensì di specie (il che significa che lo Stato entra in un gioco di cui, letteralmente, non detta più le regole, o comunque non più in esclusiva), nulla impedisce — e anzi più di una forza inerziale che è tra le cause principali della situazione cui Hauriou prova a porre rimedio spinge in questo senso — che l'efficacia ordinamentale dello Stato venga dissolta dalla (e nella) moltiplicazione di sfere di ordine che fanno capo a centri istituzionali che non abbisognano più del riconoscimento giuridico di un'autorità centrale. Detto altrimenti, a progetto istituzionale compiuto, Hauriou si rende conto, con un'inquietudine che traspare in più di un'occasione, dell'inavvertita reversibilità dell'operazione istituzionalista: tanto lo Stato può farsi e dirsi istituzione quanto, per converso e assai più problematicamente (non foss'altro per la pluralità dei potenziali contendenti), le istituzioni possono farsi e dirsi Stato, o quantomeno appropriarsi in quota parte delle funzioni detenute fino a quel momento in regime di monopolio (monopolio salvifico o lordato di sangue, e anzi spesso entrambe le evenienze, ma comunque sia dimostratosi in grado di assicurare, più o meno saldamente, un ordine). Ancora: tanto più lo Stato incorpora in sé e di per sé la forma istituzionale, tanto più ogni istituzione potrà rivendicare, già solo per il fatto stesso di profilarsi come realtà istituzionalmente articolata, i suoi quarti di nobiltà ordinamentale potenzialmente *erga omnes* e finanche la sua natura costitutivamente statuale.

Che tale scenario dia conto del doppio volto dello Stato in Hauriou — visto come la più poderosa minaccia anti-pluralistica e al contempo l'unica vera garanzia del compimento della riuscita integrazione delle plurime istituzioni operanti in un dato contesto comunitario — è qui meno interessante del nobilissimo, e azzarde-

remmo a dire volutamente non rifuggito, scacco cui, sulla scorta di tale duplicità, va alfine incontro la sua teoria dell'istituzione. Un doppio volto, quello dello Stato, che traccia, più precisamente, una parabola teorica che si concentra in una manciata di anni: se ancora nella prima edizione dei *Principes de droit public* (1910) Hauriou rivendica il carattere « essenzialmente pluralista » della sua analisi istituzionale, già nella seconda edizione (1916), lo Stato, in una repentina riconquista del piano della trascendenza, viene glorificato come « il modello più alto di organizzazione che si possa immaginare, in quanto creato a immagine della persona umana, che è a sua volta a immagine di Dio » (36). Non più dunque istituzione tra istituzioni, ma « istituzione delle istituzioni », secondo la famosa definizione concentrica coniata da Hauriou (37). Un'incertezza, questa, se si vuole una contraddizione, che ci pare il sintomo di una più generale difficoltà del paradigma istituzionalista nel suo complesso, almeno per come dottrinalmente attestatosi nella prima metà del secolo scorso, ché a veder bene non c'è pensatore istituzionalista che, trovandosi di fronte al dilemma ordinamentale circa la natura dello Stato (o di altra realtà gerarchicamente preordinata), non l'abbia risolto — quali che fossero intenzioni e caratura dell'intrapresa teorica — riconoscendo a quest'ultimo una primazia giuridica, assai poco conseguente, rispetto a ogni altra forma e realtà istituzionale. Se così, si potrebbe pertanto ipotizzare che le aporie dei vari tentativi ordinamentali di marca istituzionalista rimandino in realtà a un approdo inevitabilmente aporetico dell'istituzionalismo in quanto tale, aggirabile soltanto — ma con ciò chiamandosi fuori dalla partita — o distinguendo tra potere normativo e potere giurisdizionale dello Stato (Cesarini Sforza) o ipostatizzando un'idea

---

(36) HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., p. XII. « Persona morale perfetta » è la caratterizzazione dello Stato che Hauriou presenta in una delle sue ultime sistematizzazioni del diritto pubblico: M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 716.

(37) Per una più ampia considerazione di tale svolta, cfr. G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, in « Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique », 1 (1931), pp. 182-194; F. LINDITCH, *Institution et personne morale. Essai de reclassement de la théorie de l'institution dans la controverse sur la réalité et la fiction des personnes morales*, in *La pensée du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 317-334; SCHMITZ, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, cit., pp. 281-309.

direttiva onnicomprensiva, magari ritradotta con capziosa letteralità in *Führerprinzip*, che funga da inappellabile criterio di selezione per la legittimità delle condotte e delle norme finalizzate alla loro preservazione (Schmitt).

Il rimando a un ordine metafisico rappresenta, più e prima di ogni altra cosa, la via di fuga da quell'inquietudine che abbiamo richiamato sopra: partito alla ricerca di una teoria giuridica più comprensiva, in grado di rinsaldare un più ampio consenso sociale tramite l'epocale riconoscimento delle plurime realtà comunitarie sub-statali, Hauriou si rende conto a poco a poco, e con crescente sgomento, di ritrovarsi davanti al rischio di una disastrosa e irrimediabile frammentazione dell'unità statale. E dunque se di ripiegamento indubbiamente si tratta, è un ripiegamento dettato dalle mire vitalistiche, sanamente smisurate, che restano il vero motivo ispiratore dell'istituzionalismo hauriouviano, un motivo tanto potente da aver richiesto un'altrettanto energica, quasi brutale, messa in sicurezza dell'intero sistema. L'armonia pressoché prestabilita sottesa al realismo idealistico cui si affida nel dopoguerra è, in altre parole, l'inevitabile argine che Hauriou è costretto a porre per aver tentato di immettere la vita, nella sua irriducibile complessità, nello strumento di riduzione della complessità *par excellence*, vale a dire il diritto, fino al punto di rischiare l'implosione dell'intero ordinamento giuridico. La chiusura delle frontiere del diritto che il tardo Hauriou intende assicurare con l'affanno che caratterizza tutte le urgenze non previste appare quindi tanto inappellabile quanto irresistibile si era rivelato il piano di abbattimento delle mura personalistiche del diritto. Un piano di abbattimento meticolosamente approntato fino all'ultimo, la cui precipitosa strategia difensiva è in ogni caso, per merito e per fortuna di Hauriou, inevitabilmente fallita. Ma di un simile fallimento va anzitutto apprezzata la grandiosità, che consiste nell'aver spinto fino al limite estremo la navicella del diritto, ossia di aver voluto redimere giuridicamente ogni minimo granello ordinamentale, nel tentativo, appassionatissimo, di rintracciare una scintilla normativa in quanto prima veniva derubricato a mera regolarità fattuale e di aprire così il diritto a contesti interazionali che, lungi dal comprometterne la tenuta complessiva, si rivelano in condizioni di rinsaldarne le capacità ordinamentali, e anzi, a ben vedere, di identificarsi con esse.