

Texte, norme et Etat de droit chez Friedrich Müller

La situation concrète dans laquelle vous vous trouvez peut certes à maints égards ressembler à d'autres situations, mais elle demeure toujours cette situation particulière dans laquelle vous vous trouvez. Et ce qui est raisonnable dans cette situation, ce qui doit être fait en toute justice ne peut justement pas être prescrit par des directives générales qui vous seraient données sur le bien et le mal, à la façon d'un mode d'emploi technique pour la manipulation d'un appareil quelconque. Vous devez plutôt vous-même déterminer ce qui doit être fait. Pour cela vous devez vous mettre au fait de votre situation. Vous devez interpréter. Voilà la dimension herméneutique de l'éthique et de la raison pratique. L'herméneutique est l'art de faire comprendre.

H.G. Gadamer

Friedrich Müller, représentant de la théorie structurante du droit, défend une conception originale de la place du texte dans la production de la norme juridique¹. La méthodologie juridique concrétisante (élément de la théorie structurante²) du penseur allemand, qui a pour visée, selon Olivier Jouanjan, de « repenser le rapport norme-réalité »³, se conçoit comme une théorie de la *praxis* juridique « post-positiviste » qui entend dépasser le « positivisme-légaliste »⁴.

Est ici visée bien entendu la théorie du droit de Hans Kelsen mais aussi la théorie positiviste développée plus largement dès la fin du XIX^{ème} siècle dans les sciences de la nature et dans les sciences sociales, qui selon le théoricien allemand, si elle « n'est plus expressément revendiquée aujourd'hui, n'a cependant été remplacée par aucune conception d'ensemble traditionnelle et continue en réalité d'agir silencieusement par nombre de ses éléments dans la pratique, peu réflexive, du droit constitutionnel actuel »⁵.

Toujours selon Friedrich Müller, dans cette science positiviste reprise par Kelsen et « selon laquelle la norme et la réalité normée se tiendraient l'une à côté de l'autre sans rapports, on retrouve encore une fois l'erreur d'une approche qui s'essaye à transposer en droit un concept de la science entre-temps périmé dans les sciences de la nature elles-mêmes,

¹ O. Jouanjan, « Nommer / Normer. Droit et langage selon la « théorie structurante du droit » », *Le temps des savoirs*, 2000, n° 1, p. 39.

² Cf. Olivier Jouanjan « Présentation » à F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, traduit par O. Jouanjan, PUF, 1996

³ O. Jouanjan, « Présentation » à F. Müller, p. 10.

⁴ O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle : la pari d'une théorie « post-positiviste » du droit », *Critique*, n° 642, 2001, p. 946.

⁵ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 99.

plutôt que d'étudier la spécificité de la normativité juridique directement à la lumière de la concrétisation juridique »⁶.

Cette concrétisation juridique, surtout lorsqu'elle se trouve appliquée au domaine du droit constitutionnel, a pour principale visée méthodologique et pratique de « combler » par une description cohérente le passage du texte de la Constitution à ce que Friedrich Müller nomme la « norme-décision », manifestation concrète finale du processus de normativité dans un contexte donné. L'auteur caractérise ainsi sa méthodologie en écrivant qu'« elle est donc la technique, fondée sur une pratique scientifique, des processus de décision orientés par des textes de normes ou par des normes »⁷.

Cette méthodologie, qui se définit volontiers en référence notamment aux travaux relatifs à l'herméneutique et la pragmatique du langage et s'oriente résolument vers une théorie rationnelle de la signification juridique qui met l'accent sur la pratique, l'usage effectif des concepts juridiques, décrit comme essentiel, dans l'opération globale de construction de la décision juridique, le travail des interprètes⁸ sur le texte qui est à appliquer et à concrétiser⁹.

La détermination du sens du texte, un élément parmi d'autres dans l'opération de concrétisation

Friedrich Müller, pour illustrer sa méthode de concrétisation du droit définit quelques concepts qui correspondent chacun à un moment de ce processus de mise en œuvre du droit.

Pour l'auteur allemand, si l'on veut résumer sa méthode grands traits, il faut d'abord déterminer ce qu'il nomme un "programme normatif" qui, en venant rencontrer un "champ factuel", permet de déterminer un "champ normatif" qui permet de prendre une (norme-) décision dans un cas déterminé.

Le programme normatif est dégagé « par l'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est à dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues »¹⁰.

L'auteur insiste ensuite sur le rôle essentiel des éléments factuels dans ce qu'il appelle les procédés de concrétisation en disant que « les difficultés spécifiques de l'interprétation des textes normatifs en droit constitutionnel imposent de montrer plus ouvertement ce recours aux éléments factuels dans l'exposé des motifs de la décision »¹¹.

⁶ *Ibid.*, p. 157.

⁷ *Ibid.*, p. 345.

⁸ O. Beaud regrette pour sa part que F. Müller, dans sa méthodologie structurante, ne prenne pour champ d'investigation que les décisions et les interprétations des juges. Cf. O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle... », art. cit., p. 956.

⁹ La démarche de F. Müller se retrouve dans cette profession de foi de O. Weinberger pour qui « il est possible - et, pour les desseins de la philosophie pratique (au sens large du terme), il est indispensable - de développer la théorie de la structure des opérations rationnelles de la pensée pratique ». N. MacCormick et O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, LGDJ, 1992, p. 167.

¹⁰ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 45

¹¹ *Ibid.*, p. 63

Et c'est à chaque fois la rencontre d'un ensemble d'éléments factuels et d'un programme normatif qui forment ce « champ normatif, qui est « la quantité des données réelles qui sont à bon droit utilisées pour contribuer à fonder sa décision. Ces données sont toutes tirées du champ factuel en fonction du programme normatif dégagé du texte de norme de référence. Le champ normatif est un secteur du champ factuel, voire du champ d'espèce; le programme normatif dégagé par l'interprétation le « découpe »¹².

Mais si le programme normatif tiré du texte semble conditionner la poursuite de l'opération de concrétisation, Friedrich Müller, dans une optique identique en cela aux idées des théories réalistes de l'interprétation, refuse l'expression de « limites textuelles » et propose même « d'évacuer la conception traditionnelle d'une limite textuelle, laquelle amènerait à assigner au texte de norme *une force limitatrice donnée d'avance (...)* »¹³. En ceci, comme le relève Olivier Jouanjan, la théorie allemande de la concrétisation rejette la théorie platonicienne de la signification¹⁴ et rejette l'idée que cette signification que l'on pourrait déterminer à l'avance contraindrait nécessairement l'interprète.

La ressemblance avec les idées que l'on retrouve sans la théorie réaliste de Michel Troper ou d'Olivier Cayla est ici évidente. La méthodologie structurante, comme la théorie réaliste, refuse toute conception du texte qui lierait l'interprète par un sens ou une signification claire et qui devrait trouver une application quasi-mécanique.

Le théoricien du droit allemand dénonce aussi par là le point de vue positiviste qui selon lui est fondé sur un malentendu « selon lequel entre le texte et la signification il existe une liaison nécessaire », car selon lui « ce n'est que dans l'argumentation juridique que le texte brut peut acquérir sa signification »¹⁵.

Une référence aux textes indispensable dans un cadre constitutionnel

Selon Friedrich Müller les méthodes d'interprétation des textes de norme ont donc une fonction essentielle dans l'apparition de la décision constitutionnelle car « l'impératif d'une concrétisation des normes *dans la soumission aux textes de normes* s'impose en droit constitutionnel, par comparaison avec les autres disciplines juridiques, avec la plus grande insistance »¹⁶.

Mais en même temps qu'il insiste sur la prédominance du texte de la Constitution, Friedrich Müller précise aussi simultanément que cette place privilégiée du texte, pour être effectivement essentielle, n'est pas celle qui domine complètement toutes les autres. Comme l'auteur le précise en effet, en principe « au plan méthodologique, l'élément linguistique *ne*

¹² *Ibid.*, p. 358.

¹³ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 385. Nous soulignons.

¹⁴ O. Jouanjan, « Présentation... », op. cit., p. 21.

¹⁵ F. Müller, *Ibid.*, p. 206 et 207.

¹⁶ *Ibid.*, p. 130. Nous soulignons.

pèse pas plus lourd que les autres même si, en règle générale, le texte de norme fournit les premiers points d'appui »¹⁷.

On le voit, Friedrich Müller essaye de donner au texte de la Constitution une place centrale tout en précisant que dans le cadre d'une méthodologie structurante le texte n'est que le point de départ et ne peut constituer à lui seul la normativité constitutionnelle, qui reste un processus dont l'aboutissement, et non l'origine, est une norme (une norme-décision).

Mais commence à surgir dans la théorie structurante une ambiguïté qui touche à la normativité de ce texte constitutionnel que le juge met en œuvre. Pour Friedrich Müller en effet, la concrétisation se fait par la détermination (simultanée ?) d'un programme normatif et sa rencontre avec un champ de l'espèce, l'ensemble formant le phénomène normatif de la décision juridique. Et en ce qui concerne particulièrement le programme normatif tiré du texte, l'auteur allemand semble accorder à celui-ci une normativité préalable à la concrétisation et indépendante de celle-ci, puisqu'il semble même que le texte de la constitution puisse soumettre l'interprète à sa signification.

La Constitution est donc normative mais reste l'objet d'une détermination possible de signification juridique dans un cas particulier par un organe constitutionnel.

Ici nul doute que Michel Troper ferait subir à la méthodologie concrétisante la même critique que celle qu'il a destinée à la théorie de la normativité objective de Kelsen, en reprochant à ce dernier de prétendre faire naître une signification juridique dans un acte de volonté à chaque interprétation après avoir dit que la norme qui était interprétée était déjà normative (une critique que l'on pourrait dire du « cumul des normativités »).

Mais la critique ne porterait peut être pas entièrement sous cet angle car cette normativité de la Loi fondamentale est à rechercher chez Friedrich Müller non pas dans cette Loi elle-même, et il échappe par là à un reproche de platonisme théorique rampant, mais dans des « données extra-linguistiques, de nature socio-politique ; d'un fonctionnement effectif, d'une reconnaissance effective, d'une actualité effective de cet ordre constitutionnel à l'égard de motivations empiriques qui relèvent de son domaine »¹⁸.

Mais c'est alors de tomber de Charybde en Scylla, c'est à dire de confondre le droit avec le fait, de tirer la signification juridique de son effectivité que se verrait accuser le philosophe allemand, ce qui dans l'optique méthodologique positiviste réaliste française n'est sans doute pas préférable.

On perçoit bien ici toute l'ambition de cette méthodologie concrétisante qui essaye de mettre en rapport(s) le texte constitutif de l'Etat de droit avec la pratique effective du droit par les autorités habilitées par ce même texte¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, p. 241. Nous soulignons.

¹⁸ *Ibid.*, p. 169.

¹⁹ Cette recherche d'intégration des éléments « extra-linguistiques » et « extra-juridiques » risque bien sûr de poser des problèmes identiques à ceux rencontrés *supra* à propos du réalisme herméneutique d'O. Cayla. Comme le note B. Jeand'Heur, « le débat actuel dans la théorie et la méthodologie juridiques tourne constamment autour de la difficulté à incorporer les éléments « extra »-linguistiques ou « extra »-juridiques au processus de mise en œuvre du droit.(...). Il s'agit par là de concrétiser le concept juridique contenu dans le texte de norme en prenant en considération les soi-disant critères nécessaires constitutifs des faits », B. Jand'Heur, « Science du langage et

Friedrich Müller délivre donc le processus d'apparition des normes du modèle de la volonté de l'auteur de la décision (volonté qualifiée de « métaphore superflue »²⁰) à travers laquelle il faudrait appréhender toute la reconstruction de l'ordre juridique, comme le défendent le réalisme décisionniste de Michel Troper et, d'une façon certes atténuée, le réalisme herméneutique d'Olivier Cayla, qui se révélerait sans doute assez proche de la démarche du théoricien allemand en ce qui concerne la normativité (la *juridicité* chez lui) de la constitution avant son application.

D'une certaine façon, aucune volonté de l'interprète n'est nécessaire chez le théoricien allemand car tous les éléments, toutes les étapes, de la concrétisation sont également importants et se conditionnent, se constituent, mutuellement dans et par la structure textuelle de l'Etat de droit.

Chez l'auteur allemand, c'est la présence de tout un ordre (juridique) constitutionnel expression d'un Etat de droit démocratique qui encadre les décisions prises par les interprètes²¹. Ces décisions sont issues de l'intégration dans la détermination de la norme des éléments tirés du texte de la Constitution et de la réalité « normative », c'est-à-dire déjà en rapport avec le programme normatif issu du texte. Prendre une décision constitutionnelle, c'est découper une portion de la réalité déjà préconçue normativement et concrétiser la norme juridique constitutionnelle, c'est obtenir un résultat applicable au cas concret qui soit intégré de façon cohérente au fonctionnement effectif de l'Etat de droit constitutionnel.

Une démarche réflexive incluant le contexte de l'Etat de droit

La méthodologie de Friedrich Müller se montre par là éminemment réflexive, et exprime cette constante recherche de l'objectivité dans la méthode herméneutique. Il faut déjà concevoir la réalité comme juridique et normative pour lui appliquer un traitement que l'on présente comme issu d'un processus d'application du texte de norme juridique. Il faut déjà pouvoir reconnaître un problème comme un problème juridique constitutionnel, anticiper sa résolution juridique pour arriver à construire une norme générale qui viendra s'accorder en tant que décision à ce cas, c'est-à-dire pour produire une décision conforme à l'état actuel de l'Etat de droit, décision qui vient aussi constituer le droit positif de l'Etat de droit.

Cet aller-retour permanent entre le droit et la réalité, qui vise à les fondre l'un dans l'autre lors de l'aboutissement de la démarche de concrétisation, cette réflexivité en ce sens s'exprime très clairement dans une définition de la normativité comme ce qui « désigne la propriété dynamique d'une norme, c'est-à-dire un modèle d'ordre structuré et concrètement

science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits*, n° 28, 1999, p. 147.

²⁰ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 212.

²¹ Qui ne devraient d'ailleurs pas être qualifiés aussi généralement d'« interprètes », cette notion d'*interprétation* étant très ambiguë et contestée par F. Müller si elle a pour fonction de masquer l'opération de concrétisation.

déterminé, propriété d'ordonner la réalité qui lui est sous-jacente en même temps que d'être conditionnée par cette réalité »²².

Cette réflexivité est inhérente à la méthodologie, c'est-à-dire au point de vue, choisie par Friedrich Müller. Celui-ci choisit une présentation très pratique, très concrète, de la formation de la décision, et opte ainsi pour un point de vue interne de principe mais modéré par la réflexivité ci-dessus présentée. Ceci se comprend et se justifie tout à fait si l'on se rappelle que Friedrich Müller présente là une *méthodologie pratique inductive* et pas une théorie générale et déductive des normes²³.

Ici apparaissent évidemment des points communs avec la méthode herméneutique notamment telle que la formule Paul Ricoeur lorsqu'il s'intéresse au problème spécifique de l'interprétation juridique en rappelant « le fameux principe herméneutique d'une interprétation mutuelle de la partie et du tout »²⁴. Comme le développe le philosophe français, « l'application d'une règle est, en effet, une opération très complexe où l'interprétation des faits et l'interprétation de la norme se conditionnent mutuellement, la mise en forme syllogistique dissimulant le travail d'interprétation conjointe de la norme et des faits par ajustement mutuel. L'universalisation ne vaut alors que comme règle de contrôle du procès d'ajustement mutuel entre la norme interprétée et le fait interprété. En ce sens l'interprétation n'est pas extérieure à l'argumentation : elle en constitue l'*organon* »²⁵.

Si la méthodologie pratique de Friedrich Müller ne vise pas directement à un passage par l'universel, on pourrait voir dans le cadre contextuel de l'Etat de droit l'équivalent de ce moment de la démarche herméneutique générale, cet Etat de droit concrétisant le cadre normatif général dans lequel les interprètes se situent et auquel ils doivent se conformer pour que leurs décisions soient légales et légitimes. La théorie structurante est donc imprégnée des caractéristiques de l'Etat de droit constitutionnel décrit comme un tout cohérent et normatif (comme une structure textuelle, qu'Olivier Jouanjan appelle « *texture* »²⁶), et peut ainsi simultanément décrire le processus effectivement suivi dans la concrétisation des normes et critiquer le fondement même du processus de prise de décision.

Ce fondement, qui n'est autre que le contexte de l'Etat de droit, est primordial en ce qu'il est lui-même normatif mais pas systématique. En effet Friedrich Müller rejette la conception positiviste de l'ordre constitutionnel comme *système* au sens le plus *strict* du terme ; l'ordre constitutionnel de l'Etat de droit n'est pas un mécanisme systématique et prévisible, même si la réalité et le sens des textes peuvent (et doivent) être méthodologiquement saisis²⁷.

²² F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 187.

²³ Point important sur lequel insistent Olivier Jouanjan et Olivier Beaud dans leurs présentations de l'œuvre de Friedrich Müller, cf art. préc.

²⁴ Paul Ricoeur, *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique* », APD, n° 39.

²⁵ Ibid.

²⁶ O. Jouanjan, « Présentation... », op. cit., p. 19.

²⁷ Sur ce point encore les développements de F. Müller retrouvent ceux de la Théorie institutionnelle du droit de O. Weinberger, notamment lorsque celui-ci écrit que « conformément à son sens, le système juridique est un système de normes dont la structure peut être principiellement conçue comme normo-logique et qui repose sur des fondements téléologiques, orientés sur des valeurs », in *Pour une théorie institutionnelle du droit*, op. cit., p. 118.

Cet aller-retour permanent, ce jeu de miroirs entre le cadre (pré) normatif de l'Etat de droit et la concrétisation à chaque fois différente du texte constitutionnel qui le définit est d'autant plus intéressant qu'il s'engage sur le difficile sentier de la justification du fameux « cercle herméneutique » tant de fois invoqué par les critiques de la démarche herméneutique. Comment soutenir à la fois que le texte de la constitution ne prédétermine pas la norme qui sera fondée sur lui mais qu'il participe à sa détermination de façon normative? Or on voit que Friedrich Müller ouvre une perspective intéressante qui part peut être simplement d'un choix d'assumer le cadre de l'Etat de droit constitutionnel et de le poser comme un « déjà-là » constitutif. La position du théoricien de la concrétisation normative est en effet assez subtile et complexe sur cette fonction du texte de référence constitutionnel qui forme la charpente de cet Etat de droit et limite tout à la fois les possibilités d'interprétations offertes au juge.

Le texte comme limite dans un Etat de droit

Si en effet le texte ne donne pas une signification *a priori* qui s'imposerait à la juridiction constitutionnelle, il possède une fonction importante.

Friedrich Müller écrit ainsi que « le texte trace *les limites extrêmes des différents sens possibles* qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés ». ²⁸. Ces limites sont déterminées par le travail qui est fait sur le « programme normatif » par « l'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est-à-dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues » ²⁹.

Pour Friedrich Müller,

« Les décisions qui *transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme* sont irrégulières. Cela vaut, bien que la norme et le texte de norme ne soient pas identiques et bien que le texte de norme n'ait à l'égard de la norme juridique et de la norme-décision établies dans le cas individuel qu'un effet indicatif ; car *cela vaut non pas pour des raisons tirées de la théorie de la norme ou de la méthodologie, mais pour des raisons normatives liées au principe de l'Etat de droit* ». ³⁰

On observe ici que l'auteur ouvre explicitement un horizon de fuite aux principes de sa propre méthodologie en invoquant des raisons tenant au contexte de l'Etat de droit lui-même, toute construction scientifique de la méthode juridique étant nécessairement inscrite et soumise à ce cadre indépassable de l'Etat de droit constitutionnel.

²⁸ F. Müller, *Ibid.*, p.240.

²⁹ *Ibid.*, p. 45.

³⁰ *Ibid.*, p 240. Nous soulignons.

Le principe de cette primauté et de la normativité du cadre démocratique est réellement assumé en ceci qu'elle autorise à défendre une conception du texte constitutionnel comme limite explicite à l'action des interprètes juridiques³¹ et aboutit, en apparente contradiction avec le principe épistémologique de l'équivalence de tous les éléments de la concrétisation, à ce que Friedrich nomme une hiérarchie des éléments de concrétisation, qui peuvent effectivement venir entrer en conflit³².

On imagine les critiques que peuvent alors facilement formuler à la fois le positivisme d'origine kelsénienne et la théorie réaliste de l'interprétation à l'encontre d'une telle « concession » scientifique. Pour le normativisme et le réalisme ne s'agirait-il même plus d'une « concession » mais d'une « impureté » si ce n'est d'une « bavure » épistémologique.

Même si aucun de ces deux courants théoriques en question ne contesterait actuellement que l'Etat de droit démocratique et constitutionnellement encadré est bien le meilleur régime politique, le fait de soumettre l'analyse des concepts créés pour sa description à une normativité tirée directement de cette préférence idéologique est pour eux inacceptable. Pour ces théories du droit une méthodologie n'a pas à être « honnête par rapport au principe de l'Etat de droit »³³.

La méthodologie concrétisante de la norme instaure donc un rapport spécifique entre le texte et la norme produite à partir de ce texte et du contexte de l'espèce.

Mais le texte que vise Friedrich Müller dans sa méthodologie est le texte de la Constitution. Lorsqu'il développe sa théorie de la fonction limitatrice du texte de norme, il prend pour base le texte de la Constitution mais ceci dans un cadre constitutionnel spécifique.

Une théorie transposable dans l'Etat de droit constitutionnel français ?

Un problème surgit bien sûr, si l'on essaye d'insérer la démarche de Friedrich Müller dans la système juridique français, de ce que le Conseil constitutionnel ne bénéficie pas d'un accès à un quelconque « champ factuel » ou à des « circonstances de l'espèce ».

Or chez Friedrich Müller, la norme juridique n'apparaît que dans la rencontre entre ce programme normatif issu de « l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues »³⁴ et ce champ factuel (ensemble des faits co-normatifs pour la solution de l'espèce)³⁵.

³¹ « Pour des raisons tirées du droit constitutionnel, le texte constitue la limite de l'espace de la concrétisation régulière. », F. Müller, op. cit., p.243.

³² F. Müller, op. cit., 318 et ss.

³³ *Ibid.*, p. 241. Et ceci même si ces deux théories développent des conceptions très constructives et justificatrices de l'ordre juridique qu'elles décrivent. Mais peut-on suivre complètement F. Müller lorsqu'il intègre à son analyse de la méthodologie, l'honnêteté envers l'Etat de droit. Si réflexivité et réflexion il doit y avoir sur ce point, elles ne peuvent avoir lieu dans la description strictement doctrinale mais dans une construction théorique sur le statut de la doctrine et de la théorie.

³⁴ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 45.

³⁵ Cf. *Ibid.*, p. 46

Le Conseil ne fait que confronter deux textes, l'un constitutionnel, l'autre législatif. Mais ne pourrait-on pas essayer de défendre l'idée que lorsqu'un juge constitutionnel effectue un contrôle concret par voie d'exception il se trouve face à un problème d'interprétation des faits qui, d'une certaine façon, ne peut aussi passer que par l'interprétation de textes portant sur ces faits ?

En aucun cas des *faits* ne peuvent être confrontés au *texte* constitutionnel autrement que par une confrontation entre deux textes. Constitution et « faits » ne sont donc accessibles pour le juge constitutionnel que sous la forme de textes. La réalité n'entre jamais dans un rapport immédiat avec le texte de norme qui va être concrétisé, justement à l'occasion de ces « faits ». Et dans le texte de la décision constitutionnelle, cadre indépassable de celui qui veut la commenter, les faits n'apparaissent jamais que sous la forme du texte que leur donne le juge. Donc y a-t-il vraiment une différence de fond avec le contrôle de constitutionnalité effectué abstraitement et *a priori* ?

Assurément oui, car si le problème du « fait qui est un texte » n'est pas vraiment essentiel, en revanche le contexte des contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* est radicalement différent. Chez Friedrich Müller, la constitution du champ normatif se fait grâce à la détermination du champ factuel. Or, ce champ factuel est « en règle générale réduit aux dimensions du « champ d'espèce », champ qui est composé par « une partie des faits des champs factuels des prescriptions dont les textes de normes ont été à titre d'essai introduits par le juriste dans la procédure de résolution du cas »³⁶.

Il est donc bien évident que le Conseil constitutionnel, à travers son contrôle de constitutionnalité *a priori* n'accède pas à ce type de « champs » qui viendraient co-déterminer la décision finale. Seul peut-il éventuellement projeter une future application concrète de la des textes à lui soumis, mais en aucun cas sa décision ne tranche directement ou indirectement un litige réel. En ce sens, les juridictions ordinaires, dans leur rôle de contrôle de constitutionnalité des actes infra-législatifs qui bénéficient pas de l'« écran-législatif », entrent plus naturellement dans le cadre de la méthodologie structurante de la norme et effectuent peut être alors elles, réellement, un contrôle pratique de constitutionnalité et de légalité.

Ainsi voit-on une fois encore que le type de contrôle de constitutionnalité des lois exercé en France pose un problème quant à la description de la mise en œuvre d'une méthode pratique d'interprétation des textes.

Une théorie incompatible avec le réalisme de l'interprétation ?

Au vu des différents points abordés, on peut dire que la méthodologie de Friedrich Müller donne au juge constitutionnel une place centrale dans la détermination de la norme

³⁶ *Ibid.*, p. 359. Ici la pensée de l'auteur allemand rejoint la réflexion de Ota Weinberger sur la description des « faits bruts », cf. *Pour une théorie institutionnelle du droit*, op. cit., p. 82 et s. L'auteur s'interroge aussi sur la possibilité de décrire les « faits institutionnels » qu'il définit comme « des constructions de significations normatives qui, dans le même temps, existent comme réalités sociales », *Ibid.*, p. 118.

constitutionnelle, mais une place qui est comprise dans l'Etat de droit décrit comme une « structure textuelle » dans laquelle le texte de la Constitution tient une place éminente si ce n'est *fondatrice*. Le texte est en effet simultanément ce qui détermine fortement le contenu de la norme générale par l'interprétation par le juge des dispositions textuelles (programme normatif) et ce qui permet de juger de la limite à ces interprétations légales du juge, même s'il ne faut pas pour autant concevoir le texte lui-même de la Constitution comme contenant des limites de sens explicites.

Il y a donc sur ce point, et à travers toute la méthodologie structurante elle-même, une différence profonde avec la théorie réaliste de l'interprétation et de la fonction que celle-ci donne au juge.

Or il existe quand même un point de départ commun à ces deux théories ; il s'agit de la nécessaire distinction entre le texte (de norme) et la norme qui semble réunir d'ailleurs beaucoup d'adversaires du normativisme kelsenien³⁷.

Mais si des intentions et des éléments communs peuvent être remarqués entre la théorie de Friedrich Müller et le réalisme herméneutique d'Olivier Jouanjan, une différence essentielle subsiste entre la méthodologie structurante et le réalisme dans sa version décisionniste. Comme le remarque en effet Olivier Jouanjan, le dualisme abstrait de la règle cognitivement interprétée mais appliquée par un acte de volonté « peut basculer en un réalisme juridique radical. On sait que c'est ce basculement qu'opère avec beaucoup d'habileté un auteur comme Michel Troper »³⁸.

Ce basculement vers une théorie axée sur la notion d'acte de volonté est en effet rejeté par Friedrich Müller. Celui-ci écrit que « la volonté qui ne veut qu'elle-même, submerge toute normativité objective »³⁹. Or pour l'auteur allemand, comme on l'a vu, la contrainte préalable et générale de l'Etat de droit oblige à concevoir des « impératifs de la soumission au droit et à la Constitution »⁴⁰. Le juge est donc, en tant qu'autorité constitutionnelle lui aussi soumis à la Constitution. Il est donc impossible de concevoir que le juge détermine lui-même la valeur de la norme qu'il concrétise ; le juge constitutionnel ne dit pas ce qui a valeur constitutionnelle, mais comment on peut construire une norme générale à partir du texte de la Constitution et de l'espèce examinée.

Friedrich Müller s'éloigne ici du réalisme décisionniste⁴¹ qui ne voit aucune prédominance normative *a priori* de la Constitution qu'il existe ou non un contrôle de

³⁷ D. Rousseau, qui pourtant n'adhère pas aux principes de la théorie réaliste de l'interprétation, écrit que « dire le droit c'est donner un sens à telle ou telle disposition de la Constitution ou des déclarations par un travail d'interprétation des mots dont la logique est de mettre le juge d'une part en face de plusieurs significations possibles, d'autre part dans l'obligation professionnelle d'une choisir une ». *in* « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP* 1991, p. 16.

³⁸ O. Jouanjan, « Présentation » à *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 8.

³⁹ F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, op. cit., p. 280. L'auteur critique ici la conception schmittienne de la « totalité de l'unité politique ». La notion de « volonté » n'est d'ailleurs pas étudiée par F. Müller comme la volonté du juge, mais est rapportée le plus souvent au problème de la prise en compte de la volonté de l'auteur du texte.

⁴⁰ *Ibid.* p. 280.

⁴¹ Comme il rejette également le décisionnisme de Carl Schmitt, cf O. Beaud, art.cit., p. 948.

constitutionnalité, et qui voit la Constitution comme un « fait constitutif »⁴² plutôt que comme une norme. Le passage du texte à la norme par la décision du juge constitutionnel, pour la méthodologie *concrétisante*, s'effectue dans le système juridique hiérarchisé et guidé par une conception forte de l'Etat de droit démocratique et de ses contraintes.

Le texte constitutionnel, s'il n'a donc pas de signification juridique concrète avant son application⁴³, est déjà beaucoup plus qu'un fait politique puisqu'il exprime le cadre juridique de l'Etat de droit. Celui-ci doit donc s'envisager comme une quasi-norme, une méta-norme éthique et juridique, qui délimite et limite l'action de l'interprète, même authentique et permet par là sa critique par les juristes.

Pour le réalisme, ce passage du texte à la norme, cette métamorphose normative, même si elle s'effectue bien dans le système juridique, donne au juge un rôle primordial dans la constitution même de ce système comme système de normes en ce que le juge *crée* cette norme plus qu'il ne la *concrétise*.

Mais chez Olivier Cayla la norme fondamentale reste indispensable pour penser la *juridicité*. En ceci il se rapproche de Friedrich Müller et de sa conception méta-normative de l'Etat de droit, même si chez le réaliste français cette norme fondamentale reste conçue assez formellement (conformément en cela à la démarche de la théorie réaliste), alors que pour le théoricien allemand elle doit nécessairement prendre un certain contenu.

Mais si le réalisme peut être en effet un décisionnisme, il ne s'agit pas d'un décisionnisme radicalement solipsiste, complètement subjectiviste, au sens où ce dernier caractériserait la défense de l'idée que le juge constitutionnel maîtrise de lui-même, consciemment, librement et volontairement la complète détermination de la normativité⁴⁴. Le réalisme est une théorie de la norme juridique qui s'inscrit également dans une certaine conception de l'Etat de droit, mais celle-ci ne peut être envisagée comme une précompréhension normative du processus juridictionnel de production des normes.

Bien qu'en accord avec le réalisme pour voir dans le droit l'exercice d'un pouvoir et d'une violence⁴⁵, la théorie structurante refuse le décisionnisme et transforme le système de normes juridiques objectif kelsénien ainsi que le système de rapports de volontés signifiantes

⁴² Pour M. Troper, la Constitution serait concevable comme un « fait brut » (instituant), au sens de Searle (cf. J. Searle, *Les actes de langage, Essai de philosophie du langage*, Hermann, 1972) qui devrait être « juridicisée » par le juge, alors qu'elle est plutôt directement un « fait institutionnel » ou un « fait juridique institutif » chez O. Cayla.

⁴³ La notion de *concrétisation* permet aussi de saisir le phénomène de la normativité de la Constitution comme un processus complexe inscrit dans la durée, qui peut se concevoir comme une construction permanente de l'entrée en vigueur du texte constitutionnel. O. Jouanjan note en ce sens que « l'entrée en vigueur est toujours le résultat d'un processus plus ou moins long, plus ou moins complexe d'acquisition, dans le temps, par la norme de son existence juridique » (« La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, 1993, n° 17, p. 127.). La méthodologie structurante permet d'intégrer dans la description de la concrétisation du texte constitutionnel l'évolution dans le temps des constructions des normes générales dans les différentes décisions des juridictions du système juridique, ainsi que les différentes concrétisations des mêmes dispositions textuelles.

⁴⁴ Sur ce point de la conception du Conseil constitutionnel « non-maître des sources du droit » comme justification de la légitimité de son action, cf. V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, 2001.

⁴⁵ Cf. Oliver Beaud, *Repenser la démocratie constitutionnelle*, art. cit., p. 944.

réaliste en une structure textuelle pré-normative qui permet de penser des limites aux pouvoirs du juge sans recourir à une normativité nécessaire pré-établie ni à des contraintes politico-juridiques difficiles à déterminer, mais en impliquant une évaluation méthodique et critique de la pratique des juristes, évaluation qui tout à la fois fonde et concrétise l'Etat de droit.

Jean-Christophe Le Coustumer
