

Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller

Jean-Christophe Le Coustumer



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/8148>

DOI : [10.4000/crdf.8148](https://doi.org/10.4000/crdf.8148)

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 9 septembre 2021

Pagination : 119-126

ISBN : 978-2-38185-028-3

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Jean-Christophe Le Coustumer, « Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 19 | 2021, mis en ligne le 01 mai 2022, consulté le 03 avril 2023. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/8148> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.8148>

Texte, norme et État de droit chez Friedrich Müller

Jean-Christophe LE COUSTOMER

Professeur de droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. La détermination du sens du texte, un élément parmi d'autres dans l'opération de concrétisation
 - II. Une référence aux textes indispensable dans un cadre constitutionnel
 - III. Une démarche réflexive incluant le contexte de l'État de droit
 - IV. Le texte comme limite objective des juristes dans un État de droit

[...] 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, par exemple, 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. Gadamer¹

Si l'herméneutique est l'art de faire comprendre comme le dit Hans-Georg Gadamer, alors le champ juridique est tout entier dédié à cet art de la compréhension tant en effet la normativité juridique semble indissociable de ces savantes alchimies qui obligent à décoder et interpréter des signes de nature variée pour donner un sens, une signification spécifique à une situation qui demande qu'on en juge.

Au sein de cette herméneutique la question du rôle, de la place du texte dans l'avènement de la normativité juridique a toujours suscité des développements chez la plupart des théoriciens du droit, qu'il s'agisse entre autres réflexions de s'interroger sur ce que l'on nomme la volonté

de l'auteur du texte et son rôle dans l'application de celui-ci, de s'interroger sur son rôle en tant que directive pour l'action des juges chez Alf Ross, ou de l'envisager en tant que contrainte spécifique dans le processus de motivation comme dans la théorie réaliste française développée par Michel Troper.

Cette herméneutique centrée autour du texte et de son application peut être pertinemment décrite comme le fait Olivier Cayla lorsqu'il évoque à ce propos une herméneutique « art à deux temps ». Pour Cayla, réfléchissant sur cette question autour du texte constitutionnel, « la Constitution, en tant que discours doté d'une signification

1. C. Dutt, *Herméneutique, esthétique, philosophie pratique. Dialogue avec Hans-Georg Gadamer*, D. Ipperciel (trad.), Montréal, Fides, 1998, p. 105.

normative, n'est pas dans le texte de la Constitution qui est muet, mais seulement dans la parole de sa lecture »². Partant d'une comparaison avec une distinction faite en philosophie de l'art par Henri Gouhier entre les arts à un temps et les arts à deux temps, Cayla développe alors une conception de la souveraineté de l'interprète juridique sur le mode d'une souveraineté de l'artiste qui l'inscrit dans un processus que l'auteur compare à une « activité constituante à double détente »³.

Il y a bien en effet quelque chose qui a à voir ici avec une question de souveraineté car le texte, auquel se rapporte celui qui veut dire le droit en s'y référant, échappe largement à son interprète. Il le précède et lui est imposé comme ce envers quoi il a à se justifier, ce sur quoi il doit se fonder, pour agir légalement et, par là, légitimement.

La conception immédiate qui vient à l'esprit est que le texte que l'interprète applique, met en œuvre, est donc quelque chose qui le domine, lui est supérieur, ou à tout le moins le contraint. La souveraineté première est dans le moment d'écriture du texte qui rend possible ensuite un acte d'application de celui-ci, acte d'application qui sait devoir rendre compte de son œuvre notamment au regard de la place qui aura été donnée à ce texte.

Cette question prend évidemment un relief particulier dans le contexte herméneutique de l'État de droit, car il est naturellement attaché à ce dernier l'idée que, si l'interprète dispose d'une liberté dans son action, le texte est un cadre fort et indépassable de la possibilité même de son pouvoir en ce que ce pouvoir est encadré, limité par ce texte. Et ce relief est encore accentué lorsque le texte en question est celui de la Constitution, cadre premier de l'État de droit qui conditionne la légalité de tout l'édifice juridique concerné et la légitimité du pouvoir exercé par les différentes autorités qui le constituent.

Friedrich Müller, représentant de la théorie structurante du droit⁴, défend pour sa part une conception originale de la place du texte dans la production de la norme juridique, conception qui s'inscrit de même dans une réflexion sur celle-ci dans un État de droit constitutionnel⁵.

Sur le plan strictement théorique, la méthodologie juridique concrétisante, qui est un des éléments de la théorie structurante développée par le penseur allemand⁶,

a d'abord pour visée, selon Olivier Jouanjan, de « repenser le rapport norme-réalité »⁷, et se conçoit comme une théorie de la praxis juridique « post-positiviste » qui entend dépasser le « positivisme-légaliste »⁸.

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^e 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 actuel⁹.

Toujours selon 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, plutôt que d'étudier la spécificité de la normativité juridique directement à la lumière de la concrétisation juridique¹⁰.

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 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 »¹¹.

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 et l'usage effectif des concepts juridiques, décrit comme essentiel, dans l'opération globale de construction de la décision juridique, le travail des interprètes¹² sur le texte qui est à appliquer et à concrétiser¹³.

2. O. Cayla, « La chose et son contraire (et son contraire, etc.) », *Les études philosophiques*, n° 3, juillet-septembre 1999, p. 306.

3. *Ibid.*, p. 308.

4. Pour une présentation de l'œuvre et de son contexte, voir O. Jouanjan, « Présentation » à F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, O. Jouanjan (trad.), Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 5 sq.

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

6. O. Jouanjan, « Présentation », p. 6.

7. *Ibid.*, p. 10.

8. O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle : le pari d'une théorie "post-positiviste" du droit », *Critique*, n° 642, 2000, p. 946.

9. F. Müller, *Discours...*, p. 99.

10. *Ibid.*, p. 157.

11. *Ibid.*, p. 345.

12. Olivier Beaud regrette pour sa part que Müller, dans sa méthodologie structurante, ne prenne pour champ d'investigation que les décisions et les interprétations des juges (O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle... », p. 956).

13. La démarche de Müller se retrouve dans cette profession de foi d'Ota 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, O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit : nouvelles approches du positivisme juridique*, O. Nerhot, P. Coppens (trad.), Paris, LGD, 1992, p. 167).

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

Müller, pour construire sa méthode de concrétisation du droit, définit quelques concepts qui correspondent chacun à un moment de ce processus de mise en œuvre ou d'application du droit.

Pour l'auteur allemand, 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 »¹⁴.

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 »¹⁵.

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 »¹⁶.

Chez 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 norme ont été à titre d'essai introduits par le juriste dans la procédure de résolution du cas »¹⁷.

Mais si le programme normatif tiré du texte semble conditionner la poursuite de l'opération de concrétisation, 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 »¹⁸.

En ceci, comme le relève Jouanjan, la théorie allemande de la concrétisation rejette la théorie platonicienne de la signification¹⁹ et rejette l'idée que cette signification que l'on pourrait déterminer à l'avance contraindrait nécessairement l'interprète.

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, pour lui, « ce n'est que dans l'argumentation juridique que le texte brut peut acquérir sa signification »²⁰.

La méthodologie structurante rejoint ici la théorie réaliste de l'interprétation française, et refuse comme elle toute conception du texte qui lierait l'interprète par un sens ou une signification claire et qui devrait trouver une application quasi-mécanique, mais la place donnée au texte est tout autre car Müller ne se contente pas de partir du constat de cette absence de liaison nécessaire entre le texte et son application. Sa méthodologie structurante ne se borne pas à ce constat, très classique dans la démarche herméneutique, de l'indétermination de principe du sens du texte et au contraire affirme immédiatement le rôle essentiel du texte, en particulier du texte constitutionnel.

II. Une référence aux textes indispensable dans un cadre constitutionnel

Selon 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 norme s'impose en droit constitutionnel, par comparaison avec les autres disciplines juridiques, avec la plus grande insistance »²¹.

Mais en même temps qu'il insiste sur la prédominance du texte de la Constitution, 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 pèse pas plus lourd que les autres même si, en règle générale, le texte de norme fournit les premiers points d'appui »²².

On le voit, Müller essaye de donner au texte de la Constitution une place centrale tout en précisant que,

14. F. Müller, *Discours...*, p. 45.

15. *Ibid.*, p. 63.

16. *Ibid.*, p. 358.

17. *Ibid.*, p. 359. Ici la pensée de l'auteur allemand rejoint la réflexion de Weinberger sur la description des « faits bruts » (*Pour une théorie...*, p. 82 sq.). 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).

18. F. Müller, *Discours...*, p. 385.

19. O. Jouanjan, « Présentation », p. 21.

20. F. Müller, *Discours...*, p. 206 et 207.

21. *Ibid.*, p. 130.

22. *Ibid.*, p. 241.

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 surgit ici une ambiguïté dans la théorie structurante qui touche à la normativité de ce texte constitutionnel que le juge met en œuvre. Pour 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 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 car cette normativité de la Loi fondamentale est à rechercher chez 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 domaine²³.

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'État de droit avec la pratique effective du droit par les autorités habilitées par ce même texte²⁴.

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 »²⁵) à travers laquelle il faudrait appréhender toute la reconstruction de l'ordre juridique, comme le défendent le réalisme décisionniste de Troper et, d'une façon certes atténuée, le réalisme herméneutique de 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'État de droit.

Chez l'auteur allemand, c'est la présence de tout un ordre (juridique) constitutionnel expression d'un État de droit démocratique qui encadre les décisions prises par les interprètes²⁶. Ces décisions sont issues de l'intégration dans le processus de 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'État de droit constitutionnel.

III. Une démarche réflexive incluant le contexte de l'État de droit

La méthodologie de 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

23. F. Müller, *Discours...*, p. 169.

24. 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 de Cayla. Comme le note Bernd 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. Jeand'Heur, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits*, n° 28, 1999, p. 147).

25. F. Müller, *Discours...*, p. 212.

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

conforme à l'état actuel de l'État de droit, décision qui vient aussi constituer le droit positif de l'État 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 déterminé, propriété d'ordonner la réalité qui lui est sous-jacente en même temps que d'être conditionnée par cette réalité²⁷.

Cette réflexivité est inhérente à la méthodologie, c'est-à-dire au point de vue, choisie par 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 Müller présente là une méthodologie pratique inductive et pas une théorie générale et déductive des normes²⁸.

Ici apparaissent évidemment des points communs avec la méthode herméneutique notamment telle que la formule Paul Ricœur 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 »²⁹. 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'organon³⁰.

Si la méthodologie pratique de Müller ne vise pas directement à un passage par l'universel, on pourrait voir dans le cadre contextuel de l'État de droit l'équivalent de ce moment de la démarche herméneutique générale, cet État 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'État de droit constitutionnel décrit

comme un tout cohérent et normatif (comme une structure textuelle, que Jouanjan appelle « texture »³¹), 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'État de droit, est primordial en ce qu'il est lui-même normatif mais pas systématique. En effet Müller rejette la conception positiviste de l'ordre constitutionnel comme système au sens le plus strict du terme ; l'ordre constitutionnel de l'État de droit n'est pas un mécanisme systématique et prévisible, même si la réalité et le sens des textes peuvent (et doivent) être méthodologiquement saisis³².

Ce jeu de miroirs entre le cadre (pré)-normatif de l'État 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 Müller ouvre une perspective intéressante qui part peut-être simplement d'un choix d'assumer le cadre de l'État 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 État de droit et limite tout à la fois les possibilités d'interprétations offertes au juge.

IV. Le texte comme limite objective des juristes dans un État 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. Müller écrit ainsi que « le texte trace les limites extrêmes des différents sens possibles qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés »³³. 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 »³⁴.

27. F. Müller, *Discours...*, p. 187.

28. Point important sur lequel insistent Jouanjan et Beaud dans leurs présentations de l'œuvre de F. Müller.

29. Paul Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *Archives de philosophie du droit*, n° 39, 1995.

30. *Ibid.*

31. O. Jouanjan, « Présentation », p. 19.

32. Sur ce point encore les développements de Müller retrouvent ceux de la théorie institutionnelle du droit de 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 » (N. MacCormick, O. Weinberger, *Pour une théorie...*, p. 118).

33. F. Müller, *Discours...*, p. 240.

34. *Ibid.*, p. 45.

Pour 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'État de droit³⁵.

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'État de droit lui-même, toute construction scientifique de la méthode juridique étant nécessairement inscrite et soumise à ce cadre indépassable de l'État de droit constitutionnel.

Le principe de cette primauté et de la normativité du cadre démocratique est réellement assumé en ceci qu'il autorise à défendre une conception du texte constitutionnel comme limite explicite à l'action des interprètes juridiques³⁶ et aboutit, en apparente contradiction avec le principe épistémologique de l'équivalence de tous les éléments de la concrétisation, à ce que Müller nomme une hiérarchie des éléments de concrétisation, qui peuvent effectivement venir entrer en conflit³⁷.

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'État 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'État de droit »³⁸. Le concept même d'État de droit connaît un sort qui est lié pourrait-on dire à une forme de pessimisme ontologique sur cette question.

Pour Troper, en effet, « si l'État de droit est présenté comme désirable, c'est parce qu'il est considéré comme une garantie de la liberté et de la démocratie, c'est-à-dire

comme un moyen ou comme un instrument »³⁹. Or, selon le théoricien français, il ne peut exister une telle garantie de la liberté politique. Même le contrôle de constitutionnalité des lois « ne peut faire en sorte que la loi soit déduite de la Constitution »⁴⁰. Et Troper insiste en écrivant :

on peut sans doute soutenir [...] que le contrôle de compatibilité est à lui seul de nature à préserver les droits fondamentaux et les libertés individuelles [...]. Cette thèse, outre qu'elle repose sur le présupposé fragile d'un juge dépourvu de pouvoir créateur, qui se bornerait à constater et sanctionner les violations de la Constitution, ne peut être invoquée à l'appui de la doctrine de l'État de droit, si l'on entend par là que la hiérarchie des normes est un moyen de la liberté politique⁴¹.

La méthodologie concrétisante de la norme choisit un pari contraire à ce pessimisme, et 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 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.

Au vu des différents points abordés, il apparaît que la méthodologie de Müller donne au juge constitutionnel une place centrale dans la détermination de la norme constitutionnelle, mais une place qui est comprise dans l'État 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 la fonction que celle-ci donne au juge. Or il existe pourtant 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 kelsénien⁴².

35. F. Müller, *Discours...*, p. 240.

36. « Pour des raisons tirées du droit constitutionnel, le texte constitue la limite de l'espace de la concrétisation régulière » (*ibid.*, p. 243).

37. *Ibid.*, p. 318 sq.

38. *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 Müller lorsqu'il intègre à son analyse de la méthodologie, l'honnêteté envers l'État 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.

39. M. Troper, « Le concept d'État de droit », in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 276.

40. *Ibid.*, p. 280.

41. *Ibid.*

42. Dominique 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'en choisir une » (D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *Revue du droit public*, 1990, p. 16).

Mais si des intentions et des éléments communs peuvent être remarqués entre la théorie de Müller et le réalisme herméneutique de Cayla, une différence essentielle subsiste entre la méthodologie structurante et le réalisme dans sa version décisionniste. Comme le remarque en effet 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 »⁴³.

Ce basculement vers une théorie axée sur la notion d'acte de volonté est en effet rejeté par Müller. Celui-ci écrit que « la volonté qui ne veut qu'elle-même, submerge toute normativité objective »⁴⁴. Or, pour l'auteur allemand, comme on l'a vu, la contrainte préalable et générale de l'État de droit oblige à concevoir des « impératifs de la soumission au droit et à la Constitution »⁴⁵.

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.

Müller s'éloigne ici du réalisme décisionniste⁴⁶ qui ne voit aucune prédominance normative *a priori* de la Constitution, qu'il existe ou non un contrôle de constitutionnalité, et qui voit la Constitution comme un « fait constitutif »⁴⁷ 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'État de droit démocratique et de ses contraintes.

Le texte constitutionnel, s'il n'a donc pas de signification juridique concrète avant son application⁴⁸, est déjà beaucoup plus qu'un fait politique puisqu'il exprime le cadre juridique de l'État 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 Cayla la norme fondamentale reste indispensable pour penser la juridicité. En ceci il se rapproche de Müller et de sa conception méta-normative de l'État 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 normativité⁴⁹. Le réalisme est une théorie de la norme juridique qui s'inscrit également dans une certaine conception de l'État de droit, mais celle-ci ne peut être envisagée comme une pré-compréhension 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 violence⁵⁰, la théorie structurante refuse le décisionnisme et transforme le système de normes juridiques objectif kelsénien ainsi que le système de rapports de volontés signifiantes réaliste en une structure textuelle pré-normative qui permet de penser des limites au pouvoir 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'État de droit.

Mais de cette méthodologie structurante qui insère celui qui applique le droit dans cette structure pré-normative spécifique qu'est l'État de droit, on peut alors déduire des conséquences intéressantes qui portent sur la place et le rôle de cette autorité qui applique le droit.

43. O. Jouanjan, « Présentation », p. 8.

44. F. Müller, *Discours...*, 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 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.

45. *Ibid.*

46. Comme il rejette également le décisionnisme de Carl Schmitt; voir O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle... », p. 948.

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

48. 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. 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 » (O. Jouanjan, « La suspension de la Constitution de 1793 », *Droits*, n° 17, 1993, 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.

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

50. Voir O. Beaud, « Repenser la démocratie constitutionnelle... », p. 944.

Faire en effet du contexte de l'État de droit ce cadre pré-normatif indépassable et qui produit des contraintes pour les autorités qui appliquent le droit amène à sortir du pur subjectivisme de l'interprétation du droit vue comme un acte unique ou solitaire. Le cadre de l'État de droit qui s'exprime avant tout dans le texte de la Constitution manifeste ce cadre institutionnel global dans lequel celui qui applique le droit, qui vient concrétiser le droit, s'inscrit mais pas seul, nécessairement avec d'autres.

Et alors on comprend en effet que, comme l'exprime très justement Jouanjan :

[...] dans cette théorie, parce qu'elle négocie, dans le droit, un tournant pragmatique radical, la question de l'acteur juridique, dénommé plus précisément le « travailleur du droit », devient centrale⁵¹.

En effet, se libérant tout à la fois de la mythologie du sens clair qui s'impose et du décisionnisme ou du relativisme, voire du scepticisme à l'égard de la notion de norme (ou de règle), la théorie structurante peut donner la place qu'il mérite à celui qui effectue, dans le contexte particulier de l'État de droit, le complexe travail de production des décisions juridiques.

La théorie structurante, par cette position pragmatique, voire pragmatiste, assumée, ne considère plus le système juridique comme un « système de normes », mais comme un système d'acteurs, comme un système social de production de normes.

Les « normes juridiques », dans l'usage qu'elle fait de ces mots, ne renvoient pas à cette signification « objective » des textes juridiques, mais aux résultats de l'activité pratique de ceux qui sont appelés, dans des circonstances, avec des objectifs et des contraintes variables, à *travailler* ces textes⁵².

Comme le dit bien Müller,

ce sont les juristes, en tant qu'ils agissent, qui, suivant le fil directeur des textes de normes et les limites qu'ils imposent dans un État de droit, décident, justifient, communiquent et, le cas échéant, engagent l'exécution concrète de la norme-décision. Le sujet, du processus de concrétisation n'est jamais la norme juridique. Puisqu'elle n'est pas donnée à

l'avance – on ne peut le dire en effet que du texte de norme – mais qu'elle est seulement produite par le juriste à l'occasion du cas d'espèce pour être ensuite individualisée en une norme-décision, c'est lui, le juriste, qui est proprement le sujet et le responsable de la réalisation du droit⁵³.

Müller insiste ici sur un point original, en ce qu'il attache à l'exigence qui impose au juriste de suivre le fil directeur des textes et des limites que ceux-ci imposent une conséquence qui est de conférer à ce juriste le statut de sujet responsable de la réalisation du droit.

Il n'est évidemment pas question ici d'en appeler à la mise en jeu d'une responsabilité juridique et de proposer des mécanismes de poursuite judiciaires ou politiques, qui ne feraient en définitive que reculer le problème de la fondation et de la légitimité (qui doit contrôler le contrôleur).

L'idée est tout autre, qui doit, comme Ricœur le suggère, « dissocier l'imputabilité de l'incrimination »⁵⁴. Et si, comme John Rawls le soutient, « la justice est la première vertu des institutions sociales comme la vérité est celle des systèmes de pensée »⁵⁵, et que l'on pense également que, au-delà de la décision légale, il est possible de rechercher quelque critère de sa justesse, l'interprète se trouve bien investi d'une responsabilité dans le système des décisions justifiées en référence au texte constitutionnel.

L'imputation au souverain qu'opère son argumentation fondée sur la Constitution ne le laisse pas moins, pour partie, auteur de sa décision. Le juge constitutionnel, institution chargée en premier lieu du contrôle de constitutionnalité des actes du législateur, est donc aussi une « structure du vivre ensemble d'une communauté historique – peuple, nation, région, etc. –, structure irréductible aux relations interpersonnelles et pourtant reliée à elles en un sens remarquable »⁵⁶.

S'il y a bien une visée éthique de la vie en démocratie, « visée de la vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes »⁵⁷, alors les missions du juge constitutionnel y participent et la théorie structurante permet de mettre en évidence cette responsabilité de l'interprète mais qui n'est pas seul dans sa lourde tâche, encadrée qu'est sa mission par le texte de norme de la Constitution et le contexte normatif de l'État de droit.

51. O. Jouanjan, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXIX, n° 121, 2001, p. 55.

52. *Ibid.*, p. 59.

53. F. Müller, *Discours...*, p. 227.

54. P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil (Points. Essais), 1996, p. 340.

55. J. Rawls, *Théorie de la justice*, C. Audard (trad.), Paris, Seuil (Points. Essais), 1997, p. 29.

56. *Ibid.*, p. 227.

57. *Ibid.*, p. 203.