

Eunomia. Rivista semestrale del Corso di Laurea in Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali

Eunomia II n.s. (2013), n. 2, 29-62

e-ISSN 2280-8949

DOI 10.1285/i22808949a2n2p29

<http://siba-ese.unisalento.it>, © 2013 Università del Salento

Maria Lucia Tarantino

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale:

*Georges Renard e Maurice Hauriou **

Abstract: *This article proposes a comparison between the institutional conception in Maurice Hauriou's and Georges Renard's thought, whose doctrinal positions are placed in different fields. Really, Hauriou proposed his theory on the sociological field, but it then was successful in the legal science; just in this context his thought had its complete development, particularly in his essay La théorie de l'institution et de la fondation (1925), in which the "anatomy" and the "physiology" of the concept of institution are analysed. But it is mostly in Renard's thought that this concept signifies the development of St. Thomas' "social reflections". Indeed he starts from the consideration that the common good is the continuation of the individual good and arrives to the theorization of institution as a subject of law, of which aim is to promote the rights and the moral improving of the men in it being.*

Keywords: Maurice Hauriou; Georges Renard; Institutional thought.

Introduzione

Intorno ai primi decenni del secolo scorso, si è potuto assistere in Europa a un rinnovamento¹ e ad un'ampia diffusione della concezione

* Il presente articolo è destinato al volume di Studi in onore del prof. Antonio Tarantino.

¹Adoperando il termine "rinnovamento", intendo riferirmi al fatto che l'istituzionalismo, come concezione politico-giuridica, non si manifesta per la prima volta in Francia attraverso il pensiero di Hauriou, Renard, Delos e altri pensatori che non hanno accolto quelle concezioni che, nel privilegiare la dimensione dell'individualità nell'uomo, non hanno dato il giusto rilievo a quella della socialità, intesa come momento costitutivo della sua personalità e su cui si fonda l'intero sviluppo della storia dell'umanità. Si può dire che, con questi autori, l'istituzionalismo abbia avuto grande diffusione e fortuna e che, in seguito, questa dottrina, imperniata sul concetto di istituzione, abbia avuto analoga

istituzionale del diritto. La concezione istituzionale del diritto, in Germania e in Italia, è inserita, con i suoi maggiori esponenti, Otto von Gierke e Santi Romano, nell'alveo del diritto sociale. In Francia, invece, essa si ricollega a una sociologia informata ai principi della religione cristiana² e al diritto naturale, attraverso il pensiero dei due corifei dell'istituzionalismo francese, Maurice Hauriou e Georges Renard, i quali, però, operano in campi differenti: della teoria generale

fortuna in Italia, in particolare con Santi Romano. Lo stesso Renard parla del diritto istituzionale come di un "fenomeno giuridico" tutt'altro che sconosciuto, essendo un concetto appartenente a tempi remoti, che s'inserisce nel contesto della concezione organica della società, della filosofia aristotelico-tomistica e di quelle correnti filosofiche, politiche e giuridiche, che ne hanno rappresentato lo sviluppo. Cfr. G. RENARD, *De l'institution à la conception analogique du droit*, in *Archives de philosophie juridique*, Paris, Sirey, 1935, p. 81. Dello stesso avviso di Renard è Joaquín Ruiz-Giménez Cortes, filosofo del diritto e della politica, il quale afferma che la concezione istituzionale del diritto è una concezione politica e giuridica della società che con il tempo si rinnova, aprendosi alle continue istanze che la coscienza sociale pone in essere. Essa, pertanto, per l'autore spagnolo, nella Francia dei primi decenni del XX secolo, si è delineata come «una versión renovada, con perfiles inéditos, de la respuesta clásica al tema eterno». J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTES, *La concepción institucional del derecho*, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1944, p. 74.

² Dalle affermazioni di G. RENARD [*La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930] si evince che HAURIOU, ne *La science sociale traditionnelle* [Paris, Larose, 1896], in particolare nel capitolo intitolato "Il fenomeno dell'istituzione", promuove «une sociologie toute gonflée de spiritualisme chrétien» (p. XIV). Hauriou, in quest'opera, parte da un modello sociale differente da quello proposto da Comte, il cui pensiero si ricollega, a sua volta, a quello di Saint Simon, in particolare nel *Cours de philosophie positive*. Allo stesso modo, Hauriou si discosta dal sociologismo di Durkheim che privilegia l'oggettività, dando maggiore risalto all'esistenza dell'ambiente sociale rispetto alle coscienze individuali. E anche nel concetto di istituzione di Renard, la cui impostazione teorica è accomunabile a quella di Hauriou e non a quella di Santi Romano, vi è l'influsso della filosofia tomistica. Egli stesso afferma che «la philosophie thomiste est la seconde voie qui devait conduire à l'institution» e, continua, se è indubbio che «la théorie de l'institution ne se trouve pas chez Saint Thomas», è, però, accoglibile la tesi secondo cui «sa philosophie sociale baigne dans l'atmosphère institutionnelle» RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. 23. Ma, soprattutto, in Renard si ravvisa un'affinità dottrinale con Hauriou nel momento in cui egli, accogliendo, in una certa misura, la sociologia nella sua dottrina istituzionale, si apre alla considerazione che, sebbene il diritto non coincida con il fatto, trae la sua origine da esso.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

del diritto, il primo; della filosofia, il secondo.³ Da qui, lo stimolo intellettuale a svolgere un breve raffronto fra i due autori.

A rigor del vero, insistendo solo sul piano della concezione istituzionalistica, la nozione di istituzione hauriouviana ha avuto un'ampia diffusione, superando gli stessi confini della Francia, mentre quella sviluppata da Renard sul piano filosofico è meno nota, essendo l'autore conosciuto maggiormente per la sua concezione del diritto naturale a contenuto progressivo, di cui mi occuperò più avanti. Seguendo questo percorso intellettuale, pertanto, dovrei procedere nel mio discorso prima con l'analisi della concezione istituzionale di Hauriou e, successivamente, analizzare quella proposta da Renard. Ma, nonostante queste considerazioni, ritengo opportuno partire dalla concezione istituzionale renardiana, in cui l'istituzione è analizzata come momento dottrinale riscontrabile nel contesto filosofico tomistico, sebbene in esso non sia stata sviluppata.

³ La concezione istituzionale del diritto si sviluppa tanto in ambito filosofico, giuridico e politico, quanto in quello della teoria generale del diritto e nei diversi campi del diritto positivo. Essa ha la sua massima diffusione, come accennato nel testo, in Francia con M. Hauriou e in Italia con Santi Romano, sebbene i due autori abbiano svolto le loro dottrine autonomamente, attraverso itinerari scientifici diversi, come afferma lo stesso V.E. Orlando, maestro di Santi Romano. Cfr. V.E. ORLANDO, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, Modena, Pubblicazioni dell'Università di Modena, 1948, p. 20. Cfr. anche, al proposito, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 244-283 [ora in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 21-61 e M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001. Negli ultimi decenni è stato proposto un "neo-istituzionalismo" con N. MacCormick e O. Weinberger, le cui dottrine sono contenute principalmente in N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione* (1986), trad. it. a cura di M. LA TORRE, Milano, Giuffrè, 1990. L'approccio degli autori allo studio dell'istituzione si muove lungo una direzione filosofica. La teoria elaborata da MacCormick e Weinberger è una teoria istituzionalistica che vuole indicare la funzione di norme, istituzioni giuridiche e "altri oggetti ideali", discostandosi tanto dall'idealismo quanto dal riduzionismo. In particolare, essi mirano a realizzare, con la loro teoria, uno sviluppo del normativismo in senso realistico.

Soffermandomi sul pensiero di Renard, prendo in esame le sue opere meno note, *Le droit, l'ordre et la raison* e *La philosophie de l'institution*.⁴

1. *Georges Renard: il diritto naturale progressivo*

Il filosofo francese, tanto nella sua concezione del diritto naturale quanto nella sua teoria filosofica dell'istituzione, accoglie e sviluppa i fondamenti metafisici del neo-tomismo. La peculiarità del suo pensiero si coglie, in modo particolare, nell'opera *Le droit, l'ordre et la raison*, in cui l'autore espone una concezione del diritto naturale il cui contenuto non è assoluto e immutabile, potendo l'uomo cogliere i principi di tale diritto nel tempo, attraverso la ragione. Il concetto di ragione a cui Renard si ricollega non è la ragione kantiana – a cui muove una critica – ma quella di San Tommaso, di Cicerone e degli Stoici. Egli, infatti, afferma che la ragione di Kant

«se replie sur elle-même et se suffit à elle-même; c'est un système fermé; elle n'assimile aucune matière extérieure au moi et fonctionne impeccablement mais à vide».⁵

⁴ Cfr. G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Paris, Sirey, 1927, e ID., *La filosofia dell'istituzione* (1939), trad. it. di M. L. TARANTINO, Roma, Gangemi, 2004. Dell'autore, con riguardo alla concezione istituzionale del diritto, è maggiormente conosciuta *La théorie de l'institution*, cit., di cui, inizialmente, *La philosophie de l'institution*, doveva essere soltanto la “prosecuzione”. Fra le altre sue opere vanno menzionate *Le droit, la justice et la volonté*, Paris, Sirey, 1924; *Le droit, la logique et le bon sens*, Paris, Sirey, 1925; *La valeur de la loi*, Paris, Sirey, 1928; *La théorie des «leges mere poenales»*, Paris, Sirey, 1929; *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Sirey, 1933; *Thomisme et droit social*, Paris, Sirey, 1934, pp. 1-42; e *De l'institution à la conception analogique du droit*, in *Archives de philosophie juridique*, Paris, Sirey, 1935, pp. 81-145.

⁵ RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, cit., pp. 258-259.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

Viceversa, per Renard, la ragione è lo strumento attraverso il quale si può osservare il mondo esteriore.

La differenza fra tomismo e kantismo, secondo Renard, si coglie anche nel concetto di diritto naturale. Il diritto naturale progressivo, da lui teorizzato, non è assimilabile al “diritto naturale a contenuto variabile” di Stammler, in cui è presente un concetto semplicemente formale, avendo il filosofo tedesco

«sauvé le mot; mais il n'a pas sauvé la chose; son droit naturel à contenu variable n'est que una bouteille vide décorée d'une belle étiquette».⁶

Il diritto naturale renardiano, che, in sostanza, è una riproposizione della concezione classica del diritto naturale, arricchito con i principi della Scolastica, ha una finalità, poiché funge da criterio di «orientation en vue de l'élaboration du droit positif».⁷ In particolare, afferma Renard, promuovendo i principi del diritto naturale, si possono porre dei limiti a eventuali pretese soggettivistiche di chi, governando la società in un determinato momento storico, non voglia sostenere quei valori attraverso i quali la natura umana realizza il suo sviluppo nel tempo. Solo nel senso di un'inviolabilità di questi limiti, avverte

⁶ *Ibid.*, p. 100. In R. von Stammler, personalità di grande rilievo nella scuola del neokantismo di Marburgo, vi è l'aspirazione ad un recupero del pensiero di Kant nell'analisi del diritto e, quindi, l'aspirazione ad una dottrina in cui la moralità rappresenti la realizzazione del diritto. Secondo Stammler, è compito della filosofia del diritto tanto l'individuazione del concetto del diritto, quanto l'individuazione della sua idea, che non ha un suo contenuto definito, ma ha un carattere formale. Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 222. Egli parla, al proposito, di “diritto giusto” che ha ispirato il titolo della sua ben nota opera *Die Lehre von demrichtigen Rechte* [Berlin, Guttentag, 1902].

⁷ *Ibid.*, p. 120.

Renard, è possibile accogliere, seguendo la dottrina ortodossa, un diritto naturale immutabile.

Ma la mente umana, nel corso della storia, può cogliere altri principi di diritto naturale, pochi e in età diverse. Da qui, la concezione renardiana del diritto naturale progressivo, alla cui base è possibile intravedere il principio universale e formale del *bonum faciendum*, *malum vitandum* di San Tommaso, del cui pensiero, ammette il filosofo francese, la sua dottrina «n'est qu'une application»,⁸ adeguata, però, alle circostanze storiche e culturali della Francia dei primi decenni del secolo scorso.

Nell'opera *Le droit, l'ordre et raison*, egli, aprendosi all'influsso di San Tommaso, espone una concezione di diritto naturale sul genere dell'*orthós logos* degli Stoici, il cui cardine va individuato nella stessa natura umana, e della *recta ratio* ciceroniana. L'immutabilità del suo contenuto, però, va intesa nel senso di una «immutabilité essentielle du droit naturel qui réserve un double espace pour le mouvement».⁹ È l'immutabilità universale e formale del *bonum faciendum*, *malum vitandum*, alla quale, però, l'autore congiunge, come si evince dalle sue affermazioni appena riportate, il progresso dell'umanità. Più precisamente, Renard, tommasianamente, afferma che gli uomini, come esseri naturalmente dotati di ragione, conoscono parte della *lex aeterna*, la *lex naturalis*, che è, appunto, quella parte di legge eterna che s'irradia nella ragione umana. È una legge naturale, afferma l'autore per chiarire il suo pensiero, che

⁸ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. 23.

⁹ RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, cit., p. 122.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

«pour la connaître, il n'est pas besoin de se livrer à de savantes études. C'est bien assez de posséder une saine raison: *recta ratio*».¹⁰

Ma la peculiarità, nell'impianto concettuale renardiano, della legge naturale, è di essere, nel contempo, immutabile, perché è parte della *lex aeterna*, sapienza superiore e razionalità armonica di Dio, e storica, perché i principi in essa contenuti sono, via via, conosciuti con maggiore ampiezza e, soprattutto, sviluppati dagli uomini nel corso dei secoli, tratti *ex ipsa natura rei*. Come tali, essi sono adeguati alle istanze che, di volta in volta, la società pone in essere. Nel definire il diritto naturale «l'étoile dans la silloge de laquelle doit s'exercer la volonté humaine»,¹¹ egli, infatti, precisa che

«si l'étoile est fixe, la connaissance, que nous en avons progressé. Ce n'est pas la loi naturelle qui change, c'est nous qui changeons. Notre raison, qui en est le miroir, se fouille et s'approfondit, comme nos instruments de précision fouillent et approfondissent le firmament».¹²

Da queste affermazioni si può evincere che, per l'autore, non vi è incongruenza nel momento in cui si sostiene la progressività del diritto naturale, pur riconoscendone l'immutabilità. Infatti, la progressività del diritto naturale consiste nell'«œuvre de la volonté des hommes éclairée par la raison».¹³ La concezione del diritto naturale renardiana, pertanto, si realizza nella progressività della conoscenza dei suoi principi. È un diritto naturale, quello proposto da Renard, che si compone di pochi

¹⁰ *Ibid.*, pp. 52-53.

¹¹ *Ibid.*, p. 120.

¹² *Ibid.*, p. 122.

¹³ *Ibid.*, p. 127.

principi, i quali, nella formulazione del diritto positivo, devono “orientare” chi governa a operare per il bene dell’umanità, nel rispetto cioè dei limiti posti dal diritto naturale. In tal senso, esso dà “forma universale” al diritto positivo. Renard, infatti, parla di

«un piccolo numero di principi fondamentali e immutabili ai quali deve conformarsi ogni sistema di diritto positivo, a pena di non essere più diritto».¹⁴

Il diritto positivo, cioè, deve attuarsi secondo i principi del diritto naturale e concretizzarli storicamente. In tal modo, le leggi positive possono essere un prolungamento del diritto naturale, al quale, nella misura in cui è assorbito dal diritto positivo, conferiscono validità ed efficacia, poiché il diritto naturale

«ne se réalise qu’en s’incorporant dans le droit positif de tal peuple et de tal peuple, à telle et à telle époque».¹⁵

Con queste riflessioni, il filosofo francese si rifà a un contesto filosofico aristotelico-tomistico, nel momento in cui insiste sulla universalità del diritto naturale, che si proietta nel tempo e nello spazio. Esso è

«intangibile d’une intangibilité humaine, parce qu’elle ne fait qu’une seule chose avec notre nature d’homme; d’une intangibilité divine, parce qu’en cette nature il y a un reflet de son Créateur et souverain Législateur».¹⁶

¹⁴ RENARD, *La filosofia dell’istituzione*, cit., p. 54.

¹⁵ RENARD, *Le droit, l’ordre et la raison*, cit., pp. 152-153.

¹⁶ *Ibid.*, p. 56.

In questo contesto, il diritto naturale renardiano è espressione della ragione, che assurge a costitutivo della natura umana, più che della volontà. Con riguardo, ancora, al suo rapporto con il diritto positivo e alla particolare funzione di quest'ultimo, Renard fa riferimento alle affermazioni degli scolastici *particularia, generalibus derogant*. Lo fa per indicare un diritto positivo che «se comporte vis-à-vis de le droit naturel comme un droit spécial par rapport au droit général». ¹⁷ E, nel tradurlo in leggi, gli fornisce gli strumenti necessari per realizzare la sua efficacia, sia che esso si limiti a tradurre il diritto naturale «par une technique appropriée, soit qu'il y ajoute les compléments jugés opportuns». ¹⁸

In sostanza, la peculiarità della sua concezione riposa su questa costruzione di un diritto naturale che non è svincolato dal contesto storico e ad esso inadeguato, ma si eleva a fondamento di quello positivo, il quale, a sua volta, ha il compito di attuarlo nel costante progresso dell'umanità. In questa sua costruzione, il diritto naturale è un “fermento rivoluzionario”, «une force de transformation qui bouillonne sous l'armature métallique du droit positif». ¹⁹ Pertanto, se il diritto positivo rappresenta «la catégorie de la stabilité, le droit naturel représente la catégorie du progrès». ²⁰

Rapportando, poi, le affermazioni di Renard contenute nell'opera *Le droit, l'ordre et la raison* con quelle contenute nella *Filosofia dell'istituzione*, e prima riportate, si ricava che, nell'analisi renardiana sul rapporto diritto naturale-diritto positivo, una legge positiva, proprio

¹⁷ *Ibid.*, p. 125.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, p. 130.

²⁰ *Ibid.*

per essere la naturale prosecuzione del diritto naturale nell'ambito storico-sociale, non può mai porsi in contrasto con le sue finalità. In questo contesto, trova giustificazione la sua affermazione secondo cui compete al diritto naturale «justifier le droit positif devant la raison».²¹ E, con queste caratteristiche, il diritto non è coercizione, dal momento che «n'est pas la faculté de coercion qui fait le droit; c'est le droit qui légitime la coercion».²² Perciò, si può dire che, secondo Renard, s'instaura un contrasto fra il diritto naturale e il diritto positivo formalistico e quello che scaturisce dal realismo sociologico. Ne deriva che non può essere una continuazione del diritto naturale quel diritto positivo che, in un determinato contesto storico, voglia regolamentare la realtà sociale senza privilegiare i valori di cui un individuo, in quanto tale, è portatore e che non voglia allargare i propri confini alla trascendenza. Non è tale, cioè, quel diritto positivo che non operi in conformità al bene, della cui “forza unificante”, per Renard, seguendo San Tommaso, non si deve dubitare, e in conformità all'ordine. Infatti, nel cooperare con gli altri in vista del raggiungimento del bene, ogni uomo può realizzare lo sviluppo della propria personalità, superando quella dimensione individualistica che gli impedisce di scorgere nel bene comune il suo bene. In tal senso, il bene diviene «une construction où chacun apporte sa pierre, un foyer de coopération».²³ Anche attraverso l'ordine sociale si vogliono realizzare queste finalità, e ad esso gli uomini devono conformare le volontà, essendo esso ciò che

²¹ *Ibid.*, p. 132.

²² *Ibid.*, p. 50.

²³ *Ibid.*, p. 154.

«solidarise ceux qui marchent à sa poursuite».²⁴ Se, viceversa, l'agire degli uomini non è conforme all'ordine, si va verso l'arbitrio, poiché «l'ordre est un, le désordre multiple».²⁵

Nell'attuare i principi del diritto naturale, adattandoli ad una particolare dimensione storico-sociale, il legislatore dispone di una libertà interpretativa e procedurale che, però, deve essere espressione di volontà razionale nel realizzare tanto il compito di riconoscere e definire questi principi, quanto quello di individuare le «déterminations nécessaires au égard aux opportunités».²⁶ Attraverso questa razionalità, questa integrazione di progressività e immutabilità, il diritto naturale, teorizzato da Renard, assolve la funzione di

«modérateur de l'autorité des législateurs et de la liberté des citoyens; de régulateur par la vertu duquel leurs volontés autonomes se coordonnent en s'ordonnant à une commune finalité; de principe d'ordre, enfin, dans lequel s'intègrent toutes les lois, toutes les coutumes, toutes les jurisprudences [...]».²⁷

Più precisamente, dotato di progressività, il diritto naturale si proietta nella storia dell'umanità e in essa si attua, divenendo un costitutivo del suo sviluppo. Il diritto naturale, infatti,

«progresse d'abord en développant les virtualités incluses dans son propre principe; il progresse ensuite en s'assimilant les milieux historiques qu'il a mission de ramener à l'ordre».²⁸

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*, p. 124.

²⁷ *Ibid.*, p. 133.

²⁸ *Ibid.*, p. 126.

Ed è una progressività che è opera di una volontà colma di semi di razionalità, alla quale Renard attribuisce un ruolo di “invenzione” e di “creazione”. Ruolo che l’autore chiarisce attraverso il riferimento ad alcune *quaestiones* presenti nella *Summa theologiae* di San Tommaso, in virtù delle quali Renard sostiene che ogni uomo è dotato, per natura, di istinto e ragione. Dei due, però, solo la ragione rappresenta una «puissance en perpétuel progrès; c’est une conquérante... (et est) indéfiniment perfectible»²⁹ e, attraverso di essa, l’uomo trae quei principi che lo conducono verso una sempre maggiore perfezione, verso l’acquisizione di nuove forme di sapere e di civiltà.

2. I caratteri del concetto di istituzione di Georges Renard

L’impostazione teoretica del diritto naturale renardiano si apre all’istituzione considerandola un’entità di cui gli individui sono l’espressione e dalla quale sorge il diritto finalizzato a regolamentarne l’esistenza. L’istituzione è, in Renard, un soggetto di diritto, che ha una propria vita, sorge con la finalità di promuovere i diritti e lo sviluppo della personalità degli individui che la compongono e a questa finalità è rivolta la sua esistenza. Afferma Renard, al proposito, che «le istituzioni sono per l’uomo e non l’uomo per le istituzioni».³⁰ E precisa che, nel momento in cui si sostiene la naturale socievolezza degli individui, si sottolinea la loro naturale imperfezione e, quindi, la necessità di un sistema articolato di istituzioni in grado di armonizzare le intelligenze umane rivolgendole al bene comune. Con queste

²⁹ *Ibid.*, p. 243.

³⁰ RENARD, *La filosofia dell’istituzione*, cit., p. 65.

caratteristiche, un'istituzione non è la somma degli individui di cui è composta, ma una comunità con propri caratteri. Vi è, pertanto, piena sintonia fra l'impostazione istituzionale renardiana – che, con riguardo al rapporto istituzioni-persone, opera una similitudine con l'unione dell'anima con il corpo – e l'unità sociale di cui parla Hauriou. Infatti, a fondamento della nozione di istituzione renardiana, vi è la convinzione secondo cui un «raggruppamento è un'unità in una diversità, che il termine *universitas* traduce ottimamente». ³¹ Unità che è reale, capace di concretizzare

«un'unità di azione in una diversità di agenti, e questa unità di azione reagisce sugli agenti determinando tra di essi una certa maniera di essere che è loro comune». ³²

L'istituzione delineata da Renard si differenzia da quella delineata da Santi Romano, dal momento che, nel filosofo francese, essa non si identifica con il diritto. ³³ Adoperando la famosa dicotomia aristotelica

³¹ *Ibid.*, p. 137.

³² *Ibid.*

³³ La nozione di istituzione elaborata da Santi Romano supera il principio di equivalenza fra fatto sociale e diritto poiché, nel suo pensiero, si deve parlare di equivalenza fra diritto e istituzione che, nell'autore, «è la prima, originaria ed essenziale manifestazione del diritto». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1967², p. 53. Il giurista siciliano, infatti, distingue il fatto sociale – che può essere organizzato e, come tale, dare origine all'istituzione, un ente vitale, con una potenziale durata indefinita nel tempo – da quelle forze sociali insuscettibili di essere organizzate e di formare un'entità sociale autonoma e distinta dagli elementi di cui si compone. Affermando l'autore che il diritto nasce con il fatto sociale e avendo il suo fondamento nell'organizzazione, egli conferisce all'istituzione e, pertanto, all'organizzazione il carattere della giuridicità, anteriormente alle stesse norme. Nella sua concezione, diritto e organizzazione si equivalgono e le norme sono lo strumento attraverso il quale il diritto opera e si esprime. Fra le opere principali del giurista palermitano, cfr. *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, 1953; ID., *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1947, seconda edizione riveduta; ID., *Scritti minori*, 2 voll., a cura di G. ZANOBINI, Milano, Giuffrè, 1950; ID., *L'Ordinamento giuridico*, cit.

dello *zoōn logikón* – *zoōn politikón*, si può dire che l'istituzione di Renard, più precisamente la sua organizzazione, è manifestazione di *logikón*, sebbene essa si proietti nel *politikón*, fondandosi sulla socievolezza insita nella stessa natura dell'uomo. L'istituzione, quindi, può essere vista come un *continuum* con la natura umana ed è lo strumento attraverso il quale l'umanità opera organizzandosi intorno ad un bene comune determinato che, ribadisce il filosofo francese, rappresenta ciò che

«dà il nome a un'istituzione», poiché il «bene comune caratterizza un ceto e l'istituzione è solo un ceto organizzato giuridicamente».³⁴

Ogni istituzione, per Renard, nasce per rispondere alle esigenze, alle istanze, che sorgono in una determinata realtà sociale, nella quale l'istituzione si radica. Ma, seguendo un'impostazione di stampo tomistico, un'istituzione deve promuovere un fine giusto ed essere rispettosa della personalità e della dignità degli uomini. Più precisamente, nella concezione istituzionale renardiana, coerentemente con la filosofia aristotelico-tomistica, vi è la volontà di perseguire un interesse comune, improntato alla giustizia; da qui la necessità che un'istituzione si caratterizzi per essere espressione di razionalità, di conformità al “senso dell'ordine”. Ragion per cui la sua concezione istituzionalistica, pur accogliendo, analogamente a quella hauriouviana, gli elementi dell'organizzazione, a cui si ricollegano quelli della stabilità e della durata di un'istituzione, privilegia, però, quello della

³⁴ RENARD, *La filosofia dell'istituzione*, cit., pp. 83-84.

necessità che essa sia finalizzata all'interesse generale. Né vi è in Renard il riconoscimento delle istituzioni illecite.³⁵

Infatti, l'aver posto la ragione, e non la volontà, a fondamento del diritto e, quindi, dell'istituzione, lo porta a non accogliere le concezioni volontaristiche di un diritto positivo che non sia una concretizzazione dei principi del diritto naturale, che non sia conforme al "senso del giusto". In tal caso, egli accoglie la tesi secondo cui «un diritto che non sia l'organizzazione della giustizia non è un diritto».³⁶ È questa una tesi che è lo sviluppo e la continuazione della constatazione di Sant'Agostino, che si legge nel *De civitate Dei*, secondo cui «*remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*».³⁷

³⁵ È opportuno, però, ricordare il pensiero di altri autori, come, ad esempio, Cicerone, spesso citato dallo stesso Renard, per il quale è ravvisabile la giuridicità propria delle organizzazioni statuali anche in quelle non statuali, addirittura illecite. Infatti, il giurista romano, nel *De officiis*, riconosce l'esistenza «perfino delle leggi dei briganti, che essi obbediscono e osservano». CICERONE, *De officiis*, II, 11, 40, in M.T. CICERONE, *Opere politiche e filosofiche di M. T. Cicerone*, a cura di L. FERRERO - N. ZORZETTI, Torino, UTET, 1986). Ma il pensiero corre, soprattutto, ancora a Santi Romano, che, proprio per operare sul piano della teoria generale del diritto, svincolata, a suo avviso, dalla necessità di compiere valutazioni di ordine etico o coinvolgenti la sfera della liceità, non solo non si interessa degli scopi di un'istituzione, della sua funzione di promuovere lo sviluppo dell'uomo, ma ha affermato che la liceità di un'istituzione «non vale e non può non valere se non di fronte all'ordinamento statale». ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 122-123. Afferma, inoltre, il giurista che «la famosa questione se possa considerarsi come ordinamento giuridico la così detta società dei ladroni e, in genere, ogni società organizzata che altri ordinamenti, come quello dello Stato e della Chiesa, qualificano criminale, deve ritenersi indipendente, in sede di teoria generale del diritto, da ogni posizione moralista anche se questa possa avere rilievo in sede filosofica». S. ROMANO, *Diritto e morale*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 72-73)

³⁶ RENARD, *La filosofia dell'istituzione*, cit., pp. 50-51. Che in Renard vi sia piena accoglienza del concetto tommasiano di legge, si ricava dalle sue affermazioni, contenute nella *Filosofia dell'istituzione*, secondo cui «la legge naturale è la madre di tutte le leggi e, se queste se ne separano, non possono essere chiamate leggi» (p. 51). Esse, continua l'autore, rendendo in senso negativo l'affermazione presente nella *Summa theologiae*, q. 96, a. 4, sulle leggi giuste, *non sunt leges legales*.

³⁷ SANT'AGOSTINO, *De civitate Dei*, IV, 4. Anche una "banda di malviventi", dice Sant'Agostino, costituisce una comunità, ma il fine che essi perseguono è costituito dalla "spartizione del bottino". Qui il consenso indiscusso degli uomini che compongono la comunità ha il suo fondamento in un utile personale, scaturente dal fatto illecito della

Il concetto di volontà, accolto da Renard, è, invece, quello di una volontà illuminata dalla ragione. Una ragione capace di orientare gli uomini verso il bene e il giusto, proiettandoli in una dimensione spirituale. In sostanza, per Renard non può dirsi “volontà giuridica” una volontà che non sia retta dalla ragione e che non sia rivolta all’ordine.³⁸ Nella sua concezione del diritto naturale, i cui principi si ricavano *ex ipsa natura rei*, trova pieno accoglimento una nozione di istituzione come formazione naturale, essendo essa una proiezione della stessa natura umana, pronta a recepire le istanze poste in essere dalla coscienza sociale in un determinato momento storico. È una nozione che ben si concilia con la concezione organica della società e con l’involontarietà del diritto. Dalle affermazioni di Renard, secondo cui «ogni bene comune implica una comunità e ogni comunità ha vocazione a istituirsi in molteplici istituzioni»,³⁹ si evince, poi, il pluralismo infra-societario renardiano, finalizzato all’ordine sociale, che può essere posto in correlazione con quello, maggiormente sviluppato, del padre Luigi Taparelli d’Azeglio.⁴⁰ Renard, infatti, si pone in contrasto con

rapina. Con questo esempio, già presente nel *De officiis*, II, 11, 40, Sant’Agostino rappresenta che l’organizzazione e il consenso non sono elementi sufficienti al fine di formare una società civile. Più esattamente, essi sono necessari ma non sufficienti, dal momento che una comunità civile si deve caratterizzare per la giustizia intrinseca nel suo fine, cioè per promuovere un fine giusto, che non deve essere tale solo per i componenti di quella determinata comunità, ma per la società civile generalmente intesa, formata, cioè, da tante comunità infra-societarie.

³⁸ RENARD, *Le droit, l’ordre et la raison*, cit., p. 146.

³⁹ RENARD, *La filosofia dell’istituzione*, cit., pp. 84.

⁴⁰ Il gesuita piemontese L. TAPARELLI D’AZEGLIO è conosciuto principalmente per la sua opera *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto* [2 voll., Napoli, Civiltà Cattolica, 1850], nella quale si coglie una critica alla filosofia moderna e si profila una concezione del diritto naturale come conseguenza dell’ordine naturale. Dell’opera, l’autore ha pubblicato anche un sunto dal titolo *Corso elementare di natural diritto ad*

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

«la doctrine jacobine [secondo la quale] il n'y a rien entre l'individu et l'État; seulement l'État est tout puissant: il peut faire surgir à volonté des sujets de droit». ⁴¹

A questa dottrina Renard oppone la sua teoria dell'istituzione che si caratterizza anche per un pluralismo infra-societario, secondo cui, come le persone si organizzano in istituzioni, allo stesso modo le istituzioni

«se coordonnent en institutions de plus en plus compréhensives: car il y a des institutions de personnes et des institutions d'institutions. Toute institution élémentaire s'enrichit de ce qu'elle donne à l'institution supérieure et toute institution supérieure se renforce de l'autonomie et par conséquent de la variété des institutions élémentaires dont elle se compose: famille, province, nation, société internationale, jusq'à cette institution juridique suprême qu'est l'humanité [...] jusq'à cette institution transcendente à l'ordre juridique, où l'humanité se coordonne à toute nature raisonnable en Dieu son chef». ⁴²

Anche per Taparelli,

«non possono due individui incontrarsi senza trovarsi in reciproca relazione di naturale amore, epperò cospiranti al *bene comune*, vale a dire *associati*. Questa universale associazione, quando per fini particolari viene ridotta a certi limiti, forma le leggi fondamentali della particolare società che ne risulta [...] Ogni società particolare in tanto sussiste in quanto ha il suo fine particolare, la sua autorità, la sua operazione». ⁴³

uso delle scuole, Napoli, Lauriel, 1853. Vanno, poi, menzionati gli scritti *Esame critico degli ordini rappresentativi nella società moderna*, 2 voll., Roma, Civiltà Cattolica, 1854, e quelli contenuti in G. DE ROSA, *I gesuiti in Sicilia e la Rivoluzione del '48*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1963.

⁴¹ RENARD, *La théorie dell'institution*, cit., p. 39.

⁴² *Ibid.*, p. 42.

⁴³ TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale*, vol. I, cit., p. 376, par. 687.

Entrambi gli autori elaborano un concetto di ordine sociale fondato sulla giustizia, che contempla l'operare armonico fra persone e istituzione e fra le istituzioni minori e la società generale, in cui si articola il pluralismo infra-societario degli autori, per i quali l'ordine implica l'integrazione fra le parti e il tutto poiché

«ogni ordine di totalità implica un certo modo di relazionarsi tra il suo essere proprio e quello degli elementi da cui esso dipende, ancorché li superi in quanto tutto [...]».⁴⁴

Ogni istituzione, tanto nell'atto della sua fondazione quanto nel corso della sua esistenza, dipende dalle persone umane che la compongono, sebbene essa, poi, superi la limitatezza della loro vita e dei mezzi di cui dispongono, possedendo l'istituzione

«une vertu de conservation et de développement qui brave l'usure du temps et la contradiction des hommes».⁴⁵

L'armonico operare fra l'istituzione e le persone che la compongono si realizza quando la prima sia rispettosa dei diritti delle persone, della loro autonomia e quando, a loro volta, gli uomini cooperino fra loro e con l'istituzione in vista del bene sociale.

Allo stesso modo, una "società maggiore" deve operare per il bene delle istituzioni infra-societarie che ne fanno parte, aiutandole a crescere e a raggiungere i loro scopi particolari senza mutare la loro intima natura, ma "correggendole" e "infrenandole" da ogni eccesso. E le istituzioni infra-societarie devono, a loro volta, collaborare per il

⁴⁴ RENARD, *La filosofia dell'istituzione*, cit., p. 188.

⁴⁵ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. 31.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

raggiungimento dell'ordine promosso dalla società generale.⁴⁶ È un concetto di ordine sociale che deriva dalla stessa natura dell'istituzione, che

«è un essere, e chi dice essere dice unità. *Ens et unum convertuntur*, ma un essere a base di molteplicità: un essere reale in una molteplicità reale».⁴⁷

L'armonia renardiana del tutto con le parti, che in Taparelli diviene, a sua volta, “armonico movimento” e in Hauriou è unità sociale, si realizza solo attraverso l'organizzazione della società generale in istituzioni minori, rivolta al mantenimento dell'ordine sociale e attraverso la quale si articola il pluralismo infra-societario. Pluralismo che, come già detto, in Taparelli è più articolato. Infatti, nel gesuita piemontese,

«ogni gran società deve comporsi necessariamente di società minori, le quali, come debbono concorrere al bene comune della maggior società, debbono in lei trovare la perfezione dell'essere loro e della loro generazione».⁴⁸

ed è un'esigenza che egli definisce “necessità di natura”.

Permane, però, negli autori la necessità, tanto per le istituzioni, quanto per gli individui che le compongono, di conciliare l'ordine sociale con la libertà di programmare la condotta di vita attraverso la quale perseguire gli obiettivi prefissi. Conciliazione che si realizza solo

⁴⁶ Cfr. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Legge fondamentale d'organizzazione della società*, in DE ROSA, *I gesuiti in Sicilia e la rivoluzione del '48*, cit., p. 181.

⁴⁷ RENARD, *La filosofia dell'istituzione*, cit., pp. 188-189.

⁴⁸ TAPARELLI D'AZEGLIO, *Legge fondamentale d'organizzazione della società*, cit., p. 169.

se vi è un giusto ordine, che non sacrifica la libertà delle istituzioni minori, infra-societarie e delle persone che le compongono e se è concessa una giusta libertà, che non travalica l'ordine sociale.

3. Ipotesi di formazione del concetto di istituzione di Maurice Hauriou

Renard, ne *La théorie de l'institution*, definisce la concezione istituzionale hauriouviana «la transposition de la doctrine de Saint Thomas sur les relations du corps et de l'âme». ⁴⁹ Egli riporta un passo di Hauriou contenuto nei *Principes de droit public*, in cui il giurista francese riconosce «l'immense et riche trésor de réflexions sociales accumulées dans les sommes théologiques», ⁵⁰ riflessioni sulla società che avrebbero orientato le sue indagini sul diritto, discostandosi dai «deux monismes opposés entre lesquels il devait camper la théorie de l'institution: l'individualisme et le sociologisme». ⁵¹ Delle due dottrine, avverte Renard, il sociologismo era in particolar modo diffuso fra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento.

Non si può negare che in Hauriou vi sia l'accettazione degli strumenti dottrinali del tomismo e la “valorizzazione giuridica” della sua nozione di bene comune. Però, a questo bisogna aggiungere che, nella sua teoria istituzionale, vi è il riferimento da parte del giurista all'analisi del vitalismo biologico svolta da Claude Bernard. ⁵² Infatti,

⁴⁹ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. XIV.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Cfr., in particolare, CLAUDE BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, Ballière, 1865. Questo volume di Bernard è stato tradotto in italiano da F. GHIRETTI con il titolo *Introduzione allo studio della medicina sperimentale*, Milano, Feltrinelli, 1951, ed è giunto nel 1994 alla terza edizione. Su vitalismo e colore

Hauriou, nella sua ben nota opera *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, del 1925, ha inserito come sottotitolo *Saggio di vitalismo sociale*.⁵³ Ed è

«la vita della società che egli studia [...] cercando di considerare l'aspetto soggettivo e l'aspetto oggettivo: problema filosofico. Quindi (Hauriou) è contro l'idea di Durkheim della coscienza sociale distinta dalla coscienza singola individuale; tale idea sarebbe il presupposto della teoria di Duguit della *règle du droit*».⁵⁴

Hauriou elabora una concezione dell'istituzione fra sociologia e diritto. In un primo momento, questa teoria è proposta dal giurista nel volume *Scienza sociale tradizionale* su un piano sociologico. Essa, però, non è stata ben accolta, in modo particolare da Geny, che, non avendo colto «l'unité robuste de cette pensée»,⁵⁵ riteneva che essa necessitasse di maggiore definizione scientifica.⁵⁶ In seguito, Hauriou

animale, cfr. F. NUZZACI, *Claude Bernard, vitalismo e colore animale. Saggio storico epistemologico*, Lecce, Milella, 2003.

⁵³ Il saggio *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in origine pubblicato nei «Cahiers de la Nouvelle Journée», 4, 1925, *La cité moderne et les transformations du droit*, è stato ristampato in M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la raison*, Paris, Blond & Gay, 1933. *La théorie de l'institution et de la fondation* è stato tradotto in italiano a cura di W. CESARINI SFORZA, con presentazione di A. BARATTA, con il titolo *La teoria dell'istituzione e della fondazione* [Milano, Giuffrè, 1967]. Fra le altre opere di Hauriou vanno annoverate *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896; *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916; *Les bases de l'ordre sociale*, Toulouse, Boiseau, 1941.

⁵⁴ HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. XIII.

⁵⁵ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. XII.

⁵⁶ Di GENY va ricordata soprattutto l'opera *Méthode et sources en droit privé positif. Essai critique* [Paris, Pichon et Durand Auzias, 1969], in cui egli si sofferma sull'importanza, al fine di una maggiore comprensione del fenomeno giuridico, di riferirsi al concetto di natura delle cose. Concetto che indica «una sorta di diritto comune, generale quanto alla sua natura, sussidiario quanto alla sua funzione, che supplisce alle lacune delle fonti e dirige tutto il movimento della vita giuridica». *Ibid.*, II, p. 89. Questa tesi è poi sviluppata con maggiore compiutezza in *Science et technique en droit privé positif* [4 voll., Paris, Sirey, 1921-1930], in cui l'autore, nel ribadire l'incompletezza delle

ha presentato la sua teoria sul piano della scienza giuridica in varie opere, fra cui *Principes de droit public* e *Précis de droit constitutionnel*, sebbene essa sia poi stata esposta nella sua robustezza scientifica nel 1925, nella *Teoria dell'istituzione e della fondazione*.

Egli si è discostato dal positivismo e dal sociologismo di Saint Simon, di C. e A. Comte e di E. Durkheim, e, nel contempo, ha proposto un vitalismo sociale che ha un'impostazione differente rispetto al vitalismo biologico di Bernard. La sua teoria dell'istituzione è orientata verso lo sviluppo della nozione tomistica di bene comune, e in essa, come già detto, il giurista contrappone

«en face au sociologisme, la charte d'une sociologie toute gonflée de spiritualisme chrétien».⁵⁷

Una sociologia, ci riferisce Renard, che, diversamente da quella di origine positivista, è rivolta a promuovere il bene della persona, proiettandolo nel bene comune della società.

Egli, nella sua costruzione dottrinale, parte da una realtà sociale, l'istituzione, che si pone fra individuo e Stato, al cui interno vivono e operano gli uomini conservando il pieno rispetto della loro autonomia e dignità. L'istituzione, espressione di questa realtà sociale, svolge, dunque, una funzione di perfezionamento morale dell'uomo,⁵⁸

fonti formali positive al fine dell'interpretazione del diritto e l'opportunità di soffermarsi sul concetto di natura delle cose, sulle loro relazioni nel contesto storico-sociale, introduce i concetti di "dato" e di "costruito". Il primo è fonte reale del diritto, costituito dai rapporti in cui il diritto, sebbene "allo stato grezzo", è espressione della socievolezza umana; il secondo, invece, è costituito dall'elemento artificiale del diritto.

⁵⁷ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. XIV.

⁵⁸ Già nel 1896, in un capitolo della *Scienza sociale tradizionale*, Hauriou rileva l'importanza di quest'opera di perfezionamento.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

assurgendo a strumento attraverso il quale egli realizza le proprie potenzialità. La teoria dell'istituzione hauriouviana, osserva Renard, non si contrappone solo al "monismo" del sociologismo, ma anche a quello dell'individualismo. A tal proposito, Renard rileva che anche in Hauriou «c'est la société que est pour l'individu, non l'individu pour la société»;⁵⁹ allo stesso modo, il concetto di bene comune non si contrappone a quello di bene individuale, dal momento che l'individuo, a cui il giurista fa riferimento, non è sciolto dal contesto sociale, desideroso di realizzare unicamente i propri interessi egoistici. Nella ricostruzione della teoria istituzionale hauriouviana, infatti,

«il suffit de prolonger le thème individualiste pour trouver le thème institutionnel».⁶⁰

Vi è, pertanto, piena sintonia fra la concezione istituzionale hauriouviana e la filosofia dell'istituzione renardiana, che può essere definita una riproposizione, in chiave filosofica, della teoria dell'istituzione di Hauriou.

Tanto Hauriou quanto Renard accolgono, nelle loro concezioni di istituzione, l'elemento dell'organizzazione ed entrambi pongono a fondamento dell'istituzione il fatto sociale, meglio, il fatto sociale organizzato, che in Hauriou è esaminato da un'angolazione sociologica e in Renard filosofica. Impostazione teoretica, questa, che, come già anticipato, porta gli autori a sviluppare un concetto di istituzione inteso come entità in grado di realizzare l'unione delle parti con il tutto, di accogliere e, nel contempo, superare gli individui che ne fanno parte,

⁵⁹ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. XV.

⁶⁰ *Ibid.*, p. XVI.

proiettandoli nella dimensione del *politikón*, per dar vita, attraverso un'articolazione fra le istituzioni, al pluralismo sociale. Il pluralismo sociale hauriouviano, riproposto da Renard sul piano filosofico come gerarchia di istituzioni che operano nel tessuto sociale conservando la loro autonomia ed il loro fine originario rivolto, comunque, al bene e all'ordine della società generale, non costituisce una novità dottrinale, in quanto esso poggia, secondo il filosofo francese, su premesse aristotelico-tomistiche. E, prima ancora di Hauriou e di Renard, esso ha trovato accoglimento nelle dottrine di Rosmini⁶¹ e, maggiormente, di Taparelli d'Azeglio. Ma, una concettualizzazione più articolata del pluralismo presente in Otto von Gierke⁶² e, in particolare, in Santi

⁶¹ L'interesse di Rosmini verso il pluralismo sociale si evince dalla lettura di alcune sue opere. In particolare, nella *Filosofia del diritto* [2 voll., Napoli, Lauriel, 1856], in cui il filosofo di Rovereto si pone il problema di indagare le relazioni giuridiche derivanti dalla stessa natura delle società, relazioni che per l'autore non possono essere ricomprese nel "diritto individuale", bensì in quello sociale. Egli avverte che «per diritto sociale noi non intendiamo il diritto della sola società civile, ma di ogni società». *Ibid.*, II, p. 48. Ne scaturisce che, per l'autore, «ogni possibile società ha il suo particolare diritto, onde sarebbe infinita cosa investigare il diritto particolare di tutte». *Ibid.* Dell'autore, si veda anche *Filosofia politica*, Milano, Pogliani, 1839.

⁶² Otto von Gierke, storico del diritto e germanista, ha posto in evidenza la struttura corporativa del diritto germanico, che egli incardina storicamente nella Germania medievale e pre-unitaria. Struttura corporativa che è espressione di ceti o classi, che si strutturano attraverso comunità che si caratterizzano per essere, anche esse, essenzialmente corporative. Da qui, la teorizzazione gierkiana di una dottrina che contempla una vita sociale orientata organicisticamente. Dell'autore, va ricordata principalmente la sua concezione del diritto come "manifestazione della vita comune degli uomini", come prodotto della stessa comunità. Cfr., al riguardo, G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 253. Fra le opere di OTTO VON GIERKE vanno menzionate *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. I, Berlin, Weidmannsche, 1868; *G. Altusio e lo sviluppo delle teorie politiche giusnaturalistiche* (1880), Torino, Einaudi, 1843; *Deutsches Privatrecht*, Berlin, Dunkler und Humblot, 1895. Cenni sul *Deutsches Privatrecht* di O. von Gierke come fonte dell'istituzionalismo di Santi Romano si leggono in A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1980². L'ipotesi di derivazione dottrinale dell'istituzionalismo romaniano dal von Gierke è stata poi ampiamente ripresa da M. FUCHS in *Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos*, Berlin, Dunkler und Humblot, 1979, in cui è tracciato, fra l'altro, un interessante parallelismo fra il pluralismo di O. von Gierke e quello di Santi

Romano,⁶³ sebbene i campi di applicazione e, soprattutto, le finalità siano diversi nei due autori. Gli sviluppi del pluralismo, tanto in Hauriou quanto in Renard, ben si conciliano con una concezione di istituzione che ne privilegia la spontaneità, caratterizzandosi come una «audacieuse contradiction ou volontarisme».⁶⁴

4. I caratteri dell'istituzione di M. Hauriou

Nella concezione di Hauriou, l'istituzione rappresenta «nel diritto, come nella storia, la categoria della durata, della continuità e del reale, l'operazione della sua fondazione costituisce il fondamento giuridico della società e dello Stato».⁶⁵ Nel saggio *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Hauriou non si occupa delle istituzioni la cui nascita avviene per consuetudine, ma di quelle che nascono «con

Romano, con le rispettive implicazioni. Nel ricordato volume del Fuchs è presente il riconoscimento del Tarantino come primo studioso che ha colto la presenza della teoria della necessità nella dottrina di Santi Romano. Si vedano, in particolare, le pp. 58 e ss. e 117 e ss. In seguito, Fuchs è tornato sull'argomento. Si veda M. FUCHS, *La «Genossenschaftstheorie» di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», IX, 1979, pp. 65-80. Sulla stessa rivista ha poi replicato A. TARANTINO, *Dell'istituzionalismo. Ancora sui precedenti dottrinali di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», I, 1981, pp. 169-186, precisando che O. von Gierke può essere indicato come una delle fonti, ma non la fonte primaria, della dottrina di Santi Romano.

⁶³ Il pluralismo giuridico di Santi Romano muove dalla necessità, da parte del giurista, di constatare «l'esistenza di ordinamenti obiettivi, istituzionali e perciò giuridici, ciascuno nella propria orbita» (*L'ordinamento giuridico*, cit., p. 124), e riconosce la giuridicità indipendentemente dai fini che essi perseguono. Nel momento in cui il giurista siciliano riconosce che ogni istituzione è espressione di un distinto ordinamento giuridico, essa si apre a un pluralismo giuridico che, differentemente da quello di V.E. Orlando, è infra-nazionale. Infatti, il Romano, già nel suo articolo *Il concetto di istituzione di pubblica beneficenza* del 1894, ha illustrato un pluralismo che contempla tanto le società nazionali, quanto quelle infra-nazionali.

⁶⁴ RENARD, *La théorie de l'institution*, cit., p. XIII.

⁶⁵ HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 5.

un'operazione formale». ⁶⁶ Il motivo di questa scelta è la convinzione del giurista secondo cui «gli elementi degli atti formali (sono) più visibili» ⁶⁷ e, quindi, maggiormente verificabili sul piano scientifico. In particolare, egli s'interessa delle istituzioni

«sul modello delle corporazioni o *universitates*, nelle quali c'è un gruppo permanente di membri che perpetuano la fondazione». ⁶⁸

In esse si ha un atto di volontà comune, da cui hanno origine le istituzioni corporative.

L'operazione di fondazione attraverso la volontà comune si realizza mediante le fasi della

«a) manifestazione della volontà comune con l'intenzione di fondare, b) della redazione degli statuti, c) dell'organizzazione di fatto dell'istituzione corporativa e d) del riconoscimento della sua personalità giuridica». ⁶⁹

Tra queste fasi, il giurista si sofferma in particolare sulla prima, costituendo essa il

«fattore consensuale e, quindi, l'elemento giuridico non solo dell'operazione di fondazione, ma dell'esistenza stessa del corpo costituito». ⁷⁰

⁶⁶ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 38.

La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale

Le manifestazioni di volontà comune possono essere simultanee o successive, possono essere espresse a intervalli, e si caratterizzano per la volontà di porre in essere un'opera la cui idea direttiva è conosciuta da coloro che, poi, si adoperano per crearla. La formazione del fascio dei consensi intorno ad una determinata idea direttrice, scaturente dalle manifestazioni di volontà comune, ha come suo effetto giuridico la fondazione di un'istituzione. Se le manifestazioni di volontà comune realizzano, come effetto giuridico, la fondazione di un'istituzione, essa, la sua organizzazione, la sua durata, non si devono attribuire unicamente alla volontà dei primi fondatori, ma anche alla forza dell'idea direttiva dell'istituzione. E Hauriou si serve di una metafora al fine di chiarire meglio il suo pensiero.

I primi fondatori, afferma l'autore, sono come i seminatori che diffondono nell'ambiente sociale «un'idea vivente che, poi, si svilupperà da sola»,⁷¹ integrando i caratteri dell'organizzazione e della durata. Organizzazione e durata di un'istituzione, pertanto, sono riconducibili tanto alla volontà dei primi fondatori, quanto alla forza dell'idea direttiva dell'istituzione che

«continuerà ad attirare dei nuovi aderenti, che saranno nuovi fondatori in quanto continueranno la fondazione a misura del suo oggettivarsi nell'ambiente sociale».⁷²

La formazione delle manifestazioni di volontà dei fondatori, poi, necessita della presenza di tre fattori. Essi sono:

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

«a) l'unicità dell'oggetto dei consensi, b) l'azione di un potere, c) il vincolo di una procedura».⁷³

L'unicità dell'oggetto dei consensi si realizza attraverso l'idea dell'opera, che è unica ed esercita una forza d'attrazione. Quest'ultima, però, non è sufficiente al fine di formare un'istituzione; viceversa, se la si considerasse tale, si accoglierebbe l'idea che «le manifestazioni di volontà, con l'intenzione di fondare sono totalmente volontarie»,⁷⁴ e si attribuirebbe natura volontaristica alla stessa formazione dell'istituzione. Invece, per Hauriou,

«la formazione del fascio dei consensi paralleli è in parte opera di un potere e il *liber volui* vi è fortemente tinto di *coactus volui*».⁷⁵

Con riguardo, poi, all'azione svolta da un potere sulla formazione del fascio dei consensi finalizzato alla creazione di un'istituzione, Hauriou prende come modello l'istituzione Stato la cui fondazione, sottolinea, «si ripete sotto i nostri occhi ad ogni revisione della Costituzione».⁷⁶ In essa «l'azione svolta dal potere politico è evidente».⁷⁷ Hauriou, però, precisa che l'azione esercitata dal potere nella fondazione delle istituzioni non si riscontra soltanto nell'istituzione Stato, ma anche nella fondazione di istituzioni particolari, quali le associazioni, i sindacati, le società anonime, in cui le deliberazioni, nelle assemblee generali dei membri, sono prese a

⁷³ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

maggioranza e non all'unanimità. E il riferimento dell'autore ha lo scopo di chiarire che l'azione del potere unifica i consensi anche quando esso è espressione del solo voto della maggioranza e le decisioni assunte, in tal caso, hanno validità giuridica in quanto manifestazione di esercizio del potere dell'istituzione.

Oltre all'unicità dell'oggetto e all'azione del potere, come già detto, per Hauriou, la formazione delle manifestazioni di volontà dei fondatori necessita anche della presenza del vincolo della procedura che, a differenza dei primi, è elemento estrinseco o formale alla stessa istituzione e il cui ruolo consiste nell'armonizzare i diversi momenti in cui si articola la formazione dell'istituzione, affinché questa operazione di fondazione possieda «l'unità di un atto giuridico»,⁷⁸ e ciò può avvenire solo nel momento in cui sussiste una procedura in grado di disciplinare «la complessità e la successione dei suoi momenti».⁷⁹ La necessità di una procedura in grado di collegare i diversi momenti di cui si compone la fondazione di un'istituzione è stata intuita dal giurista francese già nel 1906 e manifestata in un suo opuscolo dal titolo *L'istituzione e il diritto degli statuti*, nel quale l'autore ravvisa l'importanza del «carattere procedurale che presenta la fondazione delle istituzioni».⁸⁰

Hauriou, però, ritiene necessario svolgere alcune precisazioni, dalle quali è possibile scorgere una diversità nell'impostazione della sua nozione di istituzione rispetto a quella di Santi Romano e, soprattutto, l'influenza, nell'autore, del pensiero del canonista Sinibaldo de' Fieschi

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 41. Di questo opuscolo è lo stesso Hauriou a dare notizia, a p. 4 della *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit.

e dei concetti da lui delineati di *institutio* e di *auctoritas superioris*.⁸¹

Da queste sue precisazioni si ricava che, per il giurista francese,

«la nascita delle istituzioni corporative risulta da un'operazione giuridica, [e che] tutti gli atti con i quali un'istituzione corporativa assicura la propria vita presentano carattere giuridico».⁸²

E Hauriou delinea una concezione istituzionale in cui il carattere giuridico delle decisioni delle istituzioni private scaturisce dallo statuto o dal contratto di associazione, mentre il carattere giuridico delle decisioni delle istituzioni pubbliche, specie dello Stato, ha il suo fondamento nell'esercizio, da parte dello stesso, del potere.

Dalle considerazioni sinora svolte, riguardanti la “fisiologia” dell'istituzione nell'impianto teorico haurioviano, emerge una concezione in cui le istituzioni (e non le norme) rappresentano l'elemento principale ed oggettivo di un sistema giuridico. L'autore, infatti, afferma «che sono le istituzioni a fare le regole del diritto e non

⁸¹ Si deve a Sinibaldo de' Fieschi, divenuto papa con il nome di Innocenzo IV, la delineazione di una “nuova figura giuridica”, l'*institutio*, persona fittizia che, nel diritto canonico, diviene “normale soggetto di diritti”, avente caratteri peculiari rispetto alle fondazioni e alle corporazioni. In essa è possibile riscontrare la presenza di un «elemento autoritario imposto dal di fuori che sottrae l'ente alla libera disposizione delle parti». F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo de' Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny (1898)*, in *Id.*, *Scritti giuridici minori*, a cura di M. FALCO - A. C. JEMOLO - F. RUFFINI, *Scritti giuridici varii*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1936, p. 13. Questo elemento non si rapporta al solo momento iniziale della vita dell'*institutio*, potendo riguardare la sua intera esistenza. Con riguardo all'origine dell'*institutio*, essa va cercata nell'organizzazione di un potere attorno ad un'idea. Cfr. anche, al proposito, P. G. CARON, *Il concetto di «institutio» nel diritto della Chiesa*, in *Il Diritto ecclesiastico*, vol. LXX, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 329-367; V. FROSINI, *Istituzione*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, UTET, 1963, pp. 266-269; F. MODUGNO, *Istituzione*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 69-96; F. BELVISI, *Alle origini dell'idea di istituzione: il concetto di collegium come persona ficta in Sinibaldo de' Fieschi*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», I, 1993.

⁸² HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 42.

tali regole a fare le istituzioni».⁸³ Nella sua concezione, Hauriou, allontanandosi tanto dal soggettivismo, quanto dall'oggettivismo giuridico, delinea una nozione di istituzione che si compone di un elemento oggettivo e di un "germe di soggettività", riuscendo ad armonizzarli. Dunque, la sua nozione di istituzione assume, rispetto alle due concezioni or ora citate, una posizione intermedia, e si delinea come strumento attraverso il quale il giurista può osservare la realtà sociale e giuridica. Egli non nega l'importanza delle regole giuridiche, ma attribuisce loro un ruolo secondario, perché nella sua impostazione teorica, l'elemento più importante è costituito dall'idea dell'opera da realizzare in un gruppo sociale. Idea dell'opera che, precisa l'autore, non coincide con la nozione di scopo o di funzione. Infatti, lo scopo può essere considerato esterno all'impresa; viceversa l'idea direttiva è interna a essa. Inoltre, nell'idea direttiva è connotato

«un piano d'azione e di organizzazione che oltrepassa notevolmente la nozione di scopo».⁸⁴

Più precisamente, l'idea direttiva si differenzia da quella di "scopo da raggiungere", dal momento che, mentre la prima contiene tanto il concetto di scopo, quanto quello dei mezzi finalizzati al suo raggiungimento, l'idea di scopo non contiene in sé quella di mezzi. Allo

⁸³ *Ibid.*, p. 45. Vi è, in queste affermazioni di Hauriou, una somiglianza con quelle del Gierke, che, in *Deutsches Privatrecht*, afferma che il diritto, prodotto dalla *Gemeinschaft*, è «espressione della vita comune degli uomini» (p. 119). Dello stesso avviso è anche Gurvitch nel momento in cui elabora una teoria sociologico-giuridica partendo dal "fatto normativo", intendendo l'autore, con questo concetto, riferirsi al fatto che le comunità creano il diritto su cui fonderanno la loro esistenza. Meglio, «esse creano il loro essere generando il diritto che serve loro da fondamento». G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932, p. 119; cfr. anche, dell'autore, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 15.

stesso modo, la nozione di idea dell'opera da realizzare va distinta da quella di funzione, per la cui precisazione della differenza, Hauriou prende a modello lo Stato, mostrando che l'idea di Stato contiene e supera la nozione di funzione di Stato. Facendo il punto sulla nozione di idea direttiva dell'istituzione di Hauriou, si può dire che

«l'idea direttiva dell'opera si potrebbe meglio identificarla con la nozione di oggetto, poiché l'impresa ha per oggetto la realizzazione dell'idea».⁸⁵

In sostanza, l'idea direttiva dell'opera non è una creazione soggettiva, ma ha, invece, carattere oggettivo, è un qualcosa che ha una realtà esterna all'uomo il quale, poi, la coglie attraverso la ragione, adeguandovi la propria conoscenza.⁸⁶ Proprio in virtù della sua oggettività, l'idea direttiva dell'istituzione si propaga e si diffonde da uno spirito a un altro. E, una volta individuata, essa aggrega attorno a sé un gruppo di persone che si propongono di realizzarla attraverso i fenomeni dell'incorporamento e, successivamente, della personificazione. Più esattamente, il fenomeno dell'incorporamento dà origine alla personificazione dell'istituzione.

Si palesa, inoltre, in Hauriou una concretizzazione della sua concezione dell'istituzione nel momento in cui l'autore individua, nella sua formazione, un potere che può essere definito “allo stato diffuso”;

⁸⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁶ Questo principio, che Hauriou ricava da San Tommaso, è presente già in Aristotele. È sufficiente riferirsi, al proposito, ad un passo della *Metafisica*, IX, 1051, b 5, in ARISTOTELE, *Opere*, vol. VI, Roma-Bari, Laterza, 1982, p. 5, dove si legge «tu sei bianco non per il fatto che noi, in conformità al vero, riteniamo che tu sia bianco, ma al contrario, proprio per il fatto che tu sei bianco, noi siamo nel vero quando lo confermiamo».

viceversa, durante la vita istituzionale, esso si presenta come delineato strutturalmente. Infatti, nella fase della formazione dell'istituzione si esercita, attraverso l'idea direttiva dell'opera, una forza d'attrazione che sollecita gli uomini ad aderire al progetto di realizzazione dell'opera. Nella fase della vita dell'istituzione, questa forza d'attrazione, se organizzata, crea il diritto che deve regolamentare l'operare istituzionale.⁸⁷ Il potere per la realizzazione dell'idea, a cui Hauriou si riferisce, però si fonda sul consenso. Non è tale, invece, quello che si fonda sulla costrizione, che è esercitato con l'arbitrio e che genera solo disordine.

È opportuno, infine, il richiamo all'elemento caratterizzante l'istituzione di Hauriou delle manifestazioni comunitarie del gruppo sociale, al fine di fare un'importante precisazione. È questo un fenomeno che si pone in maniera differente rispetto al fenomeno di manifestazione di coscienza collettiva presente in Durkheim. Hauriou, infatti, afferma che

«sono le coscienze individuali che si emozionano al contatto di un'idea comune e che, per un fenomeno di inter-psicologia, hanno il sentimento della loro emozione comune. Al centro di tale movimento sta l'idea che si rinfrange in concetti simili entro migliaia di coscienze e in queste provoca delle tendenze all'azione. L'idea passa momentaneamente allo stato soggettivo in migliaia di coscienze soggettive che in essa si unificano: le

⁸⁷ In Santi Romano, in modo particolare nell'*Ordinamento giuridico*, invece, l'organizzazione assurge a diritto. Questo si potrebbe spiegare con il fatto che, mentre il Romano dell'istituzione privilegia il momento genetico, la sua nascita, l'Hauriou ne privilegia la vita. Già nella *Scienza sociale tradizionale*, Hauriou si è soffermato su un concetto di istituzione, la cui analisi attiene principalmente al momento della sua vita, più che a quello della sua formazione.

coscienze individuali la invocano ed essa discende in mezzo a loro, che se l'appropriano soggettivandola».⁸⁸

La manifestazione comunitaria dei membri del gruppo, dunque, comporta l'unione delle singole volontà «sotto la direzione di un capo»: ⁸⁹ unione che non è da considerarsi solo dal punto di vista dell'espressione di un consenso intellettuale, ma anche da quello di una volontà attiva, che necessita, nella fondazione dell'istituzione, dell'unanime adesione e dell'impegno di tutti verso una causa comune. In tal senso, precisa Hauriou, si parla di “comunione d'azione”.

⁸⁸ HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 22- 23.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 23.