Friedrich Müller

DISCOURS DE LA MÉTHODE JURIDIQUE

B.R.I.S.E.
3 4200 00715017 6



Léviathan puf

Depuis une trentaine d'années, l'œuvre de Friedrich Müller anime le vaste débat mené en Allemagne sur la théorie et la méthodologie du droit. Il devenait donc urgent d'en présenter l'un des éléments essentiels, le *Discours de la méthode juridique*.

Ce discours s'inscrit dans le cadre plus large d'une théorie juridique d'ensemble : la *théorie structurante du droit*, au sein de laquelle il occupe une place stratégique. S'il appartient aux tâches essentielles d'une théorie contemporaine du droit de frayer la voie entre, d'une part, le dogmatisme du positivisme légaliste pour lequel la décision peut être logiquement déduite d'une norme donnée d'avance dans les textes, et, d'autre part, le scepticisme volontariste qui renvoie l'opération d'application du droit à la décision subjective de l'autorité chargée de mettre en œuvre la norme, nul doute que la théorie structurante du droit et la méthodologie qui l'accompagne offrent en ce sens une perspective originale et pertinente. Si l'on admet que le texte de norme (texte de la Constitution, de la loi, etc.) ne *contient* pas déjà la norme, le travail du juriste ne consiste donc pas à aller rechercher celle-ci dans le texte, mais, au contraire, à la *construire* au cours du *processus de concrétisation*. La seule interprétation des textes ne saurait donc suffire ; la norme est construite non seulement à partir des données textuelles, mais aussi des données réelles qui suscitent le travail d'« application ». La norme ne « s'applique » pas purement et simplement à un segment de la réalité sociale. Elle est aussi déterminée par cette réalité, en même temps qu'elle la détermine.

C'est sur le fondement d'une telle conception concrète de la normativité ainsi que de la mise à jour de la structure de la norme juridique que s'établit la méthodologie de Friedrich Müller, c'est-à-dire l'investigation des possibilités de structurer, de rationaliser les procédures de concrétisation des normes. Or, cette rationalisation est nécessaire dans un ordre juridique dominé par les principes de l'Etat de droit et de la démocratie : seule, elle permet la discussion et le contrôle des processus de production des normes.

O.J.

Ancien professeur à l'Université de Heidelberg, Friedrich Müller est notamment l'auteur de *Normstruktur und Normativität* (1966), *Die Positivität der Grundrechte* (2e éd., 1990), *Elemente einer Verfassungstheorie* (5 vol., entre 1975 et 1994), *Rechtsstaatliche Form – Demokratische Politik* (1977), *Strukturierende Rechtslehre* (2e éd., 1994) et *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung* (1990).

9 782130 469797
ATELIER PHILIPPE GENTIL
298 FF
22410809/1/96

340
.1
MuL

Friedrich Müller

DISCOURS DE LA MÉTHODE JURIDIQUE

3 4200 00715017 6

Léviathan

LÉVIATHAN

ction dirigée par Stéphane Rials

rus :

say, *Souveraineté et légitimité chez Hobbes.*
yard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la*
que.
aldo, *Les méthodes de travail de la*
ante.
s Zarka et Jean Bernhardt (dir.), *Thomas*
. *Philosophie première, théorie de la science*
que.
vre-Teillard, *Le nom, droit et histoire.*
tit, *Naissance de la loi moderne.*
fe, *La justice politique.*
. *La pensée politique de John Locke.*
ur, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire.*
s, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*
lon-Delsol, *L'Etat subsidiaire.*
Larrère, *L'invention de l'économie au XVIIe*

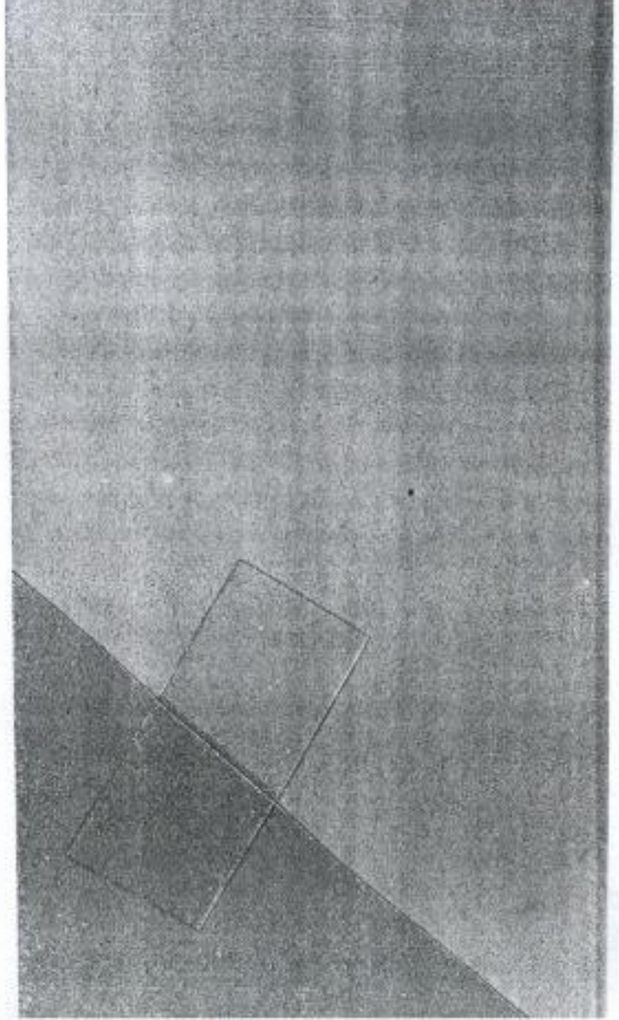
uson, *Essai sur l'histoire de la société civile.*
y, *John Locke. Droit naturel et propriété.*
acintyre, *Quelle justice ? Quelle rationalité ?*
h, *Les lois fondamentales dans l'histoire*
utionnelle anglaise.
çois Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt.*
tique entre spéculation et positivité.
t, *Théorie de la Constitution.*
ey, *Religion et droit dans le développement de*
ée constitutionnelle (1150-1650).
s (dir.), *Histoire de la pensée politique*
rale (350-1450) (Cambridge History).
lek (dir.), *Théorie du droit et science.*
yard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel.*
lolmes, *Benjamin Constant et l'élaboration du*
sme moderne.
per, *Pour une théorie juridique de l'Etat.*
s et Joseph Cropsey (dir.), *Histoire de la*
phie politique.
aud, *La puissance de l'Etat.*
shcraft, *La politique révolutionnaire et les* Deux
du Gouvernement de Locke.
pkin, *Histoire du scepticisme d'Erasme à*
e.
akeshott, *De la conduite humaine.*
Müller, *Discours de la méthode juridique.*
en Spitz, *La liberté politique. Essai de*
logie conceptuelle.
vorkin, *Prendre les droits au sérieux.*

DISCOURS DE LA MÉTHODE JURIDIQUE

LÉVIATHAN

A paraître :

Robert Alexy, *Théorie de l'argumentation juridique.*
Denis Baranger, *La naissance de la responsabilité politique en Grande-Bretagne.*
J.-H. Burns (dir.), *La pensée politique moderne (1450-1700)* (Cambridge History).
Knud Haakonssen, *La science du Législateur. La jurisprudence naturelle de David Hume à Adam Smith.*
Hans Kelsen, *Théorie générale des normes.*
Franck Lessay, *Locke et Filmer* (avec la traduction du *Patriarcha* et du *Premier Traité*).
A. de Libera et R. Imbach, *La philosophie politique médiévale de Jean de Salisbury à Nicolas de Cues.*
Alasdair MacIntyre, *Après la vertu.*
John Pocock, *Le moment machiavélien.*
John Pocock, *Vertu, commerce et histoire.*
Gerald Postema, *Bentham et la tradition du* Common Law.
Charles Ramond, *Spinoza politique des temps modernes.*
Carl Schmitt, *Le* Nomos *de la Terre dans le droit des gens du* Jus publicum europaeum.
Adam Smith, *Leçon sur la science du droit de 1766.*
Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne.*



LÉVIATHAN
COLLECTION DIRIGÉE
PAR STÉPHANE RIALS

340.1
MUL
D 20347

DISCOURS DE LA MÉTHODE JURIDIQUE

par

Friedrich Müller

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE - LETTRES - ST-ÉTIENNE

TRADUIT DE L'ALLEMAND
PAR OLIVIER JOUANJAN

HMB 2224

3 4200 00715017 6

OUVRAGE PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS
DU CENTRE NATIONAL DU LIVRE

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

Cet ouvrage est la traduction française de
Juristische Methodik

© Duncker & Humblot, Berlin, 1993

ISBN 2 13 046979 5
ISSN 0989-4462

Dépôt légal — 1re édition : 1996, février

© Presses Universitaires de France, 1996
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

PRÉSENTATION
DU TRADUCTEUR

Depuis une trentaine d'années[1], Friedrich Müller a mis en chantier une œuvre théorique considérable qui a eu en Allemagne et dans l'espace germanophone un important retentissement[2]. Cette *Théorie structurante du droit* (*Strukturierende Rechtslehre*) repose sur quatre piliers. Elle est, précise son auteur, « un concept d'ensemble qui comprend dogmatique, méthodologie, théorie (de la norme) juridique et théorie de la Constitution et les met en relation les uns avec les autres. Ces quatre domaines de travail désignent les terrains matériels d'opération de la théorie structurante du droit »[3].

Des quatre pans qui forment cette théorie structurante du droit, nous présentons au public français le pan méthodologique, le *Discours de la méthode juridique*, c'est-à-dire la présentation des tâches et des éléments directeurs de la méthodologie structurante.

Quatre considérations, d'ordres différents, nous ont amené à ce choix.

Tout d'abord, il nous semble que si, ces dernières années, la théorie et la philosophie du droit ont repris vigueur en France, les questions de méthode

[1] Ce travail débute avec la publication de la thèse d'habilitation de Friedrich Müller *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966. On trouvera dans la bibliographie générale de l'ouvrage la liste complète des travaux de Friedrich Müller, tout au moins de ceux qui touchent directement à l'édifice théorique de son œuvre. Par la suite, les références qui ne sont pas précédées du nom de l'auteur renvoient toutes à des travaux de Friedrich Müller.

[2] Hors de cet espace, des travaux sur la théorie structurante du droit ont été publiés notamment au Japon et au Brésil. Des traductions sont publiées ou préparées au Japon, en Chine, au Brésil et en Espagne.

[3] « Notiz zur Strukturierende Rechtslehre », *in* Friedrich Müller, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, éd. par Ralph Christensen, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 120.

juridique restent cependant relativement peu explorées [4], en tout cas par comparaison avec l'inépuisable littérature allemande sur le sujet.

Ensuite, le texte du *Discours de la méthode juridique* rappelle à tout le moins les directions fondamentales qu'empruntent les trois autres éléments de la théorie structurante (et particulièrement relativement à la théorie de la norme juridique), ce qui permet au lecteur français de situer suffisamment cette méthodologie dans son contexte. Cela dit, il faut rester, à la lecture, conscient de cette amputation, notamment en ce que certaines affirmations, fondées dans d'autres textes, pourraient paraître abruptes ou insuffisamment étayées.

La troisième raison de ce choix est liée au fait que l'ensemble théorique mobilisé par Friedrich Müller est animé par une dynamique permanente qui amène l'auteur à des réaménagements constants, d'où l'emploi, dans les premières lignes de cette présentation, du terme « chantier » : pour le dire dans le langage de l'auteur, la théorie structurante du droit n'est pas donnée une fois pour toutes, achevée et prête à l'emploi. Le *Discours de la méthode juridique* présentait de ce point de vue un avantage particulier en raison de sa mise à jour très récente. Nous présentons au lecteur français la traduction du texte de la cinquième édition (1993) en y intégrant d'ailleurs, à la demande de l'auteur, plusieurs modifications et ajouts déjà préparés pour la sixième édition allemande. Ce choix nous permettait ainsi de présenter l'Etat le plus récent de la pensée de Friedrich Müller [5].

Enfin, la méthodologie occupe certainement au sein de la théorie structurante du droit une place stratégique. Nous voudrions ici mettre particulièrement en évidence son lien, intime, avec la théorie de la norme juridique ainsi que certains dégagements sur la théorie de la Constitution. La méthodologie juridique structurante naît du constat d'inadéquation de la représentation traditionnelle de la norme juridique aux exigences pratiques que les principes de l'Etat de droit et de la démocratie imposent au travail avec des normes. Le cas de la théorie pure du droit, s'il n'est pas exclusif, est à tout le moins exemplaire de cette faillite.

[4] Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la bibliographie réunie par Jean-Louis Bergel pour l'article qu'il consacre à la méthodologie juridique au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (2e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 373).

[5] Au moment où nous avons engagé cette traduction, l'ouvrage présentant le panorama le plus complet de la théorie structurante du droit se trouvait déjà, de l'avis de l'auteur, dépassé sur plusieurs points (il s'agit de *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984). Une seconde édition vient de paraître (novembre 1994) à laquelle nous nous référons.

La théorie pure du droit en panne

« Là où Kelsen pensait devoir s'arrêter, là commence le travail » [6]. Nul doute dès lors que la théorie structurante du droit, « vue avec les yeux de la théorie pure du droit, est décidément impure » [7]. On sait que la *Théorie pure du droit* s'achève sur le problème de l'interprétation [8]. Kelsen y distingue l'interprétation « authentique » (celle des organes d'application du droit) de l'interprétation « scientifique » (et plus généralement « non-authentique »). « Le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel il existe plusieurs possibilités d'application, et, ceci étant, tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier » [9]. Prise en tant qu'activité *cognitive*, l'interprétation de la règle applicable se borne donc à déterminer le cadre, c'est-à-dire le champ des possibles [10]. Pour le reste, l'interprétation par l'organe d'application est de l'ordre de la volition : « Dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance » [11]. Dans ce cadre, s'engouffrent alors ces autres normes dont le lecteur peu attentif avait pu croire que la théorie viennoise avait purifié l'activité juridique : « normes de la morale, de la justice, jugements de valeurs sociaux... » [12]. Purifiée de ces éléments perturbateurs, la théorie pure s'achève en abdiquant devant eux : la science du droit en est purifiée, mais pas la pratique. A l'intérieur du cadre, le choix de la décision n'est pas justiciable d'une méthode (juridique). En cela, il y a une rupture radicale entre le projet de la « *méthode* juridique » annoncé avec triomphalisme par Gerber et Laband, et les résultats de la *Théorie pure du droit* : si, comme on l'a dit, Kelsen est « l'exécuteur testamentaire de Laband » [13], il est un exécuteur

[6] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 439.
[7] *Ibid.*
[8] Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. fr. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 453 et s.
[9] Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 457.
[10] « Si l'on entend par interprétation la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre » (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *ibid.*).
[11] Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 460-461.
[12] Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 460.
[13] H. Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin & Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, p. 130 (*Gesammelte Schriften*, t. 2, Leiden, Sijthoff, 1971, p. 153) ; G. Leibholz, « Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne », *Archives de philosophie du droit*, 1931, p. 208.

infidèle. Comme l'écrit Friedrich Müller, « le dualisme abstrait, maintenu imperturbablement, se retourne en ce point crucial de la théorie juridique, celui de sa fécondité pour la concrétisation pratique du droit, contre le fondement même du positivisme » [14].

En ce point crucial, la théorie pure du droit 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 [15]. Il suffit pour cela de briser le cadre précaire que formerait, selon Kelsen, la règle « cognitivement » interprétée. Les points d'attaque pour ce faire ne manquent pas : si pour Kelsen il n'y a pas de méthodes d'interprétation pour choisir dans le cadre de la règle la solution « juste », on ne voit pas quelles seraient les méthodes de cette interprétation « cognitive » permettant de tracer le cadre lui-même, c'est-à-dire la détermination des possibles et donc les limites de la régularité ; dans l'opération d'application l'autorité d'application reste maître du texte de la règle à appliquer (du choix de la majeure du syllogisme), il reste maître de la qualification des faits (maître de la mineure). Bref, à partir du moment où cette autorité choisit le texte, au regard de faits qu'elle qualifie librement, et « insère » [16] elle-même dans ce texte la norme qu'elle aura librement créée, il n'y a plus guère de place pour l'idée d'une « *application* » des normes, si ce terme doit avoir un sens. L'interprétation devient une opération purement volitive dès lors qu'il apparaît impossible d'asseoir le moment cognitif. La motivation de la décision « d'application » ne peut alors avoir d'autres buts que de masquer le processus réel de décision : un replâtrage *a posteriori* [17]. Le « normativisme » kelsénien ouvre en réalité la porte à un pur « décisionnisme ».

Ces conséquences extrêmes de la théorie pure du droit ne sont pas le fait d'une incohérence, d'un dérapage qui affecterait le corps même de l'édifice théorique de Kelsen. Pour les raisons que l'on a dites, il nous apparaît que la radicalisation réaliste de la théorie pure du droit peut y prendre greffe du fait

[14] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 27.

[15] De Michel Troper, voir notamment : « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133 et s. ; « La motivation des décisions constitutionnelles », *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 287 et s. ; Kelsen, « La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 518 et s. ; « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 5 et s. ; « Justice constitutionnelle et démocratie », *Rev. fr. dr. const.*, n° 1, 1990, p. 31 et s.

[16] L'expression est de M. Troper : Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, art. cit., p. 142.

[17] C'est bien la position de Michel Troper : « La motivation cherche à faire illusion » ; « Elle fonctionne (...) comme idéologie : elle masque ; elle dissimule le fait du pouvoir en valeur du droit » (La motivation des décisions constitutionnelles, *art. cit.*, p. 295, p. 301 et s.).

de la faiblesse de la théorie kelsénienne de l'interprétation. Mais cette radicalisation réaliste aboutit à ébranler les bases mêmes du projet kelsénien puisqu'elle aboutit, comme l'affirme Michel Troper pour l'étude de la Constitution, à ce que celle-ci « ne saurait relever d'une science normative, mais qu'il est théoriquement possible de lui appliquer les méthodes habituelles des sciences qui traitent des phénomènes de Sein » [18]. Ce sont donc, et c'est sans doute plus grave, les présupposés mêmes, métaphysiquement marqués, qui interdisent un autre résultat. « C'est, comme le voit parfaitement Friedrich Müller, avec une chaîne de présupposés dualistes que les problèmes pratiques de la concrétisation de la norme sont par avance évacués » [19]. Une chaîne qui s'énonce notamment ainsi : sujet/objet, volition/cognition, et bien sûr *Sein/Sollen*, norme/réalité. « Les critères de la décision volitive sont refoulés dans le métajuridique. Les critères de l'acte cognitif, tant dans le cadre de l'interprétation authentique que dans celui de l'interprétation non-authentique sont passés sous silence ; à moins qu'on tienne le renvoi global au procédé « logique » pour un point d'appui suffisant à la vérité scientifique » [20]. Notons que Kelsen a explicitement formulé son renoncement à toute entreprise de type méthodologique : « Puisque la théorie pure du droit n'est qu'une connaissance du droit positif donné, mais pas une prescription pour sa production correcte, elle n'entend ni donner d'injonction s'agissant de la question de savoir comment l'on fait de bonnes lois, *ni davantage donner de conseils sur les conditions dans lesquelles on peut prendre de bonnes décisions sur le fondement ou dans le cadre des lois* » (nous soulignons) [21]. Cette incapacité à assumer plus avant du point de vue juridique le processus de l'application doit être dès lors renvoyée non pas à une erreur d'aiguillage en cours de route de la théorie pure du droit, mais à ses présupposés théoriques fondamentaux. Parce que la norme

[18] Troper, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, art. cit., p. 150.

[19] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 27.

[20] *Ibid.*

[21] Kelsen, Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre (1929), cité par R. Christensen, Strukturierende Rechtslehre, in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, éd. par N. Achterberg, Darmstadt, Neuwied, Luchterhand, 1987, 2/560, p. 2. On peut rapprocher cela de la théorie du pouvoir discrétionnaire de Merkl qui se borne à voir dans l'acte de concrétisation d'une norme relativement abstraite, un mixte de « déterminants objectifs-hétéronomes » et de « déterminants subjectifs-autonomes » (Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, Springer, 1927, p. 142.) Mais si on n'établit pas au moins dans quel type de rapports doivent se trouver ces deux types de déterminants, si on ne *structure* pas ce processus, alors on n'a encore rien dit de ce en quoi consiste la concrétisation et l'on n'a aucun moyen de repérer et critiquer le moment où le soit-disant déterminant subjectif se mêlera, nécessairement, au cadre du soit-disant déterminant objectif, pour en troubler, en dynamiter de l'intérieur l'objectivité passive. On voit ici, très précisément, comment le dualisme ontologique interdit toute structuration rationnelle des procédure de concrétisation du droit.

est identifiée au texte de norme, qu'elle est déconnectée de la réalité à laquelle elle doit « s'appliquer », que, dans le mouvement de l'application, le texte, dans l'indéterminité de ses significations multiples, doit demeurer isolé des éléments qui pourrait lui faire produire du sens, la théorie pure du droit ne peut que s'arrêter sur une théorie *vide* de l'interprétation : et elle s'arrête là parce qu'elle est en panne.

Repenser le rapport norme-réalité

Si le travail commence là où s'arrête la construction kelsénienne, cela ne signifie donc pas qu'il s'agirait de reprendre le fil directeur de la théorie pure pour l'amener à un endroit où elle ne peut, par incapacité constitutive, aller : une théorie des méthodes de mise en œuvre du droit, c'est-à-dire aussi une théorie de la normativité comme déterminité concrète et ordre concrètement déterminé. « La qualification usuelle de la théorie kelsénienne comme « normativisme » est par trop optimiste ; la normativité demeure inaccessible aux commandements isolés, privés de tout rapport aux faits » [22]. Il faut refouiller, repenser les fondations et particulièrement la distinction sans doute cardinale, mais sûrement métaphysique du *Sein* et du *Sollen*, de la norme et de la réalité. En cela, une méthodologie suppose une théorie de la norme juridique pensée à partir de ce rapport norme-réalité. Sauf à tomber dans un nihilisme méthodologique, à basculer purement et simplement du côté de la subjectivité de l'interprète et à ne voir dans l'argumentation juridique qu'une opération de camouflage des motifs réels. Mais on dira pourquoi cette voie du nihilisme méthodologique ne peut être empruntée : non pas qu'une espèce de bienséance philosophique ou morale nous l'interdirait, mais l'ordre juridique dans lequel nous évoluons — car un ordre juridique admettant un tel nihilisme méthodologique n'est pas *a priori* inconcevable — nous en barre l'accès.

Certes, la tentative de repenser le rapport norme-réalité n'est pas nouvelle. Elle est notamment au cœur du *Methodenstreit* qui a agité particulièrement la doctrine allemande du droit public sous Weimar. Comme l'écrivait Leibholz en 1931 : « La doctrine qui prévaut aujourd'hui dans la science du droit public en Allemagne estime avec raison que la nature du droit implique bien un devoir (*Sollen*) mais qu'en même temps le droit a son fondement dans la sphère de

[22] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 25.

l'être » [23]. La virulence de ces attaques avait même ébranlé les convictions de ceux-là mêmes que l'on considère comme les principaux représentants du positivisme weimarien, Gerhard Anschütz et Richard Thoma [24]. Mais au terme de l'analyse qu'il fait de ces courants [25], et de certains essais plus récents, Friedrich Müller constate, à juste titre, que ces tentatives en sont restées, pour l'essentiel, à des affirmations globales, à des vues théoriques trop générales pour déboucher sur une théorie praticable de la norme, c'est-à-dire directement utilisable pour le développement d'une méthodologie juridique. Pour ne prendre que le cas exemplaire d'un auteur trop méconnu en France, Hermann Heller, s'il touche juste dans sa critique d'une « pensée déracinée de l'être », en tant que cette critique s'en tient à exiger que l'être et le devoir-être soient considérés « comme les deux faces d'une seule et même réalité », d'une réalité elle même conçue comme une « unité se divisant dialectiquement » [26], qu'elle se borne à reconnaître que le sens d'une norme isolée « ne peut jamais être compris au moyen de la systématisation logique mais seulement, fondamentalement, dans le rapport avec la totalité de la réalité sociale à l'intérieur de laquelle vaut la norme » [27], Heller « n'offre encore à la science juridique aucune prise permettant de rationaliser le cas concret » [28]. Plus généralement : « La clarification du rapport du droit et de la réalité pour la concrétisation de la norme juridique n'est pas allée, dans la théorie du droit, au-delà de positions très générales » [29].

[23] *Art. cit.*, p. 210. Sur le *Methodenstreit* : W. Bauer, *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtslehrer*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968 ; R. Smend, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit, *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 575 et s. ; M. Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102, 1977, p. 161 et s. ; K. Rennert, *Die « geisteswissenschaftliche Richtung » in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Untersuchungen zu Erich Kaufmann, Günther Holstein und Rudolf Smend*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.

[24] On ne peut présenter ces deux auteurs sans plus comme les continuateurs de Gerber et Laband, comme le fait Dieter Grimm (Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1987, p. 303). Comme l'écrit Klaus Rennert, « ce positivisme ne vivait plus sans critique sur l'héritage de Laband » (*op. cit.*, p. 52). Voir aussi : Hans-Dieter Rath, *Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 52 et s. Cette critique de Laband (et de Kelsen) est particulièrement exprimée dans l'introduction rédigée par Richard Thoma au traité de droit public allemand qu'il a codirigé avec Anschütz : *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, t. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 4 et s.

[25] Voir not. : *Strukturierende Rechtslehre*, p. 77-93.

[26] H. Heller, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 16, 1929, p. 323 et p. 340 (*Gesammelte Schriften*, t. 2, précit., p. 252, p. 266).

[27] H. Heller, *Staatslehre*, éd. par G. Niemeyer, Leiden, Sijthoff, 1934, p. 187-188 (*Gesammelte Schriften*, t. 3, *op. cit.*, p. 293).

[28] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 82.

[29] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 114.

L'enjeu fondamental tient donc en ceci : construire une théorie de la norme qui ouvre à une théorie de la concrétisation du droit.

Une approche inductive

Mais pour ce faire, il convient de renverser l'ordre selon lequel on procède habituellement. Il ne s'agit pas de poser la théorie pour en déduire ensuite les conséquences juridiques pratiques : en opérant de la sorte on est amené par nécessité à fonder cette théorie dans des conditions philosophiques ou épistémologiques générales. C'est ce qui se passe d'ailleurs chez Kelsen : « Il y va chez Kelsen, s'agissant du traitement des problèmes juridiques, davantage du concept de science que du concept de droit » [30]. Au contraire, le point de départ fondamental de la théorie structurante du droit est à situer dans son procédé inductif.

Ralph Christensen, l'un des meilleurs continuateurs de l'œuvre de Friedrich Müller [31], a parfaitement présenté ce mode d'approche : « A la différence de la théorie pure du droit ou de la phénoménologie juridique, la théorie structurante du droit ne cherche pas à plaquer l'un des courants de la théorie de la science sur le domaine juridique. Contrairement à ce genre de transpositions, de forme nécessairement déductive, la théorie structurante du droit s'efforce de partir, de manière inductive, des problèmes pratiques. A cet endroit, une anticipation théorique découle de l'objectif prescrit par le principe de l'Etat de droit et par les normes constitutionnelles pertinentes quant aux méthodes en tant qu'ils exigent de rendre le travail juridique pratique plus opérationnel mais aussi mieux contrôlable, bref : de le structurer » [32]. L'approche inductive consiste donc en une analyse *critique* (et le point critique est fourni par les principes du droit en vigueur) de la pratique juridique réelle. Cela appelle essentiellement deux remarques.

D'une part, ce sont des exigences normatives qui imposent que la pratique juridique soit méthodiquement structurée. Il existe des normes (constitutionnelles ou législatives) « pertinentes quant aux méthodes » (*methodenrelevante Normen*), qui interdisent ce que nous avons plus haut appelé le nihilisme

[30] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 24.

[31] Il conviendrait aussi de citer Bernd Jeand'Heur et, concernant spécialement la linguistique juridique, Dietrich Busse. Pour ces trois auteurs, voir la bibliographie générale du présent ouvrage.

[32] R. Christensen, Strukturierende Rechtslehre, art. cit., p. 1-2.

méthodologique [33]. On dira particulièrement que la répartition constitutionnelle des fonctions (en Allemagne, mais aussi en France) interdit normativement (c'est-à-dire interdit de justifier constitutionnellement ou de légitimer) que le juge (même constitutionnel) joue le rôle de législateur (ou de « constituant ») ; ou, ce qui revient au même : oblige à différencier les caractères de l'activité législative (édiction de textes de normes) et de l'activité juridictionnelle (production de normes sur la base des textes de normes) [34].

D'autre part, cet ancrage normatif de l'approche inductive interdit d'élever la pratique réellement suivie en quasi-norme, ou pseudo-norme. Il fournit au contraire le point critique d'après lequel cette pratique peut être à la fois observée et appréciée. Mais l'observation permet de mettre à jour les conditions contraignantes et les structures fondamentales qui marquent le travail juridique. Et sur cette base peut être élaborée une théorie la norme juridique.

Une théorie de la norme juridique

Cette théorie repose sur l'idée fondamentale que la norme juridique ne s'identifie pas au texte de norme (texte de loi, texte de la Constitution, ou même texte de la prescription coutumière), mais qu'elle est le résultat d'un *travail*, au sens économique, productif du terme. Il ne s'agit cependant pas là d'un travail d'*extraction* de la norme à partir du matériau brut des textes (retrouver la norme que *contiendrait* d'avance le texte) [35]. Il s'agit d'un travail

[33] Ce sont notamment, parmi les impératifs généraux de rang constitutionnel, les principes de l'Etat de droit (sécurité juridique, clarté et honnêteté des méthodes), le principe de soumission du juge à la loi (qui lui interdit de pratiquer le nihilisme méthodologique), le principe démocratique (qui veut que les textes de normes soient établis par le législateur démocratiquement légitimé et non par le juge) et puis enfin le principe d'égalité devant la loi sous sa figure traditionnelle d'égalité « dans l'application de la loi » (sur un « droit fondamental à l'égalité devant les méthodes » : *Juristische Methodik und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976). Le principe de l'interprétation stricte de la loi et de l'interdiction de l'analogie en droit pénal en est un autre exemple net. En même temps qu'il montre que, notamment en raison de cet ancrage normatif des méthodes, *la* méthodologie juridique se diversifie en méthodologies particulières propres à chacune des branches des disciplines juridiques.

[34] Ce point de vue offre notamment le point critique nécessaire à l'appréciation de la méthode de l'interprétation conforme à la Constitution. Au lieu de célébrer l'audace du Conseil constitutionnel qui n'hésite pas à se livrer à ce que la doctrine a *apprivoisé* en donnant à ce procédé le nom d'« interprétation *constructive* de la loi », il conviendrait de se demander si cette prétendue forme de l'interprétation conforme — essentiellement distincte du procédé consistant à retenir *parmi les interprétations méthodiquement admissibles d'un texte de loi* l'interprétation conforme à la Constitution — est elle-même conforme à la Constitution. Voir : *infra*, p. 120 et s.

[35] Dans son *Volksrecht und Juristenrecht*, en 1843, l'un des représentants de l'École historique du droit, Georg Beseler utilisait cette métaphore de l'extraction : le juriste est comme le mineur de fond, son activité n'est pas productive, « pas davantage que le mineur ne produit le minerai que, des pro-

de *construction*. Ce travail de construction est désigné par le mot « concrétisation ». La norme n'est pas le point de départ de la concrétisation mais son résultat.

On peut prendre cette image : pour la théorie structurante du droit, il est tout aussi absurde de penser que la norme préexiste à ce travail du juriste (le « travailleur du droit ») que de penser que la maison serait déjà dans le plan de l'architecte. La norme n'est donc pas dans le texte mais elle est le résultat de sa concrétisation, c'est-à-dire le résultat, dans un cas donné, de l'emploi des méthodes juridiques. On voit ici le lien intime entre la conception de la norme et la méthodologie juridique : « Cette conception (de la norme) peut donc être formulée d'abord comme modèle structurel des normes juridiques, ensuite comme structuration des processus de décision et enfin comme exigences de travail adressées aux juristes »[36]. « Pour ce concept (structurant du droit), la théorie (de la norme) juridique et la méthodologie juridique sont nécessairement concrètement liées entre elles, avant même que leur fondement dans la Constitution et dans la théorie de la Constitution et que leurs effets pour la dogmatique juridique ne soient pris en considération »[37].

Il est également clair que la science et la méthodologie juridiques ne sauraient dès lors se concevoir que comme une « théorie de la production du droit » et non comme une « théorie de la justification en droit »[38].

Or cette réflexion sur la production du droit, fondée sur l'observation de la pratique, montre que la concrétisation de la norme ne se limite pas à un travail d'interprétation puis de qualification, mais que l'analyse des faits emporte avec elle des arguments décidant de la solution du cas d'espèce. Les faits ne se tiennent pas, dans le processus de décision, comme simplement ce à quoi serait, passivement, appliquée une « norme » considérée comme pur *Sollen* ; le travail sur le segment de réalité sociale concerné par la décision fournit lui aussi des arguments motivant la solution du cas. Ce propos est longuement

fondeurs de la terre, il ramène à la surface » (cité par Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 1958, p. 81). Le juriste ramène la norme à la surface. Mais celle-ci préexistait à son travail qui n'est pas, à proprement parler, productif. Comme on le voit, cette conception « *réaliste* » de la norme n'est pas propre au positivisme légaliste. Qu'elle soit donnée dans le texte de la loi, dans l'esprit populaire ou la raison, cette considération sur la *source* de la norme est secondaire par rapport à la *réification* de la norme qui sous-tend de la même façon ces diverses conceptions.

[36] *Juristische Methodik und Politisches System*, p. 94.

[37] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 225.

[38] Voir : *Juristische Methodik und Politisches System*, p. 5 ; Richterrecht — rechtstheoretisch formuliert, in *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 1986, p. 68. Voir aussi : Christensen, Strukturierende Rechtslehre, *art. cit.*, p. 2.

illustré par Friedrich Müller à travers l'analyse que le présent ouvrage propose de la jurisprudence constitutionnelle allemande[39]. On indiquera simplement ici que la Cour constitutionnelle fédérale allemande, même si ce rapport n'est pas suffisamment réfléchi dans l'espèce, reconnaît, par exemple, de manière très claire dans le célèbre jugement qu'elle a rendu dans l'affaire de la princesse Soraya que : « La norme se tient constamment dans le contexte des rapports sociaux et des conceptions politico-sociales sur lesquels elle doit agir ; le cas échéant son contenu peut et doit se modifier en même temps que ceux-ci »[40]. Sans l'introduction de ces arguments de fait, la solution d'un cas serait différente. Ils (co-)participent donc à la détermination de ce qu'exige la norme dans le cas. La théorie structurante du droit propose d'y voir aussi, à côté des éléments d'interprétation des textes, des éléments constitutifs de la norme.

« On entend par « normatif », si l'on veut donner du sens à ce mot, tout ce qui détermine le cas qui doit être tranché, tout ce qui donne à sa solution la direction »[41]. La norme doit donc être formulée pour le cas concret à partir d'un travail sur les textes, d'une part, c'est-à-dire sur les *données linguistiques* (*Sprachdaten*), et d'un travail sur les données factuelles, les *données réelles* (*Realdaten*)[42]. De ce double travail découle la *structure de la norme* en un *programme normatif* (résultat du travail d'interprétation) et un *champ normatif* (résultat du travail d'analyse du segment de la réalité concerné).

Dans ces conditions, la normativité est une qualité *dynamique* de la norme prise dans son rapport à la réalité : la norme ordonne une réalité en même temps qu'elle est, partiellement, déterminée par elle. « Par « normativité », on désigne la propriété *dynamique* d'une norme ainsi conçue tant d'ordonnancer la réalité qui lui est sous-jacente — normativité concrète — que d'être elle-même conditionnée et structurée par cette réalité — normativité factuellement conditionnée — »[43]. D'où la conception de la norme comme « modèle d'ordre factuellement conditionné » (*sachbestimmtes Ordnungsmodell*). Si la norme est ainsi *sachbestimmt*[...] *sachgeprägt*, c'est-à-dire déterminée, conditionnée, imprégnée par la réalité concrète qu'elle ordonne, elle n'est pas « absorbée dans le donné concret »[44] en tant qu'elle contient aussi, comme *modèle d'ordre*, un

[39] *Infra*, p. 50 à 91.

[40] Jugement du 14 février 1973, BVerfGE34, 269 (288).

[41] *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, p. 10.

[42] Ces données, pour être travaillées, doivent être traduites dans l'élément du langage. Elles sont donc *primairement* réelles, mais *secondairement* linguistiques. *Infra*, p. 44-45.

[43] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 17.

[44] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 172.

moment programmatique que révèle l'interprétation des textes. Mais la réalité ordonnée, participant à titre constitutif à la norme, n'est pas l'« objet »[45] du programme normatif (l'objet auquel il s'appliquerait, ce qui ne reviendrait à rien d'autre qu'à déplacer ou renommer les vieilles conceptions, à réintroduire la séparation *Sollen/Sein* au cœur de la norme[46]). Sur la base de cette théorie de la normativité, le rapport entre programme normatif et champ normatif ne s'analyse pas selon les schèmes dualistes, mais comme un ensemble *structuré*. La « structure de la norme » désigne donc « la cohésion entre les éléments conceptuels d'une norme (programme normatif-champ normatif) ; et non pas les rapports entre des points de repère reçus de la théorie juridique traditionnelle (être et devoir-être, condition légale et conséquence juridique, norme et circonstances de fait) »[47]. Cette cohésion résulte essentiellement du fait que le travail d'analyse et de mise à jour du champ normatif s'effectue, méthodiquement, à la lumière du programme normatif. S'il y a structure, c'est que les deux éléments ne cohabitent pas l'un à côté de l'autre dans la norme, mais qu'ils constituent celle-ci l'un *avec* l'autre. Ce sans quoi, on n'aurait procédé qu'à un déplacement de la séparation traditionnelle norme-réalité[48].

Cette structuration de la norme a en outre pour conséquence que l'analyse des champs normatifs est proprement une *opération juridique* : « Ce qu'il y a de fondamental dans la structure concrète normative (le champ normatif) n'est pas déterminé d'après des critères tirés des sciences sociales (en réponse à la question : qu'est-ce qui est empiriquement particulièrement important ?), mais provient d'une sélection opérée à partir du programme normatif. Sont ainsi prévenues les tentations sociologistes, l'affirmation d'une normativité du factuel ou bien encore le recours irréfréné à la nature des choses »[49]. Le recours à la « nature des choses », que l'on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, s'il dénote cette inévitable prise en compte de la réalité dans le corps de l'opération de concrétisation, demeure insuffisant dans la mesure où il rate le moment de cette nécessaire, parce que normativement exigée, *médiation* du champ normatif et du programme normatif : « *La* chose ne se laisse abstraitement mettre en évidence »[50]. Le travail juridique ne s'opère pas sur des choses

[45] *Ibid.*
[46] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 171.
[47] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 17.
[48] Sur les concepts de normativité, structure de la norme, champ normatif et programme normatif : *infra*, particulièrement p. 45 et s., p. 157 et s., p. 186 et s., p. 358 et s.
[49] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 339.
[50] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 228.

en soi, mais sur les réalités sociales telles qu'elles doivent être appréhendées à la lumière des textes de normes.

Il faut ajouter la remarque importante suivante : la norme juridique ainsi construite n'est pas une *norme individuelle*. Elle reste générale. Le champ normatif n'est pas identifié ni identifiable aux données de l'espèce. Le champ normatif étant composé des éléments d'un secteur de la réalité sociale quantitativement et qualitativement pertinents au regard du programme normatif, ou pour le dire autrement : le secteur de la réalité sociale y étant analysé dans ses structures normativement pertinentes, la norme dégagée est *itérable* pour les cas analogues. C'est pourquoi Friedrich Müller lui donne le schéma de formulation suivant : « Dans un cas comme celui-ci, vaut... ». Ce qu'il entend par la norme juridique est matérialisé très concrètement dans cette pratique courante en Allemagne, à tout le moins de la part de la Cour constitutionnelle fédérale, qui consiste à faire précéder le texte de la décision d'un chapeau contenant les *Leitsätze*, c'est-à-dire les principes directeurs de la décision. Ces *Leitsätze* reprennent les *motifs déterminants* de la décision. Ils énoncent ainsi le *texte de la norme juridique* (*Text der Rechtsnorm*), qui n'est pas le *texte de norme* (*Normtext* : le texte de la loi, de la Constitution, etc.). C'est ensuite sur la base de cette norme juridique formulée que pourra être prise la décision individuelle, la *norme-décision* (*Entscheidungsnorm*).

Nécessité, possibilités et enjeux d'une méthodologie juridique

La méthodologie envisagée ainsi s'assigne pour tâche de structurer le processus de production des normes. C'est-à-dire d'identifier, évaluer, classer et ordonner entre eux (par des règles de préférence)[51] les éléments de concrétisation en fonction des exigences normatives (principes de sécurité juridique, de clarté des méthodes, d'honnêteté des méthodes) imposées, notamment, par le principe de l'Etat de droit.

Elle contribue ainsi à la rationalisation du travail juridique. Cela étant dit, elle ne saurait atteindre qu'au degré et au type de rationalité accessible, possible à la science juridique. Il ne s'agit donc pas, encore une fois, d'importer les méthodes d'autres champs d'investigation, des sciences de la nature ou des sciences de l'esprit. Elle revendique son autonomie[52]. La méthodologie juri-

[51] Sur ce dernier point : *infra*, p. 318 et s.
[52] Voir : *infra*, p. 237 et s.

dique, matrice des méthodologies juridiques particulières et notamment de la méthodologie constitutionnelle à partir de laquelle elle est élaborée dans l'œuvre de Friedrich Müller, ne peut être comprise que comme « méthodologie relative » [53]. Relative en deux sens : parce que propre à la (aux) discipline(s) juridique(s), d'une part ; parce que, d'autre part, limitée à la mesure de la rationalité possible en droit elle se borne à exiger la *rationalité maximale* et l'*honnêteté méthodique optimale* dans le procès de concrétisation. Rationalité maximale signifie que le résultat de la concrétisation soit compréhensible dans chacun des moments constitutifs de ce processus ; honnêteté méthodique optimale signifie éviter les totalisations, les évaluations globales [54].

Cette méthodologie relative est une voie originale pour tenter de se frayer un chemin entre les « deux positions classiques trop tranchées : celle d'une restauration d'une prétention de la raison à fournir les conditions de validité d'un savoir assuré de lui-même ou celle, opposée, qui déconnecte l'agir humain de toute contrainte rationnelle » [55]. De même, pour la théorie structurante du droit : « Ce projet n'emboîte pas le pas aux recommandations consistant à évacuer de la mise en œuvre du droit les procédures méthodiques au profit, par exemple, de l'« interprétation existentielle ». Mais d'un autre côté, la méthodologie ne peut plus être conçue sous la forme d'une axiomatique. Malgré toute la relativité de leurs possibilités d'emploi, malgré le caractère limité de leur portée, les figures méthodiques demeurent indispensables en tant que moments de stabilisation, de rationalisation et de facilitation du contrôle rationnel de la mise en œuvre du droit » [56].

On peut se sentir frustré de cette relativité. C'est que la méthodologie n'a pas pour fonction de satisfaire aux besoins des certitudes objectivistes, pas davantage qu'elle ne peut s'abandonner au « piège du décisionnisme sceptique » [57] que lui tend l'anomie subjectiviste. La méthode a pour objet de maîtriser suffisamment, relativement l'écart révélé par la théorie de la norme entre le texte de norme et la norme juridique. Cette maîtrise est nécessaire dans un ordre juridique comme le nôtre : les normes, et les normes-décisions qui les individualisent, doivent pouvoir être *méthodiquement imputées à des textes de normes établis par le législateur légitime*.

[53] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 68 et s.
[54] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 71.
[55] J. Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, p. 25.
[56] *Strukturierende Rechtslehre*, p. 68.
[57] J. Lenoble, *op. cit.*, p. 26.

En ce point précis, la méthodologie touche à la théorie de la Constitution. Dans l'Etat de droit moderne, le pouvoir est pris dans un processus généralisé et formalisé de communication. Certes, comme dans toute entité politique, le pouvoir cherche à se justifier à travers le langage. Mais le pouvoir dans l'Etat de droit doit se dépersonnaliser. A cette dépersonnalisation du pouvoir correspond cette dépersonnalisation de la communication qu'institue le *texte*. L'expression et la justification du pouvoir naissent dans un procès d'écriture. L'écriture est toujours communication *différée*. En elle s'inscrit l'absence, la dépersonnalisation, de l'émetteur et du récepteur. Les textes ont cette faculté, « terrible » pour Platon, de ne pas répondre lorsqu'on les questionne : « Ce qu'il y a de terrible en effet, je pense, dans l'écriture, c'est aussi, Phèdre, qu'elle ait véritablement tant de ressemblance avec la peinture. Et de fait, les êtres qu'enfante celle-ci font figure d'êtres vivants ; mais qu'on leur pose quelque question, pleins de dignité ils se taisent ! Il en est de même aussi pour les écrits : on croirait que de la pensée anime ce qu'ils disent ; mais qu'on leur adresse la parole avec l'intention de s'éclairer sur un de leurs dires, c'est une chose unique qu'ils se contentent de signifier, la même toujours ! » [58]. L'écrit ne renvoie qu'à lui-même tout en se livrant à l'inconnu, ce qui lui donne sa fragilité constitutive : « Quand une fois pour toutes il a été écrit, chaque discours s'en va rouler de droite et de gauche, indifféremment auprès de ceux qui s'y connaissent et, pareillement, auprès de ceux dont ce n'est point l'affaire, et il ne sait pas quels sont ceux à qui justement il doit ou non s'adresser. Que d'autre part il s'élève à son sujet des voix discordantes et qu'il soit injustement dédaigné, il a toujours besoin de l'assistance de son père : à lui seul, en effet, il n'est capable, ni de se défendre, ni de s'assister lui-même » [59].

Un des aspects très pénétrants, nous semble-t-il, de la théorie structurante du droit, consiste à considérer l'Etat de droit moderne dans sa « structure textuelle » (*Textstruktur*), on voudrait presque dire dans sa *texture* [60]. Le pouvoir

[58] *Phèdre*, 275*d* (trad. Robin). On renverra, sans pouvoir dans ce cadre limité qui est le nôtre nous engager plus avant sur ce point, à l'interprétation de Jacques Derrida : La pharmacie de Platon, in *La dissémination*, Paris, Seuil, Coll. Points-Essais, 1972, p. 79 et s.
[59] Platon, *Phèdre*, 275*d-e*. Sur cette « absence du père » comme « spécificité de l'écriture », Derrida, *op. cit.*, p. 95. On pourrait voir dans l'institution révolutionnaire du référé législatif ce besoin de la présence du père du texte. Lorsque l'« interprétation » de la loi est abandonnée aux juges, la séparation est consommée, l'absence assumée et les textes livrés dans leur fragilité constitutive au *dissensus* qui non seulement peut naître entre « ceux qui s'y connaissent » mais aussi mettre en jeu « ceux dont ce n'est point l'affaire » (ou ceux dont c'est l'affaire mais qui ne s'y connaissent pas).
[60] Voir : *infra*, p. 184 et s., et, particulièrement, p. 372 et s. Cette question est plus particulièrement thématisée dans : *Recht — Sprache — Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.

s'exerce et se justifie, dans l'Etat de droit, dans la circulation des textes. Ceux qui bien sûr émanent de (dont le « père » est) l'Etat. Ceux-ci sont de deux types : textes d'injonction (*anordnende Texte*) et textes de justification (*rechtfertigende Texte*). Mais aussi ceux qui n'émanent pas de l'Etat mais qui se rapportent au processus de (dé-)justification du pouvoir (et l'on pense ici à l'insistance du libéralisme classique sur la liberté de la presse, au travail dogmatique de commentaire).

Ce continuum de textes assoit et légitime le pouvoir dans l'Etat de droit. Le droit d'un Etat de droit travaille le moins possible avec le pouvoir nu, à l'état brut, le « pouvoir/violence actuel(le) » (*aktuelle Gewalt*), et le plus possible avec le « pouvoir constitutionnel » (*konstitutionelle Gewalt*) c'est-à-dire le pouvoir mis en forme, médiatisé et contrôlable dans l'élément langagier[61], et plus précisément mis en textes, textualisé. Ce qui ne signifie pas, bien sûr, une disparition du pouvoir[62], mais sa formalisation. La méthodologie juridique est une méthode de « travail avec des textes »[63], c'est-à-dire non seulement un travail *sur* des textes (textes de normes) mais aussi un travail *de* textes (traductions textuelles des données réelles, textes de justification, textes des normes juridiques, textes des normes-décisions, textes dogmatiques). La méthodologie consiste donc ici, pourrait-on dire non sans rappeler une formule célèbre de Dworkin, à « prendre les textes au sérieux ».

Il était donc naturel que la méthodologie structurante rencontre la recherche linguistique[64]. On indiquera ici simplement que cette rencontre s'est faite avec le mouvement linguistique ayant le plus profondément assumé le « tournant pragmatique » engagé par la philosophie du « second Wittgenstein », la *sémantique pratique*. Friedrich Müller a insisté sur les parallèles entre la théorie structurante du droit et la sémantique pratique : « Sans s'être engagée dans une relation d'échanges avec l'évolution accomplie au sein de la science linguistique, la théorie structurante du droit dévoile de remarquables analogies avec le tournant pragmatique entre temps effectué dans la linguistique, des analogies qui existent encore plus fortement, et surtout plus concrètement avec la sémantique pratique. Toutes deux renoncent à généraliser des concepts abstraits en vue de déduire ensuite à partir de tels concepts. Toutes deux s'appuient sur les expériences que, dans leurs domaines respectifs, leur fournit le travail effectif. L'une place au centre de ses recherches la théorie de l'activité langagière et privilégie le locuteur, et même tous les locuteurs, en tant que sujets de l'activité langagière, elle privilégie le caractère d'activité et le contexte d'activité de la langue. L'autre, du côté de la théorie juridique, part de l'« application » du droit prise comme un processus effectif dont le sujet est le juriste décideur, le travailleur du droit responsable ; et elle considère la concrétisation du droit dans le continuum de structures et de fonctions sociales, politiques et économiques conformées au sommet par le droit constitutionnel »[65]. La théorie structurante du droit s'efforce donc d'accomplir un *tournant pragmatique* parallèle à celui qui s'est mis en œuvre dans la science du langage : en abandonnant la conception « platonicienne » de la règle[66], toutes deux rompent radicalement avec les présupposés de leurs positivismes respectifs, celui qui voit dans la langue un système naturel normatif donné à l'avance, celui qui considère la norme juridique comme une grandeur préexistante au travail de concrétisation.

On comprendra que l'enjeu de cette théorie structurante du droit et de sa méthodologie s'inscrit précisément dans ce défi consistant à se défaire du positivisme objectiviste qui laisserait croire que dans l'application de la règle de droit, cette règle *s'*applique, sans tomber dans l'irrationalisme du subjectivisme qui, nous semble-t-il, n'est pas capable de supporter les exigences de l'Etat de droit. Elle n'est pas la seule à se confronter à ce défi. Mais si ce défi est marquant pour le débat juridique contemporain, alors la théorie structurante du droit doit trouver toute sa place dans ce débat.

On voudrait terminer par quelques indications pratiques et quelques remerciements.

[61] Voir : *infra*, p. 184 et s. Voir aussi : *Recht — Sprache — Gewalt*, p. 21 et s., p. 28 et s. ; *Juristische Methodik und Politisches System*, p. 80 et s. ; Notiz zur Strukturierende Rechtslehre, *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, p. 125.

[62] Voir : *infra*, p. 376 et s. Le mot *Gewalt* occupe à la fois le registre du *pouvoir* et de la *violence*. La traduction a retenu l'une ou l'autre de ces acceptions selon les cas. Le traducteur doit bien avouer qu'il a fait appel au « père » du texte, à l'auteur, pour opérer ces choix.

[63] Voir : *infra*, p. 42 et s. Ce travail avec des textes est plus large qu'un simple travail d'interprétation.

[64] Cette rencontre s'est matérialisée dans l'ouvrage collectif publié sous la direction de Friedrich Müller : *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

[65] *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, p. 222.

[66] Pour le dire brièvement, le paradoxe de Wittgenstein s'articule ainsi : puis-je *suivre* une règle alors même que je dois *au préalable* l'interpréter ? Sur ce point on renverra aux travaux, en anglais, de S.A. Kripke (*Wittgenstein on rules and private language. An elementary exposition*, Oxford, Blackwell, 1982) et de G.P. Baker et P.M.S. Hacker (*Scepticism, rules and language*, Oxford, Blackwell, 1984). En français, voir surtout : J. Bouveresse, Le « paradoxe de Wittgenstein » ou comment peut-on suivre une règle ?, in *Sud*, numéro hors série *Ludwig Wittgenstein*, 1986, p. 11 et s. ; du même, *La force de la règle*, Paris, Minuit, 1987. Voir aussi : J.-M. Ferry, *Philosophie de la communication 1. De l'antinomie de la vérité à la fondation ultime de la raison*, Paris, Cerf, 1994, p. 13 et s. Pour la théorie du droit : J. Lenoble, *Dire la norme. Droit, politique et énonciation*, Bruxelles, Paris, Story-scientia, LGDJ, 1990, p. 54 et s.

Nous avons suffisamment présenté ci-dessus les principales traductions que nous avons adoptées s'agissant des expressions appartenant au glossaire propre de la théorie structurante du droit (texte de norme, champ normatif, travail avec des textes etc.). Il convient d'ajouter l'indication suivante. L'utilisation dans le texte de l'expression « méthodologie juridique » qui traduit « juristische Methodik » renvoie exclusivement à la méthodologie juridique développée dans le cadre de la théorie structurante du droit et non à la méthodologie juridique en général. Pour désigner celle-ci, nous avons utilisé les expressions « doctrine des méthodes » ou « théorie des méthodes », ce qui d'ailleurs rappelle assez l'allemand *Methodenlehre* par lequel ces « méthodologies » ont pris l'habitude de se qualifier.

Les références bibliographiques faites par l'auteur en note infrapaginale mentionnent le nom de l'auteur suivi, éventuellement, d'un chiffre et renvoient au classement de la bibliographie générale. Les références du traducteur sont en revanche complètes dans le texte même et n'ont pas été rajoutées à la bibliographie établie par l'auteur.

Il n'est pas fait usage, dans le texte ni dans la bibliographie, d'abréviations si ce n'est pour les recueils de jurisprudence :

BGHSt : Recueil des décisions de la Cour fédérale de justice en matière pénale
BGHZ : Recueil des décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile
BVerfGE : Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale
BVerwGE : Recueil des décisions de la Cour administrative fédérale
VGHE : Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle bavaroise ;

et les deux revues suivantes :

DÖV : Die öffentliche Verwaltung
NJW : Neue Juristische Wochenschrift.

Les chiffres qui suivent l'abréviation renvoient dans l'ordre au tome du recueil, à la première page de la décision et, entre parenthèses, à la page où se trouve le passage cité ou concerné.

Il nous a semblé nécessaire à la lecture du texte par un public français d'insérer d'assez nombreuses notes du traducteur. On a ainsi voulu surmonter la distance entre les cultures juridiques française et allemande. Nous avons cité les textes de la Loi fondamentale concernés, résumé les éléments des décisions

qui nous semblaient nécessaires à la compréhension du texte et, plus rarement, resitué brièvement tel auteur ou tel courant dans le contexte de l'évolution des doctrines allemandes.

Quant à nos remerciements, ils s'adressent d'abord au professeur Stéphane Rials qui a bien voulu soutenir ce projet et lui donner corps en l'accueillant dans cette collection. Gertrud Schäffer-Jouanjan nous a aidé à surmonter bien des difficultés de traduction en même temps qu'elle a accompagné ce travail de son infinie patience. Enfin, Friedrich Müller a bien voulu, inlassablement, répondre à toutes nos questions et revoir plusieurs passages de cette traduction. Cette rencontre personnelle n'a pas été pour nous moins enrichissante que la rencontre de l'œuvre.

Olivier Jouanjan
Professeur à l'Université Robert Schuman
Strasbourg III.

PRÉFACE
A L'ÉDITION FRANÇAISE

Le travail présenté ici s'inscrit dans un concept d'ensemble plus large : celui de la « Théorie structurante du droit ». Cette dernière comprend une dogmatique et une méthodologie juridique, une théorie du droit ainsi qu'une théorie de la Constitution, autant de domaines, entre eux égaux en droit et renvoyant, sous de multiples aspects, les uns aux autres. Cela ne signifie pas que le présent ouvrage ne serait pas lisible, pris comme tel, isolément. Non, il est parfaitement lisible, pris en lui-même : toutefois, il ne se borne pas à développer ses arguments sur la bases d'observations « purement » méthodologiques ; il va aussi les rechercher dans les autres champs d'investigation énumérés.

Ce qui vient d'être dit signifie en outre que le discours élaboré ici n'entend pas se fonder au premier chef à partir de tel ou tel courant philosophique, classique ou actuel, d'une façon qui resterait générale ; il cherche à s'établir au contraire de manière particulière au regard des problèmes et des considérations que fournissent la théorie de la norme, la théorie de la Constitution et la dogmatique juridique. Or, dans tous ces domaines où elle œuvre, la science du droit est suffisamment riche d'impulsions pratiques comme d'un potentiel de réflexion pour se mouvoir au niveau d'une théorie moderne tout en procédant de façon inductive et immanente, par approfondissement de sa propre réflexion plutôt qu'en détournant sa route pour les terres des disciplines non-juridiques.

La théorie structurante du droit ne saurait donc être jugée dans son ensemble sur la seule base du présent ouvrage. Mais ce livre, pris comme tel, s'offre sans autres réserves à la discussion méthodologique.

Une voie nouvelle est désormais ouverte à celle-ci. Au cours de la finition de la version française de ce livre s'est établie entre le traducteur et l'auteur une collaboration certes sélective, mais intense. De cet effort commun, je retire

l'impression encourageante qu'Olivier Jouanjan n'a pas seulement traduit de manière fiable, mais qu'il a aussi fait preuve de trois autres qualités, indispensables eu égard à la tâche complexe qu'il avait acceptée : la sensibilité pour les nuances de certains néologismes ; l'inventivité dans les cas où était atteinte la limite de la capacité d'entente entre les deux langues ; et enfin, tout particulièrement, la connaissance systématique, et jusque dans ses subtilités, du discours juridique allemand pratique et scientifique.

Sa prestation — comme toute prestation exemplaire d'un traducteur — ouvre la voie à la discussion des problèmes concrets : discussion sur la réflexion des modalités du travail juridique et donc — au fond — sur la « cause » de l'Etat de droit et de la démocratie, qui sont aussi, en retour, la cause même de cette nécessaire discussion.

Friedrich Müller
Heidelberg, juin 1994.

PRÉFACE
A LA CINQUIÈME ÉDITION ALLEMANDE

I

Cette cinquième édition, revue et complétée, met à jour (début 1993) le texte de l'édition précédente tant en ce qui concerne l'état de la jurisprudence que celui de la discussion scientifique. Cette fois encore, il ne s'est pas agi de procéder à un compte-rendu de la littérature dans son ensemble, mais, de façon plus limitée, à une sélection et une confrontation dans la stricte mesure des questions et des propositions qui sont ici abordées.

La conception générale de la méthodologie présentée ici n'a pas été vraiment mise en question au cours de la discussion animée qui lui a été consacrée [1]. Cela tient peut-être pour partie à ce que les plus récentes doctrines des méthodes proviennent encore principalement du champ du droit civil et qu'elles ne comptent pas la méthodologie structurante comme faisant partie de leur ressort. La thèse défendue ici, celle d'une pluralité de méthodologies des grands domaines dogmatiques du droit, pourrait être confirmée par cette évolution. Abstraction faite de ce que certains points importants devaient être clarifiés ou rectifiés à la lumière de la confrontation avec la littérature, l'occasion n'était donc pas donnée de procéder à une recension complète de la vaste discussion méthodologique qui se déroule dans l'espace germanophone. Cela

[1] *Kriele* fait exception. Ses attaques trouvent leur source dans une étrange incompréhension : la méthodologie structurante serait un « jeu de calcul », une « technique du calcul algorithmique au moyen de règles méthodiques » (p. 317) ; par ailleurs, la jurisprudence y serait prétendument ignorée (p. 324), alors même que la théorie du droit et la méthodologie structurantes sont tirées de l'analyse de cette jurisprudence et que leur mise à jour l'accompagne constamment. S'expliquer avec ces attaques, cela passerait d'abord par la demande d'une lecture suffisamment précise du texte. — Sur les traces de *Kriele*, voir la manière polémique de *Haverkate* II, not. p. 139 et s.

aurait modifié le caractère monographique, orienté vers la recherche, de cet écrit pour lui donner l'aspect d'un compte-rendu général de la littérature ; une telle modification eût cependant peu aidé à avancer sur le chemin d'une théorie de la pratique.

D'un autre côté, il était devenu entre temps nécessaire d'apporter au texte des précédentes éditions de nombreux ajouts et précisions au regard, précisément, d'une telle avancée de la théorie (de la norme) juridique, de la théorie de la dogmatique comme de la théorie de la Constitution. C'est ainsi que des questions fondamentales comme celles de la *normativité* et de la *validité* du droit sont examinées sous un angle nouveau et que certains phénomènes comme ceux des *clauses générales* ou du *droit jurisprudentiel* (qui n'est pas du droit coutumier) sont interprétés autrement que ne l'entend la tradition. La notion de *concrétisation* est tirée du vague dans lequel la maintenait l'usage conceptuel habituel et appréhendée comme *construction* de la norme juridique. Les questions linguistiques fondamentales et liminaires de la méthodologie juridique sont désormais beaucoup plus intensément discutées, malgré la brièveté ici indispensable, ce qui ne semble pas superflu, eu égard à la *nonchalance* * avec laquelle les positions de la linguistique sont souvent expédiées par la théorie juridique de l'argumentation. C'est ainsi que, entre autres, les nouvelles perspectives acquises par la *science du langage* relativement aux problèmes de la valeur des signes, de la signification, du jeu de langage et de la pratique sémantique sont introduites dans le cadre des conflits de mots et de concepts omniprésents dans le droit. L'épineuse et litigieuse question de la *limite textuelle* de l'interprétation licite trouve désormais une réponse. La figure méthodologique de l'« unité de la Constitution » est étudiée de façon nouvelle et sa valeur pratique est estimée, sur la base d'une analyse de la jurisprudence, de manière divergente par rapport à l'opinion dominante. Les concepts fondamentaux qui soutiennent la méthodologie structurante, tels ceux de *texte de norme*, *champ factuel*, *champ d'espèce*, *champ normatif*, *norme juridique* et *norme-décision*, ces concepts sont désormais plus élaborés, clairement délimités et re-situés dans le cours du travail pratique. On a également rendu perceptible par un modèle graphique ce processus complexe, quotidien pour les juristes, de la concrétisation des normes (*infra*, p. 228).

* En français dans le texte *(N.d.T.)*.

II

Il a été également peu objecté dans le détail à la conception ici développée. Plus souvent que l'*objection*, qui a besoin d'entrer dans les problèmes et d'apporter ses arguments propres, et si possible meilleurs, plus souvent que l'objection, qui est effectivement exigeante, on trouve le rejet. Le rejet, lui, demeure global, n'aborde par les objets propres d'une méthodologie ni ses questions singulières et, au lieu de cela, il prononce sa sentence (sa condamnation) depuis les hauteurs inaccessibles où vivent des savoirs extra-méthodologiques, ou même extra-juridiques : en vérité, depuis les collines où sont perchés les postes de commandement « du » falsificationnisme (outrancièrement dogmatisé), de « la » théorie des systèmes, de l'éthique du discours ou bien encore de « la » philosophie morale.

Mais, ce faisant, il ne s'agit pas là d'interdisciplinarité. La nécessité de l'interdisciplinarité, la conception défendue ici la justifie depuis toujours ; ses possibilités et difficultés pratiques ont constamment donné matière, par-delà le présent « Discours de la méthode juridique », aux réflexions et propositions formulées dans les différentes parties de la théorie structurante du droit (dogmatique, méthodologie, théorie du droit et de la Constitution). Le présent ouvrage est consacré aux questions que je compte parmi les tâches d'une méthodologie du droit (voir Introduction, Chapitre I) en même temps qu'il poursuit ce but *pratique* : préparer le terrain à tous les juristes qui sont prêts à prendre au sérieux, dans leur activité professionnelle, les normes et les postulats de la démocratie et de l'Etat de droit. Le traitement des problèmes scientifiques qui conduisent au-delà de cet objectif revient, au sens d'une division du travail [2], à des études qui dépassent le cadre de la méthodologie juridique [3]. Ces écrits abordent des thèmes fondamentaux liés au rapport de la science du droit à l'ensemble des disciplines scientifiques comme aussi certaines questions particulières importantes (droit et/comme langage, limites du droit dans le système politique, fonctionnalisation de l'Etat de droit, conditions de réalisation de la méthodologie juridique etc.), autant de questions discutées depuis longtemps de manière beaucoup plus minutieuse que ne semblent l'avoir admis les auteurs des « discours » de rejet. De ces verdicts empressés, on doit non seulement se demander pourquoi ils procèdent sans se rapporter spécifiquement

[2] Celle-ci est expliquée par exemple dans Müller XIX, p. 431 et s., dans le détail p. 225 et s., p. 274 et s., p. 314 et s. ; sur la dogmatique : *ibid.*, p. 381 et s.

[3] Par ex. : Müller III, X, XII, XIV, XVI, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI ; et Christensen I, IV, VI, VII ; Jeand'Heur II, III, IV ; *Busse* I, II, III ; Wimmer/Christensen.

à la matière concrète en question, sur un mode déductif et colonisateur, mais aussi pourquoi ils demeurent de façon aussi accusée en-deçà du degré de complexité des choses.

III

Les débats méthodologiques me semblent conforter la thèse soutenue dans les éditions précédentes et selon laquelle il n'est possible de faire progresser la méthodologie juridique qu'au moyen de méthodologies particulières mieux élaborées dans les différents grands domaines du droit. C'est pourquoi, précisément, les conditions normatives, fonctionnelles, scientifiques et politiques *communes* au domaines particuliers doivent être affinées tant sous l'aspect de la méthodologie que sous celui de la théorie du droit et de la Constitution. Seule une doctrine prétendument uniforme des méthodes pourrait être tentée de faire abstraction des rapports qu'entretiennent la forme et la fonction du travail juridique avec la réalité sociale ; une telle vision des choses conduit soit à l'accumulation des comparaisons entre les méthodes, soit à un jeu de l'esprit purement formaliste.

La théorie de la norme et la méthodologie soutenues ici, en revanche, prennent leur point de départ dans les difficultés et les expériences exemplaires d'un domaine particulier du droit, le droit constitutionnel, et impliquent en même temps leurs présupposés politiques. Le fait que ces derniers ne soient pas ici explicités dans leur détail n'est que la conséquence de la division du travail scientifique entre la méthodologie et la théorie de la Constitution. J'ai commencé, dans quelques écrits, à la suite de *Recht — Sprache — Gewalt* (1975) (Droit — Langue — Pouvoir) et jusqu'à *Richterrecht* (1986) (*Le droit jurisprudentiel*), à intégrer les observations faites ici et là en une perspective scientifique globale [4].

La conception de la norme et des méthodes ainsi développée a pour trait fondamental de s'efforcer à atteindre la *rationalité* à laquelle il est possible de prétendre dans le travail juridique, dans la pratique et la science, et, en tout cas, à circonscrire l'impossible. Les facteurs irrationnels inévitables que l'on rencontre dans la décision (*Entscheidung*) juridique ne doivent ni être refoulés,

[4] Pour une conception théorique d'ensemble qui, outre la *méthodologie*, incorpore la *dogmatique*, la *théorie (de la norme) juridique* et la *théorie constitutionnelle* : Müller XIX, passim et not. p. 431 et s. Voir aussi, dans la littérature adoptant cette position, la mise au point très dense de Christensen III, et les réf. citées.

ni être délaissés à une « résolution purement subjective » (*Dezision*) prise en silence. Ils doivent être mis ouvertement sur la table et, ainsi, rendus accessibles au contrôle et à la critique d'autrui. Le juriste qui se soumet à une telle exigence d'*honnêteté des méthodes* se rend bien sûr la tâche plus ardue. La résolution correcte d'un cas, à la manière artisanale, coûte plus de temps et plus de force que l'évaluation ou la mise en balance des intérêts, toujours empressées et prêtes à l'emploi. Et en travaillant scrupuleusement ce que le droit en vigueur offre en vue de la détermination de la norme juridique et de la norme-décision concrètes, le juriste se fait, en règle générale, moins d'amis que lorsqu'il expédie l'affaire de façon purement routinière ou qu'il s'en remet, pragmatique voire opportuniste, à la sûreté de son « jugement individuel instinctif » (*Judiz*) : dans les deux cas, son attitude n'est pas peu guidée par les attentes subjectives de ses partenaires de même rang ou par celles des instances supérieures. Le comportement du juriste dans son travail qui voudrait assimiler à son activité quotidienne l'exigence de l'Etat de droit ne relève pas seulement de la question de l'état de développement de la méthodologie scientifique : c'est aussi une question d'*ethos* privé et politique. A défaut d'un tel *ethos*, on « *bricole* » le résultat du droit positif tel qu'il doit être correctement dégagé, jusqu'à ce qu'on puisse justifier rhétoriquement un résultat prétendument jugé satisfaisant (satisfaisant, précisément, pour celui qui décide), un résultat « praticable » ou bien encore « raisonnable », « opportun ». Ce faisant, c'est la tâche principale qu'assigne l'ordre juridique que l'on trahit. Eu égard à la réalité des *conflits*, à la contrariété des *intérêts* et à la diversité des *buts* et des *évaluations* qui en découle, cette tâche consiste à chaque fois *à régler avec force obligatoire*, partiellement et pour un temps donné, certaines questions. C'est ainsi que l'ordre juridique rationalise, stabilise et pacifie la situation sociale globale. Pas seulement la paix extérieure, mais aussi et surtout la *paix intérieure* a besoin de structures solides et durables ; or les plus importantes, peut-être, de ces structures sont fournies par un ordre juridique développé. Sa modification doit intervenir conformément aux voies tracées par les normes et dans le cadre des fonctions assignées par les normes. La situation est alarmante dès lors qu'on constate que même certaines forces conservatrices de la science, de l'administration et de la jurisprudence (constitutionnelle), qui se prévalent, à bon droit, de l'autorité et de l'obligatoriété de l'ordre juridique, en viennent, dans leur propre travail et aux moments décisifs, à penser surtout « à partir du résultat recherché ». Cela veut dire : remplacer par la « résolution purement subjective » (*Dezision*) (jus)-politique la démarche exhaustive, argumentée étape après étape, la démarche qui indique quelles sont les questions non-résolues et quels

sont les facteurs irrationnels, qui exprime ouvertement ses propres objectifs et préférences et qui prend, au plan normatif, la mesure des différentes données de la décision. Les résolutions purement subjectives, en revanche, désavouent, par le mauvais exemple, l'autorité de l'ordre juridique plus durablement que ce dont sont capables ces positions politiques et tendances sociales au combat contre lesquelles elles entendent souvent apporter leur aide.

Le juriste qui accepte la méthodologie post-positiviste proposée ici intègre à son travail les implications historiques et sociales des textes de normes et des cas concrets auxquels il a affaire selon des règles méthodiques contrôlables et les expose dans la motivation, tout comme les éléments de concrétisation primairement linguistiques, en fonction du rôle effectif qu'elles jouent dans le processus de concrétisation. Il met aussi toujours en évidence les *conséquences* probables de ses décisions et des décisions comparables. Ce faisant, il ne tourne pas le droit en vigueur. Si ces conséquences lui paraissent insatisfaisantes, impraticables, déraisonnables, il met cette appréciation — mais de façon encore une fois plus minutieuse — sur la table de la discussion scientifique, des débats de politique juridique et apporte cette pièce dans le processus politique général de formation de l'opinion et de la volonté du peuple, plutôt que de jouer, libre de toute contrainte, au législateur apocryphe au moyen de « résolutions purement subjectives » contournant les exigences du droit.

Si, d'une façon générale ou même seulement prépondérante, les juristes *pratiquaient* une méthode de travail qui soit vraiment honnête, il y aurait alors une chance que la forme de l'Etat de droit rejoigne effectivement la politique démocratique.

IV

Les domaines particuliers de travail de la théorie structurante du droit, et donc aussi la présente méthodologie juridique, ne prennent pas leur départ dans des théories toutes faites, desquelles il suffirait de déduire, à partir desquelles on pourrait produire des énoncés *sur* le droit. Au contraire : le modèle théorique est ici élaboré à partir de l'examen de la *pratique juridique réelle*, relié ensuite aux exigences de l'Etat de droit et aux standards de la Loi fondamentale et, enfin, abstrait et systématisé conformément à ces exigences. Cette approche inductive, qui travaille « du bas vers le haut », n'a pas été mise en œuvre pour seulement soutenir le concept de concrétisation ; elle imprégnait dès le départ le modèle de la norme qui en constitue le fondement. Enfin, et ce n'est pas

le moindre des aspects, elle a conduit à prendre congé de la conception traditionnelle de la méthodologie, conçue comme art de la justification, pour déboucher sur une conception post-positiviste de la *réflexion sur la production du droit* à la fois réaliste et respectueuse des principes de la démocratie et de l'Etat de droit.

Le travail juridique tel qu'il se déroule au sein de l'ensemble des fonctions du pouvoir de l'Etat montre que des éléments de la réalité sont manifestement et inévitablement utilisés et efficients à titre d'éléments constitutifs de la norme. La profession de foi positiviste en une séparation catégoriale de l'être et du devoir-être demeurait désarmée en face de cette réalité des processus. Il est apparu qu'on ne pouvait s'obstiner à répéter qu'on ne *peut* d'un être déduire un devoir-être. Il suffit de considérer les acteurs, les groupes qui établissent, dans l'exercice des fonctions législatives, des textes de normes : d'un certain « être » pris dans la constitution dans laquelle ils le trouvent, et de la constitution d'être dans laquelle, selon leur point de vue, il devrait se trouver, ces groupes dérivent un « devoir-être ». La proposition : l'être et le devoir-être ne peuvent être déduits l'un de l'autre, est une thèse philosophique que l'on peut bien adopter, ou bien aussi rejeter. La façon dont fonctionne le monde juridique effectivement est en revanche une pratique ; et c'est cette pratique réelle qu'il faut appréhender.

V

Par-delà la nécessaire dispute sur les questions de détail, sur celles, par exemple, de l'analyse des champs normatifs ou de la limite textuelle, de la soumission au droit ou du droit jurisprudentiel, il faudrait ne jamais perdre de vue que l'approche entreprise ici se fonde depuis l'origine dans une certaine *éthique* scientifique et pratique : à travers le combat en faveur de l'Etat de droit social et démocratique. Ce combat, on n'est pas *forcé* de le mener : il manque ici aussi une norme supra-mondaine à cet effet. Il y a cependant de très bonnes raisons à le mener, et pour les juristes placés sous l'empire de la Loi fondamentale, il existe à cet égard une obligation imposée par le droit positif. Les destructions — dont il n'est pas rare qu'elles soient convaincantes au plan « purement » scientifique — des certitudes naïvement reçues (des certitudes positivistes mais aussi anti-positivistes) trouvent leur limite dans cette obligation. La présente méthodologie s'efforce de ne pas oublier cette limite. Ses propositions — par exemple s'agissant de la limite tracée par le programme

normatif à la concrétisation licite (et non pas méthodiquement possible) — sont déjà les résultats d'une réduction. Sont ainsi réduits de façon réaliste, les postulats (de l'Etat de droit) traditionnellement conçus comme « intangibles » et, avec eux, les illusions de politique juridique qu'ils colportent comme les théories du langage et les concepts méthodiques peu élaborés qui leur servent de fondement (tels que la « représentation » du signifié par le signe, le « syllogisme », la « subsomption », l'« application de la norme »). Le résultat montre — une fois supposée une loyauté non-équivoque envers les exigences de la Constitution — ce que l'on peut à la rigueur atteindre : un travail honnête, accompli et présenté de manière compréhensible à l'aide de standards méthodiques susceptibles de généralisation, discutables et, par voie de conséquence, acceptables, et exécuté à partir de textes de normes législatifs auxquels les résultats doivent aussi pouvoir être imputés.

Le chemin et le but des présentes propositions demeurent en ce sens invariablement de prendre au mot l'*Etat de droit* afin que la *démocratie* ne reste pas un vain mot.

Mars 1993
F.M.

INTRODUCTION

Tâche d'une méthodologie juridique

La méthodologie juridique n'est pas une logique juridique formelle. Elle n'est pas davantage un guide technique de résolution des cas d'espèce. Elle est enfin autre chose qu'une théorie scolaire de la méthode au sens d'un exposé des positions méthodologiques au sein de la science du droit.

Une méthodologie a pour *tâche* d'expliciter la structure de concrétisation de la norme dans le cas particulier, structure commune, dans son principe, aux différentes fonctions de réalisation du droit (législation, gouvernement, administration, juridiction, science) : elle porte sur le travail pratique des titulaires de ces fonctions, elle le déchiffre conceptuellement, fait ressortir la spécificité, le rendement et les limites des éléments de concrétisation, et détermine leurs interrelations et leur assujettissement à certains impératifs du droit en vigueur. Elle complète ainsi l'analyse structurelle du processus de concrétisation d'un modèle structurel de concrétisation.

Thème d'une méthodologie juridique

La méthodologie juridique ne remplace ni la dogmatique ni la théorie du droit ; elle n'est pas une rhétorique. En se concentrant sur le degré optimal de rationalité et de contrôlabilité de la réalisation du droit orientée d'après des textes de normes, *elle se concentre sur son thème*. Ce faisant, on ne néglige pas le fait qu'il existe aussi d'autres modalités de contrôle (politiques, sociales, publiques, non-publiques, informelles) ; on ne méconnaît pas davantage

combien l'aspiration à un droit juste, à une transparence dans la réalisation du droit qui soit conforme à l'Etat de droit et à la démocratie, est limitée dans les conditions qui forment notre horizon actuel et futur. Parmi ces limites, il faut également compter le penchant bien connu pour la rhétorique et son efficacité [1]. Cela ne libère pas de la tâche consistant à élaborer aussi clairement que possible une méthodologie juridique destinée à la pratique scientifique comme à la pratique décisionnelle et qui laisse derrière elle les fondements du positivisme légaliste.

Méthodologie et méthodologies

La méthodologie juridique est une logique concrète. Il peut bien sûr exister une théorie de la norme commune aux différentes disciplines juridiques particulières — et ce travail est construit sur la base d'une telle théorie — mais, à côté, il ne peut exister *que des méthodologies particulières* des droits civil, pénal et public, de l'histoire du droit et du droit comparé, pour autant qu'on ne veuille pas sacrifier la rigueur inhérente à la familiarité avec une matière à la prétention d'une compétence technique universelle. C'est pourquoi la méthodologie juridique sera ici élaborée à partir de l'exemple du droit constitutionnel. Cependant, les questions fondamentales et les problèmes particuliers qui seront traités s'adressent à tous les domaines où s'accomplit un travail pratique sur le droit. Le discours des « méthodologies particulières » ne signifie pas en vérité que la méthodologie de chacun des grands domaines du travail juridique devrait à chaque fois tout reprendre à zéro. Le *modèle-cadre d'une méthodologie structurante* qui est ici développé cherche à appréhender, *pour tous les domaines normatifs et dogmatiques du droit*, le processus de concrétisation des normes et, de la sorte, le travail juridique lié par des textes de normes. On fournit donc, pour ainsi dire, l'*équipement élémentaire nécessaire aux diverses modalités du travail juridique*. Au-delà de cette base commune, s'exprime, comme l'on sait, la *diversité des points de vue spécifiques d'interprétation*

[1] On sait que les textes des décisions juridiques offrent, afin de paraître plausibles, à côté des *arguments*, des figures de style *rhétoriques*. C'est une chose de le constater ; c'est autre chose de transformer ce fait, en sous-main, en une quasi-norme. La position de *Sobota* jette de la poudre aux yeux. Selon elle c'est uniquement « l'aspect artiste du langage de la jurisprudence qui détermine(ra) la vie du droit » (*ibid.*, p. 237). Le fait — par ex. — que la décision *Soraya* de la Cour constitutionnelle fédérale, dans ses moments décisifs quant au « fond », atteigne en même temps les sommets de la rhétorique, n'immunise pas cet arrêt contre la critique *argumentée* dans le cadre juridico-politique de l'Etat de droit démocratique. L'indéniable *effet de la rhétorique du plus fort (au plan institutionnel)* est une variante qui n'est pas précisément enthousiasmante du « droit du plus fort ».

propres aux disciplines juridiques particulières, une diversité nourrie par l'état de la codification, la problématique concrète, la singularité des champs normatifs, l'histoire de la science et de la pratique. Ces *éléments additionnels de concrétisation* sont ici élaborés, par une restriction délibérée, pour le droit constitutionnel (*cf. infra* p. 59 et s., p. 61 et s., p. 120 et s., p. 277 et s.) et peuvent être, de manière analogue, discutés et systématisés pour les autres champs du travail juridique (sur le principe de ce tout formé de nombreuses couches superposées, voir aussi *infra* p. 370 et s.). En tant que schéma-cadre au service d'une rationalité qui doit façonner la réalité en même temps qu'elle est liée par les principes de l'Etat de droit et de la démocratie, la méthodologie structurante est aussi capable d'apporter coopération, correction et complément à d'autres sciences (linguistique, sciences sociales) ; tout comme, en retour, elle a aussi besoin de ces sciences.

Fonctions d'une méthodologie juridique

La méthodologie juridique conceptualise les modalités du travail quotidien des juristes. Elle est *une technique de décision et d'imputation* qui tient compte de l'exigence (justificatrice) de « soumission » à des normes juridiques générales. Elle concerne *la formation de normes-décisions* pour le cas juridique particulier, et leur *rattachement à* des normes de droit ainsi que le rattachement de ces dernières aux textes de normes en vigueur dans le droit positif ou le droit coutumier. Elle prend enfin la *mesure* des prescriptions non-écrites à l'aune des prescriptions écrites et, en général, des prescriptions de rang inférieur au regard des prescriptions de rang supérieur. Le champ d'investigation ainsi décrit est constamment confronté à la question de savoir comment *maîtriser* méthodiquement la divergence entre le texte de norme et la norme-décision ; autrement dit : à *la possibilité de légitimer*, en se fondant sur une « méthode » régulière, le rejet de la responsabilité politique à raison de décisions pratiques sur des instances à chaque fois plus abstraites d'élaboration de textes de normes. Pour récapituler, on décrira ces processus de travail comme la « *concrétisation* » de textes de normes. Ce mot ne renvoie en aucune façon à un propos « ontologisant », en ce sens que le texte de norme « contiendrait » des principes actifs qui pourraient, pour ainsi dire, être « administrés » aux cas particuliers (à ce sujet, cf. aussi p. 176 et s., p. 220 et s.). Comme on aura ici à l'exposer de manière nuancée, ces textes de normes remplissent bien davantage les fonctions de « signaux » et de « limites » au sein des *processus de décou-*

verte du droit (Rechtsfindung) et de justification, c'est-à-dire au sein des *processus de décision et d'exposition* juridiques qui possèdent généralement un contenu social, mais, scientifiquement et professionnellement, une forme spécifique (sur la fonction de la méthodologie juridique, voir p. 340 et s. et p. 368 et s., et, de façon plus détaillée, *Müller* X et XII).

CHAPITRE I
Position du problème

PRÉALABLES

Les questions de méthode sont des questions concrètes. Ce sont des considérations structurelles imposées par la pratique, sur la base d'une théorie qui satisfasse à cette pratique, considérations relatives au traitement scientifique des problèmes et à une rationalité transparente, qui permette le contrôle et la discussion. Les méthodologies juridiques ne fournissent à la science du droit ou à ses disciplines particulières ni un catalogue exhaustif de techniques de travail fiables et indiscutables, ni un système d'hypothèses de travail intégralement applicables et qui devraient être traitées comme autant de canons. La science du droit n'est pas seule à avoir perdu de façon irréversible la foi dans l'idée que l'on pourrait atteindre à des résultats valables une fois pour toutes par la voie de la déduction formelle fondée sur des systèmes artificiels. Il n'y a pas que dans les sciences de l'esprit que la conceptualisation dépend de la position des problèmes ; il n'y a pas qu'en leur sein que la direction prise par l'intérêt de connaissance conditionne la qualité des faits étudiés. La chose « en soi » n'est pas davantage accessible aux sciences de la nature. Le champ d'investigation du chercheur des sciences de la nature lui aussi est co-déterminé par les productions de la conscience connaissante. L'« objet » des disciplines exactes est aussi co-constitué à l'aide des questions posées par un nécessaire avant-projet de recherche. Devant l'instance de la conscience épistémologique actuelle, « Nature » et « Histoire » ont perdu l'apparente et stable évidence d'une pure et simple opposition : la distance entre l'historicité du monde social et la pure répétition dans le domaine des sciences de la nature s'est réduite de

façon décisive. La quête de critères « absolus » est scientifiquement dépourvue de sens. La science exige de saisir le plus exactement possible des différences et distinctions graduelles. Envisagée de la sorte, ce qui intéresse la science du droit, c'est bien moins sa démarcation traditionnelle d'avec les sciences de la nature que la propriété concrète des normes juridiques et de leur normativité spécifique. La tâche qui consiste à maintenir au moyen du droit, et avec le concours d'autres mécanismes sociaux, une forme à la vie commune des hommes dans l'histoire, cette tâche réduit de façon caractéristique, pour la science du droit, la capacité de généralisation des énoncés méthodologiques.

D'un côté, en même temps que la force de persuasion du positivisme légaliste, l'accent mis sur l'objectivité des méthodes juridiques — une objectivité prétendument analogue à celle des sciences de la nature — s'estompe. D'un autre côté, la méthodologie juridique ne peut s'en remettre, tant en ce qui concerne ses détails techniques que ses fondements théoriques, aux résultats de la nouvelle herméneutique développée tant dans le domaine philosophique que dans celui des sciences de la culture en général. Les exigences qu'imposent la validité et la force obligatoire doivent être placées beaucoup plus haut dans la science du droit en tant que science normative appliquée que dans les disciplines non-normatives des sciences de la culture. Les « méthodes » pratiques du droit ainsi que les « théories » dogmatiques ne sont jamais que des auxiliaires du travail juridique. Elles sont cependant des auxiliaires dont la spécificité, les limites, la capacité de justification, la cohésion concrète ne sont en aucun cas laissées à la guise des modes individuels de travail. La méthodologie juridique doit entreprendre de rechercher, compte tenu de la marge d'objectivité limitée qui lui est possible, un accord concrètement obligatoire parmi les praticiens du droit quant à la justifiabilité, la raisonnabilité et la régularité de leurs formes de travail. La méthodologie juridique doit déjà être démarquée de l'herméneutique des disciplines non-normatives du simple fait qu'elle ne saurait être réduite aux seules questions relatives à l'élément langagier (*Sprachlichkeit*), à la communication ou à la compréhension. Les modalités pratiques du travail des juristes sont aussi dans une large mesure influencées par certaines normes du droit en vigueur telles que celles que recouvre, par exemple, le principe constitutionnel de l'Etat de droit (clarté de la norme et des méthodes, interdiction des mesures excessives, précision de la norme)*.

* Le juge constitutionnel allemand déduit du principe général de l'Etat de droit un certain nombre de règles parmi lesquelles la clarté et la précision des normes, ou encore l'interdiction des mesures excessives qui s'identifie au principe de la proportionnalité entendue au sens large. *(N.d.T.)*

CONCEPTS

Dans la mesure où elle caractérise une conception générale réflexive et systématique des modalités du travail juridique (en droit constitutionnel), la « méthodologie » est un concept générique qui, au sens utilisé ici, recouvre « herméneutique », « interprétation », « méthodes d'interprétation » et « doctrine des méthodes ».

Par « herméneutique », on ne vise pas ici les règles de l'art de la rhétorique traditionnelle appliquées à la science juridique, mais la recherche dont le domaine est la *structure* de la normativité juridique et les conditions fondamentales de la concrétisation en droit. Par dérogation à l'usage habituel, le nom et l'adjectif « herméneutique » seront donc utilisés ici comme des termini technici dans le cadre d'une *théorie de la norme juridique*. Ils désignent une conception structurante des présupposés de la méthodologie juridique, de la résolution de cas, de la dogmatique et de la théorie et ce, aussi, au regard du rôle joué par la réalité normée sur le mode d'action et la fonction décisionnelle de la norme juridique, sur sa normativité. La « doctrine des méthodes » (*Methodenlehre*) signifie, au sens traditionnel, l'ensemble des règles d'interprétation des textes de normes, telles que l'interprétation grammaticale ou systématique, le procédé de l'analogie et autres éléments du même genre. L'« herméneutique » désigne par contre la doctrine qui se rapporte à la structure de la normativité juridique et aux *présupposés* scientifiques et théoriques de la méthodologie juridique[1]. Puisque l'usage du mot « herméneutique », tel qu'il a été introduit dans les éditions précédentes, a conduit, au sein de la doctrine, à un certain nombre d'interprétations erronnées[2], il convient d'expliquer plus avant cette notion.

Habituellement, par « herméneutique » on vise « essentiellement le rôle du sujet interprètant dans le processus de la compréhension des énoncés linguistiques »[3]. La découverte du droit (*Rechtsfindung*) est ainsi herméneutique en ce sens que celui qui transpose des normes doit être lui-même conçu comme une partie intégrante de ce processus. C'est par la prise en compte de la précompréhension (*Vorverständnis*) que les herméneuticiens entendent prendre leurs distances envers la croyance du positivisme légaliste en la subsomption. Leur thème principal consiste dans « l'éclaircissement du rapport entre les cir-

[1] *Müller* I, p. 7, 13 et passim.
[2] Sur ce point : *Müller* XIX, p. 241 et s.
[3] *Kaufmann* II, p. 77 et s.

constances de l'espèce et les conditions juridiques », éclaircissement qui doit permettre une « reformulation critique du syllogisme juridique » [4].

La question de la *précompréhension* est certes désormais également reprise et traitée dans le cadre bien plus large de la théorie (de la norme) juridique, de la dogmatique et de la méthodologie structurantes. Cette question n'est cependant pas centrale pour ces dernières, à la différence de ce qui se passe pour l'herméneutique. Mais surtout elle est ici surmontée à l'aide d'autres moyens, parce que sur la base d'une approche nouvelle. Il ne s'agit pas ici de découvrir une norme en soi, donnée à l'avance, au moyen de la seule interprétation des textes. Par ailleurs, ce que recherche l'herméneutique ne représente pour l'approche structurante qu'un facteur de concrétisation parmi beaucoup d'autres.

Il est en effet caractéristique de l'herméneutique traditionnelle qu'elle se concentre sur — mais aussi se limite à — l'expression langagière, la signification linguistique, la compréhension de textes. Le problème dans son ensemble devrait pouvoir être saisi suffisamment à travers la compréhension ; l'interprétation et l'exploitation des textes (textes de normes, textes de doctrine ou de jurisprudence) permettraient à elles seules la déduction de la norme-décision ou, à tout le moins, sa justification. L'approche défendue ici se caractérise au contraire par le fait que l'on cherche à dépasser systématiquement le seul élément langagier et l'interprétation exclusive des données linguistiques ainsi qu'à structurer davantage, du point de vue de la méthode et de la théorie de la norme, la prise en compte de la réalité dans le travail juridique.

Malgré tout, la théorie structurante du droit désire conserver ce qu'il y a d'éclairant dans l'ancien mode de pensée herméneutique. Comprendre, çà n'est pas un « pur » connaître. C'est un agir qui, en tant que tel, dépend du contexte d'action et donc de vie de celui qui agit en comprenant. On ne saurait appréhender correctement cet agir, d'un point de vue scientifique, sans prendre en compte cette réalité réflexive. Mais c'est seulement l'une des parties de la réalité qui demande ainsi à être prise en compte : envisagée d'un point de vue systématique, la partie subjective ; d'un point de vue quantitatif, de loin la plus petite. S'agissant de l'*agir juridique*, il convient avant tout de prendre en compte les détails des processus de décision guidés par les normes et les secteurs normés du monde social auxquels renvoie la forme langagière de l'activité juridique (textes de normes, textes de décisions, textes de doctrine). Cela conduit tout d'abord, à la différence de ce qui se passe pour l'herméneutique

[4] *Frommel*, p. 2.

philosophique ou la science juridique herméneutique, à rattacher la méthodologie juridique à la *théorie constitutionnelle des fonctions*. On est en outre conduit à voir dans la pratique juridique quotidienne comme dans la théorie un travail au sens de l'économie politique, un *travail juridique*. La liaison permanente qu'entretient la conception exposée ici d'une méthodologie structurante avec la *dogmatique juridique*, avec la *théorie (de la norme) juridique* et enfin avec la *théorie constitutionnelle*, comme, dans l'ensemble, avec le *droit positif* en tant qu'il est pertinent pour la méthode, cette liaison montrait, dès le départ, qu'il ne pouvait pas seulement et pas même s'agir ici, prioritairement, des problèmes de l'« acte de compréhension » pris comme un événement élémentaire, s'accomplissant de façon largement intuitive. A vrai dire, l'*acte de compréhension* est cependant demeuré central pour l'école herméneutique ; et des phénomènes tels que le « jugement personnel instinctif » (*Judiz*) et surtout la « précompréhension », un problème qui lui est cher, restent dans le cadre de la compréhension des textes qui intègre le rôle du sujet et qui est (toujours aussi) intuitive. Mais « interpréter », comme forme d'un *agir* réflexif, en tant que forme d'action du « rendre compréhensible » autonome par rapport à l'acte de compréhension, cela dépasse déjà ce cadre [4a]. L'interprétation crée du texte supplémentaire, elle est elle-même texte, texte qui, suivant un enchaînement continu, est lui-même interprétable et doit être interprété ; texte qui, toujours à nouveau, pour reprendre un mot de *Foucault*, produit « le moutonnement indéfini des commentaires » [4b]. Enfin, le « travail avec les textes » s'enfonce dans une dimension encore plus large, un travail qui s'inscrit dans des ensembles institutionnels massifs et qui, en aucun cas, ne se borne à viser à la vérité et à la connaissance, mais toujours aussi à la puissance. Ici, il ne s'agit plus de comprendre, ni même de seulement rendre compréhensible, d'interpréter. Impliquant des conséquences effectives dans la réalité sociale (qu'on pense aux suites souvent multiples et profondes d'un jugement, d'un acte de l'exécutif, d'une décision dans le cadre du contrôle des normes etc.), l'objectif d'un tel travail des textes institutionnellement établi (et les institutions juridiques sont elles-mêmes textuellement établies, instaurées et réglementées sur la base de textes de normes) est au contraire de traiter les textes (de normes) qui doivent être pris en compte dans le cas particulier de telle sorte que ces textes « puis-

[4a] Sur ce point et sur la conception qui suit d'un « travail avec les textes », voir, d'un point de vue essentiellement linguistique en même temps qu'interdisciplinaire : *Busse* IV, p. 167 et s., p. 187 et s. et les réf. ; à la lumière d'exemples circonstanciés : *Busse* III, p. 11 en général : *Busse* II, not. p. 282 et s.

[4b] *Foucault*, p. 18. (Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Gallimard, 1971, p. 27. *N.d.T.*)

sent assumer la fonction qui leur est institutionnellement destinée » ; par exemple justifier la norme juridique et la norme-décision élaborée dans le cas d'espèce par leur « légalité »[4c].

La méthodologie structurante a toujours, contrairement à l'école herméneutique, visé et œuvré à ce « travail avec les textes » aussi, au-delà de l'« acte de compréhension » et sans se borner à l'« acte d'interprétation », en liaison avec les écrits dogmatiques et théoriques qui se rattachent à la théorie structurante du droit. Toutefois, dans une mesure très limitée, on continuera de conserver l'expression « herméneutique » pour désigner la méthodologie juridique rationnelle liée par des normes juridiques et des textes de normes : on continue donc encore à déroger, dans cette mesure, à l'usage courant. Pour le reste, on exprimera à l'avenir ce que la notion recouvrait en outre à l'aide des concepts plus précis de *théorie (de la norme) juridique structurante* (*strukturierende Rechts(norm)theorie*). Nous n'utiliserons donc plus, par la suite, la notion d'« herméneutique » pour désigner cette conception scientifique la science du droit ; au lieu de cela, prise en tant que notion étrangère à notre propre conception, nous en réserverons l'usage pour qualifier les représentants d'une doctrine herméneutique du droit.

Enfin, le mot « interprétation » se rapporte aux possibilités de traitement juridico-philologique des textes, c'est-à-dire à l'explication des textes de normes. Une norme juridique est cependant davantage qu'un texte de norme. La concrétisation pratique est davantage qu'une explication de textes. La « méthodologie » au sens présenté ici recouvre ainsi en principe l'ensemble des modalités du travail de concrétisation et de réalisation du droit ; et ce aussi lorsque ces modalités — telles que l'analyse des champs normatifs, le rôle des arguments tirés de la théorie de l'Etat, du droit et de la Constitution, les contenus dogmatiques, les techniques de résolution de cas et les éléments de politique juridique ou constitutionnelle — dépassent les méthodes d'interprétation au sens restreint traditionnel.

Dans la terminologie technique de la méthodologie développée ici, on appelera « *données linguistiques* » (*Sprachdaten*) les aspects de l'interprétation fondés primairement dans le langage (par ex. les aspects grammaticaux, systématiques, génétiques) ; on désignera par « *données réelles* » (*Realdaten*) au contraire les éléments empiriques qui, en tant que faits primairement naturels ou sociaux, sont primairement non-langagiers mais qui, néanmoins, doivent être

[4c] *Busse* IV, p. 191 et s.

médiatisés dans l'élément du langage afin que la pratique et la science juridiques puissent travailler avec eux (éléments des champs normatifs).

On ne doit pas se méprendre concernant la notion, ici centrale, de « *concrétisation* » en y entendant à la manière du positivisme le « syllogisme », la « subsomption » (*Subsumtion*) ou encore l'« application ». Mais on ne doit pas non plus la comprendre comme la « réexécution » (*Nachvollzug*) de bilans d'intérêts ou d'évaluations préexécutés et « représentés » dans un texte législatif. Pour finir, la « concrétisation » ne signifie pas non plus qu'une norme préexistante au cas juridique particulier serait, pour ce cas, individualisée, rendue « plus concrète », pour ainsi dire rétrécie dans ses dimensions. Il s'agit au contraire, à l'occasion de la résolution juridique d'un cas, d'une *construction* de norme. La norme juridique doit à chaque fois, dans chaque espèce, tout d'abord être produite. Ce sont les instruments de travail qui deviennent alors progressivement « plus concrets » ; et la formulation de la norme juridique ainsi produite est nécessairement plus concrète que ce qu'habituellement on nomme le « texte » de la loi.

On appelera ici ce dernier, en un sens technique le « *texte de norme* » (règle de droit, texte officiel). Ce texte est la formation langagière (chaîne de signes) qui, sous forme de « paragraphes » ou d'« articles », composent les codifications. Le texte de norme est, à côté de l'espèce, la donnée de départ du processus de concrétisation. La seconde donnée de départ consiste en la version profane du cas juridique (le récit de l'espèce), que le juriste professionnel doit transformer en « *circonstances de l'espèce* » (*Sachverhalt*)[4d]. En dehors de la concrétisation professionnelle, les participants à la vie juridique s'orientent aussi d'après les textes de normes « en vigueur ».

Le juriste qui doit trancher le cas choisit, au vu des circonstances de l'espèce, les textes de normes qui, compte tenu de l'état de ses connaissances, lui semblent « appropriés » (*einschlägig*). Par le canal de ces textes de normes, se glissent dans le travail les aspects factuels des normes juridiques qui sont ainsi supposées convenir (*champ factuel*) (*Sachbereich*), aspects qui sont d'ordinaire, pour des raisons d'économie de travail, restreints à ceux qui correspondent à la particularité des circonstances de l'espèce, le « *champ de l'espèce* » (*Fallbereich*). L'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est-à-dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues, dégage le « *programme normatif* » (*Normprogramm*). A l'aide de celui-ci, le

[4d] Instructif s'agissant de la *production* professionnelle des « circonstances de l'espèce » à partir du cas social concret et du récit pré-juridique (mais parfois déjà étiqueté comme juridique) de l'espèce : *Seibert* IV.

décideur choisit à partir du « champ factuel », ou du « champ de l'espèce », la quantité des faits co-normatifs (*mit-normativ*) pour la solution de l'espèce, le « *champ normatif* » (*Normbereich*) ; celui-ci recouvre donc la quantité des données réelles qui sont à bon droit utilisées pour contribuer à fonder la décision.

Le programme normatif et le champ normatif composent ensemble la « *norme juridique* » qui doit être formulée de manière abstraite et générale (au sens des motifs généraux déterminants de la décision (*Leitsätze*)) (« Dans un cas tel que celui-ci vaut telle norme juridique... »). Le dernier moment du travail du juriste consiste à individualiser cette norme juridique en une *norme-décision* (*Entscheidungsnorm*) (dispositif du jugement) ; ce dernier pas est alors accompli, d'un point de vue méthodique, sous la forme d'une simple conclusion, et, dans cette mesure — mais seulement dans cette mesure ! — effectivement comme une subsomption sous la norme juridique préalablement produite (« Considérant que ces éléments sont réunis en l'espèce, la demande doit être rejetée », etc.).

La « *normativité* » n'échoit donc pas déjà au texte de norme. Aucune des données de départ du travail juridique (texte de norme, circonstances de l'espèce) n'est normative. Seuls leurs résultats sont normatifs : la norme juridique, en tant que résultat intermédiaire formulé en termes généraux ; la norme-décision, en tant que détermination obligatoire du cas individuel.

Ce qui par contre caractérise le texte de norme, c'est sa « *validité* » (*Geltung*). Celle-ci consiste d'une part dans l'obligation faite aux destinataires du texte de norme d'y conformer leur conduite. Cette orientation des conduites d'après des textes de normes est non-professionnelle — à l'exception des domaines particuliers du type du droit fiscal ou du droit des subventions ou les participants (les destinataires) sont eux-mêmes très spécialisés — ; elle est *pré-juridique*, même si elle est souvent partiellement étiquetée comme juridique. Le public en général ne se dirige, dans ses actions ou abstentions significatives pour le droit, que d'après des standards juridiquement grossiers, d'après des usages moraux/sociaux et des « normes » à peine effleurés par la dogmatique et la méthodologie juridiques[4c]. Cette « validité » consiste d'autre part dans l'obligation faite au juge ou à tout autre juriste habilité à prendre une décision d'utiliser dans leur intégralité les textes de normes appropriés au cas d'espèce et de les travailler correctement du point de vue méthodique. En

[4c] Ce diagnostique se trouve déjà dans l'école du droit libre ; par ex. : *Kantorowicz*, p. 17 et s. ; voir aussi, sur ce point : *Maus* III, p. 300.

conséquence, le « *droit en vigueur* », « valide » (*geltendes Recht*), est constitué de la masse des textes de normes, c'est-à-dire de l'ensemble de tous les textes de normes réunis dans les codes législatifs (qui, selon les critères constitutionnels, ont « actuellement force juridique »)*.

FONCTIONS

De la sorte, c'est aussi cette restriction habituelle qui tombe et par laquelle les questions de méthode juridique seraient réservées aux méthodes de travail de la jurisprudence et de la science. C'est ainsi qu'une méthodologie du droit constitutionnel, par exemple, ne concerne pas la concrétisation de la Constitution à travers l'action gouvernementale, administrative ou législative dans une mesure moindre qu'elle ne concerne l'action jurisprudentielle et scientifique de concrétisation. Seule la didactique juridique échappe à ce domaine d'investigation, comme un domaine d'une nature particulière. Là où des normes constitutionnelles sont en jeu, la législation, l'administration et le gouvernement travaillent selon une méthode essentiellement analogue à celle qu'utilisent la jurisprudence et la recherche juridique scientifique. A côté des modes d'argumentation, une méthodologie du droit constitutionnel concerne ainsi toute activité orientée d'après la constitution et exercée par des titulaires de fonctions publiques. Dans la matière fondamentale et largement scientificisée du droit constitutionnel, on peut appréhender de manière structurellement uniforme leur style de travail.

En un sens plus large et informel, les intéressés comme les participants à la vie juridique** exercent également des fonctions étendues et *effectives* de réalisation du droit et de la Constitution : en tant qu'ils se guident d'après des textes de normes, sur les modes de l'obéissance, du compromis, de la volonté d'évitement ou de la tentative de modification (voir aussi p. 50, p. 163 et s.).

* Nous traduisons par la suite « geltendes Recht » par « droit en vigueur ». Il convient de ne pas oublier que cette vigueur du droit n'est pas autre chose que la *validité* des textes de normes. *(N.d.T.)*

** I. e. ceux qui ne sont pas titulaires de fonctions étatiques. *(N.d.T.)*

FONCTIONS, PROCÉDURE, RATIONALITÉ

Les différents éléments de rationalité, en règle générale, sont répartis, ou doivent l'être du point de vue de la politique juridique, entre différents titulaires de fonctions et différentes étapes procédurales (procédure d'établissement des textes de normes avec diverses formes de participation telles que discussion publique, auditions, établissement de compromis, approbation, droit de veto, autorisation préalable ; procédure de planification ; procédure administrative ; contrôles administratif ou juridictionnel a posteriori, droits de recours, tutelle etc.). Cela signifie : la « rationalité » dont il s'agit pour la méthodologie juridique ici proposée est tout autant rationalité fonctionnelle que substantielle, pour reprendre une distinction de Karl Mannheim. Elle n'entend pas être seulement techniquement effective mais en même temps contribuer à la légitimité de l'Etat constitutionnel. En ce sens ainsi précisé, la rationalité n'est pas seulement une condition de l'Etat de droit, mais aussi de la démocratie et de l'Etat social*.

MÉTHODOLOGIE ET POLITIQUE

Méthodologie juridique et politique n'ont pas besoin d'être mises en rapport l'une avec l'autre. Elles y *sont*. L'activité juridique est une activité politique guidée par des normes juridiques — que ce soit en tant qu'établissement de textes de normes, concrétisation du droit par l'administration, la juridiction, le gouvernement ou la science juridique, en tant que contrôle juridique, politique juridique et révision des textes de normes ou que ce soit en tant que prise en compte du droit dans l'obéissance, l'arrangement ou le compromis. Du point de vue fonctionnel, la même chose vaut pour l'infraction au droit : elle n'est pas réalisation de la norme mais violation de la norme ; en elle aussi s'actualise cependant immédiatement ce rapport essentiel entre « politique » et « droit ». Le système de l'Etat de droit fonctionne aussi longtemps que les

* L'état social est l'un des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel allemand posé à l'article 20 de la Loi fondamentale, à côté des principes démocratique et fédéral ainsi que du principe de l'Etat de droit. *(N.d.T.)*

perturbations, les dérogation et les violations sont localisables, définissables et maîtrisables avec les moyens offerts par le système lui-même.

Le droit est une forme particulière de la politique (qui est accentuée et articulée de manière caractéristique au sein de l'Etat de droit). La méthodologie juridique est en conséquence la méthodologie des conditions et des formes de travail d'un secteur déterminé de l'action et de l'organisation politiques.

Ce constat de principe reste encore abstrait ; tout aussi abstrait que le slogan (pertinent dans son contenu) selon lequel la dénégation par les experts juridiques positivistes de l'importance politique de leur activité serait déjà par elle-même une prise de position politique décisive. La méthodologie juridique ne saurait se satisfaire de phrases dont la justesse est à ce point générale, parce qu'elle doit dégager dans leurs détails les conditions et les formes du travail juridique. Cette tâche est rien moins qu'apolitique. Elle ne peut cependant pas être accomplie à l'aide de formules très générales mais seulement de façon « méthodique » (Pour des précisions sur le thème de ce paragraphe, par ex. : p. 231 et s., p. 233 et s., p. 340 et s., p. 368 et s., et tout au long de l'ouvrage lorsque sont abordés les thèmes de l'analyse du champ normatif, de la précompréhension…).

CHAPITRE II

Sur l'état actuel de la méthodologie en droit constitutionnel

LA JURISPRUDENCE

LA JURISPRUDENCE COMME MATÉRIAU DE L'ANALYSE MÉTHODOLOGIQUE

Si l'on prend pour exemple, dans les pages qui suivent, l'état de la méthodologie du droit constitutionnel dans la jurisprudence, il convient cependant de ne pas perdre de vue ce qui a été dit plus haut à propos de l'étendue des modes de réalisation de la Constitution. Toutefois, il est pratiquement impossible de contrôler, dans la genèse de la motivation et de la décision, ni cette réalisation de la Constitution qui s'effectue, sans problèmes ni conflits, dans le respect des normes constitutionnelles, ni ces cas innombrables qui ne débouchent sur aucun litige, sur aucun conflit constitutionnel. Cela vaut aussi, sous certaines réserves spécifiques, pour l'activité législative, gouvernementale ou administrative lorsqu'elles sont guidées par le droit ou la Constitution. C'est seulement là où des prescriptions du droit en vigueur imposent à l'autorité de décision d'apporter à son acte une motivation cohérente que la voie est ouverte à l'analyse méthodique de la pratique juridique. Les décisions de l'exécutif concernées par ce type de normes relèvent toutes ou pour leur plus grande part du droit administratif et non du droit constitutionnel. Les travaux législatifs préparatoires sont d'une richesse variable s'agissant de ces moments du processus de décision qui se composent d'actes de concrétisation de la Constitution ou de prise en considération de la Constitution. Les actes gouvernementaux sont en règle générale motivés par des considérations politiques et, en tout cas, lorsqu'ils le sont du point de vue du droit constitutionnel, ce n'est

pas avec cette continuité qui seule puisse résister aux questionnements méthodologiques. A côté de la science du droit, seule la jurisprudence est tenue de présenter constamment et dans leur cohérence ses propres processus de décision. C'est pourquoi c'est seulement là que les matériaux existants sont d'un volume et d'une consistance suffisants pour permettre de suivre avec fiabilité les conceptions et tendances méthodologiques. A cet égard, on peut choisir la jurisprudence publiée de la Cour constitutionnelle fédérale comme étant représentative de la jurisprudence constitutionnelle en République Fédérale dans son ensemble. Les décisions des cours constitutionnelles régionales ainsi que celles, rendues en matière constitutionnelle, des tribunaux appartenant aux autres ordres de juridictions ne s'écartent pas tant, dans les grandes lignes qui nous intéressent ici, de celles de la Cour constitutionnelle fédérale qu'elles puissent justifier une étude spécifique.

LA RÉFLEXION MÉTHODOLOGIQUE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

Dans une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle fédérale se reconnaît dans le credo de la doctrine traditionnelle de l'interprétation. Selon ce dernier, un cas juridique concret doit être résolu par la voie du syllogisme, en subsumant sous la norme, considérée comme donnée à l'avance, les circonstances de fait qui doivent faire l'objet de la décision. Selon cette conception, afin que ce syllogisme puisse être exécuté, que la norme puisse être « appliquée », il convient dans un premier temps d'établir le contenu de cette norme. Cette interprétation s'effectue par le recours à la lettre du texte, à l'histoire de sa genèse, à l'évolution historique de la réglementation en question, au contexte systématique de la norme au sein de sa codification voire de l'ordre juridique général et, enfin, par le recours au sens et au but, à la « ratio » ou au « telos » de la disposition. Résoudre un cas, c'est, dans ces conditions, conclure un syllogisme ; celui-ci présuppose l'établissement du contenu de la norme « à appliquer ». Ce contenu doit être immanent à la disposition juridique : il consiste — et dans cette mesure règne un conflit à l'intérieur même de la doctrine traditionnelle de l'interprétation — soit dans la volonté subjective de l'auteur de la norme, soit dans la volonté objective de la norme, et donc, pour le droit constitutionnel, soit dans la volonté du constituant, soit dans la volonté de la Constitution. Les méthodes énumérées doivent offrir la possibilité de formuler le contenu de la norme et de le poser dans la majeure,

afin que les circonstances concrètes puissent lui être ensuite subsumées dans la mineure. Le processus de la décision juridique est alors présenté comme une procédure de conclusion logique et la réalisation du droit dans son ensemble, comme un problème exclusivement cognitif. La concrétisation de la norme est d'après cela interprétation du texte de la norme, et cette interprétation elle-même n'est rien autre que *la réexécution* (*Nachvollzug*) *de la volonté de la norme ou de l'auteur de la norme* telle qu'elle se manifeste dans le texte de la norme, dans sa genèse, dans le système que ce texte forme avec le texte d'autres normes, dans l'histoire du texte des règles antérieures correspondantes ainsi que dans le sens et le but qu'on dégage de l'ensemble de ces indices.

Même si sa pratique n'est pas toujours conséquente, la Cour constitutionnellle fédérale s'est décidée, à titre programmatique, en faveur de la « théorie objective ». Selon son jugement du 21 mai 1952 [1], c'est la volonté du législateur, telle qu'elle s'exprime et s'objective dans la disposition législative, qui est déterminante pour l'interprétation de cette disposition, telle que cette volonté se dégage de la lettre du texte comme du contexte sémantique dans lequel elle s'inscrit. La conception subjective des organes qui ont pris part à la procédure d'élaboration de la loi relativement au sens de la disposition, tout comme celle des membres individuels de ces organes, ne saurait être par contre décisive. Le recours aux travaux préparatoires ne peut avoir de signification que dans la mesure où il confirme la justesse de l'interprétation obtenue selon les autres règles, ou bien lorsqu'il permet de lever un doute qui ne saurait être écarté à l'aide des autres moyens méthodologiques. L'interprétation de la lettre du texte (interprétation grammaticale), de son contexte (interprétation systématique), de son but (interprétation téléologique) comme l'interprétation des travaux préparatoires et de la genèse du texte (interprétation historique ou génétique) n'ont d'autre objectif que de découvrir la volonté du législateur telle qu'objectivée

[1] BVerfGE 1, 299 (312). Confirmé par BVerfGE 6, 55 (75) ; 10, 234 (244) ; 11, 126 (130). Voir, dans le même sens : BGHZ 6, 74 (76) (jugement « Disques »). Déjà : BGHZ 33, 321 (330) ; 36, 370 (377) ; 37, 58 (60) et BGHSt 17, 21 (23) ; 20, 104 (107). La Cour constitutionnelle fédérale continue de prendre pour point de départ le conflit entre les théories « subjective » et « objective » et de favoriser la doctrine de la « *volonté objective de la loi* » : par ex. BVerfGE 33, 265 (294 et s.). Cf. en outre en faveur de la doctrine objective : BVerfGE 36, 342 (367) ; 45, 187 (227) ; 48, 246 (260) ; 51, 97 (110) ; 59, 128 (153). Dans ce sens, on trouve une longue série de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale dans lesquelles la « volonté du législateur » n'est prise en considération que dans la mesure où elle confirme un résultat obtenu autrement : cf. BVerfGE 2, 124 (128, 132 et s.) ; 3, 248 (252) ; 3, 407 (414) ; 6, 32 (38) ; 6, 55 (72 et s., 76) ; 6, 309 (347) ; 9, 305 (331) ; 10, 285 (291) ; 11, 126 (129 et s.) ; 12, 205 (236) ; 15, 1 (18) ; 19, 135 (137) ; 25, 269 (287 et s.) ; 26, 186 (202) ; 27, 44 (53 et s.) ; 30, 90 (101 et s.) ; 37, 1 (28 et s.) ; 52, 303 (352) ; 72, 330 (398). Pour d'autres références concernant l'usage à titre purement confirmatif de l'élément génétique de concrétisation dans le cadre de la théorie objective : *Sachs*, p. 77 (note 52). — Sur cette orientation jurisprudentielle en faveur de la doctrine objective et les conséquences pratiques qui en résultent, voir dans la littérature méthodologique : *Rahlf*, *Köbl*, *Honsell*.

dans la loi. Ces « méthodes d'interprétation » doivent se compléter et se soutenir mutuellement afin de pouvoir saisir, ensemble, « la volonté objective du législateur ». Dans ces conditions, les travaux préparatoires de la loi ne doivent être utilisés, en principe, qu'avec précaution et à titre de simple confirmation, dans la seule mesure où ils permettent de conclure quant au « contenu objectif de la loi ». Ce que l'on appelle la volonté du législateur ne peut dont être prise en compte à l'occasion de l'interprétation de la loi que dans la mesure où elle a trouvé dans la loi, c'est-à-dire dans son texte, une expression suffisamment précise. En aucun cas les travaux préparatoires ne sauraient conduire à placer sur un pied d'égalité les représentations subjectives des instances législatrices et le contenu objectif de la loi [2].

Avec ces définitions — qui, d'ailleurs, mélangent les modes d'interprétation historique et génétique — la Cour apporte les principes d'une hiérarchisation rationnelle et, au moins au point de départ, contrôlable des critères d'interprétation, mais seulement s'agissant, d'un côté, des arguments tirés des travaux législatifs et, de l'autre, de ceux qui sont tirés de l'interprétation grammaticale, systématique et téléologique (et, conformément à la nature des choses, historique). Il semble donc que l'accent soit mis, sans autres justifications plus précises d'ailleurs, sur la lettre et le contexte sémantique de la disposition légale [3]. La première recherche consiste pour la Cour à partir des solutions alternatives qui peuvent être soutenues au vu de la lettre du texte de la norme à étudier. Mais déjà la formulation utilisée dans le jugement du 21 mai 1952 de « contexte sémantique » (*Sinnzusammenhang*) (dans lequel est « insérée » la disposition en question) indique combien, en règle générale, les aspects systématique et téléologique de l'interprétation sont d'un poids décisif. La Cour constitutionnelle

[2] BVerfGE 11, 126 (129sq). — Pour un exemple tiré de la jurisprudence, voir BVerfGE 37, 1 (28 et s.) (loi relative aux exploitations viticoles) : l'interprétation littérale, déterminante, se voit confirmée par les travaux préparatoires. — L'interprétation littérale peut être, en outre, confirmée par son accord avec une autre norme (constitutionnelle), voir sur ce point (art. 3 LF, principe général d'égalité) : BVerfGE 37, 121 (126 et s.) (loi relative à la protection maternelle). Refusant la possibilité de placer sur un même plan la volonté législatrice ou le contenu objectif de la loi avec les conceptions subjectives défendues par des participants à l'instance législative, voir BVerfGE 62, 1 (44 et s.) et, avec une motivation détaillée, BVerfGE 54, 277 (297). Si la Cour ici refuse certes de tenir compte dans son résultat des déclarations individuelles de participants à la procédure d'élaboration de la loi et des aspirations qu'ils ont pu exprimer, elle n'en prend pas moins la peine de discuter certaines de ces déclarations (p. 297). Pour de telles discussions, voir également : BVerfGE 72, 330 (393 et s.) ; 74, 51 (61 et s.). Pour un refus explicite de mettre sur un même plan les déclarations individuelles durant les travaux législatifs et le contenu de la loi, voir en outre : BGHSt 1, 313 (316). et, particulièrement net : BSG 23, 7 (9).

[3] BVerfGE 1, 312 ; 10, 51. Pour le caractère décisif, en pratique, de l'*interprétation grammatico-systématique*, voir par ex. : BVerfGE 32, 242 (244). A propos de la priorité chronologique et systématique de la lettre du texte, voir également : BGHZ 46, 74 (76).

fédérale s'efforce avant tout de dégager « le contexte sémantique formé conjointement par la norme et d'autres dispositions, ainsi que l'objectif poursuivi par la réglementation législative dans son ensemble » [4]. Dans cette mesure, la lettre du texte de la norme est traitée, dans une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale, comme n'étant que d'une fécondité relativement peu importante. C'est, selon les termes mêmes de la Cour, une mission légitime du juge que de « rechercher le sens d'une disposition législative à partir de son insertion dans l'ensemble de l'ordre juridique sans rester prisonnier de la lettre de la loi » [5]. Le texte de la norme est chronologiquement utilisé comme la première *instance de sélection* parmi les solutions possibles et, objectivement, comme la *limite* imposée aux solutions alternatives acceptables. Serait tenue par la Cour constitutionnelle fédérale pour inadmissible, parce que contra legem, une interprétation « par laquelle on attribuerait à une loi univoque dans son texte et son sens une signification qui leur serait contraire » [6]. Des intentions normatrices du législateur qui, dans un texte de norme univoque, ne se trouveraient pas exprimées, doivent être ignorées à l'occasion de l'interprétation de la norme [7].

A PROPOS DE LA PRATIQUE MÉTHODOLOGIQUE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE

Traitement des règles traditionnelles

Il est presque impossible de saisir la pratique décisionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale à la lumière des règles dont elle affirme avoir fait son programme. Cela tient, mais pour la plus faible part, à ce que la Cour laisse largement dans l'obscurité les rapports mutuels qu'entretiennent les différents

[4] Voir not. : BVerfGE 8, 274 (307).

[5] BVerfGE 8, 210 (221).

[6] BVerfGE 8, 210 (220) ; voir aussi BVerfGE 8, 28 (33) où sont liés l'argument littéral et l'argument génétique. — *Abstraction faite* de l'élaboration d'un droit jurisprudentiel, la Cour constitutionnelle fédérale semble considérer que l'activité de concrétisation consiste « à appliquer au cas particulier les instructions du législateur dans les limites du sens littéral possible » : BVerfGE 34, 269 (287) (jugement « Soraya »). — Ces déclarations restent toutefois insuffisamment approfondies. La Cour désigne globalement, à titre de « source » (du droit), « l'ordre juridique constitutionnel en tant que totalité sémantique (*Sinnganzen*) » (*ibid.*). Cette décision est discutée chez *Müller* XXII, p. 69 et s., p. 73 et s. ; du même XVIII, p. 43 et s. ; *Hesse* II, p. 76 ; *Ipsen* I, p. 100 et s., 235 et s. ; *Prümm* II, p. 208 ; *Starck* IV, p. 52 et s., p. 54 ; *Steinwedel*, p. 108, p. 121 et s. ; *Wank*, p. 83 et s.

[7] Par ex. : BVerfGE 13, 261 (268) ; à propos du texte de norme comme frontière infranchissable de l'interprétation, par ex. : BVerfGE 8, 38 (41). Voir également : BGHZ 46, 74 (76).

aspects particuliers de l'interprétation. Pour autant que ces critères d'interprétation ne sont pas concrètement adaptés aux problèmes d'espèce à résoudre, on ne gagnerait de toutes les façons rien à les fixer formellement. Il est également compréhensible que le pouvoir judiciaire ne souhaite pas, sans nécessité, se lier les mains par l'établissement ferme et précipité de tels principes. Pourtant, dans l'intérêt de la sécurité juridique comme de l'intelligence des modalités réelles du travail de concrétisation de la Constitution, il est indispensable de posséder des indications relativement aux éléments sur lesquels la Cour entend mettre l'accent, relativement aux règles de priorité qu'elle compte faire jouer en cas de résultats contradictoires obtenus à partir des différents angles particuliers d'interprétation. Au vu de la pratique juridictionnelle de la Cour constitutionnelle fédérale, cette question reste ouverte, tant en ce qui concerne le problème de l'orientation « subjective » ou « objective » de l'interprétation que quant à la fonction du texte de norme. Il n'est pas rare que la Cour, en opposition avec son programme avoué, ait tenu les arguments tirés des travaux préparatoires comme étant à eux seuls décisifs, sans y apporter de justification satisfaisante [8]. Lorsque le résultat souhaité ou recherché ne peut pas être ou ne peut être que difficilement fondé de façon convaincante à l'aide des moyens traditionnels, il se peut que la « volonté » subjective du constituant — une opinion majoritaire au sein du Conseil parlementaire, voire les déclarations de certains membres du corps constituant — évince la « volonté » objective qui s'exprime dans la loi constitutionnelle. Les *topoi*, indéterminés du point de vue normatif, qu'ils soient constitutionnels (« souveraineté culturelle » des Etats fédérés, « nature étatique propre » des Länder) ou dogmatiques (théorie de la loi) sont parfois susceptibles de supplanter les éléments habituels d'argumentation tirés de l'interprétation de la lettre et du sens [9]. Dans les cas de ce type, les moyens objectifs d'interprétation seront accentués voire sélectionés sur la base du résultat subjectif des travaux préparatoires. L'option de principe prise par la juridiction constitutionnelle en faveur de la méthode objective d'interprétation perd cependant de sa valeur lorsque, dans certaines espèces, sans que cette dérogation soit valablement justifiée, la décision est uniquement fondée sur la « volonté du législateur ou du constituant », prise en son sens subjectif. Mais dans de nombreux autres cas, les travaux préparatoires servent plutôt de

[8] Par ex. : BVerfGE 2, 266 (276) ; 4, 299 (304 et s.) ; Pour la fonction déterminante jouée par la genèse du texte : BVerfGE 9, 124 (128) ; 33, 125 (152) ; 54, 227 (297) ; 61, 149 (200). Voir aussi : BGHZ 46, 74 (81) ; BSG 28, 274 (275 et s.).

[9] Représentatif, le jugement du 26 mars 1957 (« Concordat ») : BVerfGE 6, 309 (341 et s., 344 et s., 346 et s., 349, 351).

simple instance de contrôle ou de confirmation destinée à la vérification du résultat partiel découvert par une autre voie.

Le texte de la prescription qui doit être concrétisée n'est pas, lui non plus, dans sa fonction limitatrice, utilisé de manière toujours conséquente par la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour le fait céder devant une application utile de la loi qui l'enfreint [10] ; elle considère la lettre du texte comme pouvant être tournée si cela « correspond mieux à une décision de valeur contenue dans la Constitution » [11]. Concernant cette façon de tourner la lettre du texte en tant que limite tracée à l'interprétation, il convient cependant de faire une place à part aux hypothèses dans lesquelles la Cour constitutionnelle fédérale établit un lien entre l'élément grammatical et d'autres éléments de concrétisation [12].

La Cour passe parfois outre la définition qu'elle donne des critères particuliers d'interprétation. Ainsi, par exemple, de la décision « télédiffusion » du 28 février 1961 dans laquelle, sans autre réflexion méthodologique approfondie, apparaissent les différences objectives entre les modes d'interprétation « génétique » et « historique » qui donc se séparent à bon droit [13].

Raisons d'un tel traitement des règles traditionnelles

Ces inconséquences, qui remettent en question la valeur de la position méthodologique formulée à titre de principe par la Cour constitutionnelle fédérale, sont essentiellement dues à l'insuffisance objective des points de vues sur

[10] BVerfGE 9, 89 (104) ; 14, 260 (262) ; 20, 26 (29 et s.).

[11] BVerfGE 8, 210 (221). Pour la discussion de ce point, voir d'autres exemples ci-dessous (section consacrée au texte comme limite à l'interprétation).

[12] Sur la combinaison des éléments de concrétisation, en particulier des éléments grammaticaux et historiques : BVerfGE 12, 45 (48) ; 25, 371 (389) ; 58, 45 (57) ; 74, 51 (57).

[13] BVerfGE 12, 205 (230 et s., pour la concrétisation historique), (236 et s. pour l'interprétation génétique). Or, la Cour — voir notamment BVerfGE 11, 126 (130) — désigne *ailleurs* le travail sur les travaux préparatoires et la genèse du texte par l'expression d'interprétation « historique » et, de la sorte, fait disparaître, au plan terminologique, l'élément authentiquement *historique* (i.e. le travail sur les précédents normatifs). — On trouve un exemple d'utilisation scolaire de ces canons dans BVerfGE 26, 201 et s. et, plus récemment BVerfGE 75, 40 et s. (jugement « aide financière ») ; pour un des nombreux contre-exemples, voir notamment la décision « Droit de grâce » : BVerfGE 25, 362. Voir en outre BVerfGE 32, 54 (68 et s.) : interprétation de la notion de « domicile » au sens de l'art. 13 LF (inviolabilité du domicile, *N.d.T.*) (« champ du droit fondamental ») en fonction d'éléments historiques (p. 69), génétiques (p. 69 et s.) et « téléologiques » (« objectif de la protection », p. 70 et s.) ; ces derniers ont un caractère de politique juridique de même que les renvois au droit comparé (p. 70). L'interprétation grammaticale (p. 72) montre que le terme de « domicile » (*Wohnung*) est compatible avec l'idée de « sphère privée spatiale » ; par contre, cette idée ne « découle » pas de la lettre, ce qui n'est pas non plus nécessaire. Pour un essai d'interprétation plus soigneuse, voir : BVerfGE 38, 154 (162 et s.) (exemption du service militaire) : rôle déterminant accordé à la lettre du texte et à la systématique, confirmation par des éléments génétiques (« but », etc.)

la concrétisation tels qu'ils sont définis de manière programmatique par la haute juridiction. Le dogme pandectiste de la *volonté*, hérité de la science juridique allemande du XIX^e^ siècle, n'a plus d'autre intérêt qu'historique. Il n'offre pas de fondement suffisant à la compréhension ni aux instruments de concrétisation de la Constitution actuelle. Cela vaut pour toute tentative de construire l'objet de l'interprétation, de la concrétisation comme la mise à jour d'une « volonté », qu'il s'agisse de la volonté subjective de l'auteur de la norme ou de ladite « volonté objective » de la norme elle-même. De plus, les représentations fondamentales qui considèrent la concrétisation du droit comme l'interprétation d'un texte de norme, cette interprétation elle-même comme la réexécution d'une volonté préexistante et la décision comme un procédé syllogistique de « subsomption » ou d'« application » sont irrévocablement reconnus comme étant parfaitement inadaptées aux problèmes objectifs rencontrés par la pratique juridique. La même remarque s'applique à la théorie d'un contenu pour ainsi dire substantiellement immanent à la norme juridique et à l'idéal fictif d'une pseudo univocité de la réglementation juridique. Ce n'est que dans des cas limites, non dépourvus, certes, de signification, mais qui ne sont, pour la problématique de la pratique juridique, ni représentatifs ni statistiquement les plus nombreux, que la concrétisation s'épuise en effet dans l'interprétation d'un texte de norme et que cette interprétation est effectivement la réexécution d'une décision déjà prise. Abstraction faite de ces cas limites des prescriptions juridiques dont les éléments sont numériquement déterminés, les problèmes de la normativité, de la structure de la norme et de la concrétisation pratique ne résident en tout cas pas dans la formulation abstraite de procédés techniques de mise à jour d'un contenu de norme qui serait prétendument donné d'avance et qu'il conviendrait de préparer pour former la majeure d'un syllogisme. Tout praticien du droit est familier du fait : le texte d'une norme n'offre pour le cas concret que très rarement, à lui seul, la clé de la décision quant au fond ; les arguments tirés du « contexte systématique » peuvent se réveler extrêmement imprécis ; les aspects « téléologiques » de l'interprétation demeurent incertains et laissent libre cours à l'arbitraire de l'appréciation subjective. Ce n'est pas le renvoi au « cercle herméneutique », présenté comme la condition fondamentale de l'acte de compréhension, qui permet d'excuser la mauvaise foi d'un procédé de concrétisation qui s'efforce de rechercher le « contenu d'une norme juridique » en empruntant le détour de son « sens et but » précisément parce que ni le contenu ni le « sens et but » de la norme ne peuvent être mis en lumière au moyen des aspects grammaticaux, historiques, génétiques et systématiques de concrétisation.

La responsabilité de ces contradictions entre la pratique décisionnelle méthodique concrète et les professions de foi méthodologiques que l'on rencontre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale est ainsi davantage imputable à l'insuffisance objective des fondements sur lesquels reposent ces professions de foi qu'à un manque grevant sur le fond le caractère soutenable des décisions concrètes. Qu'il faille aller chercher les conditions, les possibilités et les limites de la concrétisation pratique du droit (constitutionnel) dans d'autres directions, cela ressort encore plus clairement de ces parties de la jurisprudence constitutionnelle qui ne peuvent plus être appréhendées, en leur principe même, dans l'articulation de la motivation et de la décision, à partir de ces règles traditionnelles, plus ou moins canoniques, de l'interprétation juridique.

Nouvelles règles d'interprétation

Ce qui vient d'être dit vaut pour les aspects méthodologiques récemment dégagés par la Cour constitutionnelle fédérale, tel que le principe d'unité de la Constitution [14], comme pour la règle de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution [15], ou encore pour le critérium de la correction fonctionnelle (*funktionell-rechtliche Richtigkeit*) dans la concrétisation de la Constitution, un critérium déterminé à peu près par la répartition des missions entre les pouvoirs législatif et jurisprudentiel [16]. S'agissant du principe d'interprétation que constitue l'« unité de la Constitution », il manque jusqu'à présent la nécessaire définition de la relation qu'il entretient avec les règles « traditionnelles » d'interprétation et surtout avec la méthode de l'interprétation systématique. La même remarque s'applique à l'idée d'un critérium de la correction fonctionnelle (*funktionell-rechtliche Richtigkeit*) du résultat qui doit être trouvé. Relativement au principe de l'interprétation conforme à la Constitution, la Cour constitutionnelle fédérale s'est efforcée, dans une série de décisions, de clarifier ce genre de relations. Selon ce principe, une loi dont l'inconstitutionnalité n'est

[14] Not. : BVerfGE 1, 14 (32) ; 2, 380 (403) ; 3, 225 (231) ; 6, 309 (361) ; 19, 206 (220).

[15] Par ex. : BVerfGE 2, 266 (282) ; 11, 168 (190) ; 8, 28 (34) ; 9, 167 (174) ; 9, 194 (200) ; 12, 45 (61) ; 12, 281 (296) ; 47, 285 (317) ; 49, 286 (301) ; 59, 336 (350) ; 70, 35 (63) ; 71, 81 (105) ; 72, 278 (295) ; 74, 297 (346), 355) ; 75, 201 (218) ; 76, 211 (216).

[16] Voir par ex. : BVerfGE 1, 97 (100) ; 2, 213 (224 et s.) ; 4, 31 (40) ; 4, 219 (233 et s.) ; 10, 20 (40). (Il s'agit de décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle, comme le fait le Conseil constitutionnel français, limite l'étendue de sa compétence en se refusant à exercer un pouvoir d'appréciation équivalent à celui du législateur au nom de la répartition des fonctions entre l'organe juridictionnel et l'organe politique et représentatif. *N.d.T.*)

pas quasiment évidente ne doit pas être annulée ; elle ne doit pas être annulée pour autant que son interprétation peut être mise en accord avec les exigences de la Loi fondamentale. Et ce principe ne doit cependant pas seulement jouer dans ces cas non problématiques dans lesquels les normes constitutionnelles, en tant que normes de contrôle, sont comparées aux dispositions d'une loi qui, de leur côté, sont interprétées ou concrétisées sans que, quant au contenu, il faille faire intervenir des aspects de droit constitutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale va bien davantage jusqu'à exiger que la « compatibilité » de la loi avec la Constitution soit, le cas échéant, produite par des contenus de normes constitutionnelles qui doivent alors *déterminer* le contenu équivoque ou imprécis d'une loi[17]. Dans cette mesure, la Constitution doit pouvoir être employée comme une « norme de fond » permettant de « dégager » le contenu des dispositions de la législation ordinaire*. La Cour constitutionnelle fédérale n'envisage dès lors pas les limites d'un tel procédé dans les critères fonctionnels tirés du rôle de la Constitution prise soit en tant que norme de contrôle soit comme norme « de fond » à l'égard de l'ordre juridique infra-constitutionnel. Elle voit ces limites exclusivement dans la relation aux règles traditionnelles d'interprétation appliquées à la loi ordinaire qui doit être interprétée conformément à la Constitution : cette interprétation conforme à la Constitution n'est pas possible si elle va à l'encontre « de la lettre et du sens » de la loi[18], ou encore à l'encontre du « but poursuivi par le législateur »[19]. Pourtant, si des normes constitutionnelles doivent être utilisées pour les besoins de la concrétisation non pas seulement en tant que normes de contrôle mais, en même temps, comme des normes de fond déterminant le contenu de normes infra-constitutionnelles, encore faudrait-il que l'on ait justifié le fait que c'est non seulement le texte de la norme infra-constitutionnelle mais aussi, de la même

[17] Par ex. : BVerfGE 11, 168 (190).
[18] BVerfGE 2, 380 (398) ; 18, 97 (111).
[19] Par ex. : BVerfGE 8, 28 (34).

* Il faut comprendre ici que dans le cadre de l'interprétation conforme à la Constitution, qui rejoint la technique du Conseil constitutionnel français de la « conformité sous réserves », la Constitution doit être en principe utilisée comme norme de contrôle auquel cas une fois la norme *infra*-constitutionnelle interprétée et concrétisée, *sans intervention du droit constitutionnel*, si plusieurs résultats alternatifs se révèlent être possibles, le juge choisit celui qui est en confromité avec la Constitution. Mais la Cour est allée plus loin en prenant le droit constitutionnel comme norme « de fond » (*Sachnorm*) et en interprétant la loi tout en intégrant à cette interprétation des normes constitutionnelles. Le droit constitutionnel ne sert plus à sélectionner une solution acquise sans son intervention, mais à déterminer le contenu même de la loi. On en trouvera un exemple, s'agissant de la mise en œuvre de la liberté de réunion dans la décision du 23 octobre 1991 de la Cour constitutionnelle fédérale (commentée par O. Jouanjan, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1991, p. 380). *(N.d.T.)*

façon, son « sens » ou son « but » qui imposent des limites à l'admissibilité de ce procédé.

Aspects de la concrétisation factuellement déterminés

Cette différence entre, d'une part, les possibilités et l'état de la réflexion relativement aux conceptions traditionnelles de l'interprétation et, d'autre part, la réalité de ce qu'accomplit la pratique de la Cour constitutionnelle fédérale, cette différence est la plus tangible lorsqu'il s'agit de ces éléments de décision et de motivation qui — pour le dire dans la terminologie traditionnelle — ne sont pas tirés des normes, mais de la réalité.

La nature des choses

La masse volumineuse de la pratique jurisprudentielle caractérisée par l'utilisation de facteurs tirés de la « réalité » commence avec ce groupe de décisions dans lesquelles la *nature des choses*, ainsi qu'on l'appelle, est prise en considération par le juge constitutionnel. La Cour utilise la « nature des choses » à l'appui de la concrétisation du principe de la prohibition de l'arbitraire ainsi que comme critère de la cohérence systématique d'une réglementation législative globale[20]. Dans tous ces cas, il s'agit non pas d'un critère véritable, qui pourrait être méthodiquement décrit, mais seulement de la prise en considération, en général, des données sociales réelles qui forment le contexte du cas d'espèce à résoudre. La Cour arguë de la « nature des choses » comme d'un slogan remplaçable et, en vérité, dépourvu de fonctions. C'est ainsi, par exemple, que le principe d'égalité n'est violé que lorsque la disposition contrôlée doit être qualifiée d'arbitraire, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut trouver « un fondement raisonnable, tiré de la nature des choses, ou de quelque manière objectivement plausible à la base de la différence ou de l'identité de traitement opérée par la loi »[21]. Que ce critère de la « nature des choses » trouve son

[20] Par exemple : BVerfGE 1, 141 ; 1, 246 et s. ; 6, 77 ; 6, 84 ; 7, 153 ; 9, 349 ; 11, 318 et s. ; 12, 349 ; 13, 313. Voir sur ce point : *Rinck*. (Le lecteur français peut se reporter également, sur ce sujet, à : Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, Paris, 1992, not. p. 133 et s., p. 242 et s. *N.d.T.*)
[21] Par ex. : BVerfGE 1, 14 (52) ; 12, 341 (348). Les clauses générales telles que l'art. 3 al.1 LF sont dans leur forme générale — davantage que les droits fondamentaux spécifiques — des textes de normes vagues. Leur concrétisation est fortement dépendante du programme normatif d'autres dispositions. Concernant la structure de l'« application » de l'art. 3 al. 1 LF : *Müller* VIII, p. 100 et s. ; *Müller* IX,

fondement dans la réalité sociale plutôt que dans la teneur formelle d'une figure méthodique, c'est encore plus net là où la Cour constitutionnelle fédérale exige du législateur, au nom du principe d'égalité, non seulement que les éléments de fait (*Tatbestände*) tels qu'ils sont conçus par la loi soient traités également, mais aussi que, bien plus, le choix de ces éléments constitutifs qui déterminent l'application d'une réglementation légale procède d'une appréciation non arbitraire, objective, qu'il soit opéré d'après les points de vue « qui découlent de la nature des réalités vécues qui doivent faire l'objet de la réglementation » [22]. De façon similaire, la « nature des choses » sert de notion générique à la Cour constitutionnelle fédérale pour désigner l'ensemble de ses considérations relatives à la structure immanente de ces secteurs de la vie sociale présentés comme fermés sur eux-mêmes, ou bien de ces domaines du droit ordonnés ou « systèmes ordonnés » [23]. C'est comme de tels « systèmes ordonnés » que sont traités, par exemple, le droit des ordres professionnels comparables, le droit des assurances sociales, le droit de l'aide sociale aux chômeurs ou de la péréquation financière, le droit fiscal, le droit disciplinaire ou encore le droit électoral [24]. Ici encore, la « nature des choses » apparaît, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, non pas comme un instrument méthodique original destiné à découvrir le sens et l'objectif d'une réglementation législative d'ensemble, mais plus simplement comme une métaphore renvoyant à la relation qu'entretiennent les données objectives et les réglementations légales, mais une relation qui est appréciée selon des procédés variables.

Autres éléments factuels

Allant encore beaucoup plus loin, la Cour constitutionnelle fédérale utilise dans une très large mesure des éléments qui ne sont compatibles ni avec les règles d'interprétation canoniques de Savigny, ni avec la représentation de la norme qui en constitue le fondement. Ainsi de la nécessité d'arriver à un résul-

p. 15 et s. A propos de la distinction entre les clauses générales et les droits fondamentaux : *ibid.*, p. 13 et s., et *infra* p. 362 et s. Sur les clauses générales conçues selon un « modèle théorique général : *Teubner* II. (Sur les modalités d'application du principe général d'égalité (art. 3 al. 1 LF) : O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 229 et s. *N.d.T.*)

[22] BVerfGE 4, 243.

[23] Not. : BVerfGE 9, 349 et s. ; 11, 293.

[24] BVerfGE 9, 349 et s. ; 11, 324 et s. ; 11, 292 et s. ; 11, 318 et s. ; 9, 28 et s. ; 1, 141 ; 6, 77 ; 12, 349 ; 13, 331 ; 7, 253 ; 1, 246 ; 6, 84 ; 11, 362. (Voir sur ce point : O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 243 et s., p. 283 et s. *N.d.T.*)

tat concrètement approprié [25] ; de la possibilité d'un changement de signification d'une norme constitutionnelle en raison d'un changement de fait au sein du monde social [26] ; de la signification constitutive qui revient aux circonstances de l'espèce qui doit être réglée par la norme et la décision, de la prise en considération des contextes historique, politique ou sociologique comme autant d'aspects qui, en dernière analyse, soutiennent la décision [27]. On ne veut certes pas ainsi méconnaître que les méthodes traditionnelles d'interprétation portent déjà en elles de nombreuses possibilités (toutefois irréfléchies et inavouées) d'intégrer des éléments de fait dans la décision concrète. Cependant 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. Les cas dans lesquels la Cour constitutionnelle fédérale, sans thématiser les problèmes théoriques et méthodiques qui se posent alors, utilise des éléments factuels insusceptibles d'être rattachés à une « norme » au sens traditionnel pour en faire des parties intégrantes du processus de concrétisation, de tels cas sont les preuves indiscutables de la nécessité d'exposer plus ouvertement les conditions d'utilisation de tels éléments. Les cas de ce type montrent dans l'ensemble combien le programme qui consiste à vouloir s'en tenir aux moyens traditionnels d'interprétation est illusoire au regard des problèmes posés par la pratique. Ils montrent que le discours des méthodes traditionnelles ne permet plus même de cacher ou masquer les procédés de concrétisation tels qu'ils sont en réalité pratiqués. Ils montrent enfin que les procédés actuels de concrétisation de la Constitution, tels qu'ils sont chaque jour mis en œuvre, sont aussi l'occasion de remettre en question la conception traditionnelle de la norme juridique et de son « application ».

[25] Par ex. : BVerfGE 1, 208 (239) ; 1, 164 (275) ; 4, 322 (328 et s.) ; 6, 309 (352) ; 12, 45 (56).

[26] Par ex. : BVerfGE 2, 380 (401) ; 3, 407 (422) ; 7, 342 (351) ; 59, 336 (356 et s.) ; 74, 297 (350 et s., 354). S'agissant du changement subi par une norme en raison des modifications affectant les faits du *champ normatif* : BVerfGE 34, 269 (288 et s.) (avec en outre prise en compte du facteur de la distance temporelle entre la genèse et l'application) ; ces considérations restent cependant encore trop indifférenciées du point de vue méthodologique. Tirés de la jurisprudence d'autres juridictions : Cour constitutionnelle bavaroise, E 20, 36 (44 et s.) ; Cour administrative fédérale, *in* MDR 1968, p. 532 (n'est pas exempt de reproches). Sur les *limites* : *infra* p. 239 et s., p. 330 et s. ; *Fiedler*, p. 50 et s. ; *Hesse* III, p. 136 et s. Voir aussi : *Schenke*, p. 577 et s., p. 588 et s.

[27] BVerfGE 1, 14, 32 et s. ; 1, 144 (148 et s.) ; 1, 208 (209) ; 1, 264 (275) ; 3, 58 (85) ; 3, 225 (231) ; 4, 322 (328 et s.) ; 5, 85 (129 et s.) ; 6, 132 et s. ; 6, 309 (352) ; 7, 377 (397) ; 9, 305 (323 et s.) ; 12, 45 (56) ; 12, 205 et s. Voir également : BVerfGE 15, 126 (133 et s.) : le renoncement à la méthode traditionnelle est ici concédé à la suite de quoi le juge revient à la structure factuelle du champ normatif de l'art. 134 al. 4 LF. Comparable : BVerfGE 29, 183 (189 et s., 191 et s) (Expulsion/Droit d'asile) : « comparaison » du « déroulement des existences qui doivent être examinées ». On trouve chez *Philippi* une contribution minutieuse à la recherche empirique des essais d'analyses en termes de champs normatifs auxquelles se livre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, sans toutefois que cette contribution repose sur un travail proprement *méthodologique*.

Sur le rôle des éléments factuels

L'analyse de la jurisprudence constitutionnelle invite à l'abandon de la conception traditionnelle. Ni les règles d'interprétation traditionnelles, que professe la Cour constitutionnelle fédérale dans une jurisprudence constante, mais qu'en même temps elle enfreint dans une jurisprudence non moins constante, ni la « nature des choses » non plus que les autres aspects méthodologiques ou théoriques qu'elle développe ne suffisent à une telle analyse. Il faut bien davantage, à chaque fois, s'attacher à dégager l'élément normatif — qui diffère souvent des termes mêmes de la motivation juridictionnelle — qui décide objectivement de l'espèce, cet élément qui donc ne saurait être écarté du raisonnement sans entraîner un modification essentielle du résultat. Il devient alors évident que bon nombre de facteurs normatifs additionnels jouent un rôle — même occultés par la rhétorique et le style de la méthodologie juridique traditionnelle. Pour leur majeure partie, ces facteurs sont tirés de ce domaine que l'on a traditionnellement l'habitude de généraliser sous l'étiquette de « réalité » et d'opposer à la « norme juridique », mais qui, dans la réalité du processus de concrétisation, est traité comme un élément constitutif de la norme qui soutient la décision. On ne vise pas par là des décisions incorrectes, contraires aux normes. Ces composants « de la » réalité utilisés comme éléments normatifs ne se confondent pas davantage avec les caractéristiques des circonstances de l'espèce à juger. Ils sont plus généraux que les éléments constitutifs des circonstances d'une espèce, ils en dépassent, du point de vue typologique, les données purement casuelles et ils co-déterminent la concrétisation de la norme juridique.

De tels éléments de décision vont depuis le fait de tourner la lettre d'un texte en s'en remettant exclusivement aux représentations subjectives du législateur, et ce dans le cadre de la méthode traditionnelle, jusqu'à l'introduction directe, au sein de l'ensemble des motifs et de leur exposé, de résultats partiels d'ordre politologique, économique, sociologique, statistique ou autre — ce qui, dans chaque cas particulier, peut se produire conformément ou non à la norme. Des éléments de cette sorte ou de nature analogue traversent l'ensemble de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, on les retrouve dans les décisions de types les plus divers. On peut mentionner, en forme d'inventaire : les jugements rendus relativement au principe général d'égalité interprété comme une clause générale renvoyant à des données factuelles ; les jugements concernant les principes constitutionnels spéciaux d'égalité et de non-discrimination, tels que l'égalité électorale, l'égalité des chances entre les partis politiques, l'égalité des droits entre les sexes, la justice fiscale, etc. ; les jugements relatifs à la spécialité de ce qu'il est convenu d'appeler les droits fondamentaux spéciaux (*Einzelgrundrechte*)* ; ceux relatifs à la concrétisation de principes tels que celui du droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité entendu comme liberté générale d'agir ; ceux qui s'attachent à la fondation dogmatique des garanties d'institutions (*Institutsgarantien*) et garanties institutionnelles (*institutionelle Garantien*)** ; les jugements qui reconnaissent un changement des normes ou de la constitution produit en raison d'une modification des structures de la réalité normée ; ceux qui constatent l'interdépendance des droits civil et pénal et du droit constitutionnel ; les jugements relatifs au respect du principe de proportionnalité dans la mise en œuvre et la restriction législatives des droits fondamentaux ; ceux qui concernent la structure de la démocratie pluraliste, l'adjonction aux aspects axiologiques contenus dans les clauses générales de constatations empiriques constitutionnellement pertinentes, la portée et la délimitation réciproque de règles constitutionnelles de compétence ; les décisions qui renoncent expressément à utiliser les règles traditionnelles d'interprétation pour la concrétisation de dispositions constitutionnelles, qui tranchent de la portée ou de l'absence de portée normative des considérations de politique étatique ; celles qui touchent à la rationalisation du bilan entre biens constitutionnellement protégés (*verfassungsrechtliche Güterabwägung*) ; les jugements relatif à la différenciation matérielle au sein d'un « ordre objectif de valeurs » éventuellement intégré au droit positif par la loi

* Il s'agit des libertés spéciales qui se démarquent spécifiquement du principe général de la liberté d'agir (voir *infra* p. 86 et s.) *(N.d.T.)*

** La théorie des garanties institutionnelles a été surtout systématisée par Carl Schmitt sous la République de Weimar (même si cette conception avait déjà été introduite par Martin Wolff dès 1923). Schmitt, inspiré d'Hauriou, s'attachait à distinguer les droits fondamentaux, droits subjectifs destinés à protéger des sphères de liberté individuelle vis-à-vis de l'Etat, des garanties institutionnelles consistants en des principes objectifs limitant l'action du législateur même dans son activité normatrice à l'égard d'institutions publiques, telles que l'autonomie d'administration des communes — garanties institutionnelles, au sens restreint — ou privées (mariage, famille...) — dénommées garanties d'institutions. Voir, en français : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, cette collection, 1993, p. 308 et s. Aujourd'hui, il ne s'agit pas tant de distinguer les garanties institutionnelles des droits fondamentaux que de reconnaître des garanties institutionnelles, objectives, au sein même des droits fondamentaux, subjectifs. Cette méthode a été utilisée par la Cour constitutionnelle fédérale concernant notamment la protection de la famille et du mariage (BVerfGE 10, 59), de la liberté de la presse (BVerfGE 12, 205), de la liberté de la science (BVerfGE 35, 79) ou encore de la propriété (BVerfGE 24, 367). Sur l'état actuel de la question, on consultera notamment : A. Bleckmann, *Staatsrecht II — Die Grundrechte*, Carl Heymann, Köln *et al.*, 3e éd., 1989, p. 221 et s. Quant au fait que l'argumentation de la Cour relativement à cette conception institutionnelle des droits fondamentaux intègre des éléments factuels co-normatifs au sens de F. Müller, cela est particulièrement net dans la décision précitée relative à la protection de la famille et du mariage (BVerfGE 10, 59 (66)) : « Quant à savoir quels sont les principes de structure qui déterminent ces deux institutions, cela découle tout d'abord de l'ordonnancement de la vie *extrajuridique* » (nous soulignons) *(N.d.T.)*

fondamentale ; ces décisions enfin qui traitent des présupposés théoriques de la pratique de la juridiction constitutionnelle [28].

Eléments factuels des droits fondamentaux

La jurisprudence constitutionnelle relative aux droits fondamentaux n'est pas la dernière à contenir certaines particularités et certains éléments qui excèdent les méthodes traditionnelles. Les droits fondamentaux se révèlent être, dans la pratique, des prescriptions particulièrement fortement déterminés par les aspects factuels. Lorsqu'il a affaire à ces droits fondamentaux, le juge traite comme une partie de la norme elle-même cette partie de la réalité rattachée à la norme et qui en forme le soubassement, sans pour autant apporter sur ce point de réflexion de théorie (de la norme) juridique. Si l'on ne se pose pas, au plan général de la théorie juridique, la question de savoir ce qu'« est » une norme, mais que l'on s'interroge plutôt sur les conditions de fond de la réalisation pratique du droit qui précèdent l'ensemble des éléments méthodologiques particuliers, il en résulte ce qui suit : est « normatif », au sens plein du terme, tout ce qui détermine le cas d'espèce, tout ce qui oriente la solution de ce cas. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale consacrée aux droits fondamentaux fait ainsi apparaître, à un degré élevé, ces éléments de ce que, en tant que « réalité », on a l'habitude d'opposer à la « norme ». Les éléments structurels, produits ou non par le droit, qui caractérisent chacun des fragments de la vie individuelle et sociale protégés par un droit fondamental, offrent en abondance ces aspects factuels indispensables à la pratique de la justice constitutionnelle et qui constituent souvent le véritable moment décisif d'un cas.

Dans le jugement de la première chambre rendu à propos de la réclusion criminelle à perpétuité [29], la Cour commence par exposer le programme normatif de l'art. 1 al. 1 phrase 1 L.F.*. Puis, à la lumière des rapports d'expertise présentés, elle expose l'ensemble des répercussions que la réclusion perpétuelle produit sur la personnalité des détenus. Ces données réelles font partie, en tout

[28] Voir : *Müller* I, p. 114 et s. ; *Müller* II. Dans une moindre mesure, cela vaut également pour la jurisprudence administrative. C'est ainsi par exemple que la Cour administrative fédérale (BVerwGE 36, 192 (214 et s.)) range à juste titre, dans le cadre de l'interprétation génétique et concernant des aspects de droit procédural, l'intégration de « processus réels » parmi les éléments de « découverte du droit » (*Rechtsfindung*). Toutefois, le discours habituel de la « volonté du législateur » reste impensé : mêmes réf. Voir en outre, par ex. : BVerwGE 37, 252.

[29] BVerfGE 45, 187 (227 et s., 229 et s.).

* « La dignité de l'être humain est intangible ». *(N.d.T.)*

état de cause, du champ factuel du droit fondamental au repect de la dignité humaine. Pour autant que ces conséquences n'apparaissent pas compatibles avec la dignité humaine de l'art. 1 al. 1 L.F., on en reste à leur qualité de facteurs du champ factuel. La chambre, par contre, développe les éléments du champ normatif de la dignité humaine dans l'exécution des peines privatives de liberté à vie sous la forme de facteurs produits par le droit, ou devant encore être produits par le droit (réglementation législative des conditions dans lesquelles il peut être mis un terme à l'application d'une peine privative de liberté à vie) [30].

Les conséquences d'une privation de liberté doivent être autrement qualifiées lorsqu'on les apprécie à la lumière d'un autre programme normatif. Il s'agit ici, en dessous du droit constitutionnel, essentiellement de celui du § 211 al. 1 du Code pénal*. Ces conséquences sont compatibles avec le programme normatif de la disposition du droit pénal et aussi — selon à chaque fois les données du cas d'espèce — décisives pour sa concrétisation. En tant qu'éléments du *champ normatif* de la disposition *législative*, ces conséquences sont susceptibles d'être appréciées au regard de la dignité humaine de l'art. 1 al. 1 L.F., une norme qui, pour des raisons tirées du droit positif (du principe de l'Etat de droit) possède un rang supérieur. L'appréciation concomitante des conséquences de la privation de liberté en tant qu'éléments du *champ factuel* du *droit fondamental* au respect de la dignité humaine n'en est pas affectée dans un cas comme celui-ci.

La pertinence pour la décision de ces aspects factuels est encore démontrée par la nécessité non seulement de contrôler la constitutionnalité des atteintes portées au droit à l'intégrité physique garanti à l'art. 2 al. 2 L.F. au regard de dispositions de rang constitutionnel telles que l'interdiction des mesures excessives (*Übermaßverbot*) mais en même temps d'apprécier, d'un point de vue médical, les caractères et conséquences de telles atteintes et ce dans la perspective du programme normatif posé par le droit fondamental [31]. La même

[30] Ibid., p. 242 et s. (Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle exige en effet que soit adoptée une réglementation législative générale qui définisse les conditions dans lesquelles l'exécution de la peine pourra être interrompue, le droit de grâce, du fait de son caractère purement discrétionnaire, n'étant pas suffisant pour permettre au détenu de nourrir un espoir raisonnable de libération. L'existence d'un tel espoir est nécessaire au regard du respect de la dignité humaine dans la mesure où les données de fait (psychologiques ou physiques) montrent que son absence place le prisonnier dans une situation excessivement insupportable. *N.d.T.*)

[31] BVerfGE 16, 194 (198 et s.) ; 17, 108 (115 et s.). (Ainsi dans la décision 16, 194, la Cour constate une atteinte à l'intégrité physique de la personne dans la pratique d'une ponction lombaire du fait que celle-ci provoque des douleurs et des nausées. *N.d.T.*)

* Qui prévoit la réclusion criminelle à perpétuité pour meurtre *(N.d.T.)*.

remarque vaut également pour des matières telles que la liberté de croyance, de conscience et de profession de foi religieuse et philosophique. Ainsi lorsque la Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision portant sur la question du refus du service armé en temps de guerre, analyse la structure fondamentale de la décision de conscience — une partie donc du champ normatif de l'art. 4 al. 1 L.F. — dans ses critères objectifs essentiels, au regard de son caractère subjectivement obligatoire, du fait qu'elle est liée à une situation concrète ainsi qu'à des normes [32]. Ou bien encore lorsque, à l'occasion d'une décision relative au refus d'accomplir le service civil de remplacement, la Cour analyse la spécialité des règles de l'art. 12 (a) al. 2 et du droit fondamental posé à l'art. 4 al. 3 L.F. par rapport à la règle générale de l'art. 4 al. 1 L.F.* en se fondant sur la spécialité thématique des champs normatifs en question par rapport à celui de la liberté générale de conscience [33]. Ou bien enfin, à propos de la question de l'imposition des activités commerciales se rapportant à l'exercice collectif d'une religion, lorsque la Cour cherche à délimiter les zones périphériques, neutres du point de vue religieux, du champ normatif de la liberté des cultes à l'aide du critère de la proximité objective** [34].

[32] BVerfGE 12, 45 (55). Approfondissant la question de l'analyse du champ normatif de la liberté de conscience : *Klier*. (On citera les extraits ici intéressants de la décision citée : « Une décision de conscience — cela découle de sa nature — est toujours prise eu égard à une situation déterminée dans laquelle il devient impérieux de prendre une décision intime ; l'appel de la consience morale est entendu par l'individu comme une décision éthique et absolument obligatoire quant au comportement qu'il doit adopter. En ce sens, la décision de conscience est essentiellement et constamment « liée à une situation » ; on ne néglige pas, de la sorte, le fait qu'elle est en même temps « liée à des normes », par exemple lorsqu'est en jeu la préservation d'une conviction philosophique fondamentale ou d'une attitude dictée par la foi (...). Doit être ainsi regardée comme une décision de conscience toute décision éthique grave — c'est-à-dire déterminée par les catégories du « bien » et du « mal » — par laquelle l'individu placé dans une situation particulière s'estime, en son for intérieur, inconditionnellement lié de sorte qu'il ne saurait agir en contradiction avec elle sans une grave crise de conscience ». On voit que la Cour se livre ici à une véritable phénoménologie de la conscience morale. *N.d.T.*)

[33] BVerfGE 19, 135 (138).

[34] BVerfGE 19, 129 (133). La décision de la Cour constitutionnelle fédérale rendue sur la question d'un crucifix placé dans la salle d'audience d'un tribunal (BVerfGE 35, 366) présente une curiosité (bien

* Art. 4 al. 1 L.F. : « La liberté de croyance et de conscience et la liberté de profession de foi religieuse et philosophique sont inviolables ». Art. 4 al. 3 L.F. : « Nul ne doit être astreint, contre sa conscience, au service militaire armé. Les modalités feront l'objet d'une loi fédérale ». Art. 12 (a) al. 2 : « Quiconque, pour des motifs de conscience, refuse d'accomplir le service militaire armé, peut être astreint à un service en tenant lieu. La durée du service de remplacement ne doit pas dépasser la durée du service militaire. Les modalités seront réglées par une loi qui ne doit pas entraver la liberté de conscience et qui doit prévoir aussi la possibilité d'un service de remplacement n'ayant aucun rapport avec les forces armées et le corps fédéral des gardes-frontières ». *(N.d.T.)*

** Dans cette affaire la Cour a décidé que l'imposition d'activités commerciales « annexes », qui « servent indirectement à l'exercice de la religion », telles que la vente de boissons et nourriture ou la location de logements en relation avec la pratique du culte ne contrevenait pas à l'art. 4 al. 2 LF qui garantit le libre exercice du culte. *(N.d.T.)*

Article 5 de la Loi fondamentale. — L'examen par le juge constitutionnel d'un lien spécifique entre les garanties individuelles et institutionnelles [35], la légitimation d'une position juridique particulière reconnue à la presse au nom de ses missions au sein d'un Etat démocratique [36] — et de laquelle il faudrait rapprocher l'étude structurelle de l'ordre démocratique et libéral dans le jugement sur le financement des partis politiques [37] — tels sont, par exemple, les résultats d'une analyse pertinente du champ normatif de la liberté de la presse. A propos d'une partie concrètement circonscrite du champ normatif de la liberté d'opinion, à savoir l'organisation de l'offre de programmes audiovisuels, la Cour constitutionnelle fédérale a formulé, dans son jugement « Télévision » du 28 février 1961, des directives fondamentales relativement à l'organisation de la radiodiffusion sur la base de réflexions minutieuses consacrées à la structure même de ce média [38].

Dans ce qu'il est convenu d'appeler la cinquième décision « Audiovisuel » [39], la Cour constitutionnelle fédérale s'est livrée à des considérations,

qu'elle soit correcte dans son résultat) : la chambre se borne à aborder l'art. 4 L.F. comme un droit subjectif, car une analyse du champ normatif — qui découlerait d'un contrôle opéré au regard du droit objectif — exigerait « outre des recherches concernant l'histoire du droit et de la justice, d'entrer dans le détail des diverses situations et conceptions philosophiques qui prédominent dans les différentes partie du territoire de la République fédérale » et de telles recherches seraient parfaitement superflues au regard de la « portée de l'espèce qui doit faire présentement l'objet d'une décision » (ibid., p. 374 ets.).

[35] Voir déjà : BVerfGE 10, 118 (121) ; 15, 223 (225).

[36] BVerfGE 20, 162 (175 et s.) ; voir aussi : BVerfGE 66, 116 (134 et s.). — On trouve des arguments tirés du champ normatif (« champs propres d'expérience et de contrôle », « champs politiques et économiques non-transparents ») dans la décision relative à la liberté d'opinion dans son rapport avec les assertions dénigrantes : BVerfGE 85, 1 (21 et s.) (Cette décision est commentée par O. Jouanjan, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1991, p. 378 et s. *N.d.T.*) — Certains aspects du champ normatif (« champ de protection ») de la liberté d'opinion sont discutés en fonction de l'expérience scientifique (ici : science du langage) dans BVerfGE 85, 23 (31 et s.) (sur la distinction question et proposition de forme interrogative dans leurs rapport à la notion d'opinion au sens de l'art. 5 al. 1 phrase 1 LF) (La notion de question ne recoupe pas celle de forme interrogative : il peut exister de véritables affirmations sous forme interrogatives comme de véritables questions sous forme affirmative. Sur cette décision, O. Jouanjan, *ibid.*, p. 379. *N.d.T.*)

[37] BVerfGE 20, 56 (97 et s.) ; également : BVerfGE 24, 300 (335 et s.). (L'ensemble des décisions relatives au financements publics et privés des partis politiques reposent sur des analyses très fouillées des conditions concrètes dans lesquelles les partis politiques qui participent à la formation de la volonté politique du peuple et non de l'Etat (programme normatif de l'art. 21 LF) peuvent développer leur activité à la fois suffisamment (avec les moyens matériels nécessaires) et de façon libre par rapport à l'Etat (« *Staatsfreiheit* ») (considérations qui, dégagées à partir du programme normatif de l'art. 21, forment le champ normatif des normes applicables à la question du financement). Voir, pour l'importante décision du 9 avril 1992 : Y.-M. Doublet, *Rev. fr. dr. constit.*, n° 15, 1993, p. 663 et s. La jurisprudence relative aux partis politique et celle concernant la liberté de la presse se rejoignent dans l'analyse des conditions d'une libre formation de l'opinion publique dans une société pluraliste. *N.d.T.*)

[38] BVerfGE 12, 205 et s. — Ebauches d'*analyses en terme de champ normatif*, avec toutefois des incorrections méthodologiques : BVerfGE 31, 314 (325 et s., 327 et s.) (« établissements de radiodiffusion/taxe sur le chiffre d'affaire ») ; BVerfGE 35, 79 (109 et s., 117 et s., 121 et s., 124 et s.) ; enfin, dans la décision « Lebach », BVerfGE 35, 202 (222, 226 et s., 228 et s.).

[39] BVerfGE 74, 297 et s.

et cette fois parfaitement explicites, sur le champ normatif de ce droit fondamental. Le changement de signification subi par ce dernier est ici directement tiré des changements dans les circonstances de fait qui ont affecté le champ normatif : « Le contenu et la portée des dispositions constitutionnelles dépendent (aussi) de leur champ normatif ; leur signification peut changer du fait de modifications intervenues à l'intérieur de ce champ » [40]. La Cour est alors amenée, par l'analyse du champ normatif de l'art. 5 al. 1 phrase 2 L.F., à distinguer entre la « radiodiffusion traditionnelle » et les « services de communication similaires à celui de la radiodiffusion ». La comparaison des technique de retransmission, des contenus de programmes et des situations des participants au processus de communication sert à justifier l'incorporation de ces « services de communication similaires » au champ normatif de la liberté de la radiodiffusion [41].

Deux décisions de principe rendues par la Cour constitutionnelle fédérale sur la matière des droits fondamentaux sont particulièrement remarquables par le fait que l'intégration de données réelles dans le processus de concrétisation n'y est pas dans son utilité bornée au cas d'espèce. De manière exemplaire, ces décision condensent au contraire les résultats de cette intégration en principes dogmatiques susceptibles d'être généralisés. Il s'agit, d'une part, de la décision « Mephisto », rendue en 1971, et, d'autre part, de la décision de 1978 rendue à propos de la loi sur l'université du Land de Hesse [42].

A propos de la liberté de l'art*, la chambre de la Cour fait, dans l'affaire « Mephisto », de la teneur matérielle du champ normatif d'un droit fondamental, méthodiquement et dogmatiquement précisée, la base d'une *dogmatique régionale* et ouvre de la sorte la porte à une concrétisation différenciée de la

[40] *Ibid.*, p. 350. Voir sur ce point déjà : BVerfGE 73, 118 (154) : « S'agissant d'apprécier les exigences qui (...)s'imposent à la législation audio-visuelle des Länder, les évolutions modernes dans le domaine de l'audio-visuel (...) ne sauraient être laissées de côté. Une signification leur revient dans le cadre de l'interprétation de cette garantie constitutionnelle : ils font partie (...) des situations vécues concrètes auxquel se rapporte le droit fondamental et à défaut de les y incorporer une interprétation de la liberté audio-visuelle dans toute l'étendue de ses effets normateurs n'apparaît pas possible. »

[41] *Ibid.*, p. 352. A propos du champ normatif de la liberté audiovisuelle, voir aussi : BVerfGE 57,295 (322). On trouve dans *Rossen* une analyse d'ensemble de ce champ normatif. Comparer : BVerfGE 82, 6 et s. (communauté de vie maritale) qui parle de « champ normatif » (p. 12 et s.) ; 83, 238 (302), qui utilise de manière plus vague la notion de « champ social ».

[42] BVerfGE 30, 173 (188 et s.) ; BVerfGE 47, 327 (367 et s.). La décision « Mephisto » se conforme dans ses grandes lignes aux idées émises par *Müller* IV, p. 67 et s. Sur ces deux décisions : *Müller* XVIII, p. 59 et s., 200 et s., 207, 215 et 217. Ajouter : BVerfGE 81, 298 (304 et s.) ; 82, 1 (4).

* Art. 5 al. 3 phrase 1 L.F. : « L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres ».

garantie juridique. La structure de l'activité artistique considérée comme un processus de création fondé sur l'expérience intérieure et extérieure d'un moyen utilisant le langage consciemment expressif des formes, l'inséparabilité des composants inconscients et conscients de ce processus global, le concours des capacités intuitives, créatives et critiques, la différenciabilité du domaine de l'œuvre et du domaine de l'effet*, le rôle de l'artiste, de l'objet d'art et des instances intermédiaires, la distinction des genres artistiques (*künstlerischer Gattungstypen*) [42a] et des autres données réelles, de toutes ces analyses la Cour met en évidence les éléments du champ normatif – même si elle n'utilise pas cette expression – de l'art. 5 al. 3 phrase 1 L.F.. Le rappel de la formule de l'autonomie (*Eigengesetzlichkeit*) de l'art, héritée de l'époque de Weimar, n'est toutefois pas davantage précisée dans le sens de l'identification de la figure des facteurs du champ normatif non-produits par le droit. Par ailleurs, après avoir formulé quelques normes juridiques importantes pour la dogmatique générale des droits fondamentaux, la chambre se replie encore une fois, dans cette affaire, sur une mise en balance nettement moins rationnelle de soit-disant valeurs, ici la liberté de l'art d'une part, la dignité humaine, d'autre part [43].

Cette approche d'une dogmatique régionale des droits fondamentaux, qui s'appuie sur une théorie structurante de la norme, est étendue à la liberté de la science de l'art. 5 al. 3 phrase 1 L.F. dans la décision relative à la loi universitaire du Land de Hesse. Ici aussi, les éléments du champ factuel, qui à la

[42a] Le fait que cette notion (voir : *Müller* IV, not. p. 40 et s., p.116 et s.) ait acquis une influence pratique a donné l'occasion à un magazine économique de lancer ce cri du cœur : « Quo vadis, Allemagne ? » (Innovatio, 5/1991, p. 70). (Cela renvoie à la thèse soutenue en 1969 par F. Müller selon laquelle la notion d'art est essentiellement évolutive et ne saurait en conséquence être saisie pour l'essentiel qu'au moyen d'une analyse du champ normatif. C'est la possibilité de garantir aussi les nouvelles formes (genres) de l'expression artistique. Cette position est adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale. Le magazine cité estimait cette évolution catastrophique. *(N.d.T.)*

[43] BVerfGE 30, 173 (193 et s.). Dans le même sens : BVerfGE 77, 240 (253 et s.) (Publicité pour les œuvres d'art). Pour une discussion de la dogmatique de la liberté de l'art et de la position soutenue par *Müller* IV voir *J. Hoffmann*. Sur le fond de cette tradition de la Cour constitutionnelle : *Müller* III, p. 103 et s. Voir la concrétisation intensive du concept de structure (s'agissant de la liberté de l'art) chez *Erhardt*, p. 82-112 ; voir aussi (*ibid.*, p. 91 et s.) sa confrontation avec la critique adressée au concept. Dans la même ligne, désormais, voir la décision de la Cour fédérale de justice du 21 juin 1990 (« Opus Pistorum » de Henry Miller), *Juristenzeitung* 1990, p. 1137 et s. (à ce sujet : *Jeand'Heur-VII* ; *Maiwald*).

* Dans la décision citée, qui avait trait à la mesure d'interdiction dont avait fait l'objet le roman de Klaus Mann *Mephisto* qui mettait en cause le passé de l'acteur Gustav Grundgens durant la dictature nazie, la Cour distingue le domaine de l'œuvre (*Werkbereich*), c'est-à-dire la sphère du travail artistique, de la sphère de l'effet (*Wirkbereich*), c'est-à-dire l'effet de l'œuvre à l'extérieur, sa réception dans le public. Elle précise que ces deux domaines ainsi différenciés sont également protégés par la garantie de l'art. 5 al. 3 L.F. : BVerfGE 30, 173 (189). *(N.d.T.)*

lumière du programme normatif se révèlent être des éléments du champ normatif et sont traités en tant que tels par la Chambre, sont introduits par référence à une formule analogue, celle de l'« autonomie de la science » (qui vise les manières typiques d'agir qu'empruntent la découverte, l'interprétation et la diffusion des connaissances scientifiques). Le travail scientifique est conçu, selon sa structure, comme la tentative sérieuse et planifiée de recherche de la vérité. L'existence de diverses théories scientifiques, l'inachèvement des efforts de la science, la fonction-clé que joue la science tant pour la réalisation de soi au plan de l'individu que pour le processus social, la scientificisation (*Verwissenschaftlichung*) de nombreux domaines de la vie et l'importance croissante qui en résulte des fonctions de la science pour l'éducation des individus sont en conséquence autant de facteurs du champ normatif. La chambre traite la liberté de la science et la liberté de l'art de la même manière dans la mesure où leurs programmes normatifs sont comparables, mais de manière différente dans la mesure où leurs éléments empiriques sont distincts.

Article 6 de la Loi fondamentale. — De manière trop indéterminée du point de vue méthodologique, mais très minutieusement sur le fond, la Cour constitutionnelle tire, dans sa décision relative à l'éducation sexuelle[43a], certaines données réelles des champs factuels du droit des parents à l'éducation des enfants (art. 6 al. 2 phrase 1 L.F.) et de la mission d'enseignement et d'éducation qui pèse sur l'Etat (art. 7 al. 1 L.F.)*. C'est ainsi qu'elle distingue entre une science de la sexualité qui transmet un savoir et une éductation sexuelle qui transmet des valeurs. La Cour isole encore le rôle des parents dans l'éducation sexuelle des enfants, sa dépendance à l'égard du mode de vie et des conceptions des parents, le rôle de la religion comme facteur social de la morale sexuelle, la diversité des rapports sociaux conditionnés par le comportement sexuel ainsi que les différences factuelles entre l'éducation sexuelle scolaire et celle prodiguée par les parents. Puisque, et dans la mesure où, d'une part, ces facteurs sont compatibles avec les programmes normatifs des art. 7 al. 1 et 6 al. 2 phrase 1 L.F. et, d'autre part, pertinents pour la prise de décision dans l'espèce, ils sont considérés non seulement comme des éléments du champ factuel, mais aussi du champ normatif. La chambre de la Cour les met en jeu

[43a] BVerfGE 47, 66 (70 et s.)

* Art. 6 al. 2 phrase 1 L.F. : « Les soins à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en premier lieu. » Art. 7 al. 1 L.F. : « Tout l'enseignement est placé sous la surveillance de l'Etat. »

afin de préciser le contenu dogmatique du droit des parents à l'éducation de leurs enfants ainsi que de la mission étatique d'enseignement et d'éducation comme pour déterminer aussi le rapport qu'ils entretiennent entre eux.

A propos d'une autre décision, c'est dans une opinion dissidente[44] que les éléments de fait tirés du secteur social de la famille sont certes peu analysés du point de vue méthodologique, mais, en comparaison avec la décision majoritaire, plus rationnellement mis en évidence sur le fond. Il s'agissait là de la question de savoir dans quelle mesure les frais d'une aide ménagère devaient être fiscalement traités différemment au profit de parents professionnellement actifs en fonction du nombre d'enfants. Le juge dissident argumentait sur la base de données réelles tirées des champs factuels de la clause générale d'égalité (art. 3 al. 1 L.F.) comme des droits fondamentaux garantis par les art. 6 al. 1 (protection particulière du mariage et de la famille) et de l'art. 12 al. 1 L.F. (libre choix de la profession). Il entendait ainsi tenir compte par exemple du « chômage actuel des jeunes », de « la situation de fait réservée aux femmes », du rapport entre le traitement fiscal des dépenses engagées pour une aide ménagère et le traitement fiscal général des frais induits par les soins apportés aux enfants, de la comparaison entre les couples de revenus modestes et ceux de revenus élevés. On pouvait ainsi tirer de la réalité trois types de famille (celle où seul le mari exerce une profession, celle où les deux conjoint occupent un emploi, celle enfin du parent isolé) en vue d'examiner plus précisément leur traitement fiscal. Cette *standardisation** des situations factuelles est compatible avec le programme normatif de l'art. 6 al. 1 L.F. et pertinente, dans un cas comme celui-ci, pour la concrétisation de la « protection particulière » qui y est garantie. Elle est donc à ranger non seulement dans le champ factuel, mais aussi dans le champ normatif de ce droit fondamental. Puisque, ici, le programme normatif de la clause générale du principe d'égalité ne met aucun obstacle à une telle qualification, cette standardisation appartient donc, en même temps, pour ce qui concerne l'ensemble des problèmes soulevés par le cas d'espèce, au champ normatif de l'art. 3 al. 1 L.F. (égalité devant la loi)[45].

[44] BVerfGE 47, 1 (34 et s.).

[45] Par contre, le *fait* d'un *traitement fiscal différencié* de ces trois types de famille dans le droit législatif représente un élément du champ *factuel* des art. 3 al. 1, 6 al. 1 et 12 al. 1 phrase 1 L.F.. Quant à savoir si la différenciation du traitement fiscal est compatible avec le programme normatif de ces dispositions constitutionnelles, cela doit précisément être alors vérifié et ne peut être affirmé que comme résultat des normes juridiques et des normes-décisions en question, et non pas déjà lors de la détermination de leur champ normatif.

* Sur la notion de standardisation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Economica, 1992, p. 296 et s. *(N.d.T.)*

Par ailleurs, outre la décision d'inconstitutionnalité des §§ 1628 et 1629 al. 1 du Code civil [46], ce sont surtout les affaires relatives à l'imposition des couples mariés et donc à la signification économique de certains aspects du champ normatif qui présentent une importance particulière pour les champs normatifs des droits fondamentaux du mariage et de la famille. Concernant les parties de ce champ normatif non produites par le droit, la Cour en dégage la « structure essentielle » et, s'agissant de la garantie des dispositions infra-constitutionnelles du droit du mariage et de la famille, elle isole un « noyau dur de normes » (*Normenkern*) [47]. Eu égard à la forme qu'ont traditionnellement prise ces institutions, la Cour constitutionnelle fédérale va si loin qu'elle en vient à vouloir dégager la structure fondamentale du champ normatif de l'art. 6 al. 1 L.F. « en premier lieu à partir de l'ordonnancement extra-juridique de la vie sociale » [48]. Elle vise par là les rapports institutionnels fondamentaux existant entre le mariage et la famille. Mais elle passe outre le fait que ceux-ci sont déjà façonnés par l'ordre juridique, et particulièrement par le droit civil. Ce n'est pas un ordonnancement « extra »-juridique qui circonscrit les principes structurels du mariage et de la famille, mais un ordre co-façonné par le droit et, par ailleurs, questionné dans la perspective du programme normatif constitutionnel de l'art. 6 L.F.. Un autre problème aurait consisté à se demander si les modifications structurelles subies par ces institutions dans la société industrielle n'auraient pas dû être davantage prises en considération.

C'est d'ailleurs ce qui s'est produit, sur une base plus large, à l'occasion de cas qui se présentaient autrement, relativement à l'égalité des droits entre les sexes de l'art. 3 al. 2 L.F.. Dans le droit de l'imposition des revenus, la possibilité de tirer de l'existence du mariage des conséquences juridiques de nature économique est limité dans la mesure où le lien entre les deux doit correspondre à la nature du secteur de la vie sociale ainsi réglé [49], c'est-à-dire, pour nous, à la structure du champ normatif. Celle-ci fournit des points de vue déterminants à la question de la régularité matérielle d'un traitement fiscal particulier adopté par le législateur [50]. Si, dans le droit de la famille comme dans les domaines particuliers de l'aide sociale, la prise en compte de la situation matrimoniale appartient par elle seule à la « nature des choses », donc au champ normatif — ici largement produit par le droit —, il n'en va ainsi, s'agissant de dispositions exclusivement fiscales, qu'à la condition d'une justification objective particulière tirée du champ normatif [51]. Le fait qu'interviennent, dans le droit fiscal, les droits fondamentaux de la protection du mariage et de la famille, ce fait restreint de manière décisive la marge d'appréciation qui est sinon ouverte au législateur et qui lui permet de justifier des différences de traitement et des disposition spéciales à l'aide de motifs tirés de la politique économique, financière ou sociale, de la situation économique ou encore de considérations de pure technique fiscale.

[46] BVerfGE 10, 59 ; voir aussi : BVerfGE 61, 319, (347 et s.) à propos de la question de l'extension du quotient conjugal (*Ehegattensplitting*) aux célibataires ayant charge d'enfants. (Sur le quotient conjugal, voir : Fromont et Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 2, Paris, 1984, p. 212. *N.d.T.*)

[47] BVerfGE 6, 55 (71 et s.).

[48] BVerfGE 10, 59 (66 et s.).

[49] Not. : BVerfGE 17, 210 (219) ; voir déjà : BVerfGE 6, 55 (77) ; 9 237 (247 et s.).

[50] Sur ce point, par ex. : BVerfGE 3, 225 (240) ; 6, 55 (71 et s., 77) ; 9, 237 (247 et s.) ; 10, 59 (73) ; 12, 9 (25) ; 13, 290 (298 et s.) ; 17, 1 (38) ; 17, 210 (217, 218 et s.) ; 18, 257 (268 et s.) ; 18, 97 (110) ; 22, 93 (99) ; 22, 100 (104).

Article 7 de la Loi fondamentale. — Dans le jugement « Aide financière » [52] — la première décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale sur les questions essentielles de l'aide financière aux école privées dans le cadre de l'art. 7 al. 4 L.F. — la Première Chambre reconnaît l'existence une obligation pesant sur les Länder et leur imposant de garantir dans son existence et subventionner le système scolaire privé, à côté de l'école publique.

La Cour met en rapport la formulation du texte de norme tel qu'il résulte de l'art. 7 al. 4 L.F.* et les possibilités réellement existantes d'exercice de ce droit fondamental. Se fondant sur la situation économico-financière dans laquelle se trouve aujourd'hui le système scolaire privé, la Chambre en vient à conclure que ses sources d'auto-financement sont taries : « Dans la mesure où l'art. 7 al. 4 L.F. ne doit pas s'étioler jusqu'à devenir un droit fondamental individuel à la fondation d'écoles privées dépourvu de toute valeur ni une garantie institutionnelle sans utilité » [53], le législateur régional compétent est dans l'obligation d'assurer, dans le droit positif, certaines prestations financières. Ce résultat découle du travail effectué sur les données factuelles pertinentes pour la décision et que la Cour intégre à sa démarche de concrétisation. Le jugement « Aide financière » est particulièrement exemplaire s'agissant de mon-

[51] BVerfGE 6, 55 (79) ; 13, 290 (303).

[52] BVerfGE 75, 40 et s.

[53] Selon les propres termes de la Cour constitutionnelle : BVerfGE 75, 40 (65).

* Art. 7 al. 4 L.F. : « Le droit de fonder des écoles privées est garanti. Les écoles privées qui remplacent des écoles publiques sont soumises à l'approbation de l'Etat et régies par les lois des Länder. L'approbation doit être donnée si les écoles privées ne sont pas inférieures aux écoles publiques en ce qui concerne les buts de leur enseignement, leurs installations ainsi que la formation scientifique de leur personnel enseignant et si elles ne favorisent pas une discrimination entre les élèves fondée sur la situation de fortune des parents. L'approbation doit être refusée si la situation économique et juridique du personnel enseignant n'est pas suffisamment assurée. »

trer ce fait que les droits fondamentaux sont des prescriptions particulièrement fortement déterminées par les éléments concrets. La Cour ne pouvait véritablement entreprendre l'interprétation grammaticale et systématico-grammaticale de l'art. 7 al. 4 L.F. qu'à la condition de prendre en compte les différents éléments du champ normatif « visé » par le programme normatif. La liberté reconnue par la première phrase de cette disposition ne peut être garantie que dans la mesure où sont respectées les conditions d'approbation énumérées aux phrases 3 et 4. Celles-ci se rapportent pour leur part aux conditions réelles qu'une école privée doit remplir par comparaison avec les écoles publiques de la même catégorie. En conséquence, la Cour constitutionnelle ne pouvait décider de la question de savoir si et dans quelle mesure les écoles libres ne sont pas inférieures aux écoles publiques en ce qui concerne leurs installations, leurs buts d'enseignement, etc., qu'en empruntant la voie d'une analyse du champ normatif, c'est-à-dire des situations réelles dans lesquelles se trouve actuellement le système scolaire privé, telles qu'elles sont appréhendées par le programme normatif. La Haute juridiction a ainsi traité de façon conséquente le segment de réalité auquel se réfère le texte de norme de l'art. 7 al. 4 L.F. comme une partie concrète intégrante de cette règle elle-même. En tant qu'elle utilise l'art. 7 al. 4 L.F. comme un modèle d'ordre concrètement déterminé (*sachgeprägtes Ordnungsmodell*), la Cour abandonne par là même cette confusion traditionnelle entre texte de norme et norme.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle fédérale concrétise l'art. 7 al. 4 phrase 1 L.F. comme un cas de garantie d'une intervention publique, c'est-à-dire comme un cas de nécessité dans lequel la possibilité d'exercice d'un droit fondamental n'est plus assurée dans la réalité sociale, de telle sorte que le besoin d'une garantie étatique devient actuel[54]. L'Etat ne saurait ici imposer et aggraver des conditions d'exercice d'un droit fondamental — telles qu'elles résultent de l'art. 7 al. 4 phrases 3 et 4 —, d'une part, et, d'autre part, se placer en contradiction avec les principes du pluralisme et de la liberté scolaire qu'il a lui-même reconnus dans la première phrase de cette même disposition. La solution à cette contradiction ne peut venir que d'une obligation de compensation mise à sa charge, c'est-à-dire une obligation juridique de subventionnement. En ce sens, la Chambre de la Cour constate par le moyen d'une analyse du champ normatif, que le cas d'intervention s'est produit du fait de l'entrée en action (régulière) de l'Etat[55].

[54] Sur cette notion d'« intervention en garantie », voir : *Müller /Pieroth/Fohmann*, not. p. 127 et s. ; Pour les facteurs du champ normatif : BVerfGE 75, 40 (64 et s., 67, 73 et s.).
[55] Sur ce point et plus généralement sur cette décision : *Jeand'heur* I, p. 67 et s.

Article 8 de la Loi fondamentale. — Dans la décision dite *Brokdorf*[56], dans laquelle elle s'intéresse pour la première fois de manière détaillée à l'art. 8 L.F. (liberté de réunion), la Cour constitutionnelle fédérale s'engage dans des considérations approfondies touchant au champ normatif. C'est ainsi que s'agissant des manifestations spontanées, celles qui se forment instantanément pour une occasion soudaine, certaines dispositions de la réglementation relative aux réunions en plein air sont considérées comme étant inapplicables[57]. La Cour discute ensuite du phénomène relativement récent des manifestations de masse. Elle se réfère ici à des exemples concrets (Gorleben-Treck en 1979, Manifestation de la Paix à Bonn en 1981, la chaîne humaine de 1983 dans l'Allemagne du Sud) et constate que ces manifestations, quant à la composition de leur comité d'organisation, à leur préparation et à leur déroulement, se distinguent considérablement des manifestations traditionnelles (par ex., il manque un organisateur chargé de la déclaration qui soit personnellement responsable de l'ensemble de la manifestation, des groupes isolés et des initiatives s'y joignent sans pour autant être liés à l'organisation...)[58].

Les juges s'appuient à cet égard de manière décisive sur les rapports du ministre régional de l'intérieur compétent ainsi que sur ce qu'il est convenu d'appeler les « Rencontres de Stuttgart » auxquelles ont pris part la police, les associations de protection de la nature et les représentants des divers intérêts sociaux[59]. Il est fait obligation aux autorités étatiques de ne pas rester en retrait de ce qu'ont montré les « expériences éprouvées » qui ont pu être accumulées relativement au déroulement pacifique des manifestations de masse[60]. A titre d'exemple la Cour énumère la mise au point des conditions juridiques, les moyens d'éviter les provocations et incitations à l'agressivité, l'isolement des auteurs de violences, une certaine retenue de la puissance publique, l'évitement

[56] BVerfGE 69, 315 et s. (Il s'agissait dans cette affaire de l'interdiction opposée par l'autorité de police à l'organisation d'une manifestation de masse contre la construction d'une centrale nucléaire à Brockdorf, sur l'Elbe au nord de Hambourg. L'interdiction reposait sur le caractère tardif de la déclaration et les menaces à l'ordre public. La Cour précise que la déclaration préalable ne saurait être imposée aux manifestations spontanées sans porter atteinte à la liberté de réunion avant d'étudier les problèmes concrets particuliers que posent les manifestations de masse pour le maintien de l'ordre public. *N.d.T.*)
[57] *Ibid.*, p. 350.
[58] *Ibid.*, p. 357 et s. (Dans ce cas, si l'obligation de déclaration ne tombe pas, la Cour constate que la fonction de la déclaration est modifiée par rapport aux manifestations traditionnelles : elle doit servir à rendre plus étroite la concertation entre l'autorité publique et les divers groupes organisateurs en vue du déroulement pacifique de la manifestation. *N.d.T.*)
[59] *Ibid.*, p. 319, p. 355.
[60] *Ibid.*, p. 316, p. 354.

des réactions excessives ou encore la prise de contact en temps voulus en vue d'une coopération fructueuse entre les organisateurs et la police [61].

Article 9 de la Loi fondamentale. — Les aspects institutionnels de la garantie reconnue à l'art. 6 al. 1 L.F. sont, quant à leur structure, voisins des champs normatifs des droits fondamentaux collectifs, et surtout de la liberté d'association et de la liberté syndicale. S'agissant de l'art. 9 al. 1 LF*, la dénomination du champ normatif « associations et sociétés » peut aider à justifier certaines conclusions relatives à un programme normatif qui n'interdit pas, purement et simplement, dans la limite de règles traditionnelles, les associations obligatoires lorsque la qualité de membre reste de nature relativement impersonnelle, et qui, tout particulièrement, n'interdit pas la participation forcée aux groupements de droit public [62]. A cet égard, c'est bien, pour ce qui concerne la question des associations forcées, à l'art. 9 al. 1 LF qu'il faut s'en tenir en tant que *sedes materiae*, plutôt qu'à l'art. 2 al. 1 LF (libre épanouissement de la personnalité). L'art. 9 al. 1 recouvre aussi la liberté de ne pas s'asssocier (liberté d'association négative). On ne peut résoudre cette question seulement en soulignant la forme juridique spécifique des corporations de droit public pour les exclure du champ normatif de l'art. 9 al. 1 LF et les déclarer ainsi comme ne pouvant être appréciées à la lumière de cette disposition [63].

Dans d'autres décisions, en revanche, la Cour constitutionnelle fédérale a mis en avant à juste titre les questions objectives du champ normatif. C'est ainsi que la notion de « profession libérale » est analysée en tant que notion sociologique historiquement déterminable et comme secteur social actuel, dans ses composantes à la fois factuelles et produites par le droit, le tout sous un angle normatif — la possibilité d'une affiliation obligatoire des médecins à un système d'assurance sociale — [64]. Le résultat de cette analyse est tout à fait décisif pour trancher la question de la constitutionnalité de cette affiliation obligatoire. Certains éléments de fait contrôlables peuvent également être obtenus à partir du champ normatif de la liberté syndicale reconnue à l'art. 9

[61] *Ibid.*, p. 355. — Aspects tirés du champ normatif de l'art. 8 LF également dans BVerfGE 85, 69 (74 et s.) (réunions spontanées/réunions précipitées). (Voir O. Jouanjan, *Annuaire international de justice constitutionnelle* 1991, p. 380. *N.d.T.*)

[62] BVerfGE 10, 89 (102) ; 11, 105 (126). Voir aussi : BVerfGE 10, 354 (361 et s.) ; 12, 319 (323 et s.).

[63] C'est pourtant ce que fait le juge dans BVerfGE 10, 89 (102 et s).

[64] BVerfGE 10, 354 (364, 365, 366 et s., 368 et s.).

* « Tous les Allemands ont le droit de former des associations et des sociétés. » *(N.d.T.)*

al. 3 LF. Ce secteur particulier de la liberté générale d'association est déjà plus précisément délimité à travers l'histoire du droit. C'est ainsi qu'en se fondant sur les évolutions historiques, sur les moments tant produits par le droit que purement factuels du champ normatif de la liberté syndicale, la Cour constitutionnelle fédérale [65] s'est efforcée de dégager les aspects objectifs décisifs pour trancher la question de la reconnaissance de l'autonomie tarifaire à une organisation renonçant au recours au droit de grève*. Si, dans le détail, cette analyse du champ normatif se révèle être problématique, d'un autre côté et à juste titre, la Cour ne perd pas des yeux le point de départ du programme normatif de l'art. 9 al. 3 LF : tenir pour des organisation syndicales les groupements qui, par leur structure, sont à même « de mettre en ordre et pacifier la vie du travail associations avec le partenaire social » [66]. C'est la facticité structurelle d'une partie du champ normatif de l'art. 9 al. 3 LF qui apparaît au tout premier plan de la décision qui déclare compatible avec la Loi fondamentale la capacité tarifaire des corporations et fédérations de corporations [67]. La Cour infirme l'opinion selon laquellle cette capacité tarifaire des corporations seraient incompatible avec la liberté syndicale en allant jusqu'à recourir directement à « la réalité sociale passée et présente » [68]. La Cour se sert également, dans cette décision, d'éléments historiques et actuels, factuels et produits par le droit composant le champ normatif de l'art. 9 al. 3 LF comme de critères normatifs qui lui permettent de voir dans le système de représentation du personnel un noyau dur de l'activité syndicale et d'accorder, dans certaines limites, une protection constitutionnelle à la propagande syndicale préalable aux élections aux comités d'établissement même effectuée sur le lieu et durant le temps de travail [69].

[65] BVerfGE 18, 18 (25 et s.). Voir aussi : BVerfGE 4, 96 (106 et s.).

[66] BVerfGE 18, 18 (27).

[67] BVerfGE 20, 312 (318 et s., 322).

[68] *Ibid.*, p. 319.

[69] BVerfGE 19, 303 (314 et s., 318 et s., 320 et s.). ébauche d'une analyse en termes de champ normatif également dans : BVerfGE 28, 295 (304 et s.) (Contenu de la liberté syndicale). Sur la question de savoir si le droit d'accès syndical aux institutions religieuses est compatible avec le programme normatif et le champ normatif de l'art. 9 al. 3 LF : BVerfGE 57, 220 (245 et s.). A bon droit, au cours

* Si l'activité syndicale est libre, la question des critères de reconnaissance à un groupement syndical de l'« autonomie tarifaire », c'est-à-dire de la capacité à participer à l'élaboration des conventions collectives, est une question d'une particulière difficulté. La doctrine et la Cour constitutionnelle admettent, qu'à défaut de précisions législatives sur ce point, il convient de reconnaître cette capacité tarifaire aux associations syndicales qui présentent des garanties suffisantes leur assurant une influence et une puissance nécessaire à la négociation sociale. C'est dans ce cadre qu'est posée la question de savoir si un syndicat de salariés renonçant à recourir au droit de grève ne se démunit pas ainsi d'un moyen indispensable d'influence interdisant alors à lui reconnaître la capacité tarifaire. *(N.d.T.)*

Article 14 de la Loi fondamentale. — Les aspects de cette nature sont d'autant plus fécond pour l'application pratique du droit qu'en eux se sont sédimentées des formes typiques d'activités sociales, individuelles ou collectives, qui sont en outre supposées, reprises ou encouragées par l'ordre juridique. S'agissant d'un droit fondamental relativement statique comme la garantie de la propriété, les critères fournis par le champ normatif se limitent en revanche à peu près aux données que l'on doit aux recherches et aux conditions économiques, fiscales ou techniques. Ainsi par exemple, dans la jurisprudence de la Cour administrative fédérale relative à l'étranglement fiscal du contribuable [70], ou encore de l'interprétation conforme à la constitution du § 9 al. 1 n° 1 de la loi sur les mutations foncières, un texte qui se réfère à la notion de « répartition malsaine » des terrains. La Cour constitutionnelle fédérale s'appuie, dans cette dernière affaire, sur des considérations approfondies relatives aux différences concrètes entre la propriété foncière et les autres formes du capital ainsi que sur une explicitation des points communs et des divergences entre l'agriculture et la sylviculture ou encore de la signification économique de la forêt. Ces développements mêmes [71] ne se révèlent pas être l'usurpation d'un effet normatif des faits. Ils demeurent à l'intérieur même de la perspective discriminante et décisive de la disposition contitutionnelle rapportée à la question ici posée, à savoir si les buts de politique agraire poursuivis par le législateur ordinaire et la protection recherchée pour ce faire par la disposition particulière de la loi sur les mutations foncières peuvent ou non être encore considérés comme une obligation pesant sur le propriétaire dans un but d'intérêt général au sens de l'art. 14 al. 2 phrase 2 LF*. La Cour apporte à cette question une réponse négative à la lumière du résultat obtenu de l'analyse du champ normatif législatif qui imposait une limitation à l'exercice du droit de propriété qui n'a pas paru exigée « au regard du champ factuel ainsi réglementé ».

Dans la décision sur l'affaire des gravières, la Cour constitutionnelle fédérale soutient l'idée que « la notion de propriété telle qu'elle est garantie par

contre des « limites immanentes » ou « liées aux conditions d'exploitation d'une entreprise » qui seraient apportées à l'art. 10 al. 1 LF : BVerfGE 85, 386 (396 et s.)

[70] BVerwGE 27, 146 (150 et s., 152 et s.).

[71] BVerfGE 21, 73 (80 et s., 84, 86). Voir aussi : BVerfGE 21 (87) ; 21, 92 ; 21, 94 ; 21, 99 ; 21, 102. On trouve la formulation suivante : « au regard du champ factuel ainsi réglementé », dans : BVerfGE 21, 73 (86).

* Art. 14 al. 2 LF : « Propriété oblige. Son usage doit en même temps contribuer au bien public. »

la Constitution doit être recherchée dans la Constitution elle-même » [72]. Bien que l'art. 14 al. 1 LF doive ainsi présenter un champ normatif essentiellement produit par le droit [73], la Cour ne saurait en vérité renoncer, à l'occasion de la concrétisation du contenu de la notion de propriété dans le cadre de l'art. 14 al. 1 et 2 LF, à l'examen des données réelles pertinentes du point de vue normatif. C'est en réalité seulement au moyen d'une analyse véritablement détaillée du champ normatif que la chambre de la Cour parvient à dégager dans toute sa portée le concept de propriété et à le rendre maniable pour la solution de l'espèce [74].

Dans la décision « Cogestion » déjà [75], rendue en 1979, la chambre de la Cour analyse le champ normatif du droit de propriété dans la mesure où le programme normatif de celui-ci protège également les droits de participation déterminés par le droit des sociétés [76]. Il faut à partir de là tenir compte notamment de ce fait — en fonction des règles du droit des sociétés (formes de la société, principe majoritaire) — que les prérogatives garanties par le droit de propriété et reconnues à l'associé peuvent être très variables ; ou bien encore de cet autre fait que l'extension de la cogestion dans l'industrie minière et métallurgique n'avait pas eu d'effets sur le marché du capital, sur la politique des dividende menées par les entreprises ni sur la rentabilité. Ce résultat empirique sert alors à la chambre de point de départ pour établir un pronostique sur les effets que, en dehors du secteur de l'industrie minière et sidérurgique, la loi de 1976 sur la cogestion devrait produire sur la situation patrimoniale des détenteurs de participations. La Cour met enfin en évidence la distinction de valeur sociale entre la propriété de choses et la propriété de participations sociales (comparaison entre le détenteur de parts et l'entrepreneur-propriétaire en fonction du « rapport personnel » et de la « fonction sociale »). Le champ normatif de l'art. 14 al. 1 LF se compose ainsi d'éléments totalement extra-juridiques, d'éléments imprégnés par le droit et d'éléments complètement produits par le droit. La même remarque s'applique au champ normatif de la liberté d'association selon l'art. 9 al. 1 LF tel qu'il est développé dans la décision relativement aux entreprises qui sont cogérées. La Cour analyse la fonction sociale des sociétés de capitaux, de la participation dans celles-ci, et ce

[72] BVerfGE 58, 300 (335).

[73] Dans le même sens : *Höfling*, p. 98.

[74] Voir : BVerfGE 58, 300 (338 et s.).

[75] BVerfGE 50, 290 (336 et s., 354 et s.). (Cette décision était rendue sur de nombreux recours constitutionnels formés contre la loi de 1976 étendant les principes de la cogestion applicables dans le secteur minier et sidérurgique depuis une loi de 1951. *N.d.T.*)

[76] *Ibid.*, p. 342 et s., 347 et s., 348 et s.

par contraste avec la fonction sociale d'autres types de groupements. Elle analyse enfin la relation variable entre hétéronomie et autonomie dans les diverses formes reconnues par le droit des sociétés[77] *.

Article 12 de la Loi fondamentale. — Le champ normatif de l'art. 12 al. 1 LF**, en raison de son caractère protéiforme et imbriqué dans le mouvement de la société, fait de la garantie de la liberté de la profession un exemple privilégié de concrétisation élaborée d'un droit fondamental dans la jurisprudence. Dans la décision sur la liberté d'installation des pharmaciens du 11 juin 1958[78], la Cour développe par exemple une interprétation de cette disposition « qui tient compte à la fois du sens du droit fondamental et de sa portée dans la vie sociale »[79]. Les développements étendus consacrés dans ce jugement à certains composants du champ normatif — droit comparé, enquêtes statistiques, aspects conjoncturels, besoins en investissements, état de la relève professionnelle, repartition des services pharmaceutiques entre la ville et la campagne, calculs de rentabilité, situation respective des spécialités et des préparations magistrales, considérations sur la déontologie des pharmaciens en rapport avec le nombre des installations, etc. — ces développements sont justifiés par la Cour à juste titre par la nécessité de décomposer, à l'aide au besoin d'experts, les pans entiers de la vie sociale — qui ne sont cependant appréhendés que globalement et obscurément en tant qu'« objets » de la loi — en autant d'éléments concrets spécifiques, plus clairement saisissables et envisagés, autant que

[77] Spécialement sur ce point : *ibid.*, p. 357 et s. Prise dans le détail, la décision de la chambre accepte (implicitement) le point de départ général de la doctrine structurante des droits fondamentaux (*ibid.*, p. 357). Elle désigne toutefois, de manière vague, le champ normatif des droits fondamentaux par « champ de protection » ou encore « domaine protégé » [*ibid.*, p. 336 et s., 354 et s., 355 et s. (pour l'art. 9 al. 1 LF)]. Elle analyse le champ normatif de la propriété de parts sociales (art. 14 al. 1 phrase 1 LF) et l'étendue de l'obligation sociale qui peut peser sur elle à l'aide d'éléments produits et non-produits par le droit (*ibid.*, p. 342 et s., 347 et s.) et celui de l'art. 9 al. 1 LF, s'agissant plus précisément de la fonction des sociétés de capitaux, également au moyen d'éléments factuels et juridiquement produits.

[78] BVerfGE 7, 377.

[79] BVerfGE 7, 409.

* La Cour reconnaît en effet que le principe d'autonomie qui interdit que les décisions d'une association lui soit dictée de l'extérieur et qui est inhérent à la liberté d'association ne saurait s'appliquer avec la même rigueur aux sociétés commerciales en raison du fait que dans ce dernier type de groupement l'élément de relation personnelle entre les associés et de libre épanouisssement de la personnalité s'efface derrière la recherche du profit, ce qui les distingue essentiellement des associations à but non lucratif. Les requérants faisaient valoir que la participation aux organes décisionnels de salariés non désignés par les associés portait atteinte au principe d'autonomie des personnes morales. *(N.d.T.)*

** « Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et le lieu où ils reçoivent leur formation professionnelle. L'exercice de la profession peut être réglementé par une loi ou en vertu d'une loi. »

possible, de manière exhaustive. C'est ainsi que la Cour entend rationaliser de façon optimale l'examen de ces secteurs sociaux dans l'optique du contrôle de constitutionnalité[80]. Ce n'est que de cette manière que, selon la Cour, le contenu et la justification objective d'une loi peuvent être appréhendées en écartant les jugements de valeur subjectifs, que les faits sous-jacents à la règle peuvent être rationnellement différenciés et permettre ainsi au juge d'apprécier la probabilité d'hypothétiques rapports de cause à effet au sein du champ normatif. Une telle appréciation relève de l'office du juge constitutionnel, parce que la teneur objective du droit fondamental peut limiter matériellement la liberté normatrice du législateur et qu'à défaut d'une analyse des champs normatifs, la protection des droits fondamentaux contre le législateur serait privée de tous critères objectifs et circonscrits. La « théorie graduelle » développée dans ce jugement intéresse la concrétisation de tout droit fondamental dont le champ normatif — tel celui de l'art. 12 al. 1 LF — montre une gradation de l'intensité de la protection entre différents secteurs de la liberté. Du fait de la non-identité entre la norme et le texte de norme, cette gradation n'a pas à être nécessairement inscrite dans le texte de norme lui-même. Toutefois, le point de départ de ce raisonnement, appliqué à l'art. 12 al. 1 LF, apparaît déjà dans le texte de la disposition sous la forme de la distinction opérée entre choix de la profession et exercice de la profession*.

Ce sont des aspects factuels analogues, des éléments également constitutifs du champ normatif de l'art. 12 al. 1 LF, que la Cour a ultérieurement utilisés de façon décisive : en déclarant, à la suite de considérations relatives à l'image professionnelle du pharmacien d'officine, compatible avec ce droit fondamental l'interdiction de l'activité enseignante[81] ; en cherchant à l'aide de données factuelles à tracer l'image de la profession de représentant en produits vétérinaires[82].

Les éléments constitutifs du champ normatif de la liberté professionnelle, structurellement ordonnés du point de vue du droit constitutionnel, touchent également aux considérations tirées de la politique de transport, des politiques

[80] BVerfGE 7, 410 et s., 412. Pour l'analyse du champ normatif, plus spécialement : p. 413 et s., 417 et s. Ajouter : BVerwGE 2, 85 (87) ; 4, 167 (172 et s.).

[81] BVerfGE 17, 232. Pour l'analyse du champ normatif : p. 239, 240 et s. et 243 et s.

[82] BVerfGE 17, 269 (274 et s., 277, 278).

* Cette théorie graduelle peut s'exprimer ainsi : le législateur peut réglementer tant l'exercice du choix de la profession que les conditions d'exploitation de l'activité ; une telle réglementation touche le plus souvent à ces deux aspects de la liberté professionnelle (liberté d'établissement et liberté d'exploitation) ; plus la norme restreint la liberté d'établissement, plus la marge d'appréciation du législateur est réduite, plus au contraire elle touche à la liberté d'exploitation, plus cette marge est étendue. *(N.d.T.)*

sociale et fiscale, de nombreux résultats statitstiques concernant le tableau et l'évolution du transport de marchandises accompli en tant qu'activité accessoire des entreprises [83] ; ils touchent aussi aux réflexions sur la fonction économique, l'organisation professionnelle et les sources réelles et typiques de dangers dans le domaine du commerce de détail [84] ; on trouve encore de tels éléments s'agissant de l'analyse des situations de droit et de fait d'où découlent les missions et les modalités d'action des chambres de commerce et d'industrie, telles qu'elles résultent du champ normatif de la loi de 1956 portant réglementation provisoire de ce secteur (BGBl I, p. 920) et à partir desquelles est admise, au regard de la Constitution, l'obligation d'affiliation aux chambres de commerce et d'industrie [85].

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, comme celle de la Cour administrative fédérale, a eu, à plusieurs reprises, l'occasion d'être confrontée à la définition de cette partie du champ normatif constituée par la notion d'« artisanat ». La méthode employée est caractéristique. Afin de résoudre la question de savoir si l'exclusion des non-compagnons de la caisse d'assurance maladie de la corporation est compatible avec le principe d'égalité, la Cour constitutionnelle examine la spécificité corporatiste des métiers artisanaux. Elle soulève et découvre les modifications structurelles qui se sont produites dans l'artisanat à la suite des mutations économiques et techniques. Cette évolution n'est cependant pas encore si avancée que la différenciation entre compagnons et non-compagnons puisse être supprimée par la Cour elle-même en l'absence d'une intervention du législateur. L'argument fonctionnel joue ici [86]. Derrière l'expression de « structure de la corporation artisanale telle qu'elle a historiquement évolué » [87], la Cour reconnaît un ensemble d'exigences pratiques telles que : influence du design, évolution des techniques de travail, connaissance des matières premières, maîtrise du processus technique global, savoir commercial et économique, et toutes exigences inhérentes à « la nature du travail artisanal ». Les faits sociaux essentiels du champ normatif délimité

[83] BVerfGE 16, 147 (164 et s., 165 et s., 170, 172 et s.) (La question était de savoir si une activité de transport annexe à une activité industrielle et commerciale principale pouvait être considérée comme une « profession » au sens de l'art. 12 LF. *N.d.T.*)

[84] BVerfGE 19, 330 (338 et s.) : dispositions exigeant la preuve d'une compétence professionnelle pour l'accès à la profession de commerçant de détail, quelle que soit la branche, incompatible avec l'art. 12 al. 1 LF. Voir aussi, dans la jurisprudence de la Cour administrative fédérale, l'analyse détaillée d'une partie du champ normatif de l'art. 12 al. 1 LF : BVerwGE 8, 14 (16 et s.) (effets du crédit sur la stabilité monétaire, l'évolution des prix, l'expansion de la production, etc.)

[85] BVerfGE 15, 235.

[86] BVerfGE 13, 97 (105 et s., 110 et s., 117 et s., 122 et s.)

[87] *Ibid.*, p. 105.

par l'ensemble complexe « artisanat » sont analysés dans leur spécificité. Les corps de métier sont distingués, les différences structurelles qui séparent l'entreprise artisanale de l'entreprise industrielle sont mises en avant au moyen d'exemples objectifs typiques et servent ainsi à fonder l'appréciation du juge constitutionnel. La Cour va si loin qu'elle concède en partie aux structures empiriquement constatables des secteurs particuliers du champ normatif la force de critères s'imposant quasiment à la législation : elle conçoit la constitution sociale et la spécificité factuelle des métiers en cause comme un modèle de réglementation s'offrant au législateur et exprime de la sorte une combinaison, facile à comprendre à partir des faits, entre l'analyse du champ normatif et la politique constitutionnelle [88].

La Cour s'est également livrée à d'intenses réflexions à propos du champ normatif dans ses décisions relatives au *droit d'accès aux établissements d'enseignement supérieur* [89]. On prendra pour exemple un jugement récent concernant des demandes d'« admission partielle » au cycle préclinique des études médicales [90]. La Cour évoque dans le détail les capacités actuelles et prévisibles d'accueil des étudiants. Elle distingue — bien que cela ne puisse être « déduit », au sens de la conception encore dominante, des textes de normes concernés — entre les « places partielles complémentaires d'étudiants » qui, à partir des capacités résiduelles des cycles préclinques et cliniques, peuvent se combiner pour former des places entières d'étudiants, et les autres places partielles d'étudiant qui n'offrent que la possibilité de poursuivre des études [91]. La Cour se penche ensuite sur les mesures propres à augmenter les capacités d'accueil, sur les « quotas de pertes d'effectifs », sur les effets qu'induisent les admissions partielles sur le fonctionnement des établissements d'enseignement supérieur, sur les besoins supplémentaires en investissements ainsi que sur les conséquences à l'égard des autres filières d'étude [92].

Sur le rôle des éléments factuels dans la concrétisation des droits fondamentaux. — La jurisprudence, rapportée ici de façon non exhaustive, est remarquable. Son analyse montre que la densité des points de vue factuels varie en fonction de la nature des champs normatifs des droits fondamentaux. Pour une

[88] *Ibid.*, p. 123. *Les analyses des champs normatifs* s'effectuent empiriquement ; plus exactemement : le *champ normatif* est sélectionné à l'aide du programme normatif sur la base des faits du *champ factuel* empiriquement constatés. Sur la *méthodologie des sciences sociales empiriques* en générale : *König* ; *Opp.*

[89] Voir : BVerfGE 33, 303 ; 43, 291 ; 59, 1.

[90] BVerfGE 59, 172.

[91] *Ibid.*, p. 199 et s.

[92] *Ibid.*, p. 206 et s.

méthodologie juridique de la concrétisation des droits fondamentaux, le point décisif réside dans la spécificité de ces protections constitutionnelles en tant que garanties de certains contextes concrets en raison de leur valeur, de leur signification propres pour la totalité que forme une Constitution libérale. Les méthodes ainsi recensées dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (mais aussi de la Cour administrative fédérale) satisfont mieux, quant aux principes, à cette fonction des droits fondamentaux et d'autres dispositions constitutionnelles mais aussi à la complexité et à la multiplicité des strates que dévoile la structure normative-concrète de ces droits. Elles y satisfont mieux en tout cas que cette obstination apparemment satisfaite à s'en tenir au numerus clausus des règles de l'art d'interpréter les textes de normes, mais qui, en vérité, n'est pas honnête envers ses propres méthodes. A eux seuls, ces éléments de travail, sur lesquels la jurisprudence n'a encore que peu réfléchi du point de vue méthodologique, rendent possible la nécessaire différenciation normative-concrète (*sachlich-normative Differenzierung*) du processus de décision, de motivation et de présentation dans la jurisprudence constitutionnelle.

Spécialité des libertés publiques (Freiheitsrechte). — Leur fonction de rationalisation de la décision et du contrôle permettant de décomposer le processus de concrétisation dans l'ensemble de ses étapes, cette fonction des éléments factuels, se révèle également dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative à la spécialité des droits fondamentaux particuliers par rapport au principe général de liberté posé à l'art. 2 al. 1 LF[93], une spécialité qui résulte de l'empreinte concrète particulière de leurs champs normatifs respectifs. Les droits fondamentaux spéciaux se démarquent de l'art. 2 al. 1 LF en tant qu'ils constituent des normes de protection pour des domaines d'activités « dont l'expérience historique prouve qu'ils sont particulièrement exposés aux interventions de la puissance publique »[94]. Le droit général au libre épanouissement de la personnalité ne cède pas seulement formellement, mais aussi matériellement devant le droit fondamental spécial[95]. La raison de cet état de chose ne réside pas dans la structure hiérarchique d'un système de valeurs ni dans la construction logique d'un système législatif. Elle résulte en vérité de l'originalité concrète des champs normatifs. Les droits fondamentaux apparaissent comme des sauvegardes spécifiques de segments sociaux objectivement délimités. Ils forment, côte à côte, une série de garanties libérales concrètes, et s'il

[93] Il n'est pas nécessaire ici d'exposer le détail de cette jurisprudence. Voir, à ce sujet : *Müller* II.
[94] BVerfGE 6, 32 (37).
[95] BVerfGE 11, 234 (238).

est parfaitement pertinent de les relier les uns aux autres, il est au contraire infondé de les déduire tous d'une même substance, de les déduire du principe général de liberté de l'art. 2 al. 1 LF pris comme un « droit fondamental matriciel » (*Muttergrundrecht*). L'art. 2 al. 1 LF ne doit être pris en considération que dans la mesure où « certains domaines d'activité ne sont pas protégés par des droits fondamentaux spéciaux »[96].

Selon la jurisprudence, entre temps précisée, de la Cour constitutionnelle, c'est le champ normatif du droit fondamental spécial approprié qui doit fournir les critères en raison de l'imprécision objective de la portée d'un art. 2 al. 1 LF interprété comme principe général de liberté. Un droit fondamental spécial n'évince l'art. 2 al. 1 LF, selon cette jurisprudence, que lorsqu'une violation des deux droits entre en ligne de compte « selon les mêmes points de vue concrets ». C'est-à-dire : dans la mesure où le critère constitutionnel violé appartient aussi au champ normatif du droit spécial[97]. Une application immédiate, qui ne se retire pas derrière les droits fondamentaux spéciaux, de l'art. 2 al. 1 LF peut être envisagée s'agissant de l'ensemble de ces éléments concrets restants, qui ne sont pas compris dans le champ normatif du droit fondamental spécial et qui peuvent ainsi tomber dans celui de l'art. 2 al. 1 LF, un champ normatif fragementaire qui se consolide peu à peu au fil d'une jurisprudence constante. La Cour range à ce propos parmi les « points de vue objectifs » cette fonction normative sélective que remplit la prescription constitutionnelle partiellement exprimée par le texte de la Loi fondamentale.

Spécialité des droits à l'égalité. — Une approche méthodique analogue apparaît aussi nettement dans la jurisprudence constitutionnelle relative au rapport entre le principe général d'égalité et certaines de ses concrétisations (égalité électorale, égalité des chances dans la concurrence entre partis politiques) : méthode qui consiste à traiter, dans le processus de concrétisation, les données structurelles du champ de la règle, sélectionnées en fonction de la prescription normative, comme étant elles-mêmes normatives. La même remarque s'applique à la jurisprudence relative à la substance des droits fondamentaux au sens

[96] BVerfGE 1, 264 (273 et s.) ; 6, 32 (37) ; 7, 377 (386) ; 9, 338 (343) ; 21, 227 (234). Voir aussi : BVerfGE 10, 55 (58) ; 19, 206 (225). La Cour administrative fédérale partage la même conception : BVerwGE 19, 339 (341).
[97] BVerfGE 19, 206 (225).

de l'art. 19 al. 2 LF*, aux différents aspects de l'interdiction des mesures excessives (*Übermaßverbot*) ou de la praticabilité des prescriptions juridiques. Ces deux derniers principes, d'abord formels dans leur généralité, acquièrent un contour objectif le plus souvent à partir des éléments constitutifs factuels des champs normatifs des droits fondamentaux en cause. Leur traitement ne reçoit sa faculté rationalisatrice et stabilisatrice qu'avec l'introduction d'éléments des champs normatifs dans l'interprétation de la Constitution. En ce sens, l'idée fondamentale qui préside à la « théorie graduelle » employée par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa jurisprudence relative à l'art. 12 al. 1 LF prend de l'intérêt s'agissant des restrictions législatives aux droits fondamentaux en général. Le principe de proportionnalité est, selon son sens normatif, factuellement conditionné. S'il rencontre des limites plus étroites s'agissant des restrictions apportées aux droit fondamentaux spéciaux que s'agissant des restrictions à la liberté générale de l'art. 2 al. 1 LF, cela est dû à la plus forte densité factuelle des champs normatifs de ces droits spéciaux.

Les droits fondamentaux considérés comme « valeurs » et comme « système de valeurs ». — En contradiction avec ces multiples approches d'une méthodologie de la concrétisation constitutionnelle différenciée, plus attentive aux réalités, on trouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale un autre groupe de tendances caractéristiques : celle qui consiste à traiter les droits fondamentaux comme des « valeurs » et l'ensemble qu'ils forment comme un « système » ou un « système de valeurs » ; celle aussi qui consiste à vouloir assurer méthodiquement leur concrétisation, leur délimitation et leur conciliation avec d'autres normes (constitutionnelles) à l'aide d'un « bilan » entre différents « biens protégés » ou « intérêts »**.

Dans son jugement « Lüth » du 15 janvier 1958, la Cour cherche à découvrir la signification objective des droits fondamentaux en établissant l'existence d'un « ordre axiologique objectif », d'un « système de valeurs », qui trouverait « son fondement dans la presonnalité librement épanouie au sein de la commu-

* « En aucun cas, il ne peut être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental ». *(N.d.T.)*

** Nous avons traduit « Güter- und Interessenabwägung » par l'expression, familière au public français, de « bilan ». On insistera cependant sur le fait que cette méthode utilisée par le juge allemand afin de concilier les effets primairement contradictoires de plusieurs droits fondamentaux est intimement liée à la philosophie des valeurs dans laquelle il se reconnaît. Chaque droit fondamental est affecté d'un poids spécifique en fonction de sa place dans la hiérarchie des valeurs constitutionnelles. Une méthode donc essentiellement abstraite dans ses intentions à laquelle l'auteur préfère substituer, pour résoudre ces conflits, l'analyse concrète des champs normatifs. Nous traduisons aussi, par endroits, au moyen de l'expression plus littérale de « mise en balance » *(N.d.T.)*

nauté sociale et dans la dignité de la personne humaine »[98]. Cette tentation subjective et irrationnelle de la valorisation et d'une mise en balance des valeurs — qui passe par l'emploi d'une notion de la « valeur » juridiquement superflue, philosophiquement chargée et, par ailleurs, conceptuellement floue — se révèle nettement lorsque la Cour en vient à décrire le « système de valeurs » formé par les droits fondamentaux comme une « hiérarchie de valeurs » à l'intérieur de laquelle il convient de procéder à un bilan[99]. S'il est parfaitement exact que le législateur ne saurait se mouvoir librement dans l'espace protégé par les droits fondamentaux, qu'il ne lui appartient pas d'élaborer le contenu d'un tel droit mais qu'au contraire ce contenu impose à son pouvoir d'appréciation des limites matérielles, ce constat n'autorise ni ne rend nécessaire cette méthode du « bilan »[100], comme y invite pourtant une série de décisions de la Cour constitutionnelle[101].

Un tel procédé ne satisfait pas aux exigences imposées par le principe de l'Etat de droit et qui sont effectivement réalisables : l'élaboration de la décision et la présentation de sa motivation doivent être scientifiquement, objectivement contrôlables dans le cadre de la concrétisation de la Constitution et de l'ordre juridique infra-constitutionnel. Les points de vue sélectifs et structurants, au plan théorique et méthodique, que fournit l'analyse champs normatifs, la nécessité de parvenir à concevoir bien plus précisément les différents éléments de concrétisation intervenant dans le processus de mise en œuvre du droit, ces éléments permettent d'assurer bien davantage, et surtout de manière plus conforme aux prescriptions de l'Etat de droit, l'efficacité normative des droits fondamentaux comme des autres dispositions constitutionnelles, mieux en tout

[98] BVerfGE 7, 198 (205). Voir aussi : BVerfGE 33, 23 (Refus de prestation de serment) : la Constitution doit être « interprétée comme un ordre unitaire dans le but (...) d'éviter les contradictions entre ses dispositions particulières » (p. 27) ; La Cour ajoute encore : « l'ordre de valeurs reconnu par la Loi fondamentale (...) en tenant compte de l'unité que forme ce système de valeurs fondamental » (p. 29) (Il s'agissait dans cette affaire d'un pasteur, témoin dans une affaire pénale, qui avait refusé de prêter serment au motif que les évangiles interdisent au chrétien de jurer. La Cour admet le droit de refuser la prestation de serment pour motif de conscience. *N.d.T.*) Voir aussi : BVerfGE 32, 98 (108) (liberté de conscience et § 330c Code pénal) : un conflit interne à un droit fondamental doit être résolu « conformément à l'ordre de valeurs reconnu par la Loi fondamentale et en tenant compte de l'unité que forme ce système de valeurs fondamental », un système qui trouve, dans la suite, « en particulier » racine dans l'art. 1 al. 1 LF (dignité humaine) considérée comme « valeur suprême ». (Dans cette affaire il s'agissait de la condamnation pour non-assistance à personne en danger prononcée contre le mari qui n'avait pas cherché à convaincre sa femme d'accepter une trasfusion sanguine, ce à quoi s'opposait la croyance religieuse des époux. La Cour censure le jugement de condamnation pour violation de la liberté de croyance. *N.d.T.*).

[99] BVerfGE 7, 215.

[100] BVerfGE 7, 377 (404).

[101] Par ex. : BVerfGE 7, 198 (210) ; 7, 230 (234) ; 14, 263 (282) ; 21, 239 (243 et s.). Voir également : BVerfGE 47, 327 (369 et s.) ; 49, 89 (141 et s.) ; 52, 131 (166) ; 57, 220 (244) ; 76, 1 (41, 49).

cas que ces représentations d'un bilan, qui restent nécessairement formelles, et qui, en conséquence, placent par principe toute norme constitutionnelle sous une réserve de jugement ; mieux en tout cas que les catégories axiologiques (valeur, système de valeurs, valorisation) qui poussent à des affirmations nécessairement vagues et par trop idéologiques. Les droits fondamentaux de la Loi fondamentale de Bonn ne forment, pas plus historiquement qu'actuellement, aucun système fermé de valeurs ni de prétentions juridiques. Leur lien étroit, fonctionnel et normatif, avec les autres parties du droit constitutionnel interdit de les traiter comme un groupe spécifique, fermé sur soi de normes constitutionnelles. Les liens objectifs et normatifs qu'ils entretiennent entre eux peuvent être notamment éclairés par certains aspects de l'interprétation systématique sans pour autant que devienne nécessaire la supposition de l'existence d'un système. Cette hypothèse d'un « système de valeurs » formé des droits fondamentaux, et qui se tiendrait à côté du « système général de valeurs formé par la Constitution dans son ensemble » [102], une telle hypothèse contient soit une contradiction, soit une erreur, soit, enfin, l'affirmation non démontrée par la Cour constitutionnelle et non démontrable au regard du droit constitutionnel positif d'un pluralisme de systèmes qui n'est juridiquement pas tenable, ni matériellement, ni fonctionnellement [103]. Ce n'est pas dans cette tendance « axiologique » de sa jurisprudence, mais dans la série de ses décisions appuyées sur une analyse des champs normatifs que la Cour constitutionnelle fédérale traite les droits fondamentaux de manière pertinente, comme des garanties objectivement étayées par leurs champs normatifs, et leur ensemble non pas comme un « système » fictif, mais comme l'agencement matériellement intelligible de sauvegardes de la liberté individuelle, politique et concrète ayant chacune son originalité et sa source historique particulière.

VUE D'ENSEMBLE DE LA MÉTHODOLOGIE DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Prise dans son ensemble, la jurisprudence constitutionnelle offre dans son état actuel l'image d'une évolution qui, à travers une série d'approches nouvelles, ouvre la voie à une concrétisation de la Constitution rapportée aux conditions de fait et d'espèce pour s'écarter ainsi du traitement de texte logico-formel qui n'est suffisant qu'en apparence. Du point de vue de la reddition

[102] BVerfGE 10, 59 (81).
[103] *Ehmke* II, p. 58 et s. ; *Ehmke* III, p. 82 et s. ; *Hesse* II, p. 118 et s.

des comptes herméneutiques et méthodologiques de sa propre activité — reddition de comptes indispensable dans un Etat de droit — cette jurisprudence offre l'image d'un pragmatisme dominant qui se reconnaît indistinctement autant que de façon acritique dans les méthodes traditionnelles d'interprétation — méthodes qui, dans l'affirmation de leur caractère exclusif, sont celles du positivisme légaliste — et dont elle viole cependant les règles à chaque fois que celles-ci se révèlent insuffisantes, sans même s'expliquer sur les raisons d'une telle violation.

LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT CONSTITUTIONNEL DANS LA LITTÉRATURE SCIENTIFIQUE

A PROPOS DE LA PRATIQUE MÉTHODOLOGIQUE

Il ne nous appartient pas ici d'apporter une description de la pratique doctrinale de la concrétisation en droit constitutionnel dans son détail ou même seulement dans ses traits caractéristiques en prétendant à l'exhaustivité. Tout comme la jurisprudence, la littérature scientifique offre l'image d'un pragmatisme motivé, pour chaque cas particulier, par les circonstances concrètes, voire, parfois, par le résultat recherché, et non pas l'image d'un travail conscient de ses méthodes, c'est-à-dire d'un travail qui expose, fonde et démontre les méthodes appliquées. Faute d'être strictement assujettie à un cas concret qu'il faut résoudre, la diversité comme l'imprécision des modes de travail de la doctrine sont encore beaucoup plus importantes que dans la jurisprudence. Ce faisant, et comme relativement à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle, ce constat ne dit encore rien à l'encontre de la qualité interne de l'argumentation ; il vise en revanche le manque de transparence qui affecte la genèse de l'argumentation, le système de justification comme le mode d'exposition. Dans l'ensemble, la littérature scientifique travaille également à un niveau méthodologique qui n'a toujours pas découvert une conception débarassée du positivisme légaliste même si, en même temps, elle décèle l'insuffisance pratique des possibilités d'interprétation, de concrétisation de la Constitution offertes par ce positivisme et les dépasse sans apporter les justifications qu'on est en droit d'attendre. C'est tout particulièrement, mais non exclusivement, dans le maniement des droits fondamentaux que l'on voit apparaître de nombreuses appro-

ches, encore insuffisamment réfléchies, qui intègrent au processus de recherche de la solution des éléments matériels tirés du champ de réglementation des droits fondamentaux ou d'autres dispositions constitutionnelles. Ces approches n'ont pas à être présentées pour notre propos, en raison de leur imbrication permanente, sur le fond, avec la dogmatique du droit public et constitutionnel, comme avec la théorie de l'Etat et de la Constitution, la théorie du droit et la politique constitutionnelle.

*Le traitement déformalisé des droits fondamentaux**

On signalera en revanche rapidement les éléments que l'on peut constater dans le traitement scientifique des droits fondamentaux et qui se développent parallèlement aux tendances « axiologiques » de la jurisprudence constitutionnelle. Ces éléments enfreignent le canon traditionnel des règles d'interprétation posé par Savigny, mais il l'enfreignent de façon problématique parce que de manière en partie subjective et irrationnelle, en partie régressive, par retour au positivisme légaliste. Ils prouvent ainsi, à leur façon, l'insuffisance de ces règles traditionnelles pour la concrétisation des droits fondamentaux comme, en général, de la Constitution. Cependant, les procédés qu'on propose ainsi d'ajouter ou de substituer à ces règles s'opposent très largement aux impératifs inhérents à l'Etat de droit, ceux de la clarté des méthodes juridiques et de l'objectivité nécessaire pour garantir dans la mesure du possible la sécurité juridique. Puisqu'ils se mettent ainsi directement en contradiction avec des énoncés clairs contenus dans le texte de normes constitutionnelles ou avec la systématique de la Loi Fondamentale, ces éléments doctrinaux ne sont pas seulement inadmissibles quant à leurs résultats mais aussi en tant que procédés méthodiques.

* Il faut entendre ici le traitement que le doctrine fait subir aux droits fondamentaux (relativement, en particulier, aux restrictions) qui reste en-deçà de la *formalisation* de ces droits qu'opère le texte de la Loi fondamentale. Cette formalisation qui, par exemple, garantit cerains droits fondamentaux sans « réserve de loi » et en violation de laquelle la doctrine, de force, sur le fondement de la simple idée qu'un droit fondamental ne saurait être illimité, procède à des transferts de réserve de loi en provenance d'autres droits fondamentaux. *(N.d.T.)*

Transfert des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux

C'est ainsi que la littérature a cherché à assortir de limitations formalisées les droits fondamentaux garantis sans restrictions[*], et ce en contradiction avec la lettre des textes de normes comme avec la systématique du titre de la Loi Fondamentale de Bonn consacré aux droits fondamentaux, au motif que de telles limitations devraient « être regardées comme ayant été voulues par le constituant »[104]. L'une des erreurs qui inspirent constamment les entreprises de ce type consiste dans la crainte de devoir accorder une « plus haute valeur » à ces garanties spécifiques auxquelles, à raison de leur reconnaissance sans restriction, les limitations imposées aux autres droits fondamentaux ne sauraient être transposées de manière méthodiquement justifiable. Cependant, les libertés même garanties sans réserves n'en sont pas moins, *à titre de droits*, fondées dans la Constitution et objectivement limitées à travers leur champ normatif. La théorie générale des droits fondamentaux peut élaborer de manière satisfaisante, en partant de l'analyse des champs normatifs et de la dogmatique régionale appliquée aux droits fondamentaux spéciaux, les facteurs de concrétisation nécessaires à leur délimitation et leur combinaison avec d'autres normes de l'ordre juridique constitutionnel. Cette tentative toujours recommencée consiste à affirmer le caractère obligatoire des limitations imposées par le droit positif à certains droits fondamentaux à l'égard aussi des garanties constitutionnellement accordées sans restrictions au motif qu'aucun droit fondamental

[104] Sur ce point : *Müller* III passim ; *Müller* IV, p. 11 sq. et les réf. La position développée dans ces ouvrages qui conclut au caractère inadmissible de tout « transfert de restrictions » aux droits fondamentaux garantis sans réserves a été suivie par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision « Méphisto » à propos du droit fondamental à la liberté artistique (art. 5 al. 3 L.F.) : BVerfGE 30, 173 (188 sq, 191 sq.) ; jurisprudence constante, par ex. : BVerfGE 77, 240 (253 sq.). Le problème de la restriction d'un droit fondamental garanti sans réserves est discuté par *Zöbeley* à la lumière de la jurisprudence relative à l'art. 5 al. 1 L.F.. Selon *Zöbeley* (p. 257), « de nombreux problèmes qui furent autrefois péniblement analysés dans le cadre de la définition de la notion d'art ou à l'aide de la détermination de certaines restrictions » peuvent être « démasqués comme étant de faux problèmes », dès lors que l'on admet dans son concept la théorie structurante du droit. Pour l'usage dogmatique de cette dernière relativement à la liberté de l'art, cf. *Müller* IV. Sur ce point voir également désormais *Höfling* (p. 127 sq.) qui tente de projeter la doctrine des « champs normatifs » sur l'art. 5 al. 3 (liberté de l'art). La ligne de conduite de la Cour constitutionnelle fédérale, conforme à l'Etat de droit, est analysée dans *Müller* III, p. 103 sq. ; voir une tentative analogue chez *Erhardt*, not. p. 82 et s., 86 et s., 88 et s., 100 et s., 103 et s., 108 et s. Pour une démarche similaire quant à la question de ces restrictions, voir *Waechter*, not. p. 22 et s. (à propos de la liberté de la science).

[*] Si la Loi fondamentale soit pose elle-même des restrictions à l'exercice de certains droits fondamentaux, soit habilite le législateur à lui apporter certaines limites — sans en altérer la « substance » (art. 19 al. 2 LF) —, elle garantit plusieurs de ces droits de façon absolue, sans restrictions ni réserves. Voir : M. Fromont, in Fromont/Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 2, Paris, 1984, p. 27 et s.

ne saurait demeurer absolument illimité : ce procédé conduit à un transfert de restrictions (à l'exercice des droits fondamentaux) sur le fondement d'une conclusion abstraite qui ne repose sur aucune justification ni médiation méthodologiques et ne découle par ailleurs d'aucune nécessité pratique de la dogmatique constitutionnelle. Les droits fondamentaux sont des garanties de protection, compréhensibles en soi, objectivement déterminées et délimitées. En raison tant de cette donnée du droit positif que ces droits sont pour chacun d'entre eux consacrés de manière propre que de la différenciation des possibilités de leurs limitations établie par la systématique des droits fondamentaux de la Loi Fondamentale, les tentatives faites pour échapper au positivisme légaliste à l'aide des moyens insuffisants de ce même positivisme légaliste doivent nécessairement échouer : qu'il s'agisse de placer l'ensemble des droits fondamentaux sous la réserve des trois restrictions de l'art. 2 al. 1 LF*, ou sous la réserve immanente des intérêts de la communauté ou bien encore sous la réserve générale du respect des droits d'autrui. Les droits fondamentaux, faisant partie du droit constitutionnel, ne sauraient être dotés de limitations prétendument immanentes en vertu desquelles, dans la pratique, la seule allégation qu'il convient de protéger des « intérêts collectifs de plus haut rang » devrait suffire à justifier une intervention dans la sphère de ces droits fondamentaux. Il manque à cette conception — autrefois adoptée par la Cour administrative fédérale[105] — un quelconque point d'appui dans le droit constitutionnel. En outre, tout comme la clause matérielle de protection du bien commun, elle ne permet pas d'élaborer des critères qui satisfassent au principe de l'Etat de droit permettant de préciser les contours de ces restrictions. Qu'aucun droit fondamental ne s'applique « sans limitations », au sens de « infiniment », cela se démontre au moyen d'une *dogmatique régionale* (*Bereichsdogmatik*) appliquée aux garanties particulières et qui doit être rationnellement élaborée sur la base de l'analyse de ces champs normatifs. Mais cela ne légitime pas pour autant le postulat d'une clause générale restrictive de l'exercice des droit fondamentaux. L'expression « pourvu que »* employée dans la formulation de l'art. 2 al. 1 LF ne peut pas davantage être fonctionnellement transposée à l'ensemble des autres droits fondamentaux afin de dégager des restrictions générales. Dans la mesure où cette expression n'est pas uniquement considérée comme un facteur non-normatif facilitant l'interprétation, mais comme une véritable « réserve constitutionnelle », les garanties accordées par les droits fondamentaux seraient alors subordonnées à de véritables normes restrictives apocryphes dont la fonction interprétative prétendue n'est qu'apparente. Toute réduction de la portée objective spécifique des droits fondamentaux est déjà une atteinte aux libertés garanties. On ne peut tenir de telles réductions pour de simples bagatelles et les légitimer en les « renvoyant » purement et simplement dans les limites d'une actualisation des droits fondamentaux profitable à la collectivité.

[105] BVerwGE1, 48 (52) ; 2, 89 (93 et s.) ; jurisprudence constante jusque : BVerwGE 5, 153. — Rejetant à juste titre les restrictions « immanentes » ou « imposées par les nécessités du service » qui devraient être apportées à l'art. 10 al. 1 LF (secret de la correspondance et des télécommunications) à l'occasion de la discussion du champ normatif (« champ protégé ») du droit fondamental : BVerfGE 85, 386 (396 et s.). — Le concept (dogmatique) de « champ protégé » conviendrait mieux au résultat de l'opération suivante : champ normatif du droit fondamental *moins* (d'éventuelles) les « limitations au droit fondamental ».

* Le principe général de liberté est reconnu sous réserve de l'atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel et à la loi morale. *(N.d.T.)*

« Mise en balance » des « biens » et « valeurs » protégés par les droits fondamentaux

Ce n'est certes pas le bien-fondé de l'auto-satisfaction du positivisme légaliste, mais bien l'impossibilité de renoncer aux éléments par lesquels ce positivisme, dans ses méthodes de travail, impose une discipline indispensable à l'Etat de droit, c'est bien cette impossibilité qui se révèle face à ces tentatives faites pour limiter les droits fondamentaux à travers la théorie du bilan, de la réserve de la « loi générale » ou encore au moyen des formules de l'« abus de droit fondamental » d'un rang matériel prétendument supérieur. De même que les droits fondamentaux, pris en tant que tels, ne sauraient être correctement appréhendés comme l'expression de « valeurs », de la même manière les restrictions aux droits fondamentaux qui ne peuvent s'appuyer ni sur une réserve de loi ni sur une loi restrictive fondée sur une telle réserve ne peuvent être justifiées par le recours à la totalité que formerait le « système de valeurs » constitutionnel. Le tout de la Constitution en tant que tel ne possède ni contour normatif, ni qualité normative. En tant que Constitution « rigide », la Loi fondamentale exige la clarté des normes et la délimitation nette de la consistance de la Constitution en vigueur ; elle impose la clarté optimale des méthodes dans l'emploi du droit constitutionnel positif. On ne peut substituer des considérations de théorie constitutionnelle à l'absence, dans le droit positif, de tout point d'appui offert à une intervention dans la sphère des droits fon-

* « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, *pourvu qu'*il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel et à la loi morale » *(N.d.T.)*

damentaux. Cela vaut malgré le rejet nécessaire d'une pensée constitutionnelle purement formelle, malgré la reconnaissance de variantes dans l'interprétation positive des réserves de loi. Malgré tout, les réserves de loi continuent d'être indispensables pour la garantie des libertés, dans leur fonction d'habilitation formalisée à l'intervention dans la sphère des droits fondamentaux.

La totalité d'un système de valeurs formé des droits fondamentaux ou de la constitution entière ne peut non plus être rationalisée à l'aide du principe formel de la « mise en balance » des biens et intérêts. Ce principe de la mise en balance ne trouve dans la Loi fondamentale aucun point d'appui normatif qui aille au-delà des types formels de mise en forme des garanties fondamentales, ni de la gradation existant entre les réserves de loi. Ce principe ne peut livrer aucun critère matériel qui satisfasse aux exigences de clarté des normes, de sécurité juridique et de stabilité des méthodes imposées par l'Etat de droit. En outre, parce qu'elle suppose l'acceptation d'axiomes tels que la reconnaissance de la « primauté » ou de la « valeur supérieure » de certains « intérêts » ou biens constitutionnellement protégés, la théorie de la mise en balance porte constamment en elle le danger de « donner la priorité » trop exclusivement, dans le cas concret, à une norme constitutionnelle au détriment d'une autre. En cas de conflit entre une norme constitutionnelle et une norme infra-constitutionnelle, le droit constitutionnel doit demeurer la règle obligatoire à l'aune de laquelle est appréciée le droit législatif. Dans la mesure où la théorie de la mise en balance recourt à des considérations matérielles qui, dans le cas particulier, ne peuvent pas être tirées du détail de la réglementation positive, elle demeure en reste à l'égard des critères nécessaires de rang normatif suffisant en ce qu'elle considère toujours implicitement sur le même rang les droits fondamentaux et les lois aménageant l'exercice de ces droits fondamentaux [106]. Lorsque la Constitution, à travers une norme explicite et avant tout au moyen d'une règle formelle de priorité, reconnaît clairement l'existence d'une espèce de « primauté », plus précisément : lorsqu'elle rend positivement obligatoire par le biais d'une norme formelle de priorité une hiérarchie entre des valeurs d'origine politique ou éthique, dans ce cas le recours à la théorie du bilan est superflu. Lorsqu'elle s'en abstient, le renvoi au tout — non normatif — de la Constitution ou à un système de valeurs théorique ou simplement postulé par le droit constitutionnel ne suffit pas à offrir la base nécessaire au regard de

[106] Pour la critique de cette théorie de la mise en balance : *Pestalozza* I, p. 448 ; *Müller* I, p. 115, 124 et s., 136 et s., 207 et s., 214 ; *Hesse* II, p. 27 et s., 118. On trouve un essai d'« autocritique » venant des juges, dans le sens de la position défendue ici dans : BVerfGE 35, 41 (56) (opinion dissidente).

l'Etat de droit à une intervention dans la sphère des droits fondamentaux. La gradation des réserves de loi, la règle par laquelle les droits fondamentaux lient directement le législateur, les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'art. 19 LF*, l'institution d'une juridiction constitutionnelle chargée notamment du contrôle des normes et d'autres règles constitutionnelles encore fixent avec force obligatoire la distribution des critères normatifs qui aménagent le rôle de la législation dans le domaine des droits fondamentaux. On ne saurait échapper à ces règles différenciées, à ces gradations et institutions grâce à la « théorie de la mise en balance », par des considérations matérielles tirées du cas particulier, à seule fin de tenter de surmonter l'insuffisance méthodologique du positivisme légaliste, si l'on entend éviter de laisser les droits fondamentaux à la réserve d'une décision d'espèce au bout du compte irrationnelle et insusceptible d'être légitimée au regard du principe de l'Etat de droit. L'interprétation de la Constitution outrepasse ses limites lorsqu'elle substitue à l'examen de la « portée concrète d'un droit fondamental » [107] l'insaisissable totalité d'un système présupposé de valeurs. Ce n'est pas seulement la substance [108], mais généralement la teneur normative concrète qui doit être pour chacun des droits fondamentaux mise spécialement en évidence.

Théorie de l'« abus » de droit fondamental

Les mêmes critiques s'appliquent aux jugements fondés sur l'« abus de droit » dans le domaine des droits fondamentaux et qui vont bien au-delà de la simple délimitation dogmatique du contenu des droits en question. Une restriction des droits fondamentaux justifiée par une réserve globale au nom de la collectivité ne trouve aucun point d'appui normatif, même sous couvert d'une réserve d'abus de droit dont les contours sont nécessairement flous. Ce type de propositions visent elles aussi — sans qu'on puisse juridiquement la formuler avec exactitude — à la définition de « contre-normes » matérielles et générales, prétendument supérieures aux droits fondamentaux et qui devraient

[107] BVerfGE 12, 45 (53).

[108] En ce sens : BVerfGE 22, 180 (219). (Le mot « substance » doit être ici entendu au sens de l'art. 19 al. 2 LF qui déclare la substance (*Wesensgehalt*) des droits fondamentaux intangible. *N.d.T.*)

* « 1. Dans la mesure où, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, l'application de cette loi doit être générale et ne pas se limiter à un cas particulier. La loi doit en outre spécifier le droit fondamental et indiquer l'article qui l'énonce. 2. En aucun cas, il ne peut être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental ». *(N.d.T.)*

à chaque fois exister lorsque l'exercice d'un droit fondamental porte atteinte au soit-disant intérêt supérieur d'une autre personne. En procédant ainsi, on méconnaît l'originalité des garanties reconnues par les droits fondamentaux comme la différenciation normative parmi les possibilités de restrictions de ces droits telle quelle est établie par la Loi fondamentale. La formule de l'« abus de droit » ouvre beaucoup trop facilement, et sans contrôle du point de vue de l'Etat de droit, la porte à toutes sortes de valorisations qui sont alors généralisées sans considération pour le contenu spécifique de chaque garantie particulière. Cette hypothèse de l'« abus de droit » possède en commun avec les autres hypothèses de limitations des droits fondamentaux déjà décrites de glisser très vite sur l'aménagement diversifié des libertés, tel qu'il est organisé par le droit positif, comme sur la diversité des champs normatifs concrètement modelés et garantis en tant qu'espaces de liberté.

Appréciation générale

L'expérience historique prouve que le contenu libéral, au point de vue politique et juridique, des droits fondamentaux se voit particulièrement souvent exposé à la menace que fait peser la puissance publique[109]. La protection différenciée qu'ils garantissent est propre à légitimer concrètement la position éminente qu'occupe l'Etat constitutionnel établi par la Loi fondamentale. Pourtant, sous l'empire de cette Loi fondamentale, la théorie constitutionnelle de l'interprétation et la dogmatique des droits fondamentaux n'ont pas encore atteint un degré de consensus et de transparence suffisant, qui permettrait d'éviter la tentation d'élaborer des théories ou de découvrir des décisions qui soit demeurent irrationnelles soit négligent en partie les données du droit positif. Ces tentatives décrites et qui s'efforcent d'établir une limitation matérielle et générale à l'exercice des droits fondamentaux peuvent être interprétées comme un symptôme de cette situation. Elles montrent par ailleurs le lien objectif étroit qui existe entre les suggestions relatives aux procédures méthodologiques et les risques qu'elles font courir à l'Etat de droit, d'une part, et, d'autre part, le contenu matériel de la doctrine constitutionnelle comme des décisions d'espèce. Ces suggestions se présentent elles-mêmes comme des contributions au dépassement du positivisme légaliste. Elles introduisent cependant encore une fois, avant d'épuiser les possibilités (limitées et insuffisantes) qu'offrent les instruments positivistes d'interprétation et de concrétisation, certaines hypothèses dans le processus de mise en œuvre du droit dont la structure conceptuelle et procédurale n'est pas suffisamment contrôlable eu égard au principe de l'Etat de droit. D'un point de vue méthodologique, on peut justifier leur échec de la façon suivante : elles entendent dépasser le positivisme légaliste sans pour autant abandonner, en même temps, son arrière-plan théorique, son interprétation de la norme, son identification de la norme et du texte de la norme, sa conception des prescriptions juridiques comme des commandements mis en forme logique, ou bien comme des jugements hypothétiques (plutôt que comme des modèles d'ordre concrètement déterminés). Par ailleurs, les approches entreprises pour intégrer dans le travail de concrétisation des aspects factuels — mais il s'agit le plus souvent de réceptions acritiques, qui, de manière inconséquente, se bornent à compléter par ces aspects un positivisme en réalité toujours pratiqué — ces approches donc, n'ont toujours pas atteint ce degré de prise de conscience méthodologique qui permettrait de les compter déjà parmi les composantes d'une pratique réfléchie de la concrétisation[110].

[109] BVerfGE 6, 32 (37).

RÉFLEXION MÉTHODOLOGIQUE DANS LA SCIENCE CONTEMPORAINE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE LETTRES - SCIENCES

Permanence du positivisme légaliste

Jusqu'après la Première guerre mondiale, la science du droit public allemand s'était manifestement placée sous l'influence du constructivisme logique et positiviste développé par Laband. Si l'on fait exception de Hans Kelsen et de se continuateurs, une telle attitude méthodologique n'est plus expressément revendiquée aujourd'hui. Elle n'a cependant été remplacée par aucune conception d'ensemble traditionnelle. Elle continue en réalité d'agir silencieusement par nombre de ses éléments dans la pratique, peu réflexive, du droit constitutionnel actuel. C'est ce que fera nécessairement apparaître une rapide présentation de la méthode positiviste de travail ainsi qu'une critique, tout aussi brève, de celle-ci.

Il convient préalablement de faire remarquer que, sous le mot de « posi-

[110] Sur ce qui précède : *Müller* III, p. 11 et s.; *Müller* IV, p. 11 et s. Voir cependant la réception cohérente de la théorie structurante dans le domaine des droits fondamentaux chez *Grimm* VII.

tivisme », on ne vise pas le *positivisme* — essentiellement philosophique — *de l'attitude scientifique*. On n'entend pas davantage le *positivisme de la validité du droit*, c'est-à-dire celui qui pose la question du fondement de validité du droit. Ce dernier est habituellement classé selon ses variantes psychologiste, sociologiste et étatiste [111]. Ce dont il s'agit ici, c'est du positivisme juridique méthodologique, du *positivisme du traitement des normes*. Ce positivisme représente toujours un problème sur lequel la science juridique est appelée à se pencher en détail et auquel la théorie structurante du droit entend répondre au moyen d'une conception globale qui rompe avec les présupposés de ce positivisme. Ce dernier sera présenté ici à l'exemple du droit constitutionnel.

La méthode de travail du positivisme en droit constitutionnel

Fondements et origine

Le positivisme légaliste qui imprègne le droit constitutionnel ne peut être identifié à l'application des règles d'interprétation définies par Savigny. Les principaux aspects qui gouvernent la position fondamentale de ce dernier ont déjà été exposés. S'agissant du positivisme en droit constitutionnel, la Constitution forme pour lui un système formel de lois constitutionnelles ; et la loi est un acte de volonté étatique en forme de loi. Les normes et institutions constitutionnelles n'ont pas d'après lui à démontrer un lien objectif avec les données historiques ou sociales, un lien qui pourrait réapparaître au cours de la concrétisation sous la forme d'un contenu factuel qui, d'une manière quelconque, se mettrait ainsi en valeur. L'existence de tels liens n'est pas contestée, mais elle est traitée comme n'intéressant pas la science juridique. Les normes et institutions du droit public doivent d'ailleurs être traitées indépendamment de toute connexion avec leur arrière-plan historique, et donc en faisant abstraction d'un aspect de leur champ normatif dont on ne peut précisément pratiquement jamais se passer en droit constitutionnel.

Cette exigence d'une doctrine du droit public et constitutionnel purifiée de tout élément « non-juridique », excluant tant l'histoire et la philosophie que les données politique, a été reprise par Laband de l'œuvre de Carl Friedrich v. Gerber [112]. Il ne faut d'ailleurs pas oublier que ce ne sont pas seulement

[111] Voir : *Müller* XXI, ainsi que les développements détaillés de *W. Ott* I.
[112] Voir, par ex. : *v. Gerber* II, p. V et s., 10, 237.

Gerber et Laband qui ont ainsi rejeté toute relation entre la politique et les normes du droit positif, mais pratiquement l'ensemble des principaux représentants du droit public à l'époque de la Restauration, après 1850. On peut citer dans ce sens notamment Zachariä, Mohl et Bluntschli. Dans cette attitude se révèle aussi la fonction de légitimation qu'a joué le positivisme constitutionnel au profit de la Restauration et de la réaction anti-libérale après 1848/1849 [113]. Gerber a exprimé avec toute la netteté souhaitable que le but du positivisme constructiviste, dans la manière de traiter le droit public, consistait dans la garantie politique de la situation constitutionnelle existante : « Les droits publics acquièrent ainsi la stabilité et la sécurité propres aux droits privés, et perdent de cette façon cette consistance floue et aléatoire en raison de laquelle ils paraissent n'être que des éléments sacrifiés à l'arbitraire versatile de l'opinion du jour. » [114]. Ce ne sont ni excusivement ni même au premier chef les nécessités libérales de clarté et précision des normes qui sont ainsi visées ; mais bien un moyen tiré de la méthode constitutionnelle, consciemment élaboré pour lutter, sur la base de la situation politique allemande après 1848/1849, contre l'« instabilité » de la situation présente et, plus généralement contre la « vie politique parlementaire » [115]. La « méthode juridique » est donc tout à la fois l'expression et l'instrument d'une prise de position politique au contenu déterminé. Après 1870, sa tâche comme son action consistèrent avant tout à assurer la politique antilibérale de Bismarck et, plus généralement, le statu quo politique et constitutionnel contre d'éventuelles critiques. Que la position méthodologique de Laband renvoie, au-delà de Gerber et Ihering, jusqu'à Savigny, et donc, par là-même, à des attitudes méthodiques déterminées de la science allemande du *droit civil* au XIX[e] siècle — attitudes qui ne peuvent être sans autre forme de procès généralisées — cet état de fait augmente encore la distance qui la sépare des nécessités pratiques et théoriques qui s'imposent aujourd'hui à la concrétisation de la Constitution.

Purisme

Pour le positivisme, la science juridique doit se limiter au droit positif existant. Il ne saurait accepter que, à l'occasion de l'interprétation et de l'application des normes, soient pris en compte des contenus philosophiques ou

[113] Sur ce point : *Wilhelm*, p. 140 et s., 152 et s.
[114] *v. Gerber* I, p. 69.
[115] *v. Gerber* I, p. 102 et s.

idéologiques, ni même historiques, politiques ou sociaux à l'extérieur, en marge ou à l'intérieur du champ de la réglementation normative. Une science du droit qui se conçoit ainsi n'élimine pas seulement de son objet les « valeurs », les valorisations subjectives et autres « « systèmes de valeurs ». Elle en élimine aussi les implications factuelles des normes juridiques et de leurs champs de réglementation. Mais qui, sinon le juriste qui les concrétise, devrait alors prendre en considérations ces moments dans leurs rapports aux normes ? La politologie, la sociologie, l'économie politique, l'historiographie ne sont pas appelées à assurer la législation, l'administration, le gouvernement ni la juridiction dans le cadre de la Constitution et de l'ordre juridique, non plus que dans leur concrétisation. Si ce n'est pas une mission authentique du juriste que de découvrir la portée concrète des textes de normes en vigueur lors du processus matériel de mise en œuvre du droit en la tirant de ces domaines qu'abstraitement l'usage catalogue en « politique », « histoire », « réalité sociale », s'il ne s'agit pas là d'un travail authentiquement juridique, alors ce n'est la tâche de personne. Alors, cette portée concrète de l'ordre juridique constitutionnel doit aussi être manquée par ces juristes pour lesquels, face à cette situation de fait, il ne s'agit plus de s'en tenir seulement à la question de la propreté technique d'une argumentation conforme aux réquisits de l'Etat de droit, ni à celle de la rationalité juridique, mais qui restent pourtant, consciemment ou non, prisonniers de l'idéologie de la « subsomption » d'origine positiviste.

Cette portée concrète des prescriptions positives est tenue en bloc par le positivisme pour « non juridique », sans distinctions pour « non scientifique » par la science du droit — tout comme d'ailleurs les digressions philosophiques, historiques ou idéologiques qui ne trouvent aucun point d'appui normatif, mais ici le positivisme a raison. Considérée du point de vue positiviste, le droit est bien davantage « norme » légiférée, celle qu'on trouve sur le papier, la formulation linguistique, le texte de norme. Sans égard non seulement pour les données sociales qui au sens large se trouvent à l'arrière-plan de la norme et la conditionne, mais sans égard, aussi, pour la structure factuelle de son champ de réglementation, la « norme » est représentée comme la majeure logiquement formalisée, comme l'instrument manipulable d'un syllogisme formel dans lequel s'accomplit l'« application ».

Notion de système, réification des grandeurs juridiques

Le droit en vigueur est par ailleurs, selon le credo positiviste, un système sans lacunes de règles de droit. Aucune question de droit véritablement indécidable ne peut voir le jour. Toute question juridique nouvelle posée en pratique est par nécessité déjà résolue par le système. Des lacunes dans la réglementation positive expresse doivent en tous les cas être rapportées par une construction juridique aux principes directeurs du droit positif. De telles questions sont donc elles aussi déjà préalablement et nécessairement résolues par le système du droit en vigueur. Il ne s'agit pas là d'un aveu de la nécessité de constructions palliatives eu égard à la défaillance d'un *non liquet* processuel. Il s'agit au contraire d'affirmer l'« être-prédécidé » substantiel de tous les cas d'espèce imaginables en pratique. Les « concepts généraux du droit » sont donc conçus comme quelque chose donnée d'avance, comme un « existant » en soi.

Le point de départ d'une telle attitude méthodologique est à rechercher dans cette restriction volontaire au droit positif conçu comme une exigence imposée à la science du droit. Il gît donc dans ce projet d'un certain concept puriste de la science appliqué à la science juridique. La conception du droit positif comme un système sans lacune de règles de droit, de la décision comme l'opération logique de subsomption des fait sous la norme traitée en majeure d'un syllogisme, cette idée de voir toute activité sociale humaine comme l'« application » ou l'« exécution » — ou bien comme la « violation » — de normes juridiques, ce sont autant de conséquences de ce présupposé. Alors même que les concepts juridiques généraux, les règles de droit positives et les décisions législatives, administratives ou judiciaires ne doivent être reliés par rien autre que la pure logique, cette position méthodologique, sur le fond, opte d'abord pour la réaction politique après 1850, puis, plus tard, pour le droit naturel bourgeois des *Gründerjahre*[*].

En se targuant de s'en tenir à la pure positivité du droit, une positivité coupée de toute réalité, le positivisme s'est accomodé de la réduction ou de la perte de normativité du droit. Les conditions spécifiques de cette normativité, comme, plus généralement, l'originalité du droit furent ainsi perdus de vue, à mesure même que l'idéal méthodique d'une science de la nature qui n'était pas encore devenue à elle-même problématique se vit transposé de manière parfaitement acritique aux prescriptions juridiques. Pris dans ce sens,

[*] Les *Gründerjahre* furent ces années assez euphoriques qui ont suivi la fondation du Reich bismarckien. *(N.d.T.)*

le positivisme juridique n'est pas seulement la théorie du droit qui se limite volontairement au droit positif et rejette hors de la sphère du droit tout le reste, même s'il s'agit d'ordonnancements sociaux auxquels la tradition accordait la consistance du « droit »[116]. On n'appréhende ainsi que le positivisme récent, le positivisme d'influence kelsénienne, pour ainsi dire « déjusnaturalisé », celui qui cherche à combler le déficit idéologique, matériel, par la figure vide de la « norme fondamentale ». Au plan pragmatique, la position de Kelsen, comme d'ailleurs celle de l'ancien positivisme, est celle d'un positivisme « logique ». Au plan idéologique, elle est un décisionnisme parce que, à la différence de Gerber et Laband, elle renonce à envelopper le droit positif dans des « concepts juridiques » supérieurs et qu'ainsi elle renonce à l'ancrage, qui s'était de cette manière réalisé, dans la réalité même de l'époque de la genèse de cette théorie. Le positivisme ancien, par contre, comparé à celui de Kelsen, n'est pas parfaitement cohérent, strictement positiviste, mais tributaire d'une situation politique et sociale déterminée et parfaitement explicable à partir de la fonction qu'il remplit à l'égard de cette situation. Le fondement d'une telle conception du droit, c'est la réification des prescriptions juridiques et des concepts du droit qui deviennent un pur donné préexistant (*Vorgegebenheit*)[117]. On quitte alors facilement le terrain de la positivité historiquement déterminée pour gagner celui de la mauvaise métaphysique. Toute Constitution nouvellement édictée doit pouvoir être rapportée à des corps juridiques simples, pré-positifs, au sens, transposé à la science juridique, de la chimie minérale*. De ce point de vue, « seules l'emploi et la combinaison effectives des concepts généraux du droit » est caractéristique non seulement d'une Constitution, mais encore de toute création juridique. Toute institution juridique quelconque peut ainsi, avec une absolue nécessité, rapportée « à un concept juridique supérieur et plus général »[118]. C'est avec un certain optimisme méthodologique — qui s'est perdu depuis parmi les sciences de la nature elles-mêmes — que les dispositions juridiques sont là traitées comme des données immédiates, comme des choses naturelles.

[116] *Kelsen* II. Voir aussi, sur ce point : *H. Dreier*, p. 144.
[117] Sur ce point : *Müller* I, p. 19.
[118] *Laband*, p. V et s. (not. : p. VI).

* Selon Michael Stolleis, on peut prouver l'influence directe du vocabulaire de la chimie sur la terminologie juridique à la mode (analyse, construction, élément pur) (*Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, München, 1992, p. 332, note 79) *(N.d.T.)*.

« Etre et devoir-être »

Laband ne tient pas ses propos sur la base du droit, mais sur celle de la science juridique. Il ne les formule pas sous la forme d'une théorie politique, mais sous celle d'une théorie de la dogmatique juridique. De la même manière, il encore net chez Kelsen[119] que le positivisme juridique cherche moins à déterminer l'originalité de la science juridique à partir de celle du droit lui-même qu'à transposer sa conception de la scientificité dans le monde du droit. Celui-ci est compris, de façon erronnée, comme un être reposant en soi et qui devrait n'être mis en relation avec les conditions historiques réelles, pour ainsi dire, qu'après coup ; la norme juridique est conçue comme commandement, jugement hypothétique, majeure formalisée d'un syllogisme logique, comme volonté concrètement vide. Droit et réalité, norme et secteur normé de la réalité se tiennent « en soi », l'un à côté de l'autre, sans liens. Ils sont opposés l'un à l'autre au moyen du rigorisme néo-kantien qui sépare l'« être » du « devoir-être ». Ils n'ont pas besoin l'un de l'autre et ne se rencontrent que sur le chemin de la subsomption d'un fait sous une majeure normatrice. Par rapport à celà, il convient de remarquer que ni l'analyse logique, ni l'observation empirique ne permettent jusqu'à présent de démontrer qu'il faille ainsi traiter norme et réalité comme étant principiellement séparés. Et le positivisme lui-même est resté incapable de démontrer que et de quelle manière une telle séparation pouvait être dite sensée et pratiquable pour le monde social.

La substantialisation des concepts juridiques et des composantes verbales de la norme introduit, contrairement à la tendance scientifique recherchée par le positivisme, des sources incontrôlables d'irrationalité dans la pratique juridique. L'analyse des mots et des figures logiques devrait immédiatement délivrer des informations quant à l'essence juridique des objets dénommés et de leurs corrélations. Pour l'effort positiviste de rationalité, il serait précisément plus pertinent d'analyser les *usages juridiques* spécifiques des concepts et composantes verbales des normes, plutôt que leur mystérieuse « essentialité » juridique immanente[120]. La question du rôle de la réalité en droit ne peut être

[119] Voir not. : *Kelsen* II. En général sur « être et devoir-être » voir, par ex. : *Ehrenzweig*, p. 94 et s. Voir aussi : *Larenz* I, p. 6 et s. S'agissant du manque d'une « théorie de l'interprétation » chez Kelsen : *H. Dreier*, p. 148 et s. Sur ce point aussi : *Koch* VIII. Pour la discussion du caractère d'« impératifs » des normes juridiques : *Hart* II, not. p. 34 et s.
[120] Pour une problématique comparable dans la science politique : *Weldon*. On a pu constater à juste titre qu'avec la conception structurante développée ici, « c'est aussi une tentative de dépassement, dans le domaine de la philosophie du droit, du dualisme de *l'être et du devoir-être* qui est pour la première fois entreprise de façon autonome, c'est-à-dire sans rechercher l'appui d'éléments extra-juridiques » : *Gröschner*, p. 3.

résolue en l'éliminant purement et simplement. Les faits ne sont pas seuls à ne pas pouvoir être déduits des formations linguistiques. La même chose vaut pour les décisions juridiques ; autrement il faudrait introduire des implications tacites qui sont autant de sources incontrôlables d'erreurs et qui remettraient en question non pas seulement la recherche positiviste d'un formalisme dépourvu de présupposés dans le maniement du droit, mais dans le même temps la rationalité et la discutabilité de la science juridique et de la pratique juridique dans leur ensemble. Ce problème n'apparaît pas comme tel pour le positivisme précisément parce qu'il assimile la norme, pensée comme indépendante de la réalité, à sa configuration linguistique, parce qu'il confond norme et texte de norme. Tout ce qui peut être appréhendé hors du texte de norme comme ayant un sens juridique est de facto métajuridique. Pourtant un coup d'œil sur la méthode d'interprétation grammaticale — pour ne rien dire des autres règles d'interprétation — montre déjà qu'en étant forcée de distiguer entre les significations juridiques et les significations homonymes du langage quotidien, celle-ci vise nécessairement, au-delà du texte de norme, la norme même. Et pourtant l'opinion selon laquelle la norme et le texte de norme ne sont qu'une seule et même chose reste largement répandue. On doit, aujourd'hui encore, la considérer comme dominante dans la méthodologie du droit constitutionnel. Par « méthodes » du droit constitutionnel on n'entend pas, jusqu'à aujourd'hui, les modalités effectives du travail de concrétisation des normes en un sens global, mais, avant toute chose, les règles traditionnelles d'interprétation des textes de normes. Par méthodologie, on entend la méthodologie de l'explication de textes. Et pourtant une norme juridique est davantage qu'un texte. Ce dernier n'exprime pas même déjà le soit-disant commandement juridique, le programme normatif, puisqu'il y manque encore l'interprétation. Au même rang et co-constitutif, appartient également à la norme le champ normatif, c'est-à-dire ce segment de la réalité sociale, pris dans sa structure fondamentale, qu'à titre de domaine de réglementation le programme normatif élaboré par le juriste à partir de l'interprétation de l'ensemble des données linguistiques « sélectionne » (champ normatif non-produit ou partiellement non-produit par le droit), ou qu'éventuellement il crée lui-même (champ normatif produit par le droit). « Champ normatif » signifie dans ce contexte non pas le secteur de réglementation de la norme pris dans son ensemble, mais seulement une partie de celui-ci. « Champ normatif » signifie la structure fondamentale du champ factuel de la norme juridique ; autrement dit : la somme et l'agencement des faits tirés du champ factuel dont le juriste peut justifier, à la lumière du programme normatif, qu'ils sont compatibles avec ce

programme et essentiels à la solution de l'affaire concrète et qui dès lors sont en même temps (co-)normatifs.

Puisque la norme est davantage qu'un énoncé linguistique, couché sur le papier, son « application » ne peut s'épuiser dans la seule interprétation, dans l'explication d'un texte. Il s'agit au contraire d'une concrétisation, conditionnée par un cas d'espèce, de l'ensemble des données fournies par le programme normatif, le champ normatif et les particularités des circonstances de l'espèce[121]. A partir de ces circonstances d'espèce — qu'il s'agisse d'un cas réel ou imaginaire — on relèvera *les* éléments décisifs pour l'espèce, ceux qui passent dans le champ normatif et qui sont appréhendés par le programme normatif ; le programme normatif et le champ normatif seront explicités dans un même processus de formation d'hypothèses normatives dirigées sur le cas concret et il n'est pas rare que, de cette manière, ils soient modifiés, clarifiés et développés. Exception faite de quelques types de normes marginales — telles que les dispositions purement quantitatives, qui procèdent par dénombrement —, le procédé logico-formel du syllogisme n'est jamais suffisant pour la concrétisation en droit. Si seulement l'étude est suffisamment précise et si l'on y réfléchit de façon suffisamment claire quant aux méthodes, cela vaut pour l'« application » routinière de la Constitution, en doctrine et en jurisprudence comme pour la législation, le gouvernement ou l'administration. La justesse de cette observation n'est en effet pas limitée à la concrétisation des clauses générales et autres standards du droit constitutionnel, même si pour ce type de normes le déséquilibre entre la capacité de résultat du procédé formel syllogistique et les exigences effectives de la concrétisation constitutionnelle est particulièrement frappant[122]. Toute formulation, à l'aide du langage naturel, de circonstances d'espèce ou de conséquences juridiques, est forcée de recourir à la description ou, à tout le moins, à l'évocation. Une telle formulation contient dès lors, inévitablement, des énoncés imprécis eu égard aux cas juridiques futurs et, dans

[121] *G. Hoffmann* (p. 9) diffère en ce qu'il définit le concept de « champ normatif » comme « le programme de la réglementation juridique et, en même temps, le segment de la réalité sociale qui s'y rapporte ». Cette fusion du programme normatif et du champ normatif, *Hoffmann* (*ibid.*) la tient pour « objectivement correcte », puisque « le contenu sémantique d'un élément de la norme ne pourrait être dégagé sans recours au contexte factuel de l'application de la norme ». C'est peut-être juste, mais *Hoffmann* lui aussi semble comprendre la norme juridique comme un modèle d'ordre qui se compose de données langagières *et* réelles. Il importe pour la théorie (de la norme) juridique présentée ici de décrire la production du droit comme une démarche *structurée*, qui puisse être reproduite en pratique. A cette fin, dans la mesure où le juriste se réfère aux éléments du champ normatif au moyen des textes de normes, les concepts opératoires « programme normatif », « champ normatif », etc., ainsi que leur mode d'emploi introduit par la théorie structurante du droit ont fait leur preuve. On ne voit pas de raison de s'en écarter.

[122] *Strache*, p. 67 et s., 117, 121.

cette mesure, elle a besoin d'être concrétisée. Mais les indications relatives à l'exactitude ou à l'inexactitude d'une concrétisation doivent être recherchée dans cette même norme juridique, celle qui doit être produite dans le cas en question, voire dans le contexte systématique qu'elle forme avec d'autres normes juridiques. C'est pourquoi, de ce simple fait, la concrétisation ne peut être pure de toute valorisation. Cette valorisation (*Wertung*), politiquement ou autrement motivée, qui s'exprime dans la genèse du texte de la norme, joue dès lors souvent un rôle dans le processus de concrétisation. Au cours du travail effectué au moyen des méthodes juridiques de contruction, la valorisation est un élélement parmi d'autres qui ne saurait être supprimé. Elle apparaît même au premier plan dans la concrétisation de ces concepts juridiques dont on dit qu'ils ont besoin d'être « axiologiquement remplis » (*wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe*). La masse la plus importante qualitativement et quantitativement des cas de concrétisation ne saurait être de bonne foi qualifiée comme « pure de toute valorisation » — qu'il s'agisse de concrétisations dans la législation, le gouvernement ou l'administration, dans la jurisprudence ou la science [123].

Retour à Savigny ?

Critique des méthodes des « sciences de l'esprit »

L'attaque la plus sévère menée contre les tendances actuelles de la méthodologie du droit constitutionnel, contre l'utilisation dans la concrétisation juridique des catégories de la « valeur », ou du « système de valeurs », l'a été à partir d'une position qui prônait un retour « aux règles traditionnelles de l'herméneutique juridique » dans la lignée de Savigny et qui entendait lutter ainsi contre la méthode « des sciences de l'esprit » (*geisteswissenschaftliche*

[123] *Podlech* I. Le doctrine dominante, aujourd'hui comme hier, *dénie à la production des normes-décisions tout caractère d'originalité* : L'interprétation serait « la méthode et la voie par lesquelles le juge approfondit le contenu d'une disposition législative en tenant compte de son insertion dans l'ensemble de l'ordre juridique », et ce d'ailleurs, prétendument « sans être limité par le texte formel de la loi » : BVerfGE 35, 263 (279) avec réf. à BVerfGE 8, 210 (221) et 22, 28 (37). Le refoulement des éléments de *décision* qui appratiennent à la réglementation juridique participe de ce mensonge vital propre à une interprétation purement formelle de l'Etat de droit : voir BVerfGE 34, 269 (287) (décision *Soraya*) où même le droit (jurisprudentiel) postulé sur le fondement de « l'ordre constitutionnel pris en tant que totalité de sens » (!) doit être « découvert » et non, par exemple, produit par une décision politique (de politique juridique). Sur la décision « *Soraya* » : Müller XXII, p. 69 et s., 73 et s. Sur la question du droit jurisprudentiel ou prétorien (*Richterrecht*) : cf. *infra* p. 124 et s.

Methode) [124]. Les droits fondamentaux ne se présentent pas sous la forme d'un système, mais imposent à l'état des limites afin de protéger certaines fonctions individuelles particulièrement dignes d'être sauvegardées. L'immixtion des notions de valeur et de système dans l'interprétation des droits fondamentaux serait d'importation extra-légale et extra-juridique. La science juridique « se détruit elle-même » lorsqu'elle ne s'en tient pas fermement au principe selon lequel « l'interprétation de la loi n'est qu'une opération correcte de subsomption, au sens d'un syllogisme concluant » [125]. Avec l'émergence d'une méthode d'interprétation orientée sur des contenus concrets, la loi constitutionnelle aurait perdu en rationalité et en évidence. Elle se trouverait dans un état partiel de décomposition. Cette décomposition de la loi constitutionnelle en une casuistique correspondrait d'ailleurs à la transformation de l'Etat de droit en un état de juges. Le juge, par la supposition qu'il fait d'un système de valeurs, se rendrait toujours davantage maître de la Constitution. Cette Constitution devrait être à nouveau prise au sérieux en tant que loi. Les méthodes possibles d'interprétation de la loi seraient fixées par la structure logique de la loi elle-même [126]. L'interprétation de la Constitution ne devrait, elle aussi, en aucun cas s'écarter des méthodes juridiques classiques d'interprétation de la loi. Les règles formulées par Savigny en 1840 ne seraient ainsi ni plus ni moins que l'outil de tout juriste ; elles se seraient d'ailleurs appliquées bien avant que Savigny ne les explicite [127]. Elles conserveraient aujourd'hui encore toute leur valeur, même si leur exactitude est moins grande s'agissant des parties relativement techniques de la Consitution, s'agissant par exemple des règles consacrées aux relations entre la Fédération et les Länder en matière législative et administrative. Elles n'auraient pas davantage battu en retraite dans le droit administratif. Cependant, ce sont surtout la partie consacrée aux droits fondamentaux et les « irruptions du principe de l'état social » [128] qui offriraient un flanc dégarni à l'invasion des « méthodes axiologiques des sciences de l'esprit ». Là où la valeur est transférée dans la norme elle-même, l'application des

[124] *Forsthoff* II, p. 39 et s. (Le lecteur français pourra retrouver certaines idées de Forsthoff dans le *Traité de droit administratif allemand*, trad. par M. Fromont, Bruxelles, 1969. Nous conservons une traduction littérale pour *Geisteswissenschaft* en tant que l'expression, par opposition aux *Naturwissenschaften*, est forgé par Dilthey dans le cadre d'une philosophie de l'esprit. La méthode des sciences de l'esprit a gagné la science du droit public allemand sous Weimar, à travers les œuvres d'Erich Kaufmann et Rudolf Smend notamment. Elle était au cœur de ce qu'il est convenu d'appeler le *Methoden- und Richtungstreit*. Sur ce point, on peut consulter la thèse de Klaus Rennert, *Die geisteswissenschaftliche Richtung in der Staatsrechtslehre des Weimarer Republik*, Duncker und Humblot, Berlin, 1987. *N.d.T.*)

[125] *Forsthoff* I, p. 41.

[126] *Forsthoff* II, p. 39.

[127] *Forsthoff* II, p. 39 et s.

[128] *Forsthoff* I, p. 51.

normes se métamorphose en effectuation de valeurs, l'art juridique en philosophie des valeurs, une philosophie aussi peu exigeante qu'elle est historiquement dépassée[129]. En partant de cette position accentuée par ces critiques, ce n'est pas un retour au positivisme qui est exigé. Savigny n'aurait pas été positiviste. Le positivisme juridique serait caractérisé par deux équivalences : l'équivalence du droit et du droit positif ; l'équivalence de toutes les normes entre elles. Cette seconde équivalence est désormais universellement reconnue comme intenable. La Constitution est une loi politique et nul n'oserait affirmer que la loi constitutionnelle devrait être interprétée « de la même manière qu'une loi sur les thermomètres ». Mais c'est justement avec ce constat que commenceraient les « véritables problèmes »[130].

Cette critique a été précisée par la suite[131] : le renvoi à Savigny n'aurait pas eu d'autre objet que de rappeler « que le processus intellectuel d'interprétation est forcé de passer par chacun des stades décrits par Savigny, sans qu'on veuile par là affirmer que le critère de la décision doive nécessairement être trouvé dans ces stades ». L'utilisation, dans les normes, de concepts non universels-empiriques, tels que celui de « dignité humaine », de même que la disparition de la normalité comme corrélat des normes — avec cette conséquence que plane sur les concepts normatifs une certaine insécurité —, tels seraient les circonstances qui affecteraient le procédé de la subsomption. Les changements sociaux et économiques importants, dont l'ordre juridique doit tenir compte, auraient tracé des limites à la subsomption[132]. Cette situation ne prononcerait cependant ni pour ou ni contre la subsomption comme méthode de mise en œuvre du droit. Il conviendrait de découvrir au cas par cas si cette subsomption, au sens traditionnel, est ou non possible. Ce serait une tâche impérieuse que « d'élaborer, à la manière de Savigny, les moments de l'interprétation qui soient adaptés au droit constitutionnel moderne »[133].

Sur la métacritique des méthodes des « sciences de l'esprit »

Les thèses ainsi présentées ne sont pas dépourvues de contradictions. C'est à juste titre qu'il est exigé du travail juridique qu'il garantisse à la technicité de la loi constitutionnelle le degré d'objectivité auquel il peut effectivement

[129] *Forsthoff* I, p. 41.
[130] *Forsthoff* II, p. 35 et s., p. 37.
[131] *Forsthoff* III, p. 525.
[132] *Forsthoff* III, p. 524 et s.
[133] *Forsthoff* III, p. 525.

prétendre, et ce au service de la clarté des normes, de la précision des méthodes et de la sécurité juridique inhérentes à un Etat de droit. Certaines tendances sont à bon droit déclarées incompatibles avec cet objectif, à savoir celles qui, délaissant les exigences aujourd'hui imposées à l'ordre constitutionnel, cherchent à s'aider en y substituant des « valeurs », ou un « système de valeurs », ou encore par le recours à la « mise en balance » des biens et intérêts juridiquement protégés, voire d'une « mise en balance des valeurs ». La frontière entre libre création du droit et concrétisation liée par des textes de normes ne doit en effet pas être effacée, et ce au nom du principe de l'Etat de droit tel qu'il est garanti à la collectivité par la loi constitutionnelle et ses principes fondamentaux. La réalisation de la Constitution n'est pas dissociable de la concrétisation des normes constitutionnelles, pas plus que cette concrétisation n'est dissociable de l'application d'une méthode qui puisse être, dans sa genèse et sa présentation, contrôlée, analysée et discutée. Les tentatives rapportées plus haut, concernant la concrétisation des droits fondamentaux, sont — en fonction de leurs degrés respectifs d'irrationalité et d'insécurité — douteuses voire inadmissibles au regard des prescriptions normatives du principe de l'Etat de droit tel qu'il est consacré par la Loi fondamentale, qu'il s'agisse du transfert de restrictions aux droits fondamentaux contraire à la lettre comme à la systématique du titre relatif aux droits fondamentaux, qu'il s'agisse de postuler l'existence de réserves de loi générales et matérielles comme une restriction générale tirée du trouble à l'ordre public, qu'il s'agisse enfin, à l'aide de la théorie de l'abus de droit ou des techniques de la mise en balance, de rechercher au cas par cas un résultat considéré comme souhaitable ou acceptable par l'instance de décision et ce au moyen de procédures ni suffisamment rationnellement analysables ni, de ce fait même, suffisamment contrôlables.

Mais, d'un autre côté, les idées avancées ou supposées par cette prise de position critique ne permettent pas d'opposer à ces tendances dissolvantes d'une méthodologie constitutionnelle rationnelle un contre-modèle solide. Les questions de concrétisation ne peuvent être maîtrisées au moyen de l'« application » de dispositions achevées, de décisions de volonté préexistantes ; pas davantage — exception faite des cas marginaux — par le recours à la « subsomption » et au syllogisme aidés du canon défini par Savigny[134]. On sait que

[134] Voir pourtant : *Forsthoff* I et II. Voir aussi, dans le même sens : *Flume*, p. 62 et s. Critiques de ces positions : *Hollerbach* ; *Ehmke* II, p. 45 et s. ; *Ehmke* III, p. 64 ; *Lerche* II, p. 690 et s. ; *Müller* I, *Hesse* II, p. 19 et s. Pour la discussion autour du positivisme légaliste, voir en outre : *Larenz* I, p. 19 et s., p. 69 et s. ; *Adomeit* I, p. 176 et s. (qui parle d'un « déterminisme juridique ») ; *Riebschlager*, p. 19 et s.

les règles d'interprétation de Savigny n'ont pas été expressément formulées pour leur utilisation en droit public et constitutionnel[135]. Et dans les droits fondamentaux, comme dans la plupart des autres normes de cette « loi politique » qu'est la Constitution, on découvre encore moins de ces institutions qui pourraient être appréhendées d'un point de vue purement technique et dont l'effectuation ne soulèverait, pour la théorie (de la norme) juridique et la méthodologie, aucun problème dépassant l'organon syllogistique. La plupart des règles de droit, et les normes constitutionnelles dans leur totalité, ne remplissent pas les conditions que la logique formelle impose aux majeures d'un syllogisme. La conception erronée de la norme juridique, qui y voit un jugement hypothétique, un commandement s'identifiant à son texte, une majeure de syllogisme, cette conception soulève, du point de vue du processus de la concrétisation pratique, la question d'une approche plus appropriée de la relation entre droit et réalité, en même temps que celle d'une représentation plus utilisable de la norme et de la science juridique prise en tant que science normative. Corrélativement, c'est la conception même de l'ordre juridique comme système qui est par là affectée. Savigny entend par « système » le développement des règles de droit et de leurs concepts au moyen de la définition et des distinctions qui lui sont réductibles[136]. Le positivisme ultérieur entend quant à lui par « système » une donnée préexistante, close et sans lacunes, réification abstraite à partir de laquelle la déduction logico-formelle serait possible par la voie du syllogisme. Par l'observation de la pratique actuelle, dans la littérature et dans la jurisprudence, nous avons déjà montré l'insuffisance de cette conception de la norme et de la réalité, d'une part, du lien entre les normes et le système, d'autre part, comme enfin, de la spécificité du travail juridique dans son ensemble. La « subsomption » ne se révèle pas seulement impraticable s'agissant de l'intangibilité de la dignité humaine (art. 1 al. 1 LF) ou du libre épanouissement de la personnalité (art. 2 al. 1 LF) ; ces deux droits fondamentaux ne sont pas les seuls à être faussement interprétés comme formant un « ordre de valeurs » et, dans le détail, des « valeurs » qu'il conviendrait de mettre en balance. La « subsomption » n'est pas davantage « devenue » impossible du seul fait du développement de l'état social. La concrétisation du droit, et particulièrement du droit constitutionnel, n'a encore jamais pu être entièrement maîtrisée méthodiquement, ni réalisée objectivement à l'aide du syllogisme logico-formel. La concrétisation de la loi comme de la Constitution n'a encore

[135] *v. Savigny* I, p. 2, p. 23, p. 39 ; II, p. 13.
[136] *v. Savigny* II, p. 37.

jamais pu s'effectuer par voie de déduction purement logique, exacte au sens des sciences de la nature, déduction qui devrait être opérée à partir de commandements juridiques préalablement découverts achevés et complets. La méthode du Savigny tardif — celle du premier Savigny est encore empreinte de traits positivistes — est elle-même une méthode « des sciences de l'esprit » dont l'arrière-plan est constitué par la conception du droit de l'école historique[137]. Prendre la Constitution au sérieux en tant que loi, cela veut dire prendre au sérieux la structure de son effectuation en tant que concrétisation. On n'y parvient pas en niant, comme ne se posant pas, le problème de la valorisation concrétisante, mais en clarifiant rationnellement la structure de la concrétisation afin que l'interprète soit placé dans cette situation où il peut trouver les critères nécessaires aux opérations de valorisation et de concrétisation dans les directives de la Constitution.

On ne peut pas davantage rendre responsables les évolutions politiques et sociales récentes de la disparition de la normalité corrélative de la norme et de la conséquence qui en découlerait, à savoir l'incertitude qui planerait sur les concepts juridiques. On ne peut donc rendre responsables ces évolutions de la prétendue dégradation de la capacité à la « subsomption » dont serait affecté le droit constitutionnel. C'est précisément dans le droit constitutionnel, depuis qu'il existe un Etat constitutionnel moderne, que les conceptions relatives aux normes constitutionnelles et à leur arrière-plan politico-social n'ont jamais atteint ce degré d'unanimité tel qu'on ait pu en dégager aussi simplement un consensus. Ce qui fut et est peut être le cas dans certains domaines du droit étroitement limités, moins fondamentaux, techniques et spécialisés n'a encore jamais pu s'appliquer au droit constitutionnel. La Constitution de l'Etat de droit libéral du XIX[e] siècle allemand n'était pas elle non plus « subsumable » comme une loi sur les thermomètres. Cela réside dans la fonction du droit constitutionnel et dans la structure de celui-ci, qui est objectivement liée à cette fonction.

[137] Cela ne veut pas dire qu'on développe *ici* une méthode « des sciences de l'esprit ». Cf. *infra*, p. 215 et s. et p. 311 et s. — Selon *Gröschner* (p. 3) notre conception dépasse pour la première fois « le fossé entre, d'une part, la norme considérée dans le modèle de la subsomption comme susceptible par elle-même d'application et, d'autre part, les circonstances de fait, conçues parallèlement, dans ce même modèle, comme par elles-mêmes susceptibles d'être subsumées ».

A propos de l'arrière-plan théorique des règles établies par Savigny

A cela s'ajoute un reproche tiré à la fois de l'histoire scientifique et de la méthodologie au sens strict. Savigny a formulé ses règles d'interprétation pour le droit civil et le droit criminel. On n'a jamais fondamentalement examiné la question de savoir si ses canons pouvait être employés dans le droit public et constitutionnel. Ceux-ci ont été repris par la pratique et la doctrine du droit constitutionnel (et administratif) *faute de mieux**. C'est pourquoi le retour à Savigny reste précaire pour la méthodologie du droit constitutionnel. En tout état de cause, l'appel à ses principes pour le droit constitutionnel ne peut en appeler à Savigny lui-même. A cela s'ajoute que les aspects de l'interprétation que la doctrine dominante et la pratique présentent comme étant les plus classiques et dont la Cour constitutionnelle fédérale fait expressément son programme, ces aspects sont, chez Savigny lui-même, pour partie autrement délimités, et pour partie appréciés de façon divergente. Le premier Savigny décrit la mission de l'interprète comme consistant « dans la reconstruction de l'intention exprimée dans la loi et qui est dans cette mesure connaissable à partir de cette loi ». L'interprète devrait « se mettre à la place du législateur et, de la sorte laisser artificiellement advenir sa parole ». Afin de parvenir à ce résultat, l'interprétation doit travailler à l'aide de quatre moyens : les moyens logique, grammatical, historique et systématique [138]. L'interprétation extensive ou restrictive, c'est-à-dire celle qui élargit ou réduit la lettre de la loi en fonction de son but, est rejetée. Pour Savigny, le but de la loi ne peut jamais être employé comme une règle. L'interprète ne saurait développer la loi au-delà d'elle-même (*das Gesetz fortbilden*). Il ne peut que la réexécuter (*nachvollziehen*) : « La loi peut certes être perfectionnée, mais seulement par le législateur, jamais par le juge. » [139] Savigny rejette donc ainsi expressément l'interprétation téléologique que l'opinion dominante range parmi les « méthodes classiques » et qui, en pratique, est d'ailleurs privilégiée en raison de sa malléabilité.

Dans son « Système » de 1840**, le Savigny tardif, qui voit désormais la source véritable du droit dans l'« esprit populaire », dans la conviction juridique commune du peuple plutôt que dans la loi positive, attribue aux normes de droit — sans préjudice de leur élaboration conceptuelle — « leur fondement

[138] *v. Savigny* II, p. 18, p. 19, p. 32.
[139] *v. Savigny* II, p. 43.

* En français dans le texte *(N.d.T.)*.
** Il s'agit bien sûr du *System des heutigen römischen Rechts. (N.d.T.)*

le plus profond dans l'intuition de l'institution juridique dans son ensemble » [140]. Il limite de la sorte le rôle de la pensée conceptuelle à l'appréhension de l'incontournable règle abstraite sur le mode de la logique formelle. Sur ce point, il ouvre la voie qui en passant par Puchta, Ihering et Gerber conduit jusqu'à Laband, même si ce chemin ne prend pas toujours la forme d'une ligne droite. Par contre, il ne fut pas capable de faire suffisamment clairement ressortir au moyen des distinctions méthodiques indispensables son intention véritable, à savoir pousser au premier plan, par rapport aux règles de droit prises isolément, l'institution juridique saisissable par l'intuition et prise comme totalité signifiante. Pour lui, les normes juridiques ne doivent pas pouvoir être comprises à partir d'elles-mêmes, mais seulement sur le fondement de l'intuition de cette institution juridique dont le législateur, à l'occasion de l'acte de législation, se fait une vague idée comme d'un « tout organique » à partir duquel il lui faudrait « élaborer les dispositions abstraites de la loi en utilisant un procédé artificiel ». L'interprète doit donc « empruntant un procédé inversé, rajouter le complexe organique dont la loi représente pour ainsi dire un segment particulier » [141]. Il est fait objectivement allusion au rôle constitutif des éléments concrets des dispositions juridiques, à la structuration de la norme juridique en champ normatif et programme normatif dans cette description génétique. Cet aspect de son approche tardive se trouve cependant, dans le « Système » de 1840, beaucoup moins nettement élaboré que cet autre aspect qui conduira au positivisme et au constructivisme de la jurisprudence des concepts (*Begriffsjurisprudenz*). Tout comme dans ses écrits antérieurs, Savigny donne dans son « Système » quatre modes d'interprétation : le grammatical, le logique, l'historique et le systématique. Contrairement à ce qui se passe pour le positivisme légaliste, l'idée que ces aspects ne sont ni autonomes ni strictement délimitables gouverne encore la réflexion de Savigny. Avant que n'interviennent la réification et le durcissement positivistes, Savigny désigne expressément ces aspects grammatical, logique, historique et systématique non pas comme autant de « modes d'interprétation », mais comme les « éléments » d'un processus unitaire d'interprétation, comme « diverses activités qui doivent agir uniment, si l'interprétation doit réussir ». Leurs rapports réciproques dépendent à chaque fois de la spécificité objective de l'espèce pour laquelle il faut trancher [142].

L'interprétation extensive ou restrictive est désormais admise dans la mesure

[140] *v. Savigny* I, p. 9.
[141] *v. Savigny* I, p. 44.
[142] *v. Savigny* I, p. 212 et s., not. : p. 213, p. 215, p. 320.

où elle permet de rectifier un énoncé défectueux dans le texte de la norme. Le but de la loi par contre est toujours conçu comme « séparé du contenu de la loi » [143]. Son utilisation au cours de l'opération d'interprétation peut pourtant être admise, même si c'est « seulement avec les plus grandes précautions » [144]. Dans le cas d'un énoncé imprécis dans le texte de norme, il est possible d'avoir recours à « la cohérence interne de la législation » et — s'il est démontrable — au but spécial poursuivi par la loi. Si ce dernier ne peut être démontré, il est alors possible de recourir à une « raison générale » au sens de ce qu'on appellera plus tard l'« esprit général du droit » (*allgemeiner Rechtsgedanke*) [145].

Les canons et les questions de méthode actuelles

Il n'est guère surprenant que les règles d'interprétation posées par Savigny ne suffisent pas à venir aujourd'hui à bout du processus de concrétisation de la Constitution, dans la jurisprudence et la science comme dans la législation, le gouvernement et l'administration. En droit constitutionnel justement, le degré de précision conceptuelle des textes est plutôt faible. Le chevauchement de l'usage courant et d'un usage juridique constitutionnel spécifique du langage introduit une source supplémentaire de difficultés, eu égard aux composants historiques et politiques de la signification des concepts typiquement constitutionnels. A cela s'ajoute la nécessité fermement maintenue par la Cour constitutionnelle fédérale d'interpréter les notions constitutionnelles selon la différenciation de leurs fonctions. En raison de la tâche fondamentale du droit constitutionnel positif, en tant qu'il prétend à supporter l'ordre juridique dans sa totalité, l'interprétation systématique est particulièrement exposée à l'ambiguïté qui peut naître entre d'une part une classification formelle des normes particulières et leur agencement matériel au sein de l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur. En posant la question des « buts » des dispositions constitutionnelles, l'interprétation téléologique se heurte à des complexes de représentations, de valorisations et de tendances d'autant plus vastes, d'autant moins tangibles et rationnellement exposables que les normes constitutionnelles qui doivent être concrétisées — en raison même de leur qualité constitutionnelle — présentent des champs normatifs beaucoup plus larges et souvent beaucoup moins techniquement spécialisés que les dispositions du droit

[143] *v. Savigny* I, p. 218.
[144] *v. Savigny* I, p. 220.
[145] *v. Savigny* I, p. 228.

infra-constitutionnel. Du fait de sa structure et de sa fonction, le droit constitutionnel réduit la praticabilité des règles traditionnelles d'interprétation des textes de normes et place en pratique le juriste devant une série supplémentaire de problèmes fondamentaux et de difficultés particulières. La pratique constitutionnelle montre que les interprétations grammaticale, systématique et, plus encore, téléologique sont forcées, d'une manière ou d'une autre, de déborder du texte de la norme, de son contexte comme des points d'appui que peut fournir le droit positif pour découvrir le but de la norme. C'est pourquoi les normes constitutionnelles sont celles qui peuvent le moins être traitées par la pratique comme des majeures formalisées d'un syllogisme. La relativité du point de vue génétique de l'interprétation n'est enfin pas moindre dans le droit constitutionnel que dans les autres disciplines juridiques. Du fait de l'étroite relation qu'entretient le droit constitutionnel avec les évolutions politico-historiques et les ruptures politiques fondamentales qui les jalonnent, les arguments de l'interprétation historique se révèlent être d'un usage quelque peu délicat. C'est donc tout particulièrement dans le droit constitutionnel que les règles de Savigny apparaissent comme des aspects représentant non pas autant de « méthodes » de validité universelle, mais des *points de vue auxiliaires* dont la fécondité varie à chaque fois avec la spécificité des régles à concrétiser. Au sens de la logique formelle, elles ne sont pas systématisables. En pratique, elles sont très souvent implicitement employées comme des notions génériques (*Sammelbegriffe*) dans lesquelles on range les aspects des origines les plus diverses, les plus floues et donc, aussi, les plus incontrôlables. Les canons partage avec l'ordre juridique global un destin méconnu du positivisme : celui de ne pouvoir être conçu comme un système complet et achevé de données préexistantes applicables [146]. La position positiviste peut sans doute se concevoir s'agissant des règles de droit techniques et spécialisées dont le champ normatif est entièrement produit par le droit. Mais à l'égard des normes possédant un champ normatif plus complexe, en tout ou partie non produit par le droit, comme le sont de manière exemplaire les prescriptions constitutionnelles, elle est pratiquement injustifiable. Cela vaut déjà du simple fait qu'on a considéré à tort les règles d'interprétation énumérées par Savigny, même hors du droit constitutionnel, comme des instruments de la logique formelle. Si, dans l'interprétation grammaticale, il faut différencier et trancher entre plusieurs usages

[146] Contre la conception de l'ordre juridique comme système fermé, voir déjà *Jellinek*, par ex. p. 353, p. 358 ; contre les idées de subsomption, application et syllogisme : *Esser* II, par ex. p. 220, p. 238, p. 253 et s., p. 261 ; *Ehmke* III, p. 55 et s. ; *Bäumlin* I, p. 36 ; *Kaufmann* I, p. 380 et s., p. 387 et s. ; *Kaufmann* II, *p. 37 et s.*

des notions employées, entre l'usage commun et l'usage juridique ou entre plusieurs significations juridiques, cela n'est possible que si la « méthode » grammaticale vise non pas le texte de norme, mais la norme même. Sans une anticipation explicative du sens juridique possible de la norme qui dépasse l'explication « grammaticale » ou philologique, la décision, déjà à ce stade de la concrétisation, ne serait plus possible[147].

L'aspect historique est en pratique souvent mélangé, obscurément, à des considérations génétiques et téléologiques[148]. L'interprétation systématique ne peut le plus souvent sans éléments auxiliaires supplémentaires choisir entre les différents point de vue que forment la systématique formelle du texte, la systématique sémantique et la systématique matérielle*. L'interprétation téléologique n'est presque rien d'autre en pratique qu'une notion générique dans laquelle on trouve des valorisations aux origines les plus diverses, un champ de possibilités interprétatives qui ne connaît plus de bornes, ni objectives, ni normatives. Elle est habituellement orientée par le caractère acceptable ou souhaitable du résultat. « Ratio », « telos », « sens et but » ne sont, en règle générale, rien de plus que le résultat recherché sous une forme métaphorique. Avec de tels concepts téléologiques, on ne peut plus même parcourir chacune des étapes contrôlables de la découverte et de la présentation de la décision. La pratique montre combien, du fait de ces formules téléologiques vides, guette le danger des illusions verbales qui brouillent les problèmes juridiques décisifs comme la motivation véritable du processus décisionnel. On a clairement montré que, pour Savigny, du point de vue de la transparence, l'interprétation tirée de la *ratio legis* ne pouvait être admise que dans les plus étroites limites[149].

Ces auxiliaires méthodologiques traditionnels demeurent incomplets et inachevés. Ils ne peuvent être « appliqués » « au » cas d'espèce, mais seulement, au cours d'un processus complexe, être mis en relation avec les circonstances concrètes, comme avec le potentiel décisionnel de la norme à construire et une

[147] Sur l'interprétation « linguistique », voir aussi *Leisner*, p. 641 et s., p. 644. (Il faut comprendre ici que la concrétisation *part* du texte de norme, le prend initialement dans sa consistance « grammaticale », au niveau philologique ; mais ce qu'elle *vise déjà*, c'est la norme en tant que telle. *N.d.T.*)

[148] *Esser* II, p. 176 et s.

[149] *v. Savigny* I, p. 216 et s., part. p. 217, p. 220.

* La systématique formelle du texte est celle qui compare et relie entre eux les textes de normes à l'état brut, du pur point de vue grammatical, avant toute interprétation approfondie. La systématique sémantique est celle qui compare et lie entre elles des interprétations élaborées au cours du processus de concrétisation. La systématique matérielle (*Sachsystematik*) est celle qui s'appuie sur les problèmes réels posés par l'espèce rencontrés de façon typique dans ce genre de litiges : elle les compare et les lie entre eux en vue de la décision à prendre dans le cas en litige. *(N.d.T.)*

série d'autres éléments de concrétisation. Dans l'expérience du droit, ni le cas à résoudre, ni les auxiliaires d'interprétation, ni la norme juridique n'apparaissent comme achevés et prédonnés. De ce simple fait, on ne peut rigoureusement séparer interprétation du droit et création jurisprudentielle de droit (*Rechtsfortbildung*). La similitude avec la norme de la concrétisation créatrice, dont parle la Cour constitutionnelle fédérale[150], remet en question la conception traditionnelle, systématique et positiviste, du droit public et constitutionnel, lors même que les normes imposent à la pratique et la science juridiques la plus stricte limitation dans le processus de concrétisation de la Constitution.

Sur la forme législative de la Constitution

Pour toutes ces raisons, la forme législative de la Constitution n'est pas purement et simplement identique à la forme législative des autres lois. L'expression « forme législative » vise indistinctement des types divers de structures normatives, et par là des degrés variables dans les exigences imposées à leur concrétisation. Se limiter aux règles traditionnelles de l'interprétation des textes de normes dissimulerait ce fait qu'à l'aide de ces seuls moyens aucun problème de droit constitutionnel d'importance, un tant soit peu complexe, n'est soluble. S'agissant des normes constitutionnelles essentielles et des droits fondamentaux enfin, les moyens traditionnels d'interprétation — pris en soi à la manière positiviste — sont en règle générale épuisés avant même qu'on les applique. *Ce qui, de la Constitution, est typique au plan formel* (*Formtypik*) est déjà la formulation d'une *typologie de contenus objectifs* (*Typik sachlicher Gehalte*), de postulats, de programmes et d'objectifs politiques, de positions juridiques, de conceptions théoriques relatives à l'état, etc. Limiter la perception de la Constitution à sa seule configuration linguistique, à une systématique verbale, c'est barrer l'accès aux contenus objectifs normés et de la sorte à la teneur objective normative (*normative Sachhaltigkeit*) du droit constitutionnel positif. Ce n'est pas faire du possible une obligation, mais bien de l'impossible un postulat que de voir dans la Constitution un assemblage « évident » de normes qui, dans sa technicité restreinte à la seule forme linguistique, devrait pouvoir être suffisamment concrétisé au moyen des règles d'interprétation des textes dégagées par Savigny.

[150] BVerfGE 13, 318 (328) ; 15, 226 (233). Voir : *Esser* II ; *Wieacker* II ; *Kaufmann* I, p. 387 et s. ; *Geiger*, p. 174 et s., p. 242 et s., p. 246, p. 250 et s.

Nouvelles approches méthodologiques en droit constitutionnel

Nature de ces approches

L'examen de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale a montré que les développements récents de la méthodologie du droit constitutionnel avaient apporté, à défaut d'une conception globale dominante, du moins une série d'aspects particuliers nouveaux dans la pratique de concrétisation de la Constitution. On a déjà évoqué, parmi ceux-ci, le principe de l'interprétation conforme à la Constitution et la « nature des choses » tels qu'ils apparaissent dans la jurisprudence constitutionnelle. Les autres aspects nouveaux touchent à la question du droit jurisprudentiel (*Richterrecht*) constitutionnel, à celle de l'interprétation institutionnelle des droits fondamentaux, au problème du recours aux topiques dans le processus de découverte du droit, au contenu de réalité des normes constitutionnelles et de leur concrétisation, à la procédure de construction d'hypothèses normatives ainsi qu'à une série du principes spéciaux d'interprétation de la Constitution.

L'interprétation conforme à la Constitution

D'après ce principe, une norme législative doit toujours être interprétée de telle manière qu'elle soit compatible avec les principes constitutionnels*. Lorsque plusieurs possibilités s'offrent à l'interprétation, c'est celle par laquelle la règle législative est rendue conforme à la Constitution qui s'impose. Ce principe rattache ainsi l'*interprétation des normes* au *contrôle des normes*. La fonction de contrôle des normes constitutionnelles est courante, même si limitée à certaines procédures formalisées. Tout aussi courant est le recours à d'autres dispositions juridiques pour concrétiser une norme par la voie de l'interprétation systématique. En revanche, il n'est guère traditionnel de recourir à des normes constitutionnelles *pour déterminer le contenu* d'une disposition législative. On peut dans ces conditions difficilement considérer le principe d'interprétation conforme à la Constitution comme venant s'ajouter aux modes traditionnels d'interprétation comme un élément qui leur soit principiellement homogène. Il va au-delà de l'interprétation systématique au sens habituel dans

* Sur ce principe, le lecteur français se reportera à : J.-Cl. Béguin, *Le contrôle de constitutionnalité des lois en RFA*, Paris, 1982, p. 184 et *s. (N.d.T.)*

la mesure où ne sont pas seulement prises en considération les normes constitutionnelles qui se correspopndent du point de vue systématique formel ou matériel, mais où la question de la constitutionnalité de la disposition législative à concrétiser est introduite dans la concrétisation en vue de la pleine conformité à la Constitution. L'emploi de ce principe ne signifie cependant pas « le retour à un monisme méthodologique depuis longtemps dépassé » [151], il ne signifie pas qu'une priorité absolue soit donnée à la question de la conformité à la Constitution. Du point de vue méthodologique, l'interprétation conforme à la Constitution demeure un critère de concrétisation parmi d'autres qui ne fait pas violence aux critères traditionnels au sens d'une hiérarchisation. La critique toucherait juste, en revanche, si la pratique appréciait la question du caractère déterminant des critères du point de vue exclusif de la question de conformité, indépendamment de tout égard pour la structure de la norme à concrétiser et pour celle du cas d'espèce à trancher. Dans une telle hypothèse, les limites d'une concrétisation méthodiquement responsable seraient transgressées. C'est pourquoi le principe de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution doit lui-même être utilisé de façon « conforme à la méthode » : il ne peut être mis en jeu *qu'à partir du moment où* plusieurs variantes d'interprétation ont pu être dégagées à l'aide des moyens traditionnels ou autres de concrétisation. Les méthodes « normales » doivent donc être mises en œuvre pour élaborer ces variantes d'interprétation. C'est à partir de ce moment seulement que l'aspect de la conformité à la Constitution, du point de vue de la décision, peut trancher, dans le cas concret, quant à la capacité de ces moyens d'interprétation à apporter une solution face à des alternatives divergentes. Mais le résultat conforme à la Constitution a été obtenu en tout état de cause à l'aide des instruments usuels de concrétisation. Par ailleurs, les dispositions constitutionnelles qui doivent servir à la fois comme normes de contrôle et normes de fond doivent elles-mêmes être concrétisées à l'aide de tous les moyens qui sont à disposition. De cette façon, l'interprétation conforme à la Constitution ne constitue pas un véritable critère de concrétisation, mais une règle de priorité permettant de décider entre divers résultats alternatifs élaborés à l'aide des moyens habituels de concrétisation.

Les *limites du procédé* sont de nature fonctionnelle. Elles touchent aux rapports entretenus par la juridiction constitutionnelle avec les autres juridictions comme avec la législation. A son point de départ, c'est-à-dire cette présomp-

[151] *Burmeister*, p. 63 et s. Voir la présentation détaillée du lien entre l'interprétation conforme et les méthodes traditionnelles chez *Göldner* I, p. 43 et s.

tion de constitutionnalité de la loi démocratiquement adoptée dont l'annulation doit être évitée dans la mesure du possible, le procédé souligne la priorité du législateur dans la concrétisation de la Constitution et exige de la part du juge une certaine retenue. L'interprétation conforme trouve ses limites dans la lettre du texte de norme. Ces limites sont transgressées lorsque la variante d'interprétation retenue au moyen de l'interprétation conforme aboutit à une correction du texte de norme élaboré par le législateur. Une telle correction relève du législateur. Si celle-ci est, sans autre forme de procès, réalisée par le juge — à travers une « interprétation conforme à la Constitution » qui méconnaîtrait ses limites —, la juridiction empiète alors encore plus largement sur la compétence législative que par une déclaration de non-conformité. Dans ce cas, c'est en vérité un quasi-texte de norme qui prend la place du texte officiel. Or le droit positif n'habilite la Cour qu'à annuler le texte officiel d'une norme, dans les cas prévus à cet effet[152].

La Cour constitutionnelle fédérale se met irrégulièrement à la place du législateur lorsque, dans le but de « sauver » sa *conformité* à la Constitution, la norme contrôlée 1 / est interprétée *contrairement* à la teneur de son énoncé correctement dégagée du point de vue méthodologique, ou bien 2 / est sans hésiter interprétée *au moyen de* la disposition constitutionnelle qui, de norme de contrôle, devient une norme de définition du contenu de la règle inférieure. 3 / En revanche, si la Cour, parmi plusieurs interprétations possibles et méthodologiquement acceptables rendait sa décision sur la base de la seule interprétation *contraire* à la Constitution, elle amputerait, d'une autre manière tout aussi inadmissible, la fonction législative.

Il en résulte, positivement : l'interprétation conforme à la Constitution correctement utilisée se meut très précisément dans le cadre *fonctionnel* assigné à la juridiction constitutionnelle ; les *limites* assignées à ce procédé d'interprétation ne sont pas de nature méthodique mais découlent, comme si souvent dans

[152] *Hesse* II, p. 30 et s. Pour un exemple de transgression de ces limites fonctionnelles : BVerfGE 9, 194 (199 et s.). *Sur ces limites fonctionnelles à l'interprétation conforme à la Constitution* : BVerfGE 34, 165 (199 et s.) (droit des parents. Cycle de promotion scolaire obligatoire en Hesse). Sur la tension entre la lettre et l'interprétation conforme : BVerfGE 30, 83 (88 et s.). Instructif à propos de ce *débat sur le respect des limites fonctionnelles d'une interprétation conforme à la Constitution* : BVerfGE 33, 52 (Interdiction de diffusion d'un film — « L'homme qui rit »), voir la décision d'une part (p. 65 et s., p. 69 et s.), l'opinion dissidente d'autre part (p. 78 et s., p. 82 et s. : substitution d'un « autre contenu normatif » dépassant les limites, l'interprétation « entrerait en contradiction avec la lettre et la volonté clairement affirmée du législateur », p. 83). La Cour s'en tient strictement à cette limitation fonctionnelle (à cause d'un texte « univoque ») dans : BVerfGE 38, 41 (49) (affiliation obligatoire à la Caisse d'assurances sociales des employés). La même retenue dans : BVerwGE 44, 188 (Remboursement des frais de campagne électorale). Mais sur l'inconstitutionnalité de la disposition correspondante du §18 de la loi sur les partis politiques : BVerfGE 41, 399.

la méthodologie juridique, du *droit en vigueur* (ici : de la répartition des fonctions et de l'attribution des compétences).

Relativement à la relation entre la juridiction constitutionnelle et les autres juridictions se pose la question de la compétence de principe quant à la concrétisation de la loi. Dans ses articles 95 et 96, la Loi fondamentale institue des juridictions auxquelles il revient en principe d'interpréter la loi ordinaire. Grâce au contrôle des normes qui lui est confié par les articles 93 al. 1 n° 2 et 100 al. 1 LF, la Cour constitutionnelle fédérale se voit aussi confier, par la nature des choses, l'interprétation des lois ordinaires qui doivent être contrôlées au regard des exigences constitutionnelles. C'est pourquoi, dans une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle revendique le pouvoir d'interpréter les lois ordinaires sous l'angle de leur constitutionnalité[153]. Elle doit cependant, d'une part, maintenir la frontière — à vrai dire difficile à tracer en général comme dans chaque cas particulier — entre le contrôle de constitutionnalité et la fonction jurisprudentielle qui revient à l'instance suprême dans les contentieux civils, pénaux et administratifs. D'autre part, la régularité du procédé de l'interprétation conforme à la Constitution pourrait se voir remettre en question par la thèse selon laquelle cette compétence d'interprétation obligatoire de la loi n'est confiée à la Cour constitutionnelle que dans le cadre formalisé des procédures de contrôle des normes et, dans ce cadre même, que dans le but de mettre en œuvre les normes constitutionnelles à titre de normes de contrôle, et non pas, en même temps, comme des normes de fond susceptibles de déterminer le contenu des lois ordinaires.

Sur la base de ces hésitations, proches les unes des autres, il a pu être proposé d'écarter le principe de l'interprétation conforme considéré comme principe de conservation des textes de normes (*normtexterhaltendes Prinzip*) au profit d'un *principe général de pénétration verticale dans la hiérarchie des*

[153] Par ex. : BVerfGE 2, 105 (110) ; 7, 45 (50) ; 7, 198 (207) ; 10, 340 (345) ; 18, 85 (92 et s.) ; 19, 377 (390). Il est parfaitement injustifié (a) de traiter par anticipation une norme comme une norme de droit constitutionnel alors même que sa valeur constitutionnelle doit d'abord être vérifiée et (b) d'interpréter par ailleurs cette norme « conformément à la Constitution ». C'est pourtant ce qui se produit dans le jugement « écoutes téléphoniques » : BVerfGE 30, 1 (19 et s.). L'opinion dissidente à ce jugement est par contre tout à fait pertinente : *ibid.*, p. 33 et s., p. 34 et s., p. 38. (Dans cette décision la Cour entreprend d'interpréter la révision de la Constitution permettant, dans certaines conditions, de procéder à des écoutes téléphoniques en dehors de tout contrôle juridictionnel de telle sorte qu'elle soit « compatible avec les principes élémentaires de la Loi fondamentale comme avec son ordre de valeurs ». *N.d.T.*) S'agissant des « mandats constitutionnels » (ici : art. 6 al. 5 LF) durant la période transitoire avant leur pleine mise en œuvre : application du principe de l'interprétation « la plus voisine de la Constitution » (*verfassungsnächste*), BVerfGE 26, 206 (210). (Les mandats constitutionnels sont ceux que la Loi fondamentale impose au législateur de réaliser. Ici : la législation doit assurer l'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes. *N.d.T.*)

normes (*allgemeines Prinzip vertikaler Normendurchdringung*). Ce dernier doit être isolé de la question de la validité des normes et utilisé comme un pur principe cognitif de concrétisation du contenu des dispositions législatives conformément au droit supérieur [154]. Un principe de cette sorte devrait cependant montrer dans quelle mesure la « pénétration verticale dans la hiérarchie des normes » échapperait au domaine de l'interprétation systématique formelle et matérielle. Aussi longtemps que la preuve n'en est pas donnée, cet aspect de la pénétration verticale dans la hiérarchie des normes n'apporte rien de neuf. Il décrit, sous une étiquette nouvelle, un secteur particulier de l'interprétation systématique. Par contre, le principe de l'interprétation de la loi conforme à la Constitution parvient à compléter de manière autonome l'interprétation systématique. Puisque, du point de vue normatif, il n'est pratiquement pas possible de fonder de manière évidente que les dispositions constitutionnelles doivent n'être utilisées à l'occasion de l'interprétation de la loi que comme des normes de contrôle et non, en même temps — et dans les limites énumérées — comme normes de fond, on doit tenir le principe de l'interprétation conforme pour admissible. Le principe de la pénétration verticale dans la hiérarchie des normes en revanche attend toujours une justification originale. Il demeure pour l'instant un simple aspect particulier de l'interprétation systématique.

Le droit jurisprudentiel dans le droit constitutionnel

La position assignée au droit jurisprudentiel constitutionnel oscille entre l'hypothèse d'un pouvoir originaire créateur de droit [155] qui entend n'attribuer au constituant qu'une prérogative de création du droit et non un monopole, et sa réduction à une pure « application » formelle et logique de la Constitution

[154] *Burmeister*, p. 26. Pour un exemple de transgression de la lettre de la norme : BVerfGE 35, 263 (278 et s.) ; en invoquant une « lacune dans la réglementation », la Cour écarte à titre préventif le soupçon selon lequel elle « empiéterait en violation de la Constitution sur les compétences du législateur » (*ibid.*, p. 277, 279, 280). Mais même ici, le caractère de décision d'un tel procédé est dénié puisque seul « le contenu de la disposition législative » serait ainsi approfondi (*ibid.*, p. 279). Interprétation conforme à la Constitution sur le fondement d'un droit fondamental (art. 4 al. 1 LF) servant à déterminer le contenu de la norme : BVerfGE 33, 23 (34) (Refus de prestation de serment). (Dans cette affaire déjà rencontrée, la Cour *interprète* en effet la disposition législative prévoyant que le serment du témoin n'a pas à être prêté dans les cas prévus par la loi comme visant également le cas du refus de la prestation de serment au nom de la liberté de conscience garantie à l'art. 4 al. 1 LF. Le droit fondamental vient ici directement *déterminer* le contenu de la loi. *N.d.T.*)

[155] *Kriele*. Voir aussi la profession de foi de la Cour constitutionnelle fédérale dans le développement jurisprudentiel du droit (*Rechtsfortbildung*) décrit comme une « découverte créatrice du droit » (*schöpferische Rechtsfindung*) ainsi que ses propos (affirmés sans ancrage méthodique suffisant) relatifs aux

conformément au modèle syllogistique [156]. Enfin, dans une première approche fonctionnelle, on a pu énumérer les impératifs de légitimité, d'objectivité, de rationalité, de stabilité, de continuité et de publicité comme autant de critères du droit jurisprudentiel constitutionnel sous l'empire de la Loi fondamentale [157].

Dans le sens qui a été jusqu'ici le sien, d'après lequel l'activité juridique de la décision n'a été comprise que sous l'angle de la doctrine de l'« application » du droit, l'action du juge n'apparaît créatrice que parce que et dans la mesure où elle ne s'épuise pas dans la subsomption. C'est ainsi que le développement jurisprudentiel du droit (*Rechtsfortbildung*) ne consiste, banalement, que dans tout ce qui mène au-delà du texte de la norme ; on décrit alors faussement comme « droit jurisprudentiel » tout ce qui excède le modèle syllogistique. Le droit jurisprudentiel désigne ainsi, dans cette conception, la formation de ces normes-décisions qui ne sont pas directement déduites « de la loi », qui, autrement dit, ne sont pas données d'avance immédiatement dans le texte de

possibilités et limites du droit jurisprudentiel : BVerfGE 34, 269 (280, 286 et s.) (décision « Soraya »). Pour la critique de cette décision : *Ridder* I ; *Menger* ; *Ipsen* I, p. 100 et s. ; *Ipsen* II. (La décision était rendue sur le recours constitutionnel formé contre la condamnation par les tribunaux civils d'un hebdomadaire ayant publié le texte d'un entretien avec la princesse Soraya. De prétendues divulgations de certains aspects de la vie privée de l'ancienne épouse du Shah d'Iran ayant été purement inventées, les juges civils avaient vu une violation du droit de la personnalité. La Cour constitutionnelle accepte la priorité donnée au droit de la personnalité sur la liberté de la presse. Le principal passage auquel l'auteur renvoie ici est le suivant et consiste en une interprétation du principe de la soumission du juge « à la loi et au droit » (art. 20 al. 3 LF) : « Selon l'opinion générale, il convient ici de rejeter un étroit positivisme légaliste. (...) Le droit ne s'identifie pas à la totalité des lois écrites. En face des réglementations positives du pouvoir d'Etat, il peut exister, selon les circonstances, un plus de droit (*ein Mehr an Recht*) qui trouve sa source dans l'ordre constitutionnel pris comme un tout signifiant et qui peut agir à l'égard de la loi écrite comme un correctif ; le découvrir et le réaliser sous forme de décision, telle est la tâche de la jurisprudence. Le juge n'est pas, aux termes de la Loi fondamentale, réduit à appliquer au cas particulier les instructions législatives dans les limites de leur sens littéral. Une telle conception présupposerait l'absence par principe de toute lacune dans l'ordre juridique étatique, une situation que l'on peut certes soutenir à titre de postulat de la sécurité juridique mais qui en pratique ne pourrait être atteinte. L'activité du juge ne consiste pas seulement dans la connaissance et l'énonciation de décisions prises par le législateur. La tâche de la jurisprudence peut en particulier exiger de mettre en œuvre des représentations axiologiques qui sont immanentes à l'ordre constitutionnel bien que non exprimées ou insuffisamment exprimées dans les textes (...) et ce par un acte cognitif d'évaluation dont l'élément volontariste n'est pas non plus absent. (...) La décision judiciaire comble alors la lacune en considération des critères de la raison pratique (...). » *(N.d.T.)*

[156] *Forsthoff* I, II.

[157] *H.-P. Schneider* I. Voir aussi : *Badura* II. Présentation générale : *Esser* V, p. 184 et s., p. 189 et s. ; *Esser* VI. Sur l'état actuel du débat : *H.-P. Schneider* IV et voir aussi *Ipsen* I, dont le travail approfondi prouve l'utilité de la conception fondamentale développée ici relativement à la problématique du rapport entre droit jurisprudentiel et Constitution. L'argumentation de la décision « Soraya » est erronnée (BVerfGE 34, 269) : au lieu de vérifier sa problématique (p. 280) et de contrôler la légalité d'une norme d'origine jurisprudentielle, la Cour se retranche derrière des considérations dogmatiques de politique juridique, dépourvues de liens avec les textes de normes (des positions doctrinales, not.) ; voir : *ibid.*, p. 285 et s., p. 290 et s.

norme non encore interprété, mais qui ont tout d'abord besoin d'une concrétisation.

Par opposition à cet usage évasif, le problème devrait être restreint à ces hypothèses dans lesquelles le juge — ou bien une instance exécutive — « se met au-dessus de la loi », que ce soit du fait de l'absence d'une prescription (*praeter legem*), que ce soit à l'encontre d'une telle prescription (*contra legem*). Du point de vue de la structure normative, ces cas authentiques de droit jurisprudentiel sont caractérisés par l'absence d'un texte de norme, et donc par le défaut de programme normatif. Ils se caractérisent en outre par la prépondérance des arguments de pur fait, ceux-ci restant à l'état de champs factuels ou de champ d'espèce de caractère non-normatif, sans qu'ils puissent former un champ normatif juridiquement pertinent.

Mais puisque par « texte de norme » il convient d'entendre seulement la lettre officielle d'énoncés formulés par les instances législatives et mis en vigueur, il reste à préciser le point suivant : lorsqu'à l'occasion d'une décision le juge crée du droit jurisprudentiel, cela signifie qu'il ne se borne pas à produire — comme c'est nécessairement toujours le cas — une norme juridique et une norme-décision, mais aussi et en outre un quasi-texte (ou pseudo-texte) de norme.

Le cas authentique de droit jurisprudentiel se laisse circonscrire sous trois aspects : son côté théorique, son côté méthodologique et son côté normatif. *Du côté de la théorie (de la norme) juridique* se trouve la distinction systématique entre texte de norme, norme juridique et norme-décision[157a]. *Au plan méthodologique*, la question vise le fait de savoir *si* on est bien en face d'un cas de droit jurisprudentiel, c'est-à-dire si la norme juridique construite dans le cas d'espèce renvoie à un texte de norme contenu dans la masse existante des textes « du droit en vigueur » ou bien à un quasi-texte de norme formulé pour la première fois au cours de la résolution de ce cas. *Du point de vue normatif* enfin, la question renvoie à la régularité juridique (constitutionnelle) d'un tel comportement. En effet, en se saisissant d'un besoin de réglementation sociale considéré par le tribunal comme urgent et auquel

[157a] *Larenz* I, p. 133 et s., auquel échappe à cet égard la *norme juridique* et qui continue à compter sur « la norme qui se trouve dans la loi afin d'être appliquée » (p. 133). En conséquence, l'argument-massue asséné à la conception structurante tombe à plat (p. 134) : « L'interprétation de la norme ne doit pas être une fois blanc, une fois noir », comme si la méthode ici développée et attaquée par *Larenz* était responsable de l'apparition d'un tel phénomène. On se demande à quoi l'univers juridique des juges, des avocats, des experts et des professeurs passerait effectivement son temps si de toutes les façons « la norme » est (« peut » être) interprétée toujours *de la même manière*. — *Neuner* fausse les notions. Par ex. (p. 56 et s.) : « La décision de rejet » serait selon lui « créatrice d'un texte de norme ».

l'organe législatif n'a pas (encore) satisfait, une instance ici pose un quasi-texte de norme, instance qui n'est pourtant habilitée par le système de séparation des pouvoirs qu'à produire les normes juridiques et les normes-décision. Cela contredit donc le droit constitutionnel en vigueur. L'art. 20 al. 3 LF dispose que les juridictions sont liées par « la loi et le droit ». Cette règle vise simplement, à côté du droit écrit, le droit coutumier[158]. On ne saurait en aucun cas en transformer le sens pour faire de cet art. 20 al. 3 LF une norme d'habilitation à l'élaboration de pseudo-textes de normes. Cette position est renforcée par la norme spéciale de l'art. 97 al. 1 LF qui dispose que les juges « ne sont soumis qu'à la loi », ce qui, à la manière qui caractérise la structure textuelle de l'Etat de droit, impose que ces juges s'orientent obligatoirement d'après des textes de normes.

Le principe de séparation des pouvoirs est essentiel dans ce contexte. A défaut, le droit jurisprudentiel, élaboré en dehors de la procédure parlementaire et sans être a priori encadré par des textes de normes, deviendrait un droit prétorien qui, eu égard à la nature créatrice déjà de la concrétisation normale, ne laisserait en ce domaine *de lege lata* plus aucune fonction même résiduelle aux assemblées parlementaires. Dans l'ordre démocratique de la Loi fondamentale, la juridiction ne peut s'ériger en Préteur, le droit jurisprudentiel ne peut devenir, d'un point de vue fonctionnel, l'édit du fonctionnaire qui se joue de l'ensemble des règles de droit (des textes de normes) démocratiquement élaborées et garanties.

Arrivé à ce point, on peut reformuler cet aspect *démocratique* de la soumission du juge à la loi. Les autorités « d'exécution » — pouvoir exécutif et judiciaire — ne sont pas seulement constituées, instituées et contrôlées conformément au principe de l'Etat de droit. Elle sont aussi liées par le principe démocratique. La participation législatrice, d'une part, judiciaire et bureaucratique, d'autre part, à la production du droit en général peut être décrite au moyen des concepts de *droit populaire* (*Volksrecht*) et *droit prétorien*. « Droit populaire », cela signifie ce droit démocratiquement produit. Il existe à cette fin les possibilités du référendum, du plébiscite : en fonction du système constitutionnel considéré, il peut s'agir de trancher un litige, c'est-à-dire d'élaborer une norme de droit et une norme de décision, mais normalement le plébiscite tend à faire adopter une résolution matérielle qui n'est pas encadrée par des

[158] Sur la distinction entre « droit jurisprudentiel » et « droit coutumier » : Müller XXII, p. 111 et s. Pour une analyse l'approche du droit jurisprudentiel dans la jurisprudence : *ibid.*, p. 58 et s. — S'opposant à ce que les conditions posées par des textes de normes puisse être « jurisprudentiellement complétées » au regard d'un « texte clair » (mais interprété) : BVerfGE 85, 69 (77 et s.) (opinion dissidente).

textes de normes préexistants. Là où une telle possibilité est écartée — comme c'est le cas sous l'empire de la Loi fondamentale — où n'existe aucune élection pour la désignation des juges et des fonctionnaires, où le mandat impératif est exclu, là, la *seule* possibilité de création de droit ancrée démocratiquement à travers un processus politique concret, c'est précisément d'établir quelles sont les données sur la base desquelles sont rendues en droit les décisions, autrement dit la formulation et l'établissement parlementaire des textes de normes.

En principe le droit concret du cas d'espèce, sous la forme des normes-décision, n'est pas démocratiquement produit. En règle générale, l'établissement des normes-décisions est soustrait aux procédures démocratiques. Les actes destinés à régler directement le cas d'espèce sont réservés au droit prétorien, à savoir aux décisions d'espèce judiciairement ou bureaucratiquement produites qui doivent pouvoir être justifiées sur le fondement de textes de normes et ce non pas seulement pour des raisons liées à l'Etat de droit, mais aussi — et pas moins — pour des raisons de démocratie. Une *méthode de travail des juristes* qui soit honnête et rationnelle, qui se soumet en conscience à la vérifiabilité qu'impose l'Etat de droit et qui de la sorte s'efforce de réaliser sa propre soumission à la Constitution, une telle méthode peut conduire à ce que les résultats du jeu politique démocratique tels qu'ils sont formalisés dans les textes de normes influencent aussi effectivement la situation juridique concrète de la société. Le droit professionnel, prétorien ne doit pas circonvenir le droit populaire, il ne doit pas s'en détacher, il ne doit pas chercher à tricher avec lui. Les pouvoirs exécutif et judiciaire ne sauraient ni passer outre les textes de normes, ni les déformer, ni non plus — sous réserve d'exceptions constitutionnelles expresses — établir de façon autonome des textes de normes. Il n'ont pas le droit de jouer au préteur.

L'approche topique en droit constitutionnel

Un « système ouvert » ?. — On a déjà mis en évidence le caractère inutilisable en droit constitutionnel de la notion positiviste de « système ». La discussion récente autour de la notion de système de même que les approches pour recourir aux topiques dans le processus de découverte du droit se sont déroulées pour l'essentiel dans le droit civil. La tendance générale s'engage dans la direction d'un concept « ouvert » du système qui puisse être mis au service de la mise en œuvre du droit (*Rechtsgewinnung*) avant tout au moyen de déductions « téléologiques » opérées dans le cadre de l'interprétation systématique comme par la voie du « comblement des lacunes et du développement jurisprudentiel du droit »[159]. C'est de la même façon en droit civil que sont nées les débats autour de l'approche topique (chez Viehweg) au sens d'une technique de discussion des problèmes assez proche de la libre découverte du droit ou bien encore au sens de l'établissement des problématiques immanentes qui se posent à l'occasion de l'interprétation (systématique entre autres) du droit positif. Les réflexions ainsi menées se ramènent à quelques recommandations visant à la complémentarité et l'interpénétration des méthodes « topique » et « systématico-déductive »[160]. A la topique revient la tâche d'assouplir les systèmes apparemment logiquement fermés de la science juridique, celle d'interpréter ces concepts normatifs qui ont besoin d'être axiologiquement comblés, celle qui consiste à servir d'expédient en cas d'absence de réglementation légale suffisante et notamment pour le comblement des lacunes, et enfin la tâche de fournir des points de vue lorsque la loi renvoie à l'équité ou à des représentations ou des échelles de valeur sociales (par exemple les références à l'attitude de « toute personne sensée et raisonnable », aux « soins convenables aux relations commerciales », au comportement d'un « commerçant ordinaire » ou bien du « conducteur raisonnable », etc.). Les topiques doivent enfin pouvoir aussi assumer *de lege ferenda* des fonctions de politique constitutionnelle. Pour la méthodologie du droit constitutionnel, il est secondaire de savoir si ces tendances à la coopération entre les procédés topique, d'une part, axiomatico-déductif, d'autre part, doivent être décrits comme un système « ouvert » mais immobile, ou comme un système « mobile », comme « dualisme » ou « synthèse » des deux méthodes, comme deux « structures » fermées ou comme « interpénétration » des deux méthodes de travail. Pour l'ouvrage de la concrétisation concrète, il n'y a de décisif que ce qui peut être *dans le détail* dégagé de la structure de la norme et de la normativité, de la structure du processus de décision et de présentation. Mais les généralisations par lesquelles chaque position particulière se caractérise elle-même n'apportent rien si ce n'est, tout au plus, l'indication de programmes, sans en offrir déjà le développement théorique incorporant les conditions et possibilités de la pratique.

La soumission aux textes de normes en droit constitutionnel. — L'impératif d'une concrétisation des normes *dans la soumission* aux textes de normes

[159] *Canaris* II.
[160] Par ex. : *Esser* I, p. 104 ; *Esser* II, p. 7, p. 24, p. 45 et s., p. 193 et s., p. 238 et s., p. 307 et s. ; *Diederichsen* I ; *Otto*, p. 508 et s., p. 515 ; *Canaris* II, p. 149 et s., p. 151 et s., p. 159 et s. Voir aussi : *Struck* ; *N. Wimmer*, p. 60 et s.

s'impose en droit constitutionnel, par comparaison avec les autres disciplines juridiques, avec la plus grande insistance. Selon le droit constitutionnel en vigueur, le juge est toujours soumis à la loi. Cependant les modalités de cette soumission sont à chaque fois fonction de la spécificité du cas à trancher et des textes de normes appropriés. La structure du problème, variable selon la discipline ou le domaine juridique particulier considérés, de certains ensembles de faits et de réglementations comprend tout autant les prescriptions juridiques qui s'y rattachent, que les cas juridiques concrets (possibles) qui se rattachent eux-mêmes à ces prescriptions. Du fait de la diversité des types de structures normatives que l'on rencontre dans l'ordre juridique, la soumission à la loi n'est pas une grandeur que l'on puisse schématiser ni fixer linéairement. Ce que cette « soumission du juge à la loi » signifie, dans quelle mesure elle peut être actualisée et contrôlée, cela dépend de la fonction comme de la structure des prescriptions juridiques considérées rapportées aux cas concrets destinés à être réglés sur leur fondement. Le droit constitutionnel constitue, légitime et limite l'ordre juridique de la collectivité. Il n'est lui-même plus couvert par des instances supérieures de droit interne. Bien au contraire, c'est à lui de couvrir tout le droit interne de rang infra-constitutionnel. Pour cette raison, les impératifs qui découlent de l'Etat de droit, à savoir la clarté des normes, la précision des conditions légales, la clarté des méthodes et la sécurité juridique, ces impératifs sont d'autant plus importants pour l'usage que l'on fait des normes constitutionnelles. On a déjà insisté, à l'occasion de l'analyse de la méthodologie de la juridiction constitutionnelle, sur le rôle de limite joué par le texte des dispositions constitutionnelles. Les normes constitutionnelles sont, à raison de leur fonction spécifique exclusive, *au degré le plus élevé des prescriptions écrites obligatoires* (*verbindliche Setzungen*). La « problématisation », ce type de pensée qui prend son point de départ dans la primauté accordée au problème en tant que tel, ne peut satisfaire aux exigences que pose la Loi fondamentale relativement à sa concrétisation, et ce ni du point de vue des méthodes, ni du point de vue du respect du principe de l'Etat de droit. S'ajoute à cela que la possibilité heuristique d'isoler dogmatiquement les uns des autres les problèmes particuliers — quand bien même cette méthode peut apparaître fructueuse et contribuer au progrès juridique dans le droit civil moderne — n'est pas une voie que l'on peut emprunter dans la concrétisation de la Constitution. Les interdépendaces formelles et plus encore matérielles sont comparativement beaucoup plus dense dans le droit constitutionnel.

Primat de la soumission au texte de norme. — Pour être conséquente avec

elle-même, la pensée topique ne peut considérer le texte de norme *que comme un topos parmi d'autres*. Les topoi, pris comme des points de vue discutables dans le registre de l'opinion et fondant la décision de la façon la plus persuasive possible, doivent être sélectionnés en fonction du problème posé. Si le problème l'exige, il peut être nécessaire de recourir à des topoi totalement étrangers à la sphère normative. Dans ces conditions, le primat particulièrement strict en droit constitutionnel de la soumission à la norme rend inadmissible ce rapport avant tout topique au problème. Cependant, dans le cadre théorique défini par la non-identité de la norme et de son texte, par l'interprétation de la norme juridique comme un modèle d'ordre concrètement déterminé, par le procédé de la concrétisation plutôt que par l'application au sens du positivisme légaliste, chaque mode du travail juridique se présente également comme conditionné par le problème et le cas concret, même si la concrétisation est strictement rapportée à la norme et qu'on exige que chaque étape de la mise en œuvre du droit et de sa présentation puisse être rationnellement contrôlée. Dans cette mesure, ce travail est effectivement structuré à la manière dont l'approche topique l'a mis en évidence en réaction contre l'étroitesse de l'horizon positiviste.

Ce n'est pas un hasard si même dans le droit civil — qui a pourtant introduit la discussion sur l'approche topique du droit dans toute sa dimension — on évoque à la rigueur en passant et assez souvent comme un malentendu certaines réminiscences de l'Ecole du droit libre ou de toute autre type de création du droit *déliée* des textes de normes, réminiscences qui, cependant, n'ont jamais été défendues explicitement comme une prise de position contre le lien primaire de la concrétisation juridique par rapport aux textes de normes [161]. Les règles du droit constitutionnel interdisent aux secteurs infra-constitutionnels de l'ordre juridique également de traiter les questions positivement réglementées en échappant aux normes et en recourant à des topoi d'origine non-normative. Hors du droit constitutionnel aussi, la topique ne constitue pas un procédé dont le caractère obligatoire serait exclusivement rhétorique, ne se réduit pas à la valorisation et à l'argumentation de politique juridique. Hors du droit constitutionnel aussi s'est révélé le besoin fondamental de complémentarité entre les pensées problématique et systématique, mieux : entre

[161] Bien trop optimiste s'agissant de la solidité procurée par le recours au consensus existant, à l'« horizon d'expectatives » des « intéressés », conçu comme « la somme d'évidences de politique juridique qui sont mises à la disposition de la pensée judiciaire » : *Esser* V, p. 24 et s., p. 84, p. 115, p. 199 ; ce qui signifie en même temps : bien trop inattentif à la fonction juridique et au degré des conséquences sociales qui reviennent à la répartition formelle des fonctions dans l'Etat de droit. Sur le rôle éventuel du concept de champ normatif en droit civil : *Nierwetberg*, not. p. 166 et s.

le rapport à la norme et le rapport au problème de la concrétisation du droit [162]. L'axiomatique « fermée » doit être enrichie par la formation de principes et la problématisation établies sous l'impulsion des données du cas concret. De même que, réciproquement, une problématisation « ouverte » de type topique ne saurait se passer d'enchaînements déductifs systématiques — même si ceux-ci restent limités et conditionnés dans leur portée et la possibilité de leur généralisation par les normes en vigueur — et ce au nom de la rationalité et de la vérifiabilité de ses arguments comme de la soumission du juge et des autres pouvoirs d'Etat à la loi. *De lege ferenda*, les procédés « topiques » sont moins étroitement circonscrits s'agissant d'introduire dans la procédure d'adoption des textes certains matériaux empiriques et axiologiques. Mais pour l'actualisation du droit écrit, la constatation des conséquences concrètes dépend au premier chef de la réglementation normative qui, malgré toutes les difficultés de sa concrétisation, donne en règle générale des repères suffisants et épargne ainsi le repli dans le volontarisme de la politique juridique.

Exemple : le topos de l'« autonomie ». — On trouve dans le domaine du droit public, dans une contribution à la critique du langage juridique, une recherche consacrée aux topoi qui gravitent autour du concept central d'« autonomie » [163]. Que dit le juriste qui attribue ou refuse à un sujet de droit l'« autonomie », qui caractérise une situation juridique à l'aide de termes tels que « spécifique », « autonome », « originaire », « primaire », « de droit propre », « non-dérivé », ou par leurs antonymes ? Une fois encore, la science juridique met en lumière une curieuse manière de dépasser la jurisprudence des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) de type positiviste, en ne cherchant certes plus à fonder l'« autonomie » des sujets de droit à la façon du réalisme conceptuel, mais en procédant pourtant inlassablement par déduction de ce concept comme d'une prémisse supposée. Le catalogue des divers usages de ces notions passe par l'« autonomie des Länder » — notion centrale du fédéralisme sous l'empire de la Loi fondamentale —, par l'« autonomie » communale et la qualité de leurs actes réglementaires, considérés, selon le point de vue de l'interprète, comme des sources « autonome » ou « dérivée » du droit ; il passe aussi par les débats relatifs à l'« autonomie » des groupements de droit public et des associations professionnelles, par l'« autonomie » de l'administration, du droit des cultes,

[162] Sur l'état de la question : *Viehweg* ; *Esser* II ; *Bäumlin* I ; *Kaufmann* II, p. 39 ; *Larenz* I, p. 145 et s. ; *Ehmke* III, p. 55 et s. ; *Diederichsen* I ; *Müller* I, not. p. 56 et s., p. 65 et s. Sur le débat autour de la « théorie rhétorique du droit » : *Ballweg/Seibert*.

[163] Voir : *Wagner* I, et pour la suite.

de la famille, de l'individu, par l'« originarité » des droits fondamentaux — au sens de leur nature pré-étatique ; et il débouche notamment sur le conflit théorique en droit international entre monisme et dualisme ainsi que sur l'« autonomie » des Communautés européennes, de leurs organes, de leur ordre juridique, de leurs compétences par rapport aux ordres juridiques international et nationaux. Comme tout concept relationnel, « autonome », « originaire », « de son propre droit », « délégué » ou « dérivé » ne prennent jamais véritablement de sens que d'un point de vue particulier, de la même manière que tout concept juridique ne peut être compris que dans le contexte de rapports normatifs déterminés. Le nombre limité des synonymes que met à disposition le langage juridique courant interdit à lui seul de généraliser le sens des termes juridiques pour les attribuer ensuite comme l'accident du sujet de droit. Les qualifications « autonome », « délégué », etc. perdent leur valeur proprement juridique lorsqu'elles sont mélangées aux phénomènes réels et hypostasiées comme des qualités attribuées aux objets d'investigation. La conséquence en est, dans le meilleur des cas, un raisonnement tautologique. Dans le pire des cas, qui est, en pratique, le plus fréquent, une telle attitude détourne du soin avec lequel il convient de traiter les prescriptions juridiques à mettre en œuvre ; elle contourne de la sorte les texte de normes au profit de simples topoi détachés des normes. Leur évaluation, la décision sur la manière dont ils doivent être utilisés afin de résoudre le problème posé ne relève plus au premier chef du maniement des textes de normes, mais bien de la problématisation. L'emploi de tels topoi est donc, du point de vue des textes de normes, laissé à la fantaisie du juriste, une fantaisie qui certes peut conduire dans le cas particulier à un résultat conforme aux normes, sans que cela soit cependant nécessaire.

Par la nature des choses, l'explicitation de l'« autonomie » communale concerne les questions des modalités et de l'étendue du contrôle et du pouvoir d'injonction de l'Etat, les questions du contenu et des limites du pouvoir communal. Ce sont des questions qui se laissent clarifier de façon plus fiable à la lumière des règles du droit positif, qu'au moyen d'un conflit général de théories, mené conformément à l'approche topique, autour de l'« autonomie » ou du caractère « dérivé » de ces collectivités ; ce sont des question qui se laissent clarifier de façon plus conforme à l'Etat de droit, par le recours aux textes que par l'affirmation ou la dénégation tautologiques des distinctions substantielles entre les communes et les autres formes d'organisations internes à l'Etat. Et si la situation juridique des communes se distingue sur des points essentiels de celle d'autres groupements autonomes, ces distinctions sont fondées du

point de vue normatif dans l'ordre juridique positif. Elles peuvent être systématisées, interprétées, concrétisées sans qu'on ait besoin de déborder topiquement les contenus normatifs du droit en vigueur par le recours à des postulats essentialistes non-normatifs autant qu'invérifiables.

Limites de la topique en droit constitutionnel. — L'approche topique devrait se comprendre elle-même de telle sorte qu'elle admette que ses perspectives d'argumentation lui soient dictées par les aspects factuels et problématiques dégagés *par la concrétisation de la norme* et qu'en cas de conflit patent il soit toujours décidé conformément à la norme et donc éventuellement « contrairement au problème » (*problemwidrig*). Le législateur qui entreprend d'amender les règles « contraires aux problèmes » afin de les adapter à ces problèmes peut faire entrer en ligne de compte et mettre en balance les topoi qui découlent de la nature des choses sans autre restriction normative que celle qui résultent de la Constitution. En revanche, lorsque l'approche topique entend *de lege lata* substituer le rapport aux problèmes au rapport primaire aux normes, elle identifie à tort les structures, les fonctions et les limites des processus décisionnel propre à la législation (constitutionnelle), d'un côté, et la concrétisation de la Constitution opérée par la législation ordinaire, le gouvernement, l'administration et la jurisprudence, de l'autre côté. Les limites à la découverte topique du droit en droit constitutionnel ne sont donc qu'en partie seulement d'ordre méthodologique — et donc non-normatives — mais pour une autre partie de nature constitutionnelle et donc de caractère obligatoire. La découverte topique du droit questionne nécessairement au-delà du texte de norme. Elle cherche ainsi à dévoiler la strucuture de toute interprétation classique qui se voit contrainte de faire passer les aperçus qui ne peuvent être tirés des sources formelles pour des éléments mêmes du droit positif parce qu'elle prétend ne pas quitter le cadre du « contenu donné » de la loi[164]. Au contraire, la concrétisation de la Constitution soumise aux textes de normes doit abandonner cette identification qui traîne depuis le règne du positivisme légaliste entre norme et texte de norme et permettre par ailleurs à la méthodologie juridique d'accomplir les progrès qui lui sont possibles[165]. La question abstraite

[164] *Esser* II, p. 102 ; *Ehmke* III, p. 56, p. 62.

[165] Cette fausse assimilation de la norme et du texte de norme se trouve encore à la base des affirmations de *L. Schneider* (p. 141) selon lesquelles l'idée de concrétisation avancée par la théorie structurante « ne se démarque de la topique que de manière purement verbale si la norme — qui doit être encore concrétisée — doit de son côté former la référence obligatoire de la concrétisation ». La référence obligatoire n'est pas « la » norme juridique posée au point de départ du travail juridique, mais seulement le texte de norme. Le texte de norme seulement, et pas la norme, est d'avance donné au

« axiomatique » ou « topique » se pose à un tout autre niveau. Dépassant l'idéologie positiviste de la subsomption, la concrétisation de la constitution ne doit pas être non plus confondue avec l'approche topique qui, dans la perspective de l'« historicité » du droit, traite les textes de normes constitutionnels et leurs concepts simplement comme autant de « moments » de la synthèse ou « concordantia discordantium » donnée dans la « situation » et vers laquelle doit tendre l'argumentation topique[166]. Le droit constitutionnel est un droit fondamental, qui n'est plus étayé par le droit positif. Dans le droit constitutionnel en tout cas, la découverte topique du droit ne saurait dépasser le texte de norme ; elle ne saurait décider contre la lettre « claire » d'une prescription au motif que celle-ci n'offre aucun point d'appui pour apporter une solution « raisonnable » au problème[167]. Et pourtant l'approche topique entend, en droit constitutionnel[168] aussi, « questionner derrière et au-delà de la loi »[169]. Ce que le droit constitutionnel, cependant, exige conformément à sa structure et sa fonction, ce ne sont pas des topiques, mais c'est une méthode différenciée et structurée de concrétisation des normes, à la place de la subsomption positiviste de « mineures » postulées conformément à la logique formelle, à la place de l'« application » de commandements juridiques prétendument achevés. La concrétisation rationnelle est certes plus difficile à réaliser en droit constitu-

juriste et avec son aide — comme par la prise en considération d'autres éléments de concrétisation — doit être proposée la norme de droit, puis la norme-décision. De ce fait que la norme n'est pas considérée comme « préexistant au cas concret », la théorie structurante se distingue de tous les autres modèles courant de l'application du droit, y compris de l'approche topique ; de cet autre fait que le travail juridique y est compris comme un processus de concrétisation *soumis aux textes de normes*, la théorie structurante se démarque sur un point essentiel de la topique.

De la même manière que sa comparaison avec l'approche topique est parfaitement bancale, de la même manière le reproche suivant que *Schneider* adresse à la théorie structurante tombe complètement à plat : la concrétisation des droits fondamentaux au sens ici entendu méconnaîtrait aussi « la distinction donnée dans l'Etat de droit à travers la distribution des pouvoirs entre la norme et l'acte individuel » (*ibid.*, p. 141). Cette vieille représentation ne peut plus être maintenue, qui oppose le pouvoir d'« application de la loi » à travers l'exécutif et le pouvoir judiciaire à la législation, ce système dans lequel une autorité édicte la loi abstraite et générale et les autres, l'acte individuel qui peut en être déduit. La mise en œuvre du droit se présente désormais sous la forme d'une *concrétisation* (= obtention, construction) de *normes juridiques* qui puisse être méthodiquement rapportée à des textes de normes du droit en vigueur et à la suite de laquelle la norme juridique ainsi produite est individualisée en une *norme-décision*. Dans ces conditions, la théorie normative de la séparation des pouvoirs n'est pas atteinte, mais au contraire renforcée. La théorie des fonctions, en tant que doctrine de la distinction, de la distribution, des relations et des contrôles réciproques des fonctions spécifiques de la puissance publique peut être appréhendée désormais de façon plus réaliste : les instances législatives n'élaborent, en temps normal, ni les normes juridiques, ni les normes-décision, mais seulement les textes de normes, ce à quoi les habilite le droit positif.

[166] Dans ce sens : *Bäumlin* I, p. 26 et s., p. 30 et s., p. 34, p. 36.

[167] Dans ce sens pourtant : *Ehmke* III, p. 60, à propos de BVerfGE 2, 347 (374 et s.)

[168] *Bäumlin*, p. 26 et s. ; *Ehmke* III, p. 54 et s., p. 61 et s. ; *v. Pestalozza* I, p. 429.

[169] *Ehmke* III, p. 54.

tionnel que dans ces domaines du droit dans lesquels la cohésion entre les textes est plus intensément travaillée. Ce constat ne signifie cependant pas déjà que du point de vue de la théorie (de la norme) juridique comme du point de vue méthodologique, la primauté devrait être transférée du texte de norme au problème. En droit constitutionnel, les « problèmes » sont également d'une nature particulière. L'originalité du droit constitutionnel concerne *à la fois* la structure des normes et la structure des problèmes. Le « problème » lui-même est touché par l'équivocité de la compréhension qui reste une réalité méthodologique fondamentale, comme aussi par la nature du droit constitutionnel, droit politique, fondement de l'ordre juridique positif dans son ensemble, et enfin par le manque relatif en droit constitutionnel d'une tradition juridique et scientifique relative à la solution des problème et aux « topoi » [170].

Ce qui vient d'être dit n'a pas pour objet de contester la nécessité objective de l'argumentation topique pour l'acquisition et l'élaboration de points de vue tout à fait pertinents pour la prise de décision. Pourtant la discussion toujours réactivée autour de l'approche topique n'a pas toujours tenu le même langage sur ce point essentiel en pratique. Que le travail juridique ne fonctionne pas dans le sens positiviste d'une « systématique purement logique », cela est clair depuis longtemps ; ce n'est plus là que réside le problème. Celui-ci réside dans la relation pratique entre les modalités topiques de ce travail et la soumission aux textes de normes imposée par l'ordre constitutionnel à toutes les fonctions juridiques. Il réside ainsi dans la nécessité d'une conception globale post-positiviste de la méthodologie dans la science et la pratique du droit.

Considérée ainsi, *la* forme de l'approche topique n'est pas tenable qui entend dépasser, en cas de conflit, le droit en vigueur au profit d'une solution d'espèce plus appropriée au problème. Cette conception viole en plusieurs points le droit (constitutionnel) positif, abstraction faite même des libertés prises avec la prescription qui s'impose dans le cas particulier : elle viole l'intangibilité de la Constitution démocratique et libérale, la soumission aux normes même infraconstitutionnelles, les impératifs de sécurité juridique, d'égalité et de lisibilité de l'ordre juridique et enfin, et ce n'est pas le moindre, la détermination constitutionnelle des rapports entre les différentes fonctions juridiques. Si une disposition apparaît, dans le cas particulier, comme inadaptée au regard du problème posé, la modifier conformément aux situations concrètes est alors l'affaire du législateur légitimé démocratiquement, soumis à une pro-

[170] Pour une discussion plus approfondie sur ce point : *Müller* I, p. 56 et s. Malgré tout trop pessimiste relativement à la capacité (prétendument insuffisante) de dégager des règles méthodologiques pour la justice constitutionnelle : *Esser* V, p. 196 et s., p. 199.

cédure particulière et qui peut, en principe, être arrêté au cours de la discussion publique. Ce n'est pas par contre l'affaire d'une assemblée de juges. Les textes de la Loi fondamentale relatifs à la répartition des fonctions, comme les dispositions sur la soumission à la loi et à la Constitution, sur la précision de la loi (art. 20 al. 3 et 1 al. 3 LF ; art. 19 al. 1, 80 al. 1 et 79 al. 1 LF) ajoutés aux normes sur les contrôles juridictionnels de la puissance publique (art. 19 al. 4, 93 et 100 LF) montrent que le droit constitutionnel en vigueur *n'est pas* à concevoir au sens d'une approche topique primairement orientée sur les problèmes, mais bien au sens d'une méthodologie primairement orientée sur les normes. Ce qui est problématique dans cette variante de l'approche topique ne peut jamais être éliminé en cas de conflit (le seul qui présente un intérêt) : celui qui veut décider dans un certain sens tout en respectant le droit en vigueur ne pourra pas toujours trouver une norme qui puisse justifier sa volonté. Celui qui, en revanche, entend imposer certaines décisions de fond au besoin contre le droit positif, trouvera toujours, sans aucun doute, de bonnes raisons (purement verbales) de justifier indépendamment des normes sa volonté (politique, idéologique, ou autrement intéressée) par le seul recours au « problème » — un problème qui, à la différence du texte de norme, sera *exclusivement* formulé par lui-même.

Pour la méthodologie structurante, ce constat débouche sur une limite fonctionnelle, et non sur un strict ou bien-ou bien. Les normes juridiques sont structurées. Une soumission en bloc à « la » norme dans le sens du positivisme traditionnel, cela est pratiquement impossible. Pour cette seule raison, il reste l'espace objectivement nécessaire à des modes de travail topiques dans le respect des limites normatives. Et cette limitation normative de l'argumentation topique réside, d'après ce qui vient d'être dit, non pas dans « la » norme, mais dans la soumission à un certain élément structurel de la validité du droit. Celui-ci ne saurait être dégagé d'un pur point de vue méthodique. Il découle cependant du droit constitutionnel positif. *Cet* élément structurel de la validité du droit, duquel naît en pratique la « soumission », n'est autre que le texte de norme (s'agissant des prescriptions du droit écrit). C'est en lui que l'approche topique comme toute autre méthode de travail trouve ses limites. Une argumentation juridique admissible, la solution régulière d'un cas doivent pouvoir être encore légitimée par le texte de norme. Mais, en revanche, elles ne sont pas positivement déterminées par le texte de la règle de droit, elle ne doivent pas absolument « pouvoir être déduites du texte ». Telle a été l'illusion irrachetable du positivisme légaliste.

Autres approches d'une méthodologie concrète

Nature de ces approches. — Ces autres approches concernent notamment les considérations relatives à la « nature des choses », à possibilité de recourir à la pensée institutionnelle dans le droit constitutionnel ainsi que la recherche de perspectives méthodologiques offertes à certains principes de l'interprétation de la Constitution.

La « nature des choses ». — L'utilisation de la « nature des choses » par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a déjà fait l'objet ici d'une appréciation critique. Il est insuffisamment fécond pour permettre de circonscrire un complexe autonome de possibilités méthodologiques. C'est une direction contraire qu'emprunte la propension que l'on rencontre surtout dans la littérature et qui consiste à établir la « nature des choses » dans la région du jusnaturalisme et à la mettre en jeu, au cas par cas, pour contrarier des dispositions du droit positif [171]. Mais la « nature des choses » entendue de cette manière n'a pas de place dans une méthodologie du droit constitutionnel, en tant qu'elle est prise comme source extra-législative du droit, postulée comme ayant une valeur supérieure à celle de l'ordre juridique, en tant qu'elle est construite comme une figure à peine décomposable d'un point de vue herméneutique et rationnel dans sa structure ontologique, sémantique, axiologique et normative. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice, par exemple, montre combien les exigences méthodologiques de la concrétisation des normes peuvent être aisément tournées par l'invocation d'une évidence, d'un présupposé ou d'un problème tirés du droit naturel. La précarité d'un tel raisonnement n'est pas atténuée par l'amalgame que l'on ferait de la réglementation positive et de contenus jusnaturalistes. Savigny s'est clairement opposé à tout recours, dans l'interprétation du droit, à une « nature des choses » conçue dans l'optique du droit naturel et surtout à son mélange à des arguments tirés du droit positif [172].

Conformément à sa tendance propre, la réflexion sur la « nature des choses » insiste à juste titre sur la nécessité d'introduire dans le processus de concrétisation le modèle de réalité auquel renvoient les textes de normes à titre de facteurs objectivement constitutifs et méthodologiquement constructifs de ce processus. Mais puisque, des points de vue herméneutique et méthodologique, il importe de ne pas substantialiser la « chose » afin de la mettre ensuite

[171] Voir *Maihofer* I, par ex. p. 172.
[172] *v. Savigny* II, p. 47.

en relation avec une « norme » conçue comme substantiellement ou logiquement autonome, mais bien, dès le départ, de l'élaborer en tant qu'élément de la normativité juridique, les recherches menées jusqu'à présent sur la « nature des choses » dans la science juridique se heurtent à des difficultés considérables dès lors qu'il s'agit de sortir de la seule spéculation abstraite [173]. Le résultat de ces réflexions, selon lequel la nature des choses participe décisivement, en tant que facteur d'ordre objectivement constatable, à la détermination du droit, un tel résultat ne montre pas à lui seul comment la concrétisation des normes est amenée en pratique à se modifier à la lumière de cette considération générale, ni où il convient de chercher les limites méthodologiques et juridiques à cette incorporation de la « chose » dans le processus de concrétisation. La Cour constitutionnelle fédérale échappe à ce danger dans la mesure où elle n'assigne à la « nature des choses » qu'une fonction subalterne, celle d'un auxiliaire dans la concrétisation du principe de la prohibition de l'arbitraire et de critérium de la cohérence interne d'un système global de règles législatives.

Cela ne suffit pourtant pas à donner à la « nature des choses » en droit constitutionnel une structure qui puisse être correctement saisie au plan méthodologique. Un tel résultat doit cependant être aussi rattaché à la retenue dont fait preuve la Cour à l'égard des allégations de fait. La Cour constitutionnelle fédérale tient à bon droit pour décisif qu'une norme sociale de comportement est — selon une constatation sociologique indépendante de l'appréciation subjective de l'interprète — généralement reconnue comme participant des « bonnnes mœurs » (*Sittengesetz*) et, à ce titre, considérée comme obligatoire dans l'ensemble de l'ordre juridique qu'il convient de concrétiser [174]. Elle interdit ainsi avec raison tout recours immédiat à ce que l'autorité de décision elle-même veut entendre matériellement par « bonnes mœurs » et ce, contrairement à certaines tendances manifestées dans la jurisprudence de la Cour fédérale de justice. La « nature des choses » ne saurait être une énonciation totalisante et indifférenciée. Elle est le résultat d'analyses structurales qu'on peut délimiter et décomposer en chacun de leurs moments*. La délimitation comme l'analyse doivent s'en tenir à la norme juridique qui doit être concrétisée ainsi qu'à la

[173] Voir, par ex. : *Maihofer* I, *Kaufmann* II, *Stratenwerth*, *Ballweg*.
[174] BVerfGE 6, 389 (434).

* Pour la Cour constitutionnelle fédérale donc, l'appartenance d'un usage social à l'ensemble que forme les « bonnes mœurs » (ou la « loi morale ») auxquelles renvoie notamment l'art. 2 LF doit être démontré scientifiquement, étayé par un constat objectif sociologique. Cette attitude conduit à une analyse des champs factuels et normatifs. En cela elle se démarque des tendances « subjectivistes » de la Cour fédérale de justice qui fait davantage appel au « sentiment juridique ». *(N.d.T.)*

marge d'appréciation que celle-ci délimite. La « chose » ainsi élaborée renonce à la prétention d'une obligatoriété qui devrait être acceptée par les justiciables. Elle s'offre au jugement des personnes concernées comme à celui de la concrétisation officielle et scientifique du droit en tant qu'elle livre à la concrétisation de la norme des critères objectifs contrôlables au mieux. S'il en était autrement la jurisprudence se transformerait en l'instrument peut-être involontaire de l'immobilisme idéologique.

Pour une méthodologie et une théorie (de la norme) juridique structurante, la structure objective du champ normatif en question doit prendre la place de la « structure » *idéelle* que l'on rencontre dans la philosophie du droit. On abandonne ainsi les efforts que suscite la « nature des choses » au sens habituel. De tels efforts n'expliquent pas dans quelle mesure ni par quels moyens les « choses » qu'ils visent peuvent être dans le détail incorporées à une méthodologie et une théorie (de la norme) juridique structurantes. Il est caractéristique que la plupart des propositions faites ne débouchent pas sur des suggestions théoriques ou méthodologiques au profit de l'entreprise de concrétisation des normes, mais se bornent à des suggestions de politique juridique adressées au législateur[175]. Le constat coutumier selon lequel la « nature des choses » co-constitue décisivement le droit ne dit encore rien sur la manière dont s'effectue cette co-constitution. La réflexion sur la nature des choses est trop courte si elle n'est utilisée que comme un auxiliaire de l'interprétation[176]. Elle doit être bien davantage appréhendée comme une catégorie structurelle relative à la teneur objective des prescriptions juridiques et, par conséquent, comme l'une des conditions de fond à partir desquelles s'accomplit en pratique la concrétisation de ces prescriptions. Cette considération prend la place des problématiques par lesquelles la philosophie du droit cherche à saisir la « nature des choses », la « logique objective » (*Sachlogik*) ou les « structures logiques objectives ». Ce sont les champs normatifs qu'il convient d'étudier : les structures de la réalité telles qu'elles sont décrites dans leur étendue objective et leur pertinence par les programmes normatifs et telles qu'elles sont conditionnées par ceux-ci. Le réel n'apparaît pas longtemps sous la forme d'un donné indifférencié. Il ne se manifeste au regard somme toute que dans le cadre d'une norme valide. La question du rapport entre droit et réalité est ainsi formulée à partir et en vue des tâches pratiques de la science juridique. A côté de la « loi » entendue conformément à la conception traditionnelle comme une

[175] *Ballweg*, p. 35 ; *Stratenwerth*, p. 7, p. 20 et passim.
[176] *Maihofer* I, p. 152.

formation linguistique abstraite et conceptuelle et de la « nature des choses » immergée dans l'immédiateté de la vie historique, ou mieux « entre » la « loi » et la « nature des choses » s'affirme la norme différenciée de manière structurante, en tant que type de normativité juridique objectivement conditionnée (*sachbestimmt*), en tant que complexe de contenus objectifs normatifs et potentiellement réels. Les « choses » sont remplacées par le champ normatif ; la « nature » signifie la structure fondamentale de celui-ci, telle qu'elle est sélectivement questionnée en fonction du programme normatif[177].

La pensée institutionnelle en droit constitutionnel. — Ce passage de la réflexion sur la « nature des choses » à l'analyse concrétisante des champs normatifs n'a pas sa place dans le périmètre de la pensée juridique institutionnelle[178]. Le champ normatif n'est pas pensé en termes institutionnels. L'« institution » est caractérisée comme une forme relativement stable en même temps que relativement dynamique dans le temps, comme l'« imbrication » (*Ineinander*) et « le rapport mutuel des moments objectifs (réifiés) et personnels », comme état et processus à la fois, comme une donnée constituée de modalités à la fois juridiques et factuelles d'existence[179]. Même la conception de l'institution juridique comme un complexe de normes rendant la liberté possible[180] ne permet pas d'appréhender correctement le champ normatif. De nombreuses normes constitutionnelles — en particulier les droits fondamentaux de la Loi fondamentale — renvoient à la fois à des composantes subjectives sous formes de prérogatives juridiques et — sans préjudice pour les possibilités juridiques offertes à la liberté individuelle — à des garanties juridiques objectives[181]. C'est le résultat d'une concrétisation qui concilie correctement les structures objectives des champs normatifs constitutionnels avec les directives des programmes normatifs correspondants. Cela ne fait cependant pas du champ normatif une manifestation « institutionnelle ». La structure fondamentale du champ normatif ne concerne pas les possibilités anthropologiques, éthiques ou ontologiques d'interprétation de la liberté. Elle ne fait pas des substances ou structures informatrices de la liberté (*freiheitsprägende*) dans les différents domaines de la vie sociale son thème. Elle ne vise pas « la liberté comme institution » qui, « objectivée comme quelque chose de donné et mis en

[177] Müller I, p. 175 et s., p. 184 et s.
[178] *Häberle* I, p. 70 et passim.
[179] *Häberle* II, p. 390 et s.
[180] *Lerche* I, p. 241 et s. ; sur ce point voir la ciritique, du point de vue sociologique de *Luhmann*I, p. 12 et s.
[181] Par ex. : BVerfGE 10, 118 (121) ; 15, 223 (225).

forme », devrait, en fonction du domaine de la vie sociale considéré, faire face à l'individu libre et en vertu de laquelle la liberté individuelle devrait être « enserrée » (*eingebunden*) dans les droits fondamentaux conçus comme des institutions, comme des rapports sociaux objectifs [182]. L'analyse de la structure fondamentale des champs normatifs des règles se borne aux questions posées par la concrétisation des normes. Elle étudie des ensembles ordonnés et déterminables qui permettent de différencier le plus possible la teneur objective d'une norme qui doit être concrétisée par la jurisprudence et la législation, par l'administration et la doctrine. Ce que la pensée institutionnelle peut apporter au contrôle méthodique de la qualité de la concrétisation pratique est déjà compris dans l'interprétation systématique. Un gain heuristique supplémentaire pour le processus de mise en œuvre du droit dans le respect des normes ne peut être constaté. La tentative de jeter des ponts entre éléments normatifs et éléments réels grâce à la pensée « institutionnaliste » soit se dissout dans l'interprétation systématique traditionnelle, soit doit passer outre la norme elle-même. Là où toutefois on cherche, à travers la conception « institutionnelle », à obtenir des règles de droit plus que ne peut en fournir la concrétisation non-institutionnaliste, on est conduit à « des déductions normatives tirées d'une émancipation de type organiciste de l'institution » ; une telle tentative se présente comme « une mystification incompatible avec la pensée rationnelle, qui se borne à compliquer le travail critique comme la liberté du législateur et de la juridiction relativement à la politique juridique » [183].

L'interprétation de la Constitution comme réalisation de l'autonomie ou comme théorie constitutionnelle pratique. — L'interprétation de la Constitution conçue comme « postulat de la raison pratique », comme « nécessité de la pensée » doit être fondée « sous le signe du devoir-être et non sous celui du vouloir, de l'acte créateur (*Setzung*) ou de la convention », et ce sur la base d'une position qui entend trouver son point de départ dans le principe kantien d'autonomie. Ce principe — pris non comme un énoncé descriptif de la réalité humaine, mais comme norme et postulat — pose la liberté comme autodétermination de l'individu en même temps que comme respect de la liberté d'autrui. Dans le cadre du schéma établi sur la base de ce principe et devant servir de modèle à l'Etat de droit libéral, il s'agit, en pratique, pour l'interprétation de la Constitution « de réaliser les intentions véritables de la Constitution malgré la possiblité de l'équivocité du langage dans lequel ces intentions sont exprimées » ; et, du point de vue théorique, il s'agit « d'élaborer des méthodes d'interprétation qui, scientifiquement fondées, interdisent les interprétations arbitraires ». L'interprétation de la Constitution doit en conséquence tout à la fois se laisser guider par les impératifs de justice matérielle et de sécurité juridique, et chercher à dégager « la volonté objectivée du Constituant » [184]. Il découle de la structure d'ensemble de la Constitution libérale-démocratique certains principes d'interprétation tels que le doute doit profiter à la liberté, ou encore, s'agissant de l'interprétation de règles d'organisation, une stricte combinaison du droit formel et du droit matériel. L'interprétation dans son ensemble doit être construite « sur une relation dialectique, une harmonisation de différents principes dans le cas concret » [185].

Un autre essai pour offrir aux principes de l'interprétation de la Constitution un cadre théorique d'ensemble prend pour guide l'évolution de la théorie générale de l'interprétation, et notamment des théories civilistes, ainsi que les considérations développées au sein de la nouvelle herméneutique philosophique [186]. La pensée juridique est ainsi appréhendée dans sa structure fondamentale comme une pensée topique des problèmes. Une théorie concrète de la Constitution (*sachbezogene Verfassungstheorie*) apparaît alors comme étant la véritable herméneutique en droit constitutionnel. A l'aide d'une telle théorie, les principes de l'interprétation constitutionnelle doivent être élaborés en les dégageant de l'herméneutique juridique générale comme « des règles objectives (*sachliche Regeln*) développées à partir du problème et destinées à le résoudre ». Ces principes sont ainsi « l'expression de la précompréhension (*Vorverständnis*) théorico-constitutionnelle de problèmes déterminés du droit constitutionnel » [187]. La fonction herméneutique de la théorie constitutionnelle se manifeste avant tout à travers le développement de la jurisprudence constitutionnelle. Si le législateur démocratique est au premier chef appelé à faire évoluer le droit constitutionnel, la jurisprudence constitutionnelle, en tant qu'instance de développement du droit, y participe cependant également dans une large mesure. Les principes matériels et fonctionnels d'interprétation, les règles spéciales de concrétisation des droits fondamentaux sont formulés avec, en arrière-plan, cette idée que la solution des cas juridiques concrets est essen-

[182] *Häberle* I, p. 96 et s., p. 10 et s. et II, p. 394 et s.
[183] *Esser* IV, p. 18. Voir aussi le rejet sarcastique des modes « institutionnels » de pensée chez *Rüthers*, not. p. 45 et s., p. 49 et s., p. 57 et s.

[184] *P. Schneider* I, p. 14 et s., p. 23 et s., p. 30 ; sur l'interprétation de la Constitution comme « postulat de la raison pratique » au sens du principe kantien d'autonomie : *ibid.*, p. 133.
[185] *P. Schneider* I, p. 134.
[186] *Ehmke* III.
[187] *Ehmke* III, p. 72 et s.

tiellement pré- et co-décidée par la précompréhension théorique, consciente ou inconsciente, d'un problème. Quant à la question de savoir quelle est la précompréhension théorique convaincante ou acceptable, c'est au consensus qui doit naître parmi tous ceux qui pensent de façon raisonnable et juste d'en décider. Ce consensus n'est pas entendu comme l'exploration psychologique des opinions, mais au sens du débat rationnel des résultats concrets de la théorie constitutionnelle et de sa confirmation comme résultat d'une telle discussion.

Principes de l'interprétation de la Constitution. — On a entrepris à plusieurs reprises, sur ces bases nouvelles, de dresser des catalogues de directives d'interprétation de la Constitution. Elles ont tout d'abord* concerné la combinaison d'une vision synthétique du droit constitutionnel formel et matériel avec le principe d'interprétation *in dubio pro libertate* [188], l'élaboration de principes (primairement) fonctionnels d'interprétation (principe de l'interprétation conforme à la Constitution, doctrine des « *political questions* » ou « preferred freedom ») et de principes (primairement) matériels (interprétation de la Constitution comme unité ; s'agissant des principes spécifiques d'interprétation des droits fondamentaux : la question d'une interprétation des droits fondamentaux à partir de la supposition d'un « système » des droits fondamentaux, directives d'interprétation « *in dubio pro libertate* » et « effectivité des droits fondamentaux »). Elles concernent enfin cette thèse selon laquelle ces principes ne seraient praticables que sur fond d'une théorie constitutionnelle admise par le consensus des intéressés [189].

Sur cette base, les principes particuliers d'interprétation furent encore discutés à deux reprises : principe de l'unité de la Constitution, idée d'une « conception générale préconstitutionnelle », conciliation des droits fondamentaux et des règles de compétence, in dubio pro libertate, insertion des dispositions à interpréter dans le contexte de l'histoire des sciences humaines et des idées politiques, considérations d'opportunité et questions relatives à la vérifiabilité des résultats de l'interprétation — autant d'aspects qui proviennent principalement de la jurisprudence —, d'une part [190] ; critères, tirés de la Constitution, de la pertinence des points de vue liés aux problèmes : critère de l'action intégratrice, principe de l'unité de la Constitution, principe de la concordance pratique, critère de la correction fonctionnelle et point de vue de la force normative de la Constitution, d'autre part [191] *.

[188] *P. Schneider* I.
[189] Pour l'ensemble : *Ehmke* III.
[190] *Ossenbühl* I.

* Le débat sur les principes d'interprétation de la Constitution a été lancé par P. Schneider et H. Ehmke lors de la session de l'Association des professeurs allemands de droit public de 1962. Il a été poursuivi par F. Ossenbühl et K. Hesse.

L'analyse de la structure de la norme comme tâche de la concrétisation pratique. — Il a découlé de l'analyse de la jurisprudence que les éléments factuels constitutifs des normes constitutionnelles à concrétiser déterminaient de multiples façons le processus même de concrétisation quant à son contenu et qu'ils devaient être en conséquence traités, dans ce processus, comme des facteurs normatifs à côté des autres. Cet état de chose fondamental pour la méthodologie juridique est resté jusqu'à présent irréfléchi dans la jurisprudence [191a]. Cela vient des termes dans lesquels la philosophie juridique traditionnelle pose le problème. Elle examine la structure des normes juridiques sur la base d'une relation de tension entre « droit » et « réalité », sur un terrain composé d'éléments « normatifs » d'une part, et d'éléments « réels » ou « empiriques » de l'autre, et non pas comme un problème de la production pratique du droit. Ni les conceptions qui s'en tiennent fermement aux règles de Savigny, ni les tentatives récentes faites pour aller plus loin que la méthodologie traditionnelle de la science juridique et du droit constitutionnel n'ont approfondi de manière différenciée cette relation entre la prescription normative et les éléments de la réalité qu'elle ordonne. L'approche qui prend sa source dans l'analyse de la jurisprudence interroge au contraire la structure de la normativité juridique telle qu'elle se présente dans l'activité juridique pratique, plutôt que selon le rapport « norme-fait ». L'articulation « être et devoir-être » n'est plus dès lors un problème général de la philosophie du droit. C'est une question

[191] *Hesse* II, p. 26 et s.
[191a] Faisant désormais nettement exception : BVerfGE 73, 118 (154) ; 74, 297 (350 et s.)

* L'effet d'intégration signifie qu'il convient de donner la préférence à la solution d'un problème qui génère ou affermit l'unité politique (voir la théorie de l'intégration de R. Smend) ; le principe de l'unité de la Constitution signifie que toute norme constitutionnelle doit être interprétée de façon à ce que soit évitée toute contradiction avec toute autre norme constitutionnelle, ou à tout le moins (car la dérogation est possible) avec les *décisions fondamentales* de la Constitution ; le principe de la concordance pratique signifie que la solution à un problème de collision entre droits fondamentaux ne sauraient être trouvée en donnant la priorité absolue à l'un des intérêts protégés mais en cherchant à les accorder (optimisation de la protection des droits fondamentaux) ; le critère de la correction fonctionnelle signifie que l'interprétation doit respecter la répartition des fonctions posée par la Constitution (respect par le juge constitutionnel du pouvoir d'appréciation du législateur) ; la force normative de la Constitution part du présupposé que la Constitution veut sa propre efficacité et qu'en conséquence la préférence est à donner à la solution qui rend la Constitution plus efficace (effet utile). *(N.d.T.)*

de structure de la norme juridique prise dans sa transposition pratique et, par conséquent, en même temps une question de la structure de ce processus de transposition. A cet égard, il résulte que le commandement (devoir-être), le programme normatif ne suffit pas à lui seul pour décider d'un cas ; pour toute une série de types de normes, la structure objective du domaine de réglementation, en tant qu'elle est réduite par le juriste au moyen du programme normatif au segment de réalité sociale pertinent pour le cas d'espèce, au « champ normatif », contribue à déterminer la décision d'espèce. La séparation entre « droit » et « réalité » cède face à une analyse plus exacte des éléments de la normativité à la fois directeurs et représentatifs de la réalité sociale. Ce travail a été tout particulièrement accompli s'agissant des droits fondamentaux et du droit constitutionnel en général. Il place cependant toutes les disciplines du droit devant la tâche d'une synthèse du « *law in action* » et de la science du droit et, dans l'ensemble, devant celle d'une réflexion sur leur type de scientificité. Ce rapport entre droit et réalité ne peut être appréhendé ni du point de vue de généralité auquel se place la philosophie juridique, ni du point de vue des détails qui est celui de l'étude et des techniques de résolution des cas. Ces deux types de regards doivent être combinés dans le sens d'une théorie structurante (de la norme) juridique. A cet égard c'est la structure de la normativité juridique et les conditions de fond de la concrétisation du droit qu'il convient d'analyser. En outre, doivent être étudiés les présupposés de la méthodologie juridique, de la dogmatique et de la résolution de cas à la lumière du rôle joué par la réalité normée sur l'orientation de contenu et la fonction décisionnelle de la norme de droit. Dans cette prespective, la rationalité est recherchée dans le sens de la transparence et de la contrôlabilité : en tant que la question de l'articulation de la norme et du fait se déplace vers celle de la normativité et de la structure de la norme. Au nom de la normativité de la norme comme au nom de la science juridique comme science pratique des normes, les contenus factuels des règles de droit doivent être appréhendés et déchiffrés comme des éléments de l'interprétation et de la concrétisation de ces règles du droit positif. Ce n'est pas par hasard que cette position fondamentale a été d'abord développée dans le droit constitutionnel et étayée à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle. « Champ normatif », « programme normatif » et « champ factuel » (ou encore « champ d'espèce ») [192] sont des éléments constitutifs ou les niveaux préalables à partir desquels doit être

[192] Pour les définitions : *Müller* II, p. 9 et s. ; sur l'ensemble de la question : *Müller* I, II et *Müller* XIX, p. 250 et s.

produite la norme. Ils ne visent pas l'étude des « données juridiques » qui préexisteraient, historiquement, au législateur, et d'après lesquelles il souhaiterait ordonner la constellation des intérêts. Ils sont au service de la concrétisation des normes objectivement orientée et pas à celui de la traditionnelle « recherche des motifs et de la volonté » [193]. En tant que concepts structuraux méthodologiques théoriquement fondés, « champ normatif », « programme normatif », « champ factuel » et « champ d'espèce » mettent à la disposition de l'argumentation et de la présentation des décisions des moyens nouveaux, des éléments supplémentaires de rationalisation.

Le procédé de la formation d'hypothèses normatives. — 1 / « Droit rationnel » et évaluation des intérêts. C'est de la même manière sur la base du droit constitutionnel qu'on a pu chercher à caractériser la procédure de mise en œuvre du droit (*Rechtsgewinnung*) comme processus structuré d'évaluation des intérêts. La mise en œuvre du droit constitutionnel est ainsi réduite à l'œuvre du juge constitutionnel. Cette recherche n'entend pas prescrire au juge des règles quant à la procédure qu'il devrait suivre, mais seulement décrire comment il procède en réalité. La réalité de la pratique juridique doit ainsi être connue en appréhendant les motivations primaires de la décision, motivations qui demeurent souvent inconscientes. Dans cette optique, ces motivations primaires sont en général dissimulées derrière une légitimation secondaire du résultat qui se réfère aux normes prétendument concrétisées. Le point de départ d'un tel procédé d'analyse réside dans la conviction selon laquelle le juge ne serait lié par une norme que dans la seule mesure où celle-ci règle sans équivoque dans son texte le cas dont il lui faut décider. A partir de là, la conclusion est inéluctable : la Constitution et l'ordre juridique en général ne règlent que la plus petite partie des cas d'espèce [194]. Dans la plupart des cas, le juge étaye en conséquence sa décision sur des « considérations de droit

[193] Voir cependant les précisions chez *Bender*, p. 445. — La décision « Mephisto », dans son approche dogmatique, suit cette conception nouvelle (voir note 192) selon laquelle l'interprétation des concepts constitutionnels doit intégrer clairement les caractéristiques structurelles du champ normatif (voir les références aux « domaines de la vie sociale », au « champ factuel » et au « champ de la réglementation », etc.). Mais la clarté ainsi acquise est ensuite assombrie par le recours à « la mise en balance des valeurs dans les circonstances de l'espèce » ; voir : BVerfGE 30, 173 (188 et s., 191 et s., 193 et s.) sur le premier point, et p. 196 et s. sur le second aspect. La Cour constitutionnelle fédérale s'en tient toutefois à ce que cette « mise en balance » est « en premier lieu » l'affaire des juges ordinaires et que la Cour constitutionnelle quant à elle ne saurait censurer qu'un traitement incorrect des « champs de protection » (« champs des droits fondamentaux ») (ibid., p. 197). — Avec la décision « Mephisto » la Cour constitutionnelle fédérale instaure une pratique des droits fondamentaux axée nettement sur le principe de l'Etat de droit (voir la présentation chez *Müller* III, p. 103 et s.)

[194] *Kriele*, p. 23, p. 161, p. 244.

rationnel » dont la structure d'argumentation relève de la politique juridique, ou sur des préjugés auxquels est accordée une « présomption d'obligatoriété » [195]. La décision est alors juste, au sens de « raisonnable », lorsqu'elle « sert l'intérêt général ou, s'agissant des intérêts collectifs, l'intérêt relativement le plus fondamental » [196]. Au total, la structure des considérations de droit rationnel comme de l'argumentation de politique juridique consiste dans la mise à jour des conséquences pratiques de la décision considérée, des intérêts concernés et enfin dans la préférence donnée à ceux de ces intérêts qui « sont clairement plus fondamentaux que tous les autres intérêts en jeu » [197]. Ce qui reste de l'exposé des motifs de la décision juridictionnelle ne traduirait donc pas la motivation ni le soutien véritable du processus décisionnel. Ce reste serait simplement destiné à justifier a posteriori ou à présenter comme soutenable et susceptible de justification le résultat fixé à l'avance sur le fondement de considérations de droit rationnel et d'une évaluation des intérêts en présence. Tous les efforts de la théorie (de la norme) juridique et de la méthodologie se réduisent ainsi à une simple « légitimation secondaire de la décision, tirée de la loi ou de la Constitution » [198]. Les facteurs axiologiques dans la décision juridique, inévitables et admis dans une telle étendue, doivent être perçus comme étant structurés du point de vue de la politique juridique et, dans ces conditions, doivent être disciplinés dans la mesure du possible. Le fondement de légitimité du système constitutionnel sous l'empire de la Loi fondamentale, la rationalité de l'argumentation en terme de politique juridique et constitutionnelle s'épuisent dans la rationalité du « droit rationnel », appréhendée comme justice, celle qui « prend en compte et met en balance les intérêts à l'occasion de l'établissement des règles de droit » [199]. Sont exclues la calculabilité, la transparence et la contrôlabilité de la formation de la décision et de sa présentation au sens des exigences posées par l'Etat de droit. La pertinence des intérêts concurrentiels doit pouvoir être appréciée matériellement à l'aune de l'intérêt commun ou encore de l'intérêt le plus fondamental dans l'espèce.

L'évaluation et la mise en balance des intérêts, les débats de politique juridique et constitutionnelle sont, dans la décision d'espèce, tranchés par les normes en vigueur. La question de savoir *si* ils le sont dans un cas particulier et *comment* cet état de chose doit être mis à jour de façon contrôlable et trans-

[195] *Kriele*, p. 195.
[196] *Kriele*, p. 198.
[197] *Kriele*, p. 179, p. 186.
[198] *Kriele*, p. 312.
[199] *Kriele*, p. 185, p. 186 et s.

parente, cette question appartient à celles que posent une méthodologie et une théorie (de la norme) juridique dont cette conception fait l'économie. Les éléments de concrétisation pratique des normes ainsi éliminés et déclarés « secondaires » ne sauraient être remplacés par la seule mise en balance des intérêts au sens de la politique juridique. Cela vaut, même si l'élément de « droit rationnel » ne fait pas seulement irruption à la fin du processus de mise en œuvre du droit tel le *deus ex machina* d'une justice plaquée là de force, mais s'il entre en jeu dès le départ à travers la formation d'hypothèses normatives et eu égard à l'importance des moments « téléologiques » — le plus souvent cependant imprécis. Pourtant, cette position part du principe qu'on peut seulement parvenir à ce que « les éléments téléologiques et axiologiques de la pensée juridique soient portés à la conscience, articulés et contraints de se justifier » [200]. D'un point de vue structurel, il n'est fait aucune différence entre la procédure législative et la décision juridictionnelle d'espèce. Toutes deux sont déterminées par le « droit rationnel » : elles procèdent par un examen des arguments attentif aux conséquences pratiques de toute décision qui doit être prise, par pronostics des effets (politique juridique) et évaluation des intérêts dans un but de justice. La production du droit est par conséquent la recherche de la justice à travers la création de normes, que ce soit au moyen de la législation ou de la décision juridictionnelle d'espèce. En ce sens — mais pas au sens des limites et des conditions de l'objectivité d'une méthodologie et d'une herméneutique juridique — le législateur (constitutionnel) ne saurait se voir conférer le monopole, mais seulement la prérogative de la production du droit.

Le processus juridique intellectuel réel ainsi pris dans cet état de chose est entièrement déterminé par l'espèce donnée ou imaginée dont la solution doit servir à la mise en balance des intérêts. Ce n'est pas le texte de loi, isolé du cas concret, mais ce dernier en tant que tel qui délimite et actualise le problème juridique. Le texte normatif et son interprétation ne représentent qu'un moment de ce processus intellectuel. Pour une telle acception de la philosophie comme *philosophia practica*, il existe une interdépendance indissociable entre l'interprétation du texte et la solution du texte, d'une part, entre le problème et les prédécisions reposant sur la faculté individuelle de jugement, d'autre part [201]. Sur cette base, il convient d'étudier la formation d'hypothèses normatives suggérées par les circonstances de l'espèce réelle ou supposée ainsi que

[200] *Kriele*, p. 99.
[201] *Kriele*, p. 159 et s. Pour ce qui suit : p. 162 et s.

les fonctions de telles hypothèses comme autant de « phases de la mise en œuvre du droit ». Ces hypothèses normatives disent au juriste « quelles lois il lui faut feuilleter et dans quelles parties de ces lois il doit chercher ». Elles lui posent la question de savoir « si la règle de droit traite comme pertinents les éléments de fait dont il considère la pertinence ». Elles provoquent un « va-et-vient du regard » entre la loi et la situation concrète. Le cas-vedette du logicisme positiviste, celui dans lequel le texte de norme est simplement « applicable » à une situation qui ne soulève aucune question, ce cas est un cas-limite. Afin de pouvoir vérifier, dans le cas normal, la justifiabilité de l'admission ou de l'exclusion des hypothèses normatives tout d'abord subordonnées au cas d'espèce, le juriste doit déjà avoir présupposé que ces « normes données à l'avance par les lois et la faculté de jugement » peuvent, en tout état de cause, être justifiées [202].

2 / Politique juridique et concrétisation. On a fait grief à cette approche méthodologique partielle de manquer la portée normative de l'ordre constitutionnel et juridique. Même si le législateur ne parvient pas à produire pour le cas normal des règles immédiatement applicables (aptes à la subsomption), il réussirait cependant tout de même à établir les principes et critères nécessaires à la formation de telles règles, d'après lesquels tout cas concret concerné doit et peut être tranché. Ce ne serait donc pas seulement dans un très petit nombre de cas concrets que la décision devrait pouvoir être tirée de la loi. Si le critère d'évaluation des intérêts ne doit pas découler de la loi elle-même, les considérations « de droit rationnel » se ramèneraient ni plus ni moins à l'appréciation subjective et incontrôlable faite par le juge des intérêts affectés par la décision en fonction de leur caractère plus ou moins « fondamental ». Des considérations rationnelles de cette sorte ne seraient pas en mesure de remplacer l'interprétation au sens méthodologique. De ce point de vue, elles auraient tout au plus leur place parmi les points de vue de l'interprétation téléologique [203]. L'invocation de la raison juridique n'offrirait rien de plus qu'un renvoi, correspondant au procédé topique, au sens commun. Elle serait trop unilatéralement réduite à la seule activité des cours souveraines et de la science et méconnaitrait de façon principielle la quantité et la structure des relations qu'entretiennent, dans l'ordre juridique, les règles suffisamment précises avec les normes « qui ont besoin d'être comblées par des valeurs » (*wertausfüllungsberdüftige Normen*) et avec les clauses générales [204]. Elle négligerait, voire ne

[202] *Kriele*, p. 165 ; voir aussi : p. 167 et s., p. 169 et s., p. 172 et s.
[203] *Larenz* (3e éd., 1975), en part. p. 324 et s. Voir aussi 6e éd. (1991), par ex. p. 147 et s.
[204] *Canaris* II, p. 144, p. 147 ; voir aussi : *Forsthoff* III, p. 524 et s., p. 526.

respecterait pas l'analyse sémantique des textes ainsi que la fonction des normes à interpréter — et, ici, la structure de la Loi fondamentale qui, du point de vue de l'histoire constitutionnelle, se démarque de celle des Constitutions de 1871 et 1919. On ne saurait justifier du point de vue de la dogmatique ou de celui de la politique juridique ni la restriction de la discussion méthodologique constitutionnelle à la seule pratique de la jurisprudence constitutionnelle, ni le refus d'établir de manière méthodique les niveaux d'interprétation adaptés au droit constitutionnel moderne [205].

En effet, l'élimination, dans l'entreprise de réalisation de la Constitution, de toute règle méthodique et théorique de concrétisation n'est pas ajustée aux problèmes de la méthodologie constitutionnelle actuelle. Dans tout processus de mise en œuvre du droit, les aspects de méthodologie, les figures de la justification dogmatique et de la technique de résolution des questions soulevées sont intimement liés à la pratique. Comme le sont les questions relatives à la structure de la norme et celles relatives à la concrétisation structurante de la norme, et ce lors même qu'elles restent implicites dans la pratique constante des tribunaux. Les motifs implicites, « cachés » du jugement ne relèvent pas seulement de la sphère des évaluations tacites de politique juridique, de la sphère des considérations tirées des conséquences d'une décision et de sa valeur pour les intérêts fondamentaux. Ces motifs concernent au même titre et dans une étendue au moins aussi importante les questions herméneutiques essentielles de la concrétisation des normes, les points de vue méthodologiques, les essais de constructions dogmatiques, les impératifs de précision des normes et de clarté des méthodes imposés par le principe de l'Etat de droit. La mise en balance rationnelle des intérêts elle-même ne saurait passer sur la différence entre la norme et le texte de la norme. Et pourtant, on affirme que le lien entre le droit positif et la raison juridique devrait se réduire à ce seul aspect que « le texte ne peut être en tout état de cause correctement interprété que si on lui suppose (à tort ou à raison) l'intention de rationalité et d'impartialité » ; une norme ne saurait en conséquence convenir que si elle offre « une solution au moyen de termes clairs ». La concrétisation de la norme doit alors se réduire à n'être qu'une « décision qui découle du texte de la loi ou de la Constitution » [206]. Mais la norme ne s'identifie pas à son texte de norme. L'interprétation ne s'identifie pas à la subsomption ni la concrétisation à l'interprétation (explication de texte). C'est le rapport de la norme et du problème

[205] *Forsthoff* III.
[206] *Kriele*, p. 169, p. 215.

(d'espèce) qui doit être appréhendé rationnellement, et non un « rapport entre le texte et le problème »[207]. La construction de la norme n'est pas seulement une interprétation du texte de norme. C'est pourquoi on ne peut voir dans le lien entre le droit positif et la justifiabilité — conçu exclusivement comme lien « entre l'interprétation du texte et l'attention portée à l'appréciation du résultat »[208] — ni le seul moment décisif du processus de mise en œuvre du droit, ni le problème essentiel de la doctrine des méthodes juridiques. L'argumentation de politique juridique, réduite à l'évaluation des intérêts, néglige la rationalité et l'objectivité de la science et de la pratique juridiques au sens d'une reddition de comptes théorique et méthodologique, au sens d'une divulgation et d'un approfondissement des étapes de leur opération intellectuelle, de la structure de leurs méthodes. Seules des méthodes ainsi conçues permettent d'établir le caractère approprié et la teneur objective d'une disposition législative (constitutionnelle) obligatoire en liaison avec le cas juridique concret à résoudre comme avec les hypothèses textuelles. Au contraire, la position « juspolitique » néglige le but d'objectivité juridique au sens, d'une part, de la transparence, de la vérifiabilité et de la discutabilité de la démarche intellectuelle et de sa présentation, au sens, d'autre part, de l'incidence de l'objet (*Objektgeprägtheit*) et de la justice concrète orientée selon des normes (*normorientierte Sachgerechtigkeit*). Un texte de norme constitutionnel non-subsumable a besoin d'être concrétisé, il n'est pas pour autant dépourvu de toute portée à l'égard de la décision concrète. Ici seulement s'ouvre la problématique vaste et complexe de la structure de la norme et du traitement de la norme, dans les détails de la pratique de la découvrerte du droit, problématique qui touche aux problèmes essentiels de la théorie (de la norme) juridique et de la méthodologie mais qui, chez Kriele, se voit réduite au rôle d'une légitimation « secondaire », pseudo-rationnelle. En se contentant de la « mise en évidence des procédés intellectuels juridiques demeurés inconscients »[209] — au sens d'une structure juspolitique et jusrationaliste de tout processus de mise en œuvre du droit — tout en restreignant le rôle des éléments théoriques, méthodologiques et dogmatiques dans la découverte du droit à celui d'une justification légaliste mais en réalité dissimulatrice et *a posteriori* de la pratique jurisprudentielle des tribunaux, on cherche à prévenir les dissimulations effectives que l'on peut rencontrer en pratique avec des moyens bien trop limités et donc inadaptés.

3 / Politique juridique et méthodologie. L'argumentation juridique est tra-

[207] *Kriele*, p. 212.
[208] *Kriele*, p. 172.
[209] *Kriele*, p. 207.

versée de valorisations juspolitiques. La méthodologie du droit constitutionnel doit — comme celle du droit en général — développer les critères qui permettent à la justice matérielle plutôt qu'à l'injustice matérielle de gouverner le processus de la décision juridique. Ces critères se trouvent dans le contenu des normes « matérielles » et « formelles », c'est-à-dire des règles de fond et des règles de procédure. L'intelligence de leur structure, leur interprétation, leur concrétisation motivée et présentée de manière à être contrôlable constituent la plus grande part du processus de mise en œuvre du droit, la plus ardue pour la pratique mais la plus essentielle du point de vue de la théorie (de la norme) juridique et de la méthodologie. Ce n'est certes pas seulement dû au fait — mais cette considération n'est pas la moins importante — que les problèmes de l'interprétation juridique et de la concrétisation des normes ne sont pas déterminés par des considérations tirées de l'herméneutique philosophique ou de l'herméneutique générale des sciences de l'esprit, mais bien, avant tout, par les formes spécifiquement juridiques de la pensée et par les prescriptions du droit en vigueur, au nombre desquelles il faut compter surtout les impératifs constitutionnels qui gravitent autour du principe de l'Etat de droit.

Dans de nombreuses hypothèses, le droit en vigueur s'est prononcé *contre* des intérêts fondamentaux qui pourraient être discutés au point de vue de la politique juridique. Une décision normative du constituant qui coupe court à tout débat de type jusrationaliste peut légitimement imposer de telles dispositions obligatoires. Il revient à la concrétisation rationnelle des normes d'apporter la preuve de telles dispositions comme de leur transposition au cas d'espèce. Les critères de la justice sont structurellement essentiels pour le résultat. Ils n'autorisent cependant pas nécessairement à préjuger au fond du cas particulier, à le trancher contrairement à la réglementation dont il fait l'objet dans le droit positif. Par exemple, la justice peut être réalisée au moyen d'une règle positive qui s'impose au praticien au profit de certains intérêts protégés par un droit fondamental et, par conséquent, au détriment d'autres intérêts fondamentaux, voire plus fondamentaux. Dans de telles hypothèses, il est exclu, dans le cadre de la décision du droit positif, de discuter plus avant le fait de savoir lequel des intérêts en présence est le plus fondamental. La concrétisation d'une telle règle dans le cas pratique ne peut être, dès le départ, effectuée au moyen d'une mise en balance jusrationaliste des intérêts, mais seulement par celui *de la méthodologie du droit (constitutionnel).*

En revanche, les aspects juspolitiques de la justice matérielle et d'une évaluation « correcte » des intérêts peuvent être légitimement mis en œuvre *sur la base* d'une telle méthodologie, parce qu'ils sont alors rationnellement dis-

ciplinés. La *théorie de la structure de la norme* que l'on soutient ici pousse à faire non pas seulement du statu quo normatif, mais toujours aussi de sa mobilité l'objet du travail juridique. Toute analyse de champs normatifs fournit aussi des données concrètes que peut exploiter la politique juridique. Enfin, la *méthodologie structurante* développée ici recouvre — en tant qu'elle s'étend à toutes les fonctions appelées à travailler juridiquement selon les textes de normes — tout *le cycle de la réalisation du droit* (établissement du texte de norme — concrétisation de la norme au sens large — nouvel établissement du texte de norme). Elle recouvre par conséquent plus encore que la méthodologie traditionnelle, concentrée sur la jurisprudence et la science, le champ des considérations de politique juridique.

La dissolution des droits fondamentaux en principes ou valeurs. — Lors de l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale déjà, on avait pu constater, à côté des nombreuses approches méthodologiques objectives et différenciées, le recours au procédé flou et pratiquement incontrôlable de la mise en balance des valeurs [210]. Dans la littérature récente, Alexy s'est donné pour objectif déclaré « la réhabilitation de la théorie axiologique par trop calomniée » de la Cour constitutionnelle fédérale. Au point de départ, il pose comme fondamentale la distinction entre règles et principes, considérés comme deux groupes distincts de normes. Les règles sont ainsi les normes « qui, continuellement, ne peuvent être qu'exécutées ou non exécutées*. Lorsqu'une règle est en vigueur, il est alors commandé de faire ce qu'elle exige, ni plus ni moins ». Par opposition, les principes sont des « impératifs d'optimisation, qui sont caractérisés par le fait qu'ils peuvent être réalisés à des degrés divers et que la mesure exigée de leur exécution (...) dépend entre autres des possibilités juridiques. Le champ des possibilités juridiques est délimité par des principes contraires » [211]. De ce point de vue, les droits fondamentaux sont des principes. Leur avantage réside en ce qu'en cas de conflit ils peuvent être mis en balance avec les principes concurrents. A la question de savoir lequel des principes concurrents doit avoir la priorité, Alexy renvoie à la théorie du discours selon

[210] *Supra* p. 88 et s.
[211] *Alexy* II, p. 75 et s. Voir également *Alexy* IV. Critique quant la jurisprudence des valeurs : *Böckenförde* III.

* Exécuter, exécution (*Erfüllung*) sont ici à entendre comme l'exécution d'un ordre ou d'une obligation et non du pouvoir exécutif *(N.d.T.)*

laquelle : « Une mise en balance est rationnelle lorsque le principe de préférence auquel elle conduit peut être rationnellement justifié » [212].

A partir de là, l'approche des droits fondamentaux que propose la théorie structurante du droit est décrite comme une théorie trop étroite des conditions juridiques de fait (*Tatbestandstheorie*). Sa vision des droits fondamentaux dissimulerait le jeu inévitable des raisons et des contre-raisons, au lieu de mettre expressément en balance les principes les uns contre les autres. Cette critique ne repose que sur l'opposition faite entre règles et principes. Mais ces derniers ne peuvent en tout état de cause être isolés qu'à la condition d'introduire un concept étroit, à savoir un concept platonicien de la règle de langage [213]. Si, en revanche, on examine de plus près le concept de règle de langage et sa mise en œuvre en tant que moment de la pratique sémantique du jeu de langage juridique, il apparaît clairement que la problématique qu'Alexy appréhende sous l'aspect d'une mise en balance de valeurs déconnectées des normes est, en réalité, à replacer et à discuter dans le cadre de l'interprétation systématique des droits fondamentaux de la Loi fondamentale. Si, au contraire, Alexy recourt à un prétendu ordre objectif de valeurs pour fonder rationnellement les décisions, il contribue alors en cela à la dissimulation des déficits de motivation rationnelle.

REMARQUES SUR L'ÉTAT DE LA DISCUSSION

LES TÂCHES ACTUELLES

On a pu comprendre le pragmatisme de la jurisprudence, qui prend toujours sa source dans les dogmes positivistes en même temps qu'il les dépasse de manière encore irréfléchie. Un chaos semblable, mêlant le vieux et le neuf, une même confusion — qui ne s'éclaire dans chaque cas concret que de manière pragmatique à travers la décision — caractérise la situation de la discussion dans la littérature, qui imbrique tout à la fois les principes de la théorie (de la norme) juridique et de la méthodologie et les éléments et les rejetons d'ori-

[212] *Alexy* II, p. 144. Pour la critique : *Christensen* V ; *Braun*, p. 248 et s.
[213] Pour la critique de l'interprétation platonicienne de la règle de langage : *Christensen* VII, not. p. 183 et s. [Pour Friedrich Müller, l'erreur d'Alexy vient de ce que son concept de la règle la suppose achevée, au-dessus du langage, préexistante au cas concret. L'erreur d'Alexy viendrait ainsi de n'avoir pas assimilé le tournant pragmatique de la théorie contemporaine du langage. Ce qui, par nécesité, se répercute sur la théorie (du langage) juridique. *(N.d.T.)]*

gines théoriques les plus diverses. La méthodologie du droit constitutionnel se trouve dans une situation particulièrement précaire dans la mesure où, du point de vue de son « objet » normatif, elle se voit placée en face de difficultés supérieures, et dans la mesure où par ailleurs — à la différence du droit civil ou pénal — elle ne peut en appeler à une conception d'ensemble déjà élaborée au cours de l'histoire de la discipline. Dans ces conditions, les approches partielles qui ont jusqu'à présent été tentées pour dépasser le positivisme légaliste en droit (constitutionnel) entrent en terre inconnue. Mais la tentative d'une conception d'ensemble de la méthodologie juridique (constitutionnelle) doit elle aussi entrer en terre inconnue. Et cela vaut même dans la mesure où les observations fondamentales de Savigny peuvent être transposées à la concrétisation de la Constitution, car leur praticabilité n'a jusqu'à présent encore jamais été spécifiquement justifiée dans le cadre des conditions de la concrétisation du droit constitutionnel. Ce propos s'applique également à la tentative d'intégrer les énoncés méthodologiques et théoriques de la Théorie générale du droit, de l'Etat et de la Constitution à une telle conception d'ensemble. Le droit constitutionnel (plus encore que le droit administratif) est le champ de travail d'une discipline jeune, mal assurée, relativement fortement dépendante de la politique et comparativement faiblement différenciée du point de vue technique et formel. Au plan de la méthodologie comme de la théorie (de la norme) juridique, il manque au droit constitutionnel les médiations nécessaires ; il est traversé d'éléments de théorie qui sont autant d'obscurités et de postulats. Il est nécessaire de trouver une nouvelle approche afin de discipliner ces éléments au moyen d'une méthodologie qui ne tire pas ses énoncés de contenus théoriques ou idéologiques mais des possibilités mêmes de la concrétisation pratique. La situation confuse de la discussion méthodologique dans la science du droit rend urgent le projet d'une conception qui ne se limite pas à fournir des techniques de solution au sens de la technique de la consultation, de le technique de l'examen ou de la technique de jugement*. Il s'agit au contraire d'une conception pour laquelle il importe avant tout d'atteindre à l'intelligibilité et la cohérence théoriques des éléments qu'elle dégage de l'observation de la pratique jurisprudentielle, législative, administrative et scientifique. A cet égard, il est secondaire de savoir combien de temps il faudra pour que les propositions d'une telle conception remettent en question l'attitude routinière des praticiens dans leurs méthodes qui, effectivement, tendent à la pseudo-rationalisation secondaire, dont l'argumentation est tirée souvent du résultat recherché, par pragmatisme voire opportunisme et, au total, par recours à l'éclectisme du « pluralisme méthodologique »[213a]. Ce projet doit en tout cas être fixé en des termes tels qu'il puisse être rapporté non pas seulement — comme le veut la réduction de la problématique traditionnelle — à la méthodologie de la jurisprudence et de la science, mais aussi (étant principiellement structurés de manière analogue) à la législation, au gouvernement et à l'administration en tant qu'ils sont guidés par le texte constitutionnel.

* Ces aspects qui prennent la forme de conseils pratiques destinés à résoudre des difficultés techniques de présentation d'une étude de cas seront désignés par les expressions « technique de résolution des cas » (*Lösungstechnik*) et « éléments de technique de résolution des cas » (*lösungstechnische Elemente*). *(N.d.T.)*

LA NORMATIVITÉ CONCRÈTE

La recherche menée jusqu'ici a montré que les différents types de prescription juridique ne pouvaient être généralisés dans « la » norme juridique. D'une abstraction de cette sorte, on ne saurait déduire aucune conséquence qui puisse résister à la tâche de la concrétisation pratique. En revanche, la normativité, qui est commune à toutes les prescriptions juridiques, est un critère qui peut être pris pour base des exigences imposées aux directives théoriques et méthodologiques. Il a été ainsi montré que le positivisme légaliste — qui n'est pas encore surmonté par une théorie et une pratique conséquentes — se nourrit d'une fiction intenable en pratique en tant qu'il conçoit le droit comme un système sans lacunes, la décision comme une subsomption purement logique comme en tant qu'il évacue tous les éléments de l'ordonnancement social auxquels se réfèrent les textes normatifs. Dans l'affirmation kelsénienne selon laquelle la norme et la réalité normée se tiendraient l'une à côté de l'autre sans rapports[214], 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 juridique. Une telle recherche montre que la norme juridique ne peut être comprise comme commandement abstrait sur le mode du devoir-être, ni comme jugement hypothétique, ni enfin comme acte de volonté objectivement vide. L'axiome selon

[213a] L'utilisation du langage par le praticien est aussi de nature *rhétorique* : en tant que « technique professionnelle de l'entente entre juristes », il se sert particulièrement « (...) de tout moyen qu'un juriste peut mettre en œuvre pour trouver l'approbation de ses collègues ou, en tout cas, pour prévenir la contradiction » : *Gast* IV, p. 1.

[214] Pour un rapide résumé : *Kelsen* II.

lequel les décisions juridiques seraient complètement déductibles des textes de normes — de pures énonciations linguistiques — au moyen de la logique formelle introduit sans y prendre garde des présupposés qui, sources d'erreur incontrôlables parce qu'inavouées, mettent en question non seulement la facilité avec laquelle se satisfait l'idéal positiviste et formaliste de l'application, mais surtout la rationalité et la clarté des méthodes auxquelles peuvent effectivement prétendre la pratique et la science juridiques.

PARTICULARITÉS DE LA MÉTHODOLOGIE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Les canons en droit constitutionnel

La pratique jurisprudentielle comme la doctrine des méthodes sont inconséquentes dans le domaine du droit constitutionnel. Elles se réfèrent aux règles d'interprétation posées par Savigny pour prétendre à la régularité de leurs procédés ; mais, du fait des difficultés spécifiques de la concrétisation de la Constitution, elles tranchent d'autant plus souvent — en fonction des exigences de l'espèce ou du résultat recherché — sans s'en tenir même à ces canons, voire contre eux ou bien au-delà d'eux. D'un autre côté, si les éléments d'interprétation élaborés par Savigny doivent être déjà considérés comme classiques, il conviendrait de prendre au sérieux la délimitation de leur domaine de validité que leur auteur lui-même leur assigne. S'agissant du droit civil comme du droit pénal, le positivisme légaliste de la « méthode juridique »* qui s'en remettait exclusivement aux aspects de l'interprétation dégagés par Savigny (v. Gerber, v. Ihering, Laband et la pratique comme la littérature subséquente) était un épisode admissible de l'histoire de la science juridique, un moment qui s'était rendu compte de sa fonction sociale. Mais la réception de ces règles de l'art dans le droit public et constitutionnel était en revanche soit un malentendu, soit, à tout le moins, une évolution dont la justification n'avait pas été vérifiée.

Pour les droits civil et pénal, la situation fut plus simple avec l'apport de Savigny. En cas de nécessité, ces disciplines pouvaient à juste titre se replier sur la profession de foi en faveur des canons afin d'établir leur rationalité juridique. Sur cette base, les conceptions méthodologiques générales ou particulières qui, ultérieurement, dépassèrent les canons (école sociologique, école du droit libre, jurisprudence des intérêts ou des valeurs, « système mobile », topique, constructivisme typologique, droit jurisprudentiel et autres tendances similaires) pouvaient être assimilées avec de meilleures raisons, avec meilleure conscience. Du fait de leur originalité normative, le droit public et le droit constitutionnel ont pris, par rapport surtout au droit civil, une part moins importante à ces nouveaux mouvements. D'un autre côté, leur invocation des règles d'interprétation de Savigny, puisqu'il s'agissait d'un emprunt incontrôlé, était dès le départ moins assuré, du point de vue de l'histoire de la science, que l'invocation correspondante qui avait eu lieu dans les droits civil et pénal.

* La « méthode juridique », supposée purgée de ses éléments extra-juridiques, tel est le cri de ralliement du positivisme de la fin du siècle dernier. *(N.d.T.)*

Sur la nouvelle réflexion à propos des canons

Il importe de contrôler la praticabilité des éléments d'interprétation de Savigny pour le droit constitutionnel et de les étudier plus avant au regard des conditions de la concrétisation en droit constitutionnel. Si à ce propos certaines remarques doivent être faites s'agissant des canons et qui ne s'imposent pas seulement dans le droit public et constitutionnel, cela peut montrer que, dans les disciplines pour lesquelles ils furent élaborés, ces canons n'ont pratiquement pas fait l'objet d'une élaboration plus poussée que celle à laquelle Savigny était arrivé.

D'après ce qui a déjà été dit plus haut, on doit s'en tenir aux remarques qui suivent : les canons ne sauraient suffire à la concrétisation en droit (constitutionnel) du seul fait qu'ils réduisent la réalisation du droit à l'interprétation, la concrétisation de la norme à l'explication du texte de la norme. A l'opposé, la méthodologie du droit (constitutionnel) qu'il convient de proposer doit étudier la structure de la normativité, ce qui signifie — puisque la concrétisation de la norme se révèle sous la forme d'un processus structuré — étudier la structure des normes juridiques. Puisque la norme ne s'identifie pas à son texte, la structure de la norme ne peut être assimilée à la structure du texte de norme. Cependant, la structure du texte de norme offre souvent des indications absolument nécessaires à la mise à jour de la structure de la norme. Ces indications vont de la stricte détermination par le texte de norme dans les cas limites de champs normatifs numériquement ou individuellement définis — par exemple dans le cas des art. 22 ou 38 al. 2 LF* — jusqu'aux clauses générales

* Art. 22 : « Le drapeau fédéral est noir, rouge et or » ; art. 38 al. 2 : « L'électorat s'acquiert à dix-huit ans accomplis, l'éligibilité à l'âge de la majorité. » *(N.d.T.)*

dépourvues de tout champ normatif objectivement circonscrit comme, par exemple, l'art. 3 al. 1 LF ou (suivant une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale) l'art. 2 al. 1 LF*. Dans le cas général, le texte de norme fournit, avec une précision variable, la direction objective et la délimitation objective de ce qui est permis dans la concrétisation. Toutefois, le texte n'est pas irremplaçable dans sa fonction indicatrice pour la mise à jour de la structure de la norme. Sinon, le droit constitutionnel coutumier, qui ne dispose pas d'un texte unique fixé par une autorité compétente, d'un texte de norme officiel, ne serait pas concrétisable.

MÉTHODOLOGIE ET THÉORIE DE LA NORME

La méthodologie juridique doit être fondée par une théorie juridique : non pas par une théorie *sur le droit* (qu'elle soit de nature théologique, éthique, philosophique, sociologique ou idéologico-politique), mais par une théorie *du droit*, c'est-à-dire une théorie de la norme juridique. Celle-ci doit décrire l'originalité fondamentale de la structure normative sur l'arrière-plan de laquelle il convient d'envisager le travail pratique de la méthodologie juridique. Cette tâche n'est pas de nature exclusivement technique, aussi peu que l'est la théorie juridique dans son ensemble. Chaque type de système politique possède *son* type de théorie juridique et de pratique méthodologique. Non seulement les méthodes, mais aussi les méthodologies sont dépendantes de leur objet ; ce qui signifie, eu égard à l'objet ici tout à fait particulier : les méthodologies elles-mêmes ont une signification immédiatement politique. Cela est manifeste, tant dans l'histoire de la science juridique qu'à l'heure actuelle[215] ; les liens qui ont été exposés ci-dessus (p. 100 et s. et p. 108 et s.) offrent des exemples à cet égard. Au-delà de la dépendance vis-à-vis d'options politiques, les mécanismes

[215] Sur ce point : *Müller* X et XII. — La méthodologie proposée, soucieuse du principe de l'Etat de droit, permet en premier lieu d'éviter ou de critiquer les *résolutions* ponctuelles ; au-delà, elle met en évidence les *implications* politiques du travail juridique. Les études citées ébauchent l'élaboration de cette méthodologie en tant qu'*explication* en liaison avec les tâches de la théorie constitutionnelle. Sur ce point voir également : *Müller* XVIII et XXII.

* Art. 3 al. 1 : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi » ; art. 2 al. 1 : « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale. » *(N.d.T.)*

objectifs du contrôle social opéré à travers le droit ne peuvent être à chaque fois envisagés que dans leur rapport au système global. Ce qu'une *norme juridique* « est », cela dépend de manière essentielle de la structure du groupe social (de la « société globale ») et du rôle assigné aux institutions de production de textes de normes, d'établissement et de transposition des normes (*Normsetzung und -umsetzung*), de contrôle des normes et de révision des texte de normes. Une norme n'« est » rien de déterminé, ni au sens de la validité universelle (*Allgemeingültigkeit*), ni au sens d'une donnée réifiée. En revanche, les déterminations *structurelles* dégagées ici (texte de norme, champ factuel, programme normatif, champ normatif, groupes d'éléments de concrétisation) devraient pouvoir être utilisées pertinemment et avec une relative constance dans les sociétés développées disposant d'un système de droit écrit.

CHAPITRE III
Ebauche d'une méthodologie juridique

FONDEMENTS DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

MÉTHODOLOGIE ET THÉORIE DES FONCTIONS

Concrétisation de la norme, respect de la norme

Une méthodologie de travail est *la méthodologie de ceux qui sont investis d'une fonction*. Une méthodologie du droit (constitutionnel) soulève la question de savoir qui, eu égard à quelle fonction, travaille avec le droit (constitutionnel) (un droit qui comprend le droit écrit comme le droit coutumier). Dans ce sens, il a déjà été mis en évidence que la législation, l'administration et le gouvernement agissent en tant qu'instances de concrétisation du droit au même titre que la jurisprudence et la science juridique. Un tel travail est entièrement orienté par des textes de normes. Par ailleurs, le *respect de la norme* qui ne débouche ni sur un conflit constitutionnel ni sur un contentieux juridique, constitue également une *concrétisation de la norme*. En tout état de cause, les textes de normes (constitutionnels) considérés motivent de manière spécifique le comportement des autorités investies d'une fonction comme celui de tout autre destinataire. Les intéressés, ceux qui prennent part à la vie juridique et politique, exercent eux aussi des fonctions effectives de concrétisation des normes dont l'étendue saurait difficilement être surestimée, même si ces fonctions se manifestent de manière moins apparente et si, d'un point de vue méthodologique, on a l'habitude de les ignorer. Ces fonctions, ils les exercent

en observant les textes de normes, en s'en accomodant, en trouvant un compromis, un arrangement dans les limites de ce que permet ou admet le droit (constitutionnel), etc. Si la Constitution est appelée à déployer une force normative [1], alors la « volonté de Constitution », qui est une volonté de respect, ou encore de concrétisation et d'actualisation de la Constitution, cette volonté ne peut rester bornée à la science juridique qui peut être considérée comme étant investie d'une fonction au sens le plus large, et aux instances titulaires d'une fonction au sens restreint, celles qui sont installées, investies et légitimées par la Constitution et l'ordre juridique à travers les règles de compétence et ainsi munies de prérogatives de décision et de sanction. Les autorités investies de fonctions étatiques au sens restreint, la science juridique tout comme les participants à la vie juridique et politique concernés par les normes (constitutionnelles) contribuent, selon une interdépendance aux facettes multiples, à la réalisation du droit selon des modifications et des spécificités déterminées en partie par l'ordre normatif, en partie par des facteurs extra-normatifs, mais, au total, d'une manière cependant analogue. A chaque fois qu'ils ont l'occasion de prendre pour critère de leur comportement certaines dispositions du droit (constitutionnel), ils se heurtent tous — même si les problèmes et les intérêts ne sont pas les mêmes — à des difficultés fondamentalement semblables de concrétisation. Alors même que les tâches d'actualisation positive de la Constitution à travers différents types d'actes d'établissement et de réalisation du droit sont, pour l'essentiel, réservées aux titulaires de fonctions au sens restreint et, parmi ceux-ci, réparties de façon différenciée (législation, gouvernement, administration, juridiction), la méthodologie applicable au droit (constitutionnel) considérée comme impulsion, limite et critère de certains comportements reste fondamentalement la même. Cette structure comparable est en partie caractérisée par un style de pensée scientifique. Méthodologie, dogmatique, enseignement, systématisation et contrôle influencent dans une large mesure la concrétisation du droit (constitutionnel) opérée tant par la législation, l'administration et le gouvernement que par la juridiction : leurs modes de travail apparaissent ainsi en partie « scientificisés » (*verwissenschaftlicht*).

[1] Voir : *Hesse* I. — Cette approche que nous avions formulée dès la première édition de cet ouvrage (1971) et qui consiste à prendre en considération cette concrétisation indirecte de la Constitution qu'opèrent ceux qui ne sont pas investis de fonctions, cette approche est généralisée jusqu'à en devenir grossière par *Häberle* V. — Sur cette question dans le domaine des droits fondamentaux : *Höfling*.

Fonctions et tâches de travail

Il convient de conserver à l'esprit ces propos, alors même qu'il ne s'agit pas ici proprement de développer une doctrine des fonctions du point de vue du droit et de la théorie constitutionnels [2]. Les conditions, les possibilités et les limites d'une méthodologie juridique sont influencées par la configuration des fonctions concernées, selon l'activité, les tâches et le travail en cause. Dans une société pourvue d'un ordre juridique achaïque, qui ne différencie pas les organes de législation, de gouvernement, d'administration et de justice (groupes sociaux primaires, organisations tribales ou claniques, hordes, royauté justicière, etc.), les problèmes d'interprétation des textes de normes, de transposition des normes et de méthode de travail seraient entièrement et profondément différents de ceux qu'on rencontre au sein d'un ordre constitutionnel différencié, aménagé selon les principes de l'Etat de droit et de la démocratie comme l'est celui de la Loi fondamentale de Bonn.

Les méthodes de travail sont déterminées par la nature et les tâches du travail. La tâche assignée à la pratique *du droit constitutionnel* consiste dans la concrétisation de la Constitution à travers l'établissement de textes de normes et l'actualisation de normes juridiques par l'action législative, administrative et gouvernementale ; elle consiste dans la concrétisation de la Constitution à travers l'activité juridictionnelle, activité de contrôle en premier lieu, mais activité dont la nature est en même temps de déterminer des contenus dans la limite des marges d'appréciation posées par les normes. L'élaboration, la communication et l'argumentation de la décision sont rendues obligatoires dans une étendue et selon des modalités variables par les prescriptions du droit positif. La communication de la *décision* (du texte de norme, de la décision gouvernementale ou administrative, du jugement) est un élément inhérent au système de l'Etat de droit. La présentation et la communication de la motivation doit, d'une part, convaincre les intéressés et, d'autre part, permettre le contrôle de la décision dans l'éventualité de son examen par les juridictions ordinaires, mais aussi de toute autre possibilité de protection juridique comme pour l'hypothèse où la question de sa conformité à la Constitution serait posée. S'ajoute à cela cette conséquence que la décision publiée et argumentée est introduite dans la discussion, que celle-ci tourne autour de la pratique et de

[2] Voir par ex. la doctrine des fonctions chez *Hesse* II, p. 185 et s. — Chez *Geitmann*, on trouve une approche nuancée pour faire de la répartition constitutionnelle des fonctions entre la législation et l'exécution dans l'Etat démocratique le point de départ d'une recherche relative aux exigences liées à l'impératif de clarté des normes. — Sur les principes de la doctrine des fonctions, voir not. *Achterberg*.

la science du droit ou de la politique juridique et constitutionnelle[2a]. Cette discussion, qui produit de la tradition, de la critique et du contrôle, fait partie des principales tâches de la science juridique, aux côtés de l'enseignement — dont les problèmes didactiques spécifiques ne nous intéressent pas ici — et de l'apport de solutions aux problèmes concrets et actuels par la voie du conseil juridique. En dernière analyse, le travail de la science juridique est lui aussi lié par des espèces concrètes, même si c'est sans que pèse la contrainte de devoir prendre une décision selon une procédure déterminée, même si elle est placée dans cette situation qui lui permet légitimement de se distancier de la problématique concrète du cas d'espèce, pour atteindre, en passant par divers degrés d'abstraction, jusqu'à la théorie fondamentale. Les mêmes phases du travail, c'est-à-dire l'élaboration d'une réponse à la question posée et la communication argumentée de cette réponse, s'imposent également à elle, et d'ailleurs la contrôlabilité et la discutabilité de l'argumentation et de la communication sont pour elle un point capital. La science cesse d'être science lorsqu'elle perd la capacité de mettre elle-même en question les modalités et les contenus de son travail et de permettre, méthodiquement comme objectivement, cette mise en question à travers la transparence de son argumentation et de son exposition.

Comprise comme la transparence de la genèse du résultat, comme la clarté dans la présentation des solutions alternatives inutilisables ou, dans certains cas équivalentes mais rejetées après évaluation, comprise comme la cohérence objective et méthodologique de l'argumentation et de l'exposition des différentes phases du travail, la rationalité impose des exigences plus intenses au travail *scientifique* que celles qui peuvent être requises de la juridiction chargée de décider sur un cas et plus encore de la législation, l'administration et du gouvernement appelés à établir le droit. S'agissant de la législation, du gouvernement et de l'administation, à côté des questions de méthode de concrétisation des normes, s'ajoutent — même si c'est à des degrés très variables — les aspects de l'adéquation ou de la justifiabilité par rapport aux faits, ainsi que de l'applicabilité politique, au sens large ou restreint. La jurisprudence est

[2a] L'opposition faite par les « falsificationnistes » entre le « contexte de découverte » et le « contexte d'argumentation » réduit par trop la problématique, en tout cas pour la science juridique ; voir : *Müller* XVI, p. 271 et s., p. 285 et s. ; *Müller* XXVII, p. 38 et s., p. 43 et s. — En ce sens, voir aussi *Berkemann* II, p. 13 : La préoccupation de la « théorie de l'argumentation » juridique table « sur l'intuition du juge, s'agissant du niveau de la production, précisément là où un travail de conception, structurant, est exigé » ; elle se laisse guider « par des éléments secondaires de la pratique juridictionnelle de décision, sans faire de l'objectif premier, la formation de règles, l'objet même de la méthodologie ».

largement délestée de ce type de considérations « proches des faits »[3], et beaucoup plus largement préoccupée par les questions méthodiques de l'interprétation et de la concrétisation. Selon la dimension respective de ces structures fonctionnelles diverses, la pratique juridique n'est certes pas obligée de mener une réflexion explicite sur la théorie de la norme ou la méthodologie ; mais elle est, en revanche, absolument obligée de s'efforcer d'atteindre à une méthode qui permette d'exposer rationnellement et de vérifier la correction des critères normatifs apportés au soutien de la décision, la pertinence des éléments factuels concernés par ces critères ainsi que le caractère soutenable de la décision. Une décision qui doit être dégagée en partant du texte de norme « approprié » puis à travers l'individualisation de la norme juridique — elle-même élaborée de manière complexe — en norme-décision. La méthodologie doit être en mesure de classer les éléments de concrétisation selon leur genre comme, à l'intérieur de chaque genre, selon leur individualité propre. Elle doit pouvoir décomposer la progression des processus de formation de la décision et d'exposition des motifs en étapes de la réflexion suffisamment délimitées pour ouvrir la voie au contrôle en retour par les destinataires de la norme, les personnes concernées par la norme, les autorités investies de fonctions étatiques (tribunaux ordinaires, juridiction constitutionnelle, etc.) et la science juridique. Cela implique que la méthodologie englobe aussi ces éléments de concrétisation intervenant effectivement qui ont une portée secondaire, qui ne sont pas de nature normative et qui, soit peuvent être tout au plus introduits dans des fonctions auxiliaires, soit doivent, en tout état de cause, céder la place à d'autres éléments en cas de conflit. La méthodologie du droit (constitutionnel), si elle devait en faire l'économie, comme déjà le positivisme légaliste, s'interdirait encore une fois la possibilité d'appréhender et penser tous les éléments motivant réellement le processus de mise en œuvre du droit et de les assimiler par la détermination de leurs rapports mutuels d'une manière qui ne laisse pas en plan la concrétisation pratique du droit (sur la réalité comme assise de la méthodologie juridique, voir surtout *Müller* XII).

[3] Dans le même sens : *P. Schneider* I, p. 42 et s., p. 51 et s.

NORMATIVITÉ, NORME ET TEXTE DE NORME

Sur le caractère limité du rôle du texte de norme

Lorsque les juristes parlent et écrivent sur « la » Constitution, ils visent le texte de la Constitution ; lorsqu'il parlent de « la » loi, ils visent son texte. Sur la base d'une nouvelle approche de la théorie du droit [4], on a fait ressortir, au contraire, le fait fondamental de la non-identité du texte de norme et de la norme. Le texte de norme, dans une codification, n'est que la « partie émergée de l'iceberg », et ce sous deux aspects principaux. D'une part, le texte, en passant par l'interprétation linguistique, prépare la formulation du programme normatif, tandis que le champ normatif, en tant qu'élément co-constitutif de la prescription, est, normalement, seulement indiqué. D'autre part, la *normativité* qui, selon la conception traditionnelle, est inhérente à la norme ne résulte pas de ce texte lui-même. Le texte de norme est un énoncé linguistique, un texte dans l'élément du langage comme tout autre texte de nature non-normative. Sa qualité de texte envisagée dans l'optique de la prescription juridique obligatoire ne résulte pas de certaines particularités de sa forme linguistique pas davantage que de particularités du contexte linguistique. On ne peut pas voir dans la formulation linguistique elle-même d'une règle de droit si celle-ci fait partie d'une prescription « en vigueur » ici et maintenant, d'une norme juridique certes actuellement en vigueur mais dans un autre Etat, d'une norme devenue obsolète ou bien parfaitement fictive. « *Faire partie d'une norme* » ne peut ici que signifier : le texte de norme oblige juridiquement le juriste à le placer au début du processus de concrétisation au cours duquel la norme juridique est élaborée et à la fin duquel le cas est tranché. Au-delà de cet effet obligatoire, le texte de norme ne saurait être lui-même déjà normatif, mais aide seulement à préparer les grandeurs normatives ultérieures (norme juridique et norme-décision). En tant qu'énoncés linguistiques, en tant que textes, des phrases telles que : « Le Bundestag est élu pour quatre ans » et « Le Bundestag est élu pour cinq ans » sont parfaitement équivalentes du point de vue de leur normativité possible. Le fait même que la première de ces phrases se retrouve à l'art. 39 al. 1 phrase 1 LF, ne prouve pas à lui seul qu'elle est celle qui formule la règle juridique « en vigueur ». Car du texte complet de cette Loi fondamentale — c'est-à-dire ici de ses propriétés linguistiques — ne découle

[4] *Müller* XIX, p. 147 et s., p. 234 et s., qui développe *Müller* I.

pas la normativité de la formulation en question. La normativité provient bien plus de 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. C'est-à-dire : la normativité provient de données qui, quand bien même on le voudrait, ne sauraient en aucune façon être fixées dans le texte de norme au sens d'une garantie de sa réalité. Cette considération vaut autant s'agissant du « quoi » que du « comment » de la normativité. Mais le « contenu » même d'une prescription juridique — c'est-à-dire les *impulsions quant à l'ordonnancement, la réglementation et le critère des choses* (*Ordnungs-, Regelungs-, Maßstabsimpulse*) qui en résultent (parce qu'elles sont publiées, communiquées, transmises, acceptées et suivies) — ce « contenu » n'est pas substantiellement présent dans son texte. Mais il est vrai que ce contenu lui aussi ne peut être que formulé dans le langage par le texte, (prétendument) « représenté » selon le mode propre du langage. Ce n'est pas le texte d'une norme (constitutionnelle) qui vient d'être concrétisée, et encore moins le texte de norme placé au début de la concrétisation qui règle un cas concret ; mais c'est bien l'assemblée parlementaire, l'organe gouvernemental, le fonctionnaire de l'administration ou la formation de jugement qui, à la lumière de la formulation linguistique de cette norme (constitutionnelle) comme à l'aide d'autres moyens méthodiques, rendent, publient, motivent la décision qui doit régler le cas, et qui, le cas échéant, veillent à sa mise en œuvre dans les faits.

La science du droit comme science normative (science de la décision)

Ce fait fondamental imprègne au premier chef son caractère scientifique à la discipline juridique. Alors que, par exemple, dans la science littéraire on peut entendre par « herméneutique » la doctrine de l'explication, de l'interprétation des textes, une telle conception ne suffit pas s'agissant de textes juridiques. La science du droit n'est pas correctement qualifiée lorsqu'on la désigne comme « science de l'esprit » (*Geisteswissenschaft*), par opposition aux sciences de la nature. Elle est une science normative appliquée qui a, de bout en bout et au premier chef, à faire avec des phénomènes réels : avec la vie en commun d'êtres humains au sein de groupes sociaux, avec le contrôle, la satisfaction et l'ordre de ces groupes, avec la balance et la compensation des intérêts, avec la comparaison et la préférence, avec le commandement, l'interdiction, la sanction, la permission et l'organisation dans un but de stabilisation et de régulation des

forces et groupes sociaux. A la différence des textes de la philosophie, de la littérature et d'autres domaines des sciences de l'esprit, les textes des normes juridiques et des normes-décisions (les principes directeurs généraux formulés à l'occasion d'un cas concret et le dispositif de la décision concrète) sont obligatoires et lourds de conséquences pour tous leurs destinataires, et donc aussi pour ces individus qui n'ont aucun besoin de s'intéresser à ces normes et à ces textes. Tous les efforts de la nouvelle herméneutique philsophique pour saisir l'acte de compréhension comme une application concrète trouvent dans la particularité de la normativité juridique et dans les conditions de l'« acte de compréhension » juridique non seulement une situation exemplaire pour elle[5], mais aussi une limite à sa transposabilité. La science juridique ne saurait être identifiée aux « sciences de l'esprit », ni la méthodologie juridique à l'« herméneutique des sciences de l'esprit ». Une norme juridique ne dépend pas, dans son obligatoriété, de la compréhension, de l'approbation ou de la connaissance qui émanerait de la part de ses destinataires directs. Elle se détermine, dans sa normativité, par la possibilité de pouvoir être factuellement mise en œuvre. Cet élément de la normativité juridique dans un Etat constitutionnel se rapporte à la norme juridique, non à son texte. Du *texte de norme* en tant que tel, on ne peut déduire à coup sûr qu'il s'agit d'un texte « du droit en vigueur » : c'est-à-dire d'un texte qui soit l'expression linguistique et officiellement publiée d'un complexe juridico-social de règles et que doit accompagner — après l'accomplissement, à chaque fois, d'une procédure de concrétisation — la *normativité* au sens déjà précisé, sous la forme d'une norme de droit et d'une norme-décision ; autrement dit, d'un texte qui doit être en pratique traité comme obligatoire non seulement à raison de sa force persuasive qui conduit au respect et à l'observance en vertu d'une reconnaissance spontanée, mais aussi, en cas de conflit, du fait d'une mise en œuvre unilatérale étatiquement garantie sous la forme d'une décision qui l'invoque.

L'exemple du droit coutumier

La non-identité de la norme et du texte de norme, le fait que la normativité n'est pas contenue dans un texte officiellement fixé et publié ressortent également du phénomène du droit coutumier. Sa qualité juridique n'est pas mise en doute, bien qu'il ne repose sur aucun texte défini par voie d'autorité. Les normes de droit coutumier sont pourtant elles aussi liées à l'élément linguistique ; elles sont elles aussi formulées (oralement ou par écrit) : dans les livres de droit, les manuels, les décisions juridictionnelles, etc. Il s'agit là cependant de formulations variables qui ne sont pas uniformément fixées par voie d'autorité. La fixité langagière du droit, sa « positivité » dans la forme écrite, adoptée, promulguée et publiée selon une procédure fixée par une autre norme, n'est précisément pas identique avec sa qualité de norme. Elle est davantage à rapporter aux impératifs de l'Etat de droit et de la démocratie de l'Etat constitutionnel bourgeois des modernes. Mais même là où le droit positif écrit prédomine, il existe, *praeter legem*, du droit (constitutionnel) coutumier qui possède la pleine qualité de norme[6]. En outre, même à l'intérieur du droit écrit, la normativité qui s'exprime dans les décisions concrètes n'est pas exclusivement « tirée » du texte des normes. La décision est aussi élaborée à la lumière des travaux préparatoires, des manuels et commentaires, de recherches monographiques, des précédents et des matériaux du droit comparé, c'est-à-dire à l'aide de nombreux énoncés langagiers qui ne s'identifient pas avec le texte de norme et qui vont au-delà de celui-ci. Cette impossibilité de trancher les cas juridiques exclusivement et définitivement à partir du seul texte de norme approprié à l'espèce, ce seul fait montre déjà que le texte de norme est autre chose que la norme juridique.

La critique scientifique du droit comme critique de la forme du droit : approches de la théorie marxiste du droit

L'Etat constitutionnel comme les ordres juridiques de l'Europe moderne sont déterminés par un formalisme caractéristique. La centralisation, la monopolisation et la bureaucratisation de l'établissement du droit, de son exécution et de la jurisprudence comptent parmi les éléments essentiels de l'Etat institutionnalisé (continental), éléments que Max Weber a dégagés selon la méthode du type idéal. L'idée de codification suppose la possibilité de normer tous les comportements sociaux significatifs, tout comme la formation de textes de normes généraux et abstraits suppose dans son principe la possibilité d'anticiper le futur au moyen de règles de droit. Ces principes formels se manifestent

[5] Sur ce point : *Gadamer*, par ex. p. 307, p. 312 et s., p. 315. — Plutôt que de « science normative », il est encore préférable de parler de « science de la décision » ; sur ce point : *Müller* X, p. 22. (Sur le problème herméneutique de l'application et la signification exemplaire de l'herméneutique juridique chez Gadamer, voir de cet auteur *Vérité et méthode*, trad. fr. partielle, Seuil, 1976, p. 148 et s., p. 166 et s. *N.d.T.*)

[6] Voir : *Huber* I ; *Hesse* II, p. 14.

à un degré plus élevé et de façon systématisée dans l'idée de l'Etat de droit. Celle-ci s'exprime puissamment dans la Loi fondamentale de Bonn ; elle forme la base d'une méthodologie de la pratique et de la science juridique abandonnant derrière elle le positivisme légaliste. Le caractère *bourgeois* (*bürgerlich*) de ce modèle fondamental ne peut être mis en doute, bourgeois étant pris au sens de l'analyse descriptive faite par l'histoire sociale.

La théorie marxiste du droit qui insiste sur la critique du type juridique bourgeois dominant ouvre sur deux voies différentes. Tout d'abord, l'orientation qui prend son point de départ dans l'analyse de la marchandise à laquelle procède Marx dans le *Capital* critique radicalement non seulement les contenus mais aussi la forme du droit bourgeois. Elle affirme son caractère superflu en même temps, par voie de conséquence, que celui de la Constitution de l'Etat et de l'ordre juridique en général, ce dans la perspective de la société du futur. Elle se transforme en une mauvaise utopie dans la mesure où elle perd le contact et même la possibilité de contact avec la réalité historique.

La seconde direction se fonde, elle, sur les retouches réalistes apportées par Marx s'agissant du rôle du droit et de l'Etat durant la période de la société de transition (surtout dans la *Critique du programme de Gotha* de 1875). Elle se limite, suivant la réévaluation léniniste des problèmes liés à la phase de transition, à une critique du contenu de l'ordre juridique bourgeois. Le formalisme du texte de loi abstrait et général, la bureaucratisation et la monopolisation de l'ordre juridique sont consciemment employés dans un but de contrôle politico-idéologique de la vie sociale. Cette direction se transforme en une mauvaise pratique dans la mesure où elle répète les caractères de l'ordre juridique bourgeois, du point de vue matériel également et avec un degré accru de répression. Au point de départ de ces deux principaux courants de la théorie marxiste du droit, on trouve respectivement les noms de E. Pashukanis et P.I. Stucka.

L'approche d'E. Pashukanis

Dans le *Capital*, Marx analyse le produit du travail humain sous l'empire des rapports de production capitalistes dans sa déformation fétichiste, dans son aliénation en « marchandise ». Dans la marchandise, le produit devient étranger à son producteur. Il lui est soustrait par le propriétaire des moyens de production. Il absorbe le travail humain employé à la production dans la « valeur » prise en tant que qualité réifiée. La distinction entre la valeur d'usage et la valeur d'échange comme la différence entre la valeur et le prix objectivent cette

distance aliénante que crée la mécanique de l'argent et des prix dans le marché capitaliste entre le producteur immédiat du produit et la marchandise aliénée. L'ébauche marxienne d'une critique matérialiste de la forme juridique qui, au début du second chapitre du *Capital*, se rattache à cette analyse de la marchandise, n'a eu pendant longtemps aucun écho. La théorie marxiste du droit s'épuisa longtemps dans ce constat que tout droit serait, quant à son *contenu*, déterminé par les rapports économiques qui en forment la base. C'est seulement chez Lukacs, dans son essai *La réification et la conscience du prolétariat**, qu'un aspect supplémentaire de l'ordre juridique bourgeois a été mis en évidence dans le sens de l'analyse du fétichisme de la marchandise. Luckacs définit l'être du monde bourgeois moderne comme étant totalement réifié. Les relations humaines dans leur ensemble ne sont plus un accomplissement : elles sont figées en choses. Chez Luckacs, l'accent n'est cependant pas mis sur les catégories de l'économie politique marxienne. Sous l'influence de Max Weber, il identifie la réification au « désenchantement du monde » rationaliste. La formalisation du droit moderne prend sa source dans cette forme de pensée de la bourgeoisie économique devenue socialement dominante. Le modèle de l'entreprise industrielle organisée de manière capitaliste devient représentatif de tous les autres modèles d'interaction entre l'être humain et l'être humain comme entre l'être humain et la nature. L'ordre juridique devient l'entreprise juridique organisée (*Rechtsbetrieb*). Le texte de norme général et abstrait doit capturer un avenir indéfini. Le droit naturel grimpe sur un piédestal, comme correctif supra-légal des lois en vigueur. Il devient le plus puissant moteur de la légicentralisation (*Vergesetzlichung*) du droit, en tant qu'il légitime l'Etat autoritaire (*Obrigkeitsstaat*) et lui donne d'avance la justification d'une organisation sociale fondée sur la planification calculatrice au moyen de la réglementation abstraite et générale.

A partir de là, s'engage — non pas du point de vue de la genèse, mais au plan objectif — le travail de Pashukanis *La théorie générale du droit et marxisme* (1929)**. Il s'agit pour lui, à la suite de Marx, de montrer que la *forme du droit* en tant que telle est la manifestation déformée et fétichiste — qui doit et peut être surmontée — de l'opposition de classe qui domine à la base. Contre les thèses de Renner relatives au « changement de fonction » et au « changement de norme » en droit privé, il pose pour principe que si les normes certes se modifient au cours de l'évolution historique du capitalisme,

* Trad. fr., in *Histoire et conscience de classe*, éd. Minuit, 1960, p. 109 et s. *(N.d.T.)*
** Trad fr., études et documentation internationales, Paris, 1970. *(N.d.T.)*

la fonction sociale de la propriété par contre reste inchangée. Le droit européen moderne appartient en conséquence — tout comme la forme de la marchandise — exclusivement à l'époque de la production capitaliste des marchandises. L'Etat de droit bourgeois naît de l'extension à l'ensemble des domaines sociaux du droit de l'échange des marchandises. Conséquent avec lui-même, Pashukanis postule, pour la société communiste du futur, la validité illimitée de la fameuse théorie du dépérissement. La théorie du droit de Pashukanis est pratiquement inadaptable à la réinterprétation pragmatique liée aux problèmes de la société de transition. Toute constatation selon laquelle le droit bourgeois n'est pas aboli dans un Etat déterminé conduit, de ce point de vue, à la conclusion que la société capitaliste bourgeoise elle aussi continue d'exister. Sa position a été évincée par l'orientation du positiviste légaliste, une orientation dominante depuis Staline[7].

La permanence des formes bourgeoises du droit et de la Constitution

La persistance historique du formalisme spécifique au droit européen moderne s'accomplit à travers les révisions opérées quant à la validité de la théorie marxiste du droit et de l'Etat, révisions liées aux préoccupations relatives aux problèmes de la société de transition. Le rôle de l'Etat et de l'ordre juridique est toujours plus accentué. Le mot d'ordre réside dans la distance qui sépare les premiers écrits et le *Manifeste du parti communiste*, d'une part, et la *Critique du programme de Gotha*, d'autre part. Les questions « transitoires » deviennent particulièrement nettes dans la théorie du droit léniniste de P.I. Stucka. A la différence de Marx et Pashukanis, ce n'est pas la forme du droit que Stucka critique. Au contraire, il la préserve, par-delà le communisme de guerre et se voit confirmé en 1921, depuis le tournant léninien de la Nouvelle Economie Politique : il faut désormais utiliser comme autant de moyens conscients de contrôle de l'Etat résultant de la révolution les qualités propres du droit libéral bourgeois (monopole bureaucratique, prescriptions abstraites et générales, précision dans la définition des conditions factuelles légales, rationalité fonctionnelle, applicabilité selon des procédures fixées, etc.). Devenue loi révolutionnaire, la forme législative bourgeoise joue un rôle de progrès. Le nouveau statut de la propriété est juridicisé et même codifié dans le code civil de la Russie soviétique de 1922. Les rapports nouveaux s'appuieront, conformément à un objectif consciemment décidé, sur un ordre juridique qui se révèle, aujourd'hui comme hier, absolument indispensable. De cette manière, le droit exerce la même fonction que celle qu'il avait et a dans la société bourgeoise en général : servir d'instrument de contrôle social au profit des groupes dominants. A cela correspond le fait que, selon la « théorie des deux secteurs » élaborée par Stucka, seul le droit civil traditionnel dépérira dans la société communiste du futur. Le « droit administratif économique » du système planificateur complètement socialisé demeurera du droit au sens technique. La position élastique de Stucka, qui pouvait tout aussi bien être reproduite à l'aide des catégories de la sociologie bourgeoise du droit, fut elle aussi victime de la stalinisation et de la restauration de la rigidité du positivisme légaliste.

C'est aujourd'hui à l'échelle universelle que se mesure l'efficacité du formalisme de l'Etat de droit constitutionnel, qui n'est cependant en aucun cas intemporellement valide mais développé dans les conditions particulières, politiques et socio-historiques, de l'Europe moderne. Aussi longtemps que ce formalisme n'est pas historiquement dépassé et partout où il ne se révèle pas encore comme concrètement dépassable, la sphère de l'action politique et de l'organisation sociale, en tant qu'elle est guidée par le droit, s'accomplit inéluctablement (et, manifestement, indépendamment de la socialisation juridique formelle des moyens de production) précisément d'aprés ces règles, à l'aide de ces instruments de la raison réifiée qui doivent être conceptualisés dans le cadre d'une méthodologie juridique.

Méthodologie juridique et théorie de la communication

La méthodologie juridique trouve suffisamment de matière dans la masse des matériaux tirés de la pratique et de la science juridiques pour dégager ses propres conditions fondamentales. Ce constat s'impose notamment eu égard aux efforts actuels tendant à mettre en relations science juridique et théorie de la communication. D'une manière analogue à l'analyse que nous avons menée depuis *Normstruktur und Normativität* (*Structure de la norme et normativité*) à propos des présupposés théoriques de la méthode du positivisme légaliste, la théorie de la communication a montré que la méthodologie traditionnelle recèle les éléments d'un style de pensée ontologique, en tant qu'elle se concentre sur la doctrine de l'explication des textes, qu'elle prend pour objectif l'univocité, qu'elle se représente un « contenu » définitivement donné dans la norme

[7] Sur ce point, voir la documentation réunie par *Reich*, not. p. 36 et s.

juridique et une « signification » isolée et isolable de la proposition graphique[8]. On a pensé pouvoir lui opposer, s'agissant de la compréhension des normes juridiques (plus exactement : des textes de normes), le modèle du système impératif de communication : la dénomination (*Namensgebung*), prise aussi sous la forme de la désignation (*Benennung*) dans les textes de normes, ne peut être appréhendée sur un plan ontologique, mais primairement à partir d'une situation impérative de communication, c'est-à-dire en tant que la description d'une situation sociale dans le but de guider un comportement futur. Cette description de rapports sociaux, qui se reflète traditionnellement dans la théorie de la condition légale (*Tatbestand*), ne doit pas être conçue comme une description ontologico-réaliste (*dinglich-ontologisch*), mais comme composante de techniques complexes de communication. On peut voir dans l'ordre juridique un système de communication, un système d'échange d'informations (plutôt impératif qu'informatif). La technique de communication peut être conçue comme un auxiliaire impératif de la pensée utilisé afin d'ordonner la vie en commun future des membres du groupe social.

Si instructive que puisse être cette approche en général, elle ne saurait cependant, dans le détail, apporter grand chose au progrès de la méthodologie juridique. En effet, dans les systèmes développés de communication, du fait même de la complexité qui y est nécessairement élevée, c'est toujours la description réaliste qui passe pourtant au premier plan, à la place du modèle fondamental de la situation impérative de communication. A cela correspond le fait que les fondements d'une théorie (de la norme) juridique qui dépasse le positivisme légaliste ont été acquis, depuis *Normstruktur und Normativität*, à partir de l'observation du travail juridique dans la pratique et la science. Ces fondements sont confirmés, sur des point importants, par certains résultats partiels obtenus à partir des positions défendues par la théorie de la communication ; et ce sans préjudice du fait que cette position se heurte aux limites ainsi décrites s'agissant de l'analyse d'un système juridique hyperdéveloppé.

[8] *Horn* II, p. 24 et s., p. 105, p. 157 et s., p. 160 et s. ; *Horn* III, p. 577 et s., p. 580 et s., p. 585, p. 587 ; mêmes références pour les développements qui suivent. — Voir en outre, en général : *Heinz*. — Sur la « clarté » des lois (textes de normes), voir les développements constructifs et détaillés de *J. Schmidt* III.

Le texte de norme comme expression d'un « contenu » ou comme signal

S'agissant des concordances existant entre les analyses menées par la théorie (de la norme) juridique, d'une part, et celles de la théorie de la communication, d'autre part, il convient, à côté de celles qui ont déjà été relevées, d'ajouter ceci : la technique de communication guide une coopération future entre les membres des groupes sociaux. Cette coopération forme à chaque fois une structure relativement constante de systèmes d'action, d'organisation et d'objets. Ceux-ci ne sont pas substantiellement circonscrits par l'ébauche linguistique de la norme juridique que constitue son texte officiel ; ils n'y sont pas objectivement contenus. Dans les textes de normes, les concepts juridiques n'offrent que dans certains cas limités des descriptions réalistes de ce qui est visé (s'agissant de champs normatifs produits par le droit tels que, par exemple, les délais et échéances ainsi que les dispositions purement procédurales). En principe, ils se bornent à évoquer en tant que *signaux ou références* (*Signal- oder Anknüpfungsbegriffe*) ce qui est censé y correspondre dans la réalité sociale. Le texte de norme ne « contient » pas la normativité ni sa structure objective. Il dirige et limite les possibilités légales et légitimes de la concrétisation correcte du droit à l'intérieur du cadre qu'il trace. La « signification » n'est pas inhérente aux concepts juridiques des textes de normes, ni le « sens », pris comme une donnée préalable et définitive, aux phrases. Le regard doit au contraire se diriger sur la prestation active de concrétisation fournie par le « récepteur » et, de la sorte, sur la répartition des rôles dans la tâche de concrétisation telle qu'elle est prévue par la réglementation positive de l'ordre constitutionnel et juridique. L'idée de la subsomption, de l'application logique d'un commandement prédonné, de l'« application » du droit comme simple explication de textes (au lieu d'une concrétisation de normes), cette idée se révèle ainsi être tout aussi problématique du point de vue de l'approche communicationnelle.

La tentative faite à l'origine de la réflexion topique pour se débarasser d'une conception ontologico-réaliste du langage dans la science du droit a cependant subi, entre temps, un nouveau retournement dans la réception juridique la plus récente[9] de la théorie de la communication. De ce point de vue, un modèle communicationnel devrait permettre de revenir sur la distinction faite par la théorie structurante du droit entre la norme et le texte de norme afin de ressusciter et justifier la vieille conception de l'application d'un droit donné à

[9] Voir sur celle-ci : *Baden* II ; *Hegenbarth*.

l'avance dans les textes. Sur la base d'une théorie de la signification davantage présupposée sans questionnement que théoriquement fondée, on exprime ainsi la crainte qu'avec l'analyse des procédés de l'argumentation dans la pratique jurisprudentielle on sacrifierait les obligations pesant sur l'action du juge au profit de la pure et simple confirmation de la procédure effectivement suivie. En revanche, grâce à la théorie de la communication, il serait possible de préserver la compétence du législateur à la « donation de sens » (*Sinngebung*) au moyen des textes de normes [10]. L'acceptation d'un monopole de donation de sens au profit du législateur est fondée sur une certaine vision de la relation de communication existant entre l'autorité législative et le juriste praticien qui décide. Selon celle-ci, le législateur transmet ses intentions à celui qui est chargé d'appliquer le droit au moyen du texte de norme. Le texte de norme agit ici comme un instrument de communication avec cette mission d'étendre le domaine d'une communication orale directe du législateur à celui qui est chargé d'appliquer le droit [11]. Cette extension dans le « medium » de l'écrit est alors présentée comme étant homogène et continue ; la racine du sens créé par le législateur ne serait ni déplacé ni affecté du fait de l'expression écrite dans un texte de norme purement passif [12]. L'écoulement du temps, la distance historique [13] peut certes compliquer dans les faits la découverte de cette racine mais, fondamentalement, il existerait un point de départ absolu et constant qui non seulement engendre le sens du texte, mais aussi le garantit. L'interprétation « correcte » rétablirait la pleine immédiateté de ce qui est originairement visé, reconstruirait ce point de départ statique. Il y a là-dedans un modèle d'interprétation des textes [14] soucieux de l'unité de l'origine et de la continuité de la déduction, en conséquence duquel le texte de norme *représente* simplement l'intention du législateur sans affecter le moins du monde son contenu ni sa structure.

La représentation sur la base de laquelle repose cette construction ignore toutefois *le fonctionnement effectif des textes de normes* dans un ordre juridique. On ne peut sans plus assimiler le législateur à l'auteur d'un texte et d'ailleurs pas davantage l'auteur avec le centre de gravité du sens du texte. La tâche du juge, par exemple, est beaucoup plus complexe que ce qu'en peut saisir le modèle de communication ainsi postulé. En effet, il ne peut pas se limiter à réexécuter les intentions du législateur telles qu'elles sont incarnées dans le texte. Cette conception de la réexécution (*Nachvollzug*) se révèle être en pratique rien autre qu'une fiction irrachetable. On ne peut réexécuter que dans la mesure où quelque chose à déjà été préexécuté. Mais le législateur ne saurait en réalité anticiper la décision de tous les cas futurs qui doivent être imputés au texte de norme qu'il édicte. Au contraire : le texte de norme ne peut devenir la base de multiples décisions particulières ultérieures qu'à la condition d'être détaché de toute détermination posée par l'« émetteur » (ici : le législateur). Du seul fait qu'à chaque décision nouvelle le sens du texte n'est pas en principe simplement reproduit mais déplacé, les principes directeurs des décisions particulières ne peuvent être compris dans la chaîne de signes toujours identique à elle-même, c'est-à-dire dans le texte de norme. Au cours de ce processus, de nouveaux contextes se greffent sur le texte, détaché de son contexte originaire. C'est précisément parce que sa signification reste ouverte à l'enrichissement dans le cadre de la pratique sémantique du jeu de langage juridique, que le texte peut faire fonction de point d'imputation pour les décisions concrètes futures.

Dans les débats récents, les limites objectives déjà évoquées du modèle communicationnel dans son application à la science juridique sont encore plus nettement mises en évidence. La pratique du jeu de langange juridique est essentiellement plus complexe que le modèle simplificateur : émetteur — médium — récepteur. Mais surtout, *le langage n'est pas un simple médium* qui recevrait passivement les intentions de l'émetteur et permettrait au récepteur un décodage non problématique. En raison de cette sous-estimation innacceptable du poids spécifique de la pratique sémantique comme en raison de la réduction du langage et de la compréhension à un modèle de la représentation, la *théorie de la communication* est incapable d'offrir une base solide à la structuration du travail juridique des textes. L'intérêt de sa contribution réside (seulement) en ceci qu'elle autorise une critique de la conception ontologico-réaliste du langage qui a caractérisé la science du droit jusqu'à présent. Toutefois, la théorie du droit défendue ici n'a pas annulé le point marqué par cette critique à travers la reformulation dans les termes de la théorie de la communication du modèle positiviste traditionnel. Elle l'a poursuivi jusqu'à poser les bases d'une restructuration du travail juridique des textes. Dans ce cadre, on nie, de

[10] En ce sens : *Maus* I, p. 161 et passim.

[11] Sur cette fonction du modèle de la communication voir essentiellement *Derrida* IV, p. 127. (Derrida , « Signature événement contexte », *Marges de la philosophie*, Minuit, Paris, 1972, p. 369 et s. *N.d.T.*)

[12] Sur ce point et sur la suite : *ibid.*

[13] Sur ce point : *Maus* I, p. 161 et s. — Sur la distance historique comme l'expression d'une « absence » principiellement caractéristique de l'écriture : *Derrida* IV, not. p. 130, p. 133, p. 134 et s.

[14] Voir *Derrida* IV, p. 138 : le « mouvement de dérivation génétique » (éd. fr., p. 373) *(N.d.T.)*. Essentiel également pour la présentation des implications du modèle de la communication : *Descombes*, p. 111 et s. (Texte fr. *Le Même et l'Autre. Quarante-cinq ans de philosophie française (1933-1978)*, Minuit, Paris, 1979. *N.d.T.*)

manière réaliste, la possibilité de fixer au moyen des règles du langage la référence du texte de norme de telle sorte qu'il soit *décidé à l'avance* à quels cas concrets il doit être « appliqué ». Le langage utilisé dans les textes de normes ne peut offrir aucune description ontologico-réaliste des relations sociales de manière à ce qu'elle assigne un *nom* à une classe d'objets [15]. Par une démarche comparable à celle entreprise par Wittgenstein lors du tournant qu'il accomplit grâce à l'idée de jeu de langage, la théorie structurante du droit a congédié la théorie nominale de la signification (*Namenstheorie der Bedeutung*)[*]. Elle impose à la place la tâche de percer à jour le type de jeu de langage qui est joué dans la situation en question [16]. Il ne s'agit plus dès lors du mot comme nom donné aux choses par le législateur, mais du mot comme moment d'un mode d'utilisation concret. Le rapport du langage au monde, c'est-à-dire le *référent* du signe, n'est pas une question qui puisse être tranchée par un sujet privilégié au moyen de la dénomination (*Namensgebung*). Il s'agit bien au contraire, avec la dénomination, d'une *situation pratique* [17] qui met en lumière non seulement l'histoire de la communication mais aussi le jeu de langage correspondant dans son ensemble.

De ce fait, il devient évident que le point de départ d'une nouvelle méthodologie du droit (constitutionnel) qui dépasse le positivisme doit être recherché dans le matériau des exemples concrets qu'offrent la science et la pratique du droit.

Méthodologie juridique et critique du langage

Cette dernière considération découle de l'observation de la pratique effective du droit. Elle renvoie — dans une perspective autre que celle de l'« application » visée plus haut à propos de l'herméneutique — au caractère des dispositions juridiques et de leur expression dans le langage en tant qu'il est exemplaire des problèmes fondamentaux de la linguistique et de la compréhension langagière. Elle rejoint ainsi certains résultats spécifiques d'une philosophie qui se présente comme une « critique du langage » [18]. La lettre d'une disposition de droit écrit, le texte de norme consiste en une suite de signes

[15] Sur ce point voir aussi : *Müller* X, p. 35.
[16] *Müller* X, p. 32 et s.
[17] Voir *R. Wimmer* I, not. p. 32 ; *Jeand'Heur* IV.
[18] Ici au sens du premier Wittgenstein : voir *Wittgenstein* 4.0031 (« Toute philosophie est *critique*

[*] Ce qui signifie le congédiement de la proposition 3.203 du *Tractatus logico-philosophicus* : « Le nom signifie l'objet. L'objet est la signification (*Bedeutung*) du nom ». *(N.d.T.)*

graphiques perceptibles aux sens. Ces signes sont une « projection d'un état de choses possible », pour nous : la projection de la force motrice « normative » interindividuelle du modèle d'ordre énoncé dans le texte de norme. A la proposition « appartient tout ce qui est propriété de la projection ; mais non ce qui est projeté » [19]. La phrase : « Le Bundestag est élu pour quatre ans », dont la « normativité » et donc la « validité » sont garanties par le contexte politique et social effectif, n'*est* pas une norme juridique mais seulement la première pierre d'une pyramide de textes qui conduit depuis ce texte de norme jusqu'au dispositif d'un jugement, c'est-à-dire jusqu'à un texte de norme-décision.

Ce point de départ philosophique de la critique du langage est encore approfondi par les développements nouveaux de la linguistique. Dans l'accomplissement du *tournant pragmatique*, la vision statique du structuralisme linguistique, attachée au langage comme système, a progressivement cédé la place à une perspective qui s'intéresse au locuteur et tient compte de la dynamique du langage. La théorie de la signification présupposée dans les nouvelles orientations de la linguistique est fondée du point de vue d'une théorie de l'*action* langagière. C'est en cela que réside l'opposition à la théorie sémantique traditionnelle qui considérait la signification comme une entité fixe. Selon cette dernière théorie, les significations étaient une fois pour toutes rattachées à une structure phonétique déterminée par une fixation arbitraire faite à un moment donné, et l'on pouvait parler de ces significations de la même façon qu'on parle d'objets. Par opposition, la position théorique de l'action langagière conduit à rechercher, à la suite de Wittgenstein, le fondement et la théorie de la signification dans l'*usage pratique*. La signification résulte, en conséquence, des justifications et des explications de l'usage linguistique dans une situation déterminée. Les textes n'apparaissent plus comme une grandeur fixe, offerte à l'avance à la connaissance ; ils sont seulement analysables en tant que formulaires écrits nécessitant d'être remplis dans et à partir d'une situation de production et de compréhension. Le caractère ouvert pour l'usage concret de la signification permet de situer le processus de l'interprétation entre les deux extrêmes que forment l'« arbitraire subjectif » et la « connaissance objective » tant du côté de sa contrainte que de celui de sa liberté.

L'une des principales conséquences de cette conception, c'est de mettre plus nettement l'accent sur l'aspect actif et créateur du parler ainsi que sur la part

du langage » *N.d.T.*). — Fondamental pour une introduction à l'état actuel de la théorie de la science : *Stegmüller* II. — Sur la discussion dans la théorie du droit : *Hart* I, II ; *Seibert* I, II ; *Rodingen*.
[19] *Wittgenstein* 3.11, 3.13 ; voir aussi 4.031 et surtout 3.1432 et 6.32.

normative dans la formulation des règles linguistiques. Le langage n'est, ainsi envisagé, ni une grandeur qui s'imposerait à l'avance au locuteur, quasi-naturelle et indépendante de lui, ni une pure production artificielle livrée à chaque fois au bon plaisir et aux intentions du locuteur. En tant que « phénomène du troisième type » [20], semblable au phénomène de la « main invisible » au sein du marché, le langage se situe entre ces deux extrêmes et contient dans son objectivité spécifique un aspect organisateur (*gestaltend*) qui forme l'objet de la critique du langage.

En l'absence même d'échanges avec l'évolution qui s'est produite dans la linguistique, la théorie structurante du droit présente de nombreux parallèles avec le tournant pragmatique qui sont encore plus profonds et surtout plus concrets s'agissant de la *sémantique pratique* [21]. Cette dernière, tout comme la théorie structurante du droit, n'adopte pas des concepts abstraits pour ensuite les appliquer à un certain champ d'objets par la voie de la déduction. Les deux démarches prennent appui sur les expériences de travail effectives dans leur secteur respectif. L'une met au premier plan la théorie des actes de langage et insiste sur le locuteur, sur tout locuteur pris comme sujet de l'agir langagier, et de la sorte sur le caractère et le contexte d'action du langage. L'autre, du côté de la théorie et de la méthodologie du droit, part de la réalisation du droit considérée comme processus réel dont le seul sujet est celui qui, investi d'une fonction, tranche le cas. Et elle envisage le concrétisation du droit dans le continuum de structures et de fonctions sociales, politiques et économiques conformées par le droit constitutionnel.

Ces parallèles objectifs concernent donc d'abord le point de départ fondamental des deux conceptions comme théories de l'action. Une autre analogie consiste dans leur approche du concept de *règle* comme *production* de règles ou de normes juridiques et non pas comme découverte de règles ou de normes juridiques prétendument données à l'avance et définitivement arrêtées. L'insistance sur le rôle central du sujet agissant montre une convergence supplémentaire dans le rejet des représentations traditionnelles du langage comme un système normatif naturellement imposé ou de la norme juridique comme une entité préexistante. Il y a longtemps que la théorie structurante du droit n'identifie plus la norme avec le texte de norme, de la même façon que la sémantique pratique n'assimile plus la règle à la formulation de la règle ou, plus généralement, le texte au formulaire. Dans cette mesure, l'une comme l'autre ne peuvent pas non plus composer avec une variété quelconque d'objectivisme de la signification ; pas davantage sous la forme de conceptions logico-sémantiques du langage qui idéalisent ou hypostasient une précision des textes juridiques [22].

[20] Sur ce point *Christensen* VII, p. 121 et s. (et les références complémentaires sur la discussion linguistique).

[21] Sur l'expression « sémantique pratique » : *Heringer* I, II ; aussi le chapitre consacré aux discussions dans *Müller* XXIV. Voir en outre : *Wimmer/Christensen*.

La discussion linguistique confirme également dans cette mesure ce point de départ de la théorie structurante du droit en conséquence duquel le travail juridique pratique ne se limite pas à développer un texte comme quelque chose de substantiel, mais en élabore seulement la signification dans le cas concret, et ce pour des raisons structurelles du système langagier. Au plan de la théorie du droit, cela signifie que si le texte de norme (*Normtext*), en tant que formulaire, adopté par le législateur est certes donné à l'avance au juriste qui doit décider, ce n'est cependant pas le cas du texte de la norme juridique elle-même (*Text der Rechtsnorm*).

Une réflexion sur la *production* du droit peut enfin surmonter la vieille assimilation de la norme juridique au texte de norme, assimilation qui représente le noyau théorique de la doctrine positiviste de l'expression textuelle. Le texte de norme *ne* « contient » *pas* une instruction normative comme une donnée substantielle. Contrairement au présupposé positiviste de la « subsomption » sous des significations fixées, le texte *n'*est *pas* le sujet conceptuel d'une déduction logico-formelle. Il permet seulement d'influencer la prestation du sujet réel, à savoir du juriste compétent dans l'espèce, prestation constructive du point de vue normatif. Grâce à cette distinction de la norme juridique et du texte de norme, le processus complexe de sémantisation [23] devient visible, ce processus que le positivisme entendait masquer sous la fassade rhétorique de significations données à l'avance par le langage et qui ne se laisse pas davantage insérer dans le « code de la raison pratique » placé au-dessus de toute discussion des questions méthodologiques [24]. Le travail pratique des textes dans la science du droit est créateur sans que cet aspect puisse être dissous dans la *détermination* des règles.

On prend ainsi congé du positivisme légaliste grâce à la théorie de la norme proposée par la doctrine structurante du droit ; et l'on maintient fermement que la norme juridique, en tant que principe porteur de la décision, doit à chaque fois d'abord être produite par le travailleur du droit. Conformément au mouvement suivi par l'évolution scientifique qui conduit, du point de vue

[22] Sur ce point : *Busse* I.

[23] Pour une critique comparable du positivisme, voir aussi désormais : *Broekman* III, p. 145 et s., p. 150 et s.

[24] Pour la critique d'une approche équivalente dans la *théorie du discours* d'Alexy : *Christensen* V.

de la théorie du langage, du système langagier à l'action langagière[25], la question des obligations qui pèsent en pratique sur le travailleur du droit est ainsi libérée de la spéculation illusoire sur la signification donnée d'un texte de norme, et se trouve posée de façon nouvelle dans le cadre des procédés concrets de l'argumentation juridique. La *soumission à la loi* ne se rapporte pas à une norme juridique donnée préalablement à l'application mais se présente comme une difficulté méthodique supplémentaire en même temps que comme une méthode de discipline dans le processus de production de la norme juridique.

Structure textuelle de l'Etat de droit

Le droit est nécessairement lié au langage. Dans un système de droit écrit, les prescriptions de ce droit prennent la forme de textes de normes, c'est-à-dire de formulations textuelles du droit en vigueur qui font officiellement autorité. L'ordre juridique forme un continuum de textes qui, dans les cas de conflit autrement insolubles, sont sanctionnés par un pouvoir qui, « en tant que tel », est muet, mais qui est lui-même de son côté médiatisé de nouveau dans l'élément du langage à travers les procédures appropriées. Le *droit d'un Etat de droit* travaille le moins possible au moyen du pouvoir pur et simple (de la force nue) et le plus possible au moyen du pouvoir constitutionnel mis en forme, médiatisé et contrôlable dans l'élément du langage[26]. Cette forme d'être linguistique de l'ordre juridique correspond à l'aspiration à la *rationalité* de l'Etat constitutionnel bourgeois des temps modernes. Du point de vue fonctionnel, cette rationalité prend un double sens. Elle est doublement effective : d'une part, en tant qu'elle aide à faciliter les processus de domination ; d'autre part, en tant qu'elle crée la condition d'un consensus. Cela s'exprime sous la double forme que revêt le mode d'être linguistique des textes juridiques : les *textes d'injonction* et les *textes de justification*.

Le droit est (aussi) instrument de domination. Mis en forme sur le mode de l'Etat de droit, il est en même temps instrument de limitation de la domination. Dans la mesure où la puissance se présente, quant aux contenus et aux procédures, comme du droit selon une formalisation spécifique, elle est également soumise à des conditions, des ruptures et des contrôles spécifiques. La formalisation propre à notre type d'ordre juridique se produit au moyen du

[25] Sur le tournant pragmatique, voir not. : *H. J. Schneider, Braunroth.*
[26] Sur ce point : *Müller* X, p. 18 et s., p. 29 et s. — Fondamental sur le problème de l'écrit(ure) : Jacques Derrida depuis *Derrida* I et II.

langage. Elle impose aux processus de domination la communication, la possibilité de la critique par le langage, la nécessité de la justification par le langage. Dans l'Etat de droit démocratique selon le modèle de la Loi fondamentale, la forme de l'Etat de droit et la politique démocratique doivent se rejoindre au sens d'un « Etat de droit matériel ». Certaines garanties juridiques (constitutionnelles) supplémentaires liés à la fonctions de consensus que doivent remplir les textes juridiques correspondent non pas au modèle de l'Etat de droit formel, qui emprunte encore des traits à l'Etat autoritaire (*Obrigkeitsstaat*), mais bien à celui l'Etat de droit démocratique et libéral : du côté des *textes d'injonction*, les exigences telles que la précision, la prohibition de la rétroactivité, le droit à être entendu par un juge, etc. ; du côté des *textes de justification*, l'impératif de la sincérité des méthodes (c'est-à-dire la coïncidence entre le mode de découverte de la décision et l'argumentation exposée), les diverses obligations de motivation, les institutions particulières telles que celle de l'opinion dissidente s'agissant des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale, etc.

Au-delà de ces exemples, la *structure textuelle* d'un tel ordre juridique s'organise dans son ensemble selon les niveaux suivants : a) les *textes d'injonction abstraits* (la lettre de la loi) et les *textes de justification* de ces textes de normes (exposé des motifs des lois, débats et négociations, rapports des commissions) ; b) les *textes d'injonction concrets* (normes-décisions élaborées par la jurisprudence ou édictées par l'exécutif) et les *textes de justification* des décisions (motivation des décisions de l'exécutif et de la juridiction).

Au total il s'agit d'un principe structurel caractéristique de ces ordres juridiques et qui résulte de la soumission de la législation à la Constitution, de la soumission au droit et à la Constitution de toutes les autres activités étatiques et, plus généralement, de la détermination par le droit du comportement de l'Etat. Ce qui précède explique également pourquoi l'obligation de motiver imposée au *juge* par le droit positif est la plus méticuleusement réglementée. Les normes-décisions de justice édictées en fonction d'obligations méthodiquement vérifiables sont au sens déjà évoqué « constitutionnelles » (*konstitutionnell*) ; celles qui méconnaissent ces obligations ne sont pas seulement illégales, mais aussi injustifiées dans le système, illégitimes. Par la nature des choses, un jugement contraire au droit n'est que pur pouvoir ; il est domination d'un homme (ou d'un collège) sur d'autres hommes, et non plus domination « du » droit en tant qu'instance de légitimation systématique dans l'Etat de droit. Dans ce modèle d'Etat constitutionnel, d'un côté, le juge doit *en toute hypothèse* décider (prohibition du déni de justice), ce qui signifie qu'il ne peut

pas s'abstenir d'exercer le pouvoir. De l'autre côté, le juge doit décider *conformément au droit*, c'est-à-dire pas de façon « décisionniste », pas en vertu d'un pouvoir propre, mais seulement en vertu d'un pouvoir « dérivé ». La prétention de l'Etat de droit est ainsi la suivante : le juge ne peut engendrer le pouvoir, il *ne* peut *qu*'en être l'intermédiaire.

Voilà pour le principes généraux. Les principes particuliers découlent à chaque fois de la Constitution considérée. S'agissant de la Loi fondamentale, ils résultent notamment de l'art. 1 al. 3 et des droits fondamentaux, des art. 19, 79 al. 3, des impératifs non écrits de l'Etat de droit, des art. 101, 103 et, particulièrement, de l'art. 100 (obligation de vérification de la régularité et de la validité des normes), etc.* Dans le cadre normatif formé par ces prescriptions fondamentales, il faut — c'est une conséquence de l'art. 97 al. 1 LF** — réaliser cette soumission aux normes juridiques qui régissent à chaque fois le cas particulier : le juge doit *méthodiquement* pouvoir démontrer que la norme-décision qu'il a posée peut être correctement imputée à la norme juridique qu'il invoque et que cette norme de son côté peut être correctement imputée au texte de norme duquel il est parti.

NORME, TEXTE DE NORME, STRUCTURE DE LA NORME

La normativité comme processus structuré

Les textes des prescriptions que l'on trouve dans les journaux officiels ou les compilations législatives, les textes de normes donc, ne sont pas normatifs. Ils sont incapables d'apporter une solution obligatoire au cas juridique concret. Ce sont des données de départ non (encore) normatives du processus de concrétisation. Le juriste soumis à la loi et à la Constitution est obligé de les

* Art. 1 al. 3 LF : « Les droits fondamentaux énoncés ci-dessous lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable » ; l'art. 19 détermine le conditions formelles et matérielles de restrictions à l'exercice des droits fondamentaux et pose le principe du droit à un recours pour toute personne lésée dans ses droits par la puissance publique ; l'art. 79 al. 3 impose des limites matérielles au pouvoir de révision de la Loi fondamentale ; les impératifs non-écrits de l'Etat de droit sont notamment la clarté et la précision des normes, le principe de proportionnalité, le principe de non-rétroactivité des actes, la protection de la confiance légitime etc. ; l'art. 101 pose le principe du droit au juge légal et l'art. 103 les droits fondamentaux procéduraux devant la justice ; l'art. 100 oblige les tribunaux ordinaires à vérifier la constitutionnalité des lois qu'ils appliquent ainsi que l'insertion dans l'ordre interne des accords internationaux et les oblige à renvoyer à titre préjudiciel ces questions à la juridiction constitutionnelle (fédérale ou régionale). *(N.d.T.)*

** Art. 97 al. 1 LF : « Les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ».

introduire au départ de ce processus dans la mesure où il les tient pour appropriés à l'espèce. Cet état de chose est appréhendé à travers le concept de « validité » (*Geltung*).

Sont par contre normatives les normes de droit et les normes-décisions élaborées au cours du processus de concrétisation. Le caractère particulier attribué à ces complexes de réglementation, la *normativité*, n'est pas une *propriété* des textes. Comme le montre l'analyse de la pratique, elle est un *processus structuré*[26a]. Si la normativité et donc la spécificité du droit doit être étudiée, c'est alors la structure de ce complexe de réglementation qui doit être examinée en profondeur, un complexe méthodiquement constitué à partir des textes de normes et des données d'espèce. L'étude du rapport de la normativité avec le texte de norme, la norme juridique et la norme-décision conduit à la notion de *structure de la norme*. Celle-ci n'est pas une donnée réelle. Elle exprime le mode de construction de la norme juridique, c'est-à-dire le fait que lors de l'établissement et du fonctionnement de ce modèle de motivation qu'est la « norme »*, on observe régulièrement certaines propriétés qui peuvent être isolées, typées et contrôlées. La structure de la norme n'est donc rien qui se produirait dans la nature, mais un modèle scientifique d'interprétation des conditions d'établissement et de fonctionnement des prescriptions juridiques.

Il n'y a rien d'étonnant à affirmer que parmi les données de départ offertes au travail décisionnel, les circonstances de l'espèce ne sont pas normatives. La même proposition surprend cependant au premier abord appliquée aux textes de normes. Puisque ceux-ci ne sont pas identiques à la norme (norme de droit et norme-décision), la normativité ne leur est pas dévolue. Dans une conception post-positiviste, celle-ci peut être conçue comme un processus structuré qui résulte de l'action combinée du programme normatif et du champ normatif de la norme juridique et se poursuit jusque dans la norme-décision. La normativité désigne la propriété dynamique d'une norme, c'est-à-dire d'un modèle d'ordre structuré et concrètement déterminé (*sachgeprägt*), propriété d'ordonner la réalité qui lui est sous-jacente en même temps que d'être conditionnée

[26a] Voir *Ladeur* II, p. 186 et s. L'auteur insiste également sur le caractère *procédural* de la productivité des éléments de concrétisation ; mais il continue dans le même temps à identifier le texte de norme et les « normes juridiques » (*ibid.*, p. 187 et s.) ainsi qu'à craindre, de manière infondée, la « mise en péril de l'autonomie du système juridique » qui résulterait de l'incorporation du champ factuel (et normatif) (*ibid.*, p. 188).

* La caractérisation de la norme comme « modèle de motivation » (*Motivationsmuster*) se place au niveau sociologique : il s'agit de la norme prise comme un « patron » des motivations qui peuvent guider les intéressés. *(N.d.T.)*

par cette réalité [27]. Par contre, la *validité* est attribuée au « droit en vigueur » (*geltendes Recht*) c'est-à-dire à la masse des textes de normes (à la totalité des textes de normes que l'on trouve dans les codes). L'injonction de la validité consiste dans la production d'obligations juridiques : à l'égard des *destinataires des normes* en général, il leur faut orienter obligatoirement leur conduite d'après les textes de normes, dans la mesure où ceux-ci apparaissent appropriés ; à l'égard des *juristes* appelés à décider, ceux-ci ont l'obligation liée à leur charge d'utiliser les textes de normes, pour autant qu'ils conviennent à l'espèce, comme des données de départ de leur travail de concrétisation, c'est-

[27] *Müller* I. — Cette conception est discutée par ex. chez : *Larenz* I (2e éd.), p. 147 et s. ; *Ryffel* II ; *Luhmann* III, p. 18 et s. (voir aussi ci-dessous p. 291 et s.) ; *Luhmann* VI, p. 282 et s., p. 286, p. 354 ; *Denninger* I ; *H.-P. Schneider* I ; *Feldmann*, p. 104 et s. ; elle est prise en compte par ex. chez : *Esser* V, p. 31 ; *Scheffler*, p. 154, p. 157 ; *Grimm* II, p. 54, p. 58 et s. ; *Dubischar* I, p. 58 ; *Brohm*, p. 250, p. 253 ; *Würtenberger* I, p. 134, p. 135 ; *v. Baeyer*, p. 28 ; *Rinken*, p. 134, p. 239 et s. ; elle est adoptée et, le cas échéant, exploitée par ex. chez : *Huber* II ; *Huber* III, p. 197, p. 199 et s. ; *Hesse* II (7e éd.), p. 19 et s., p. 27 et s., p. 129 et s. ; *Hesse* III, p. 136 et s. ; *Schefold*, p. 6, p. 8 et s. ; *Fiedler*, p. 50 et s. ; *Freihalter*, p. 75 et s., p. 79 et s. ; *Koppensteiner*, p. 20, p. 30 et s. ; *Goerlich* I, p. 89, p. 184 et s. ; *Majewski*, p. 52 et s., p. 60 et s., p. 68 et s., p. 74 et s., p. 78 et s., p. 86 et s. ; *Benz*, p. 119 et s., p. 126 ; pour le droit administratif, chez *Hoppe-Rengeling*, p. 43 et s., p. 47 et s., p. 120 et s. — Ont entre temps apporté objectivement des rectifications à leur jugement, par ex. : *Larenz* III ; *Starck* I, p. 612 et s. ; *v. Olshausen* ; voir aussi *Krawietz* I, p. 98 et *s.* — En revanche *Röhl* (p. 113 et s., p. 309) écarte dès le départ la problématique. — La théorie de la norme défendue ici apparaît à *Dubischar* II, p. 62 comme étant « un contre-projet moderne et démocratique opposé à la théorie des impératifs ». — Elle est en outre exploitée par *Starck* II, p. 262 et s. ; avec insistance chez *Hoppe*, p. 644 et s. ; *Schmidt-Glaeser*, p. 108 et s., p. 117 et s., p. 119 ; *Bopp*, p. 90, p. 117, p. 118 et s., p. 145, p. 146, p. 191 et s. ; *Hoffmann-Riem* II, p. 470 ; *Noack*, p. 82 et s., p. 86 et s., p. 100 et s. ; *Schwäble*, p. 16, p. 47 ; *Rupp* II, p. 17 et s. ; *H.-P. Schneider* III, p. 13 et s., p. 20 et s., p. 367 et s. ; dans ses conséquences pour les droits fondamentaux : *ibid.*, p. 301 et s., p. 317, p. 319, p. 321 ; *Scholz*, p. 91 et s., p. 195 et s., p. 283 et s. ; pour la théorie constitutionnelle : *Hufen* I, p. 212 et s., p. 217 et s., p. 230 ; *Hufen* II ; pour la collaboration avec les sciences sociales : *Hopt*, p. 346 ; plus généralement : *Arndt/v. Olshausen*, p. 487. — Adoptent en outre tout spécialement la théorie défendue ici : *Ryffel* IV, p. 159 et s., p. 230 et s. (la norme juridique comme « modèle d'ordre de la réalité ») et *Larenz* I, p. 183, p. 200, p. 319 et s., p. 360 et s., p. 364 ainsi que p. 236 et s., p. 315, p. 343. — Les conséquences pratiques de ce modèle pour la méthodologie juridique sont désormais particulièrement soulignés chez *Hesse* II, p. 25 et s., p. 37, p. 120. — Sur la possibilité d'exploiter cette position pour l'appréciation du droit jurisprudentiel : *Ipsen* I, p. 24 et s., p. 29 et s., p. 70 et *s.* — *Hoffmann-Riem* I (p. 352) relie à juste titre, dans le sens de la conception proposée ici, l'*analyse du champ normatif* aux *impératifs de l'Etat de droit* dans le cadre des *processus décisionnels* juridiques ; sur ce point, depuis : *Müller* X. — Voir en outre les propositions de *Hoffmann-Riem* III, p. 23 et s. — Sur les tâches assignées aux sciences sociales par l'analyse des champs normatifs, voir : *Rottleuthner* II, p. 206, p. 262 et s. — Le travail de *Pieroth* I montre comment les instruments de cette théorie du droit et de la méthode peut contribuer à une dogmatique rationnelle et différenciante. — Pour d'autres références concernant la réception de la conception défendue ici et la discussion qu'elle suscite : *Müller* XIX, p. 274 et s., p. 298 et s., p. 314 et s., p. 385 et s., p. 400 et s. — Voir aussi les débats autour de cette conception chez : *J. Hoffmann*, p. 14 et s., p. 17 et s., p. 227, p. 232, p. 275 et s. ; *Schroth*, p. 68 et s. ; *Alexy* III, p. 63 et s. ; *Chrysogonos*, p. 79 et s., p. 135 et s. ; *Harenburg*, p. 266 et s., p. 274 et *s.* — On trouve un développement et un affinement de cette conception chez *Müller* XIX, p. 225 et s., p. 234 et s., p. 250 et s., p. 256 et s., p. 263 et s., p. 323 et s. ; *Müller* XXII, p. 31 et s., p. 41 et s., p. 46 et s., p. 53 et s. — Pour une discussion détaillée dès 1976 : *Damm*, p. 219, p. 233 et s., p. 237 et s. ; voir enfin *Christensen* III, VI, VII, VIII ; *Jeand'Heur* II, III, IV.

à-dire de les utiliser effectivement pour l'élaboration d'une norme de droit et d'une norme-décision et de les prendre en compte correctement du point de vue méthodique. Cette obligation est en plusieurs endroits normativement fondée, à savoir — toujours en relation avec les textes pertinents pour l'espèce considérée — dans des dispositions telles que les art. 20 al. 3 et 97 al. 1 LF*, dans des lois de procédure, des lois relatives aux fonctionnaires et des directives complémentaires.

Le concept de « normativité » ne signifie plus ici, à la différence de ce qu'il est dans le positivisme, la validité d'un texte juridique ou d'un commandement juridique qui serait prétendument exprimé par le texte. Mais il signifie tout aussi peu la « force normative du factuel » au sens du sociologisme. Il présuppose le concept de la norme comme un modèle d'ordre structuré et objectivement déterminé. En ce sens, une norme juridique agit d'une certaine manière qui doit être qualifiée de « normative », lorsqu'un cas juridique est considéré comme étant tranché *de jure* par une norme-décision qui puisse être imputée à cette norme juridique tant méthodiquement qu'au regard du principe de l'Etat de droit. La normativité est donc cette capacité prêtée aux normes juridiques de pouvoir être transformées en normes-décisions et de pouvoir alors justifier ces normes-décisions pour autant que ces dernières peuvent, du point de vue de la méthode et du principe de l'Etat de droit, leur être imputées.

Programme normatif, champ normatif, norme juridique et norme-décision

On a pu montrer à plusieurs reprises qu'une norme juridique est davantage que le texte de la norme. Selon Larenz au contraire, c'est seulement une partie des dispositions juridiques qui prennent ce caractère qui oblige, lors de l'interprétation de la loi, à aller au-delà de la seule explication du texte de norme [28]. Là où la loi fixe exactement son champ d'application au moyen de concepts génériques, le travail juridique pourrait s'accomplir sous la forme de la pure et simple subsomption. C'est seulement en dehors de ces concepts génériques que l'application du droit supposerait de recourir à l'élaboration de types et, ainsi, à des arguments tirés du champ normatif. Larenz justifie l'opposition

[28] *Larenz* I, p. 130 (5e éd.). Point de vue modifié dans la 6e éd., p. 133 et s. ; sur ce point, voir : *Christensen* I, et *Müller* XIX, p. 147 et s., p. 234 et s., p. 267 et s.

* Art. 20 al. 3 : soumission du pouvoir législatif à l'ordre constitutionnel et des pouvoirs exécutif et judiciaire au droit et à la loi ; art. 97 al. 1 : soumission des juges à la loi. *(N.d.T.)*

entre concept et type par le fait notamment que le concept n'admettrait pas de hiérarchisation de ses critères. Cette séparation entre type et concept rend cependant évidentes les difficultés de sa position. Certes, Larenz réussit à montrer les faiblesses de la logique traditionnelle et de sa théorie du concept. Mais l'élaboration de sa contre-proposition repose sur des prémisses logiques et théoriques non questionnées : les « types » correspondraient à des concepts classificatoires flous et seraient donc de la sorte eux-mêmes dérivés de concepts classificatoires qui seraient seuls rigoureux. De ce seul fait, la doctrine des types chez Larenz ne peut pas tenir compte de ce que la logique moderne et la théorie de la science admettent parfaitement une hiérarchisation des qualités sous la forme des concepts comparatifs.

Ainsi, l'opposition du type et du concept n'est pas concluante au plan de la théorie du concept. Le rapport du texte de norme à la réalité ne dépend pas de la distinction entre concept et type. Ce n'est pas la théorie du concept qui offre le point d'appui décisif, mais la question de savoir comment le texte de norme et la réalité sociale sont structurellement liés entre eux dans la norme juridique. Cette question doit être discutée sur le plan du texte et non sur celui des concepts pris isolément[29]. Cette approche permet de déterminer la spécificité des concepts juridiques en tant que la formule abrégée, ordonnatrice et rapportée au réel, de contenus à partir desquels ces concepts n'abstraient pas, mais dont ils convertissent l'être non normé en autre chose. Malgré cette conversion, la science juridique conserve une relation fonctionnelle aux productions conceptuelles qui lui sont génétiquement antérieures, qu'elles soient forgées par d'autres sciences ou qu'elles soient préscientifiques. Sur cette base, on peut distinguer, pour tout texte de loi, entre la *valeur d'énonciation propre* (*Selbstaussagewert*) du texte de norme et son *caractère de référence* (*Verweisungscharakter*) de telle sorte qu'une intégration contrôlée des éléments de fait soit possible, en évitant que cette intégration d'éléments factuels ne se produise à la dérobée au cours de déductions telles que les opère la science juridique conceptuelle.

Ce n'est qu'à partir du travail (*Bearbeitung*) fait sur le texte de norme, et plus encore : à partir du traitement (*Verarbeitung*) de l'ensemble des données linguistiques que le travailleur du droit (*Rechtsarbeiter*) extrait le programme normatif, ce que l'interprétation traditionnelle entend par « commandement juridique ». Le champ normatif fait au même titre partie de la norme : c'est-

[29] *Christensen* I ; *Müller* XIX, p. 375 et s. — *Weimar* IV (p. 365) souligne l'existence d'« une relation interactive entre le programme normatif et le champ normatif ».

à-dire cette portion de la réalité sociale prise dans sa structure fondamentale et que le programme normatif autorise à découper dans le domaine général de réglementation. Le champ normatif peut être *produit par le droit* (dispositions relatives à des délais, des échéances, dispositions de formes, règles institutionnelles ou procédurales, etc.) ou bien *non produit par le droit* (par ex. art. 1 al. 1, art. 3 al. 2 et 3, art. 4 al. 1, art. 5 al. 3 phrase 1 LF et autres dispositions comparables). S'agissant des champs normatifs produits par le droit, il n'en va pas nécessairement ainsi que leur analyse n'apporterait rien en propre au-delà du travail sur les données linguistiques et à son résultat — le programme normatif. Tout dépend ici aussi du type de cas auquel on a affaire. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'organisation d'*institutions* (par exemple : une juridiction) ou s'agissant de la réglementation de *compétences* rapportées à des champs normatifs produits par le droit (tels les nombreux exemples des catalogues de compétences des art. 73 et s. LF*), les résultats empiriques de la science de la planification, de la recherche sur la bureaucratie, de la théorie des organisations peuvent, parmi d'autres, jouer un rôle important dans la mesure où elles s'intéressent, à propos de questions juridiques décisives, au *fonctionnement* interne des institutions. Là où, en revanche[30], il ne s'agit que de la délimitation de telles compétences ou de certains domaines d'organisation, par exemple s'agissant des questions de la compétence processuelle, la concrétisation se borne à l'interprétation, c'est-à-dire au traitement du texte de norme et à l'élaboration d'un programme normatif.

Dans la plupart des cas, le champ normatif recouvre des éléments aussi bien produit par le droit que non produits par le droit. C'est ainsi que, dans le champ normatif de l'art. 21 al. 1 phrase 1 LF**, la consistance effective des orientations et aspirations politiques, de même que le contenu des programmes ne sont pas produits par le droit tandis que la forme juridique des groupements le sont : association dépourvue de la capacité juridique, association ayant la capacité juridique etc. A l'intérieur du champ normatif de l'art. 6 al. 1 LF***, les communautés de personnes ne sont pas produites par le droit dans leur mode de réalisation, mais, en revanche, les formes déterminées dans lesquelles

[30] S'agissant, par exemple, des questions relatives aux voies de droit offertes entre différents ordres de juridiction dont le fonctionnement n'est pas, dans l'espèce considérée, en discussion ; voir notamment le cas traité dans *Müller* IX, où il s'agit de l'attribution d'un litige soit aux tribunaux de l'ordre administratif, soit aux tribunaux de la juridiction ordinaire.

* Dispositions relatives aux compétences respectives de la Fédération et des Länder. *(N.d.T.)*
** « Les partis coopèrent à la formation de la volonté politique du peuple. » *(N.d.T.)*
*** Protection de la famille et du mariage. *(N.d.T.)*

l'ordre juridique reconnaît et protège ces communautés en tant que « mariage » et « famille » sont fondées et délimitées par le droit [31]. Le champ normatif de l'art. 9 al. 3 LF est à la fois plus étroitement délimité du point de vue objectif, et plus densément réglementé que celui de l'art. 9 al. 1*. Le *programme normatif* formulé à partir du texte de norme au moyen d'une interprétation d'ensemble détermine, dans son étendue comme dans sa délimitation, cette portion de la réalité sociale qui ne se trouve pas seulement de n'importe quelle façon en corrélation avec le « commandement juridique », mais qui, plus précisément, doit objectivement faire partie de la norme à titre d'élément co-constitutif. Les champs normatifs tels que ceux du titre VIII de la Loi fondamentale (art. 83 et s. ; « Exécution des lois fédérales et administration fédérale ») ou encore tels que ceux qui se rapportent au pouvoir judiciaire (art. 92 et s. LF), pour autant qu'ils sont décrits par les textes et les programmes normatifs correspondants, se révèlent être — ou peu s'en faut — totalement produits par le droit et, de la sorte, plus précisément et plus sûrement formulables dans le texte de norme lui-même que les champs normatifs des droits fondamentaux ou des principes essentiels de la Constitution (tels que les art. 20, 21, 79 al. 3 LF, etc.). Le droit constitutionnel montre de manière particulièrement nette qu'une norme juridique n'est pas un jugement hypothétique isolable de son champ de réglementation, un forme imposée d'autorité par-dessus la réalité, mais une conséquence ordonnatrice et prescriptive tirée de la structure objective du domaine social réglementé. Conformément à cela, les éléments « normatifs » et « empiriques » du contexte d'établissement du droit et d'argumentation qui décident du cas d'espèce, se révèlent être interdépendants sous de multiples aspects et, dans cette mesure, de rang équivalent quant à leurs effets. Dans le *processus effectif* de la concrétisation pratique du droit, le « droit » et la « réalité » ne constituent pas deux grandeurs indépendantes, existant chacune pour soi. La prescription, d'une part, et ce qui est ordonné à travers elle, d'autre part, sont deux moments de la concrétisation d'efficacité équivalente et dont la distinction n'est que relative [32]. Ce qui, juridiquement, produit un effet normatif, le cas d'espèce le dévoile à partir d'une combinaison de points de vue qui sont traditionnellement caractérisés par la philosophie du droit à travers les métaphores abstraites de la « norme » et du « fait » ou encore à travers leur tout aussi abstraite « relation ». Ce n'est pas par hasard, même si c'est le plus souvent de façon dissimulée plutôt qu'ouvertement, que la jurisprudence fait constamment de la structure fondamentale des situations réelles qui doivent être ordonnées par le programme normatif un élément constitutif du processus de concrétisation : cette structure donne son empreinte à l'effet normatif de la norme juridique. Pour autant qu'elle appartienne en ce sens au champ normatif, elle forme, tant du point de vue de la théorie (de la norme) juridique que de la méthodologie, un élément de la réglementation juridique. Dans cette perspective, la raison pour laquelle une règle de droit n'est pas simplement « applicable » comme le voulait le positivisme légaliste, devient également parfaitement claire. Partant du texte de norme, le travailleur du droit règle le cas concret par une norme-décision, en passant par l'étape intermédiaire de la norme juridique. La norme-décision n'est pas une grandeur indépendante à côté de la norme juridique. Elle n'est autre que cette dernière à l'état d'agrégat définitivement individualisé à partir du cas particulier et en vue de sa solution obligatoire : c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir lui être méthodiquement imputée. Avec la production de la norme-décision, l'activité du travailleur du droit acquiert son expression la plus prégnante et la plus pratique. Avec elle, la réalité sociale est modifiée par une norme ; à chaque fois qu'une conclusion est apportée sous forme d'une « norme-décision », l'action juridique devient *immédiatement juridiquement obligatoire*. Si l'on prend en considération cet aspect essentiel, parce que normatif, du travail juridique, alors il est non seulement justifié, mais encore exigé de mettre l'accent sur le mot norme, et donc de conserver ce concept de « norme »-décision [33].

[31] *Höfling* (p. 97) s'inspire pour son étude de la conception développée ici. — *Jeand'Heur* VI (p. 36 et s.) exploite la conception structurante de façon convaincante dans le domaine du droit de la jeunesse et de la famille. — Pour le rôle que peut jouer cette approche s'agissant du problème des études d'implantation et d'impact : *Uebersohn*, not. p. 88 et s., p. 100 et s.

[32] Pour un exemple net de tentative de transformation de certaines connaissances (et de certains concepts) de la science (financière et économique) d'éléments du champ normatif en éléments du programme normatif, voir la loi de stabilité financière (§ 1, 15, 19) et art. 109 al. 2 et 4 LF. (L'art. 109 LF se réfère à l'« équilibre économique général » dont les exigences s'imposent aux politiques budgétaires du Bund et des Länder. *N.d.T.*)

[33] Ceci dit surtout à titre de réponse à *Sendler* (p. 3240) qui se demande « s'il convient de parler de « norme-décision » là où (...) l'on entend le dispositif de la décision ; ce dernier concerne à la vérité le cas concret individuel, et donc rien de général et d'abstrait, ce que, d'ordinaire, on entend par la norme ». Abstraction faite de ce que le texte lui-même relève le caractère immédiatement obligatoire de la norme-décision, Sendler méconnaît le concept de norme qu'il emploie encore dans le sens du positivisme légaliste du XIX^e^ siècle. Mais la « norme » aujourd'hui, d'après les données mêmes de la Loi fondamentale, ne doit plus être nécessairement identifiée à une réglementation générale et abstraite.

* Art. 9 al. 1 : droit de former des associations et des sociétés ; al. 3 : liberté syndicale. *(N.d.T.)*

Exemple : la structure du plan

En matière de plan, le champ normatif est parfois formulé de manière très précise comme le sont rarement les champs normatifs des prescriptions juridiques. C'est pourquoi le champ normatif et le programme normatif peuvent être particulièrement bien étudiés à la lumière de cet exemple, dans leur non-identité comme dans leur rapport et leur interaction.

Il y a des plans impératifs et des plans non obligatoires. Il en est aussi d'autres dont le caractère normatif est, en tout ou partie, incertain. Le fait même de rendre obligatoire (ici : un plan) apparaît comme étant une décision : la décision *que* cette structure formée d'un champ et d'un programme normatifs (d'une norme encore seulement potentielle) doit désormais être efficiente, la décision *que*, à la manière de la règle de droit, cette structure doit être désormais traitée comme étant obligatoire. Ce « que » est en effet en tant que tel résolution (*Dezision*)* et commandement ; toutefois, même sous cette forme, il ne vient pas, ni objectivement ni politiquement, d'un néant. Il en va tout autrement du résultat, du plan devenu obligatoire, de la prescription juridique désormais en vigueur qui détermine le champ de travail du praticien et du scientifique. Le plan normatif, la norme juridique élaborée dans le cas d'espèce, une fois fondés en tant que règles obligatoires, se révèlent être des modèles d'ordre objectivement déterminés qui, en tout état de cause, se moquent bien de l'idéologie décisionniste aussi longtemps que fonctionne l'Etat de droit.

Ces observations peuvent être faites à propos de toute norme juridique, de façon plus ou moins évidente tant du point de vue politique-génétique que théorique-structurel. Mais pour les raisons citées — netteté des champs normatifs, problématicité du caractère normatif, distinction entre les formes obligatoires ou non de la planification — elles sont parfois d'une clarté exemplaire à la lumière de cette forme relativement jeune du dirigisme qu'est le plan[34].

[34] Les normes juridiques de teneur concrète (*sachhaltig*) sont, en tant que « modèles », structurellement apparentées au plan ; sur ce point : *Dubischar* II, p. 56 et s. — Mais cela signifie aussi ceci : le *plan* est exemplaire pour les normes. Le *théorie de la législation* devrait réfléchir à la question de savoir dans quelle mesure les textes de normes peuvent être formulés à la manière des plans, c'est-à-dire

* La *Dezision*, par opposition à l'*Entscheidung*, est le fait du libre-arbitre subjectif. Nous traduisons *Dezision* par « résolution », et nous conservons pour *Entscheidung*, la décision prise conformément à la norme objective, le mot « décision ». Voir aussi, *infra*, p. 242 et s. *(N.d.T.)*

Champ normatif

Le champ normatif ne s'identifie pas aux éléments particuliers factuels des circonstances de l'espèce. Il s'agit d'un élément constitutif de la structure de la prescription juridique elle-même[35]. La mise à jour des données réelles, guidée et limitée par le programme normatif, fournit le *champ normatif* de la norme juridique. Du point de vue des méthodes de travail, cela veut dire : les éléments factuels ne doivent pas entrer sans sélection dans le processus de concrétisation, mais seulement sous une forme qui soit orientée d'après les textes et susceptible de généralisation ; sur ce point aussi, il faut qu'une méthodologie post-positiviste établisse des règles. Le juriste duquel on exige une décision appuyée sur le droit en vigueur part tout d'abord des *circonstances de l'espèce* (*Sachverhalt*). A l'aide des caractéristiques de celles-ci, il sélectionne dans la quantité des textes de normes de ce qu'on appelle le droit en vigueur les *hypothèses textuelles* (*Normtexthypothesen*) qu'il considère, en fonction de ses connaissances acquises, comme étant appropriées. Sur la base des hypothèses ainsi formulées, il en vient aux *champs factuels* (*Sachbereiche*) des dispositions supposées ainsi convenir. Ces champs factuels sont en principe réduits, pour des raisons d'économie de travail, aux *champs d'espèce* (*Fallbereiche*). Ensuite, le juriste élabore le programme normatif (*Normprogramm*) tiré de l'interprétation de l'ensemble des données linguistiques. A l'aide de ce programme, il choisit enfin le *champ normatif* (*Normbereich*), la composante objective de la prescription juridique, au sein du champ d'espèce — qui joue le rôle de filtre rapporté au cas concret par rapport à la quantité plus grande et plus imprécise des faits du champ factuel, et qui ainsi réduit d'une manière tout à fait souhaitable du point de vue de la technique de travail une complexité autrement excessive[36].

à l'aide de *champs normatifs* explicitement décrits (présupposés, conditions générales, buts, moyens, facteurs d'incertitude, tendances, possibilités de vérifications dans le domaine de la matière réglementée). — De manière analogue — correspondances *structurelles* et différences touchant notamment à la question de l'*obligatoriété* — on a toujours affaire d'un côté à des textes de normes et des plans et, de l'autre, à des *modèles scientifiques de décision*. — Sur la structure des normes du droit de la planification étudiée sur la base de la théorie de la norme juridique proposée ici : *Hoppe*, p. 644 et s. ; voir également les recherches détaillées de *Hufen* II.

[35] Développement et justification de cette figure théorique de la norme : *Müller* I, p. 107 et s., p. 117 et s., p. 125 et s., p. 131 et s., p. 137 et s., p. 142 et s., p. 184 et s., p. 201 et s.

[36] De son propre aveu (*Koch* VII, p. 352), Koch ne parvient pas, malgré tous ses efforts, à comprendre le concept de champ normatif. Exprimée dans les catégories de la *sémantique du mot* qu'il reprend, l'idée générale visée par la notion de champ normatif devrait être appréhendée de la façon suivante : la *compréhension de la chose* et la *compréhension du texte* sont étroitement liées en ce sens que le savoir empirique autorise à mieux spécifier la signification d'une expression, notamment à travers l'utilisation d'exemples. Toutefois, le jeu complexe du savoir empirique et sémantique ne peut précisément

Le champ normatif n'est pas une somme de faits, mais un enchaînement d'éléments de structure qui sont dégagés de la réalité sociale selon la perspective sélective et évaluative du programme normatif, des éléments qui sont, en général, au moins partiellement formés par le droit. Du fait de sa configuration également juridique et de sa sélection à travers la perspective du programme normatif, le champ normatif dépasse la simple facticité d'une portion de la réalité extra-juridique. Il n'est pas à comprendre dans le sens d'une « force normative du factuel »[37]. La norme juridique qui doit seulement être produite à l'occasion du cas concret se révèle ainsi être un modèle d'ordre objectivement déterminé, le projet (*Entwurf*)[38] obligatoire d'un ordre partiel de la commu-

pas être complètement explicité dans le cadre d'une sémantique du mot. La théorie structurante du droit n'appréhende pas simplement, à travers la théorie du champ normatif, ce contexte dont tient compte n'importe quel commentaire de loi en ce sens que le regard porté sur l'extension du concept permet d'en mieux saisir la compréhension. Plus largement, il s'agit pour la théorie structurante que le travailleur du droit, en partant du texte de norme en tant que chaîne de signes, parvienne aux premiers jugements ou au premières associations portant sur une particule de la réalité (champ factuel). Ce modèle provisoire de la réalité doit être corrigé à la suite de l'analyse du texte au regard du modèle de la réalité compatible avec le texte (programme normatif). Le modèle ainsi élaboré (champ normatif) ne pourrait être conçu, dans le cadre de la science du langage, que par une *linguistique du texte* attentive aussi à la dimension pragmatique, mais sûrement pas avec les moyens insuffisants d'une sématique du mot. C'est à cet endroit que doivent se situer les difficultés de compréhension de *Koch*. En outre, *Koch* confond le « champ normatif » et le « champ factuel » ; il méconnaît aussi le caractère réel de la concrétisation, c'est-à-dire en tant que processus. Pour la conception structurante, il ne s'agit précisément pas de déplacer et compenser de manière académique des « concepts » statiques (de concepts qui, lorsqu'on utilise de tels procédés, n'en sont souvent pas).

[37] *Müller* I, p. 127, p. 172 et s., p. 184 et s., p. 201 et s. — La décision BVerwGE 39, 197 (198, 207) rate au contraire le champ normatif pour ne toucher que le *champ factuel* : la qualité d'« art » (au sens de la loi sur la protection des mineurs) s'apprécie « également selon l'importance que la société pluraliste attache d'après ses conceptions à la fonction de l'art. » — Aussi peu clair : *Stein* I, p. 35 et s. à propos de l'interprétation (« linguistique », « historique » et) « sociologique » accompagnée de spéculations sur la psychologie sociale et à la capacité à produire du consensus. — L'*interprétation* est le traitement (régulier) du texte ; la *sociologie du droit* pour sa part peut contribuer à l'analyse du champ normatif. Par contre l'effet psychologique n'appartient qu'au champ factuel. — *Müller* VIII (p. 82 et s., p. 84 et s.) maintient la distinction entre le champ factuel et le champ normatif s'agissant des aspects liés à la *mutation de la Constitution* (*Verfassungswandel*). — Correct dans le sens du « champ factuel » : BverfGE 75, 108 (146 et s., 157) (« Assurance sociale »). — Avec des conséquences fâcheuses, *Maus* II (p. 118 et s.) confond champ factuel et champ normatif.

[38] Contrairement à ce que pense *Dubischar* II (p. 62), cette spécification ne repose pas sur une « subtile contradiction ». Elle repose au contraire sur un caractère structurel essentiel de la normativité réelle, qui est davantage qu'un pur « devoir-être » académique : la norme est *obligatoire* — cet énoncé est conforme au principe de l'Etat de droit ; la norme n'est cependant qu'un *projet* — et il s'agit là d'un énoncé méthodologique. En d'autres termes : les *textes de normes*, s'ils doivent être efficaces dans la pratique, doivent tout d'abord *être concrétisés en normes juridiques* selon une procédure complexe dans le cas d'espèce ; ces normes juridiques, du fait de leur caractère abstrait et général (« dans un cas tel que celui-ci, vaut... »), ne peuvent, par nécessité, prendre que la forme d'un *projet*. Elles ne seront immédiatement efficaces en pratique qu'une fois accomplie la dernière étape du travail, celle qui consiste à les individualiser dans une *norme-décision* (le dispositif du jugement ou autre). L'illusion du positivisme légaliste est périmée qui voyait la norme dans le texte de norme et la considérait purement et simplement « applicable » en tant que telle. — Cela, *Dubischar* (p. 117) le voit lui aussi parfaitement sans toutefois le « concrétiser » dans son propos.

nauté juridique et que la règle de droit (le texte de norme) prépare dans le langage, dans lequel ce qui ordonne et ce qui est ordonné vont de paire, se complètent et s'appuient l'un l'autre irrévocablement dans la pratique de la réalisation du droit. Une norme juridique n'est pas un commandement abstrait de son domaine de validité, isolé du segment de la réalité qu'elle vise, mais la projection obligatoire d'un ordre objectivement déterminé qui ne s'identifie cependant pas avec la réalité objective donnée. Le champ normatif n'apparaît, s'agissant de la norme juridique comme de la norme-décision que dans le cadre des questions délimitées par le programme normatif. La législation, l'administration et les tribunaux qui traitent en pratique le champ normatif comme un facteur normatif ne succombent dès lors pas à une apocryphe normativité de la facticité. La Cour constitutionnelle fédérale s'est à bon droit élevée contre le reproche qu'un tel procédé prendrait sa source dans le « sociologisme » ou que la Cour suivrait une méthode « non juridique »[39].

Quelques unes des thèses centrales de la méthodologie proposée ici ont été développées sur la base d'une analyse (dogmatique → méthodologique → théorique) de la pratique du droit. C'est ainsi que, depuis des décennies, la Cour constitutionnelle fédérale en particulier travaille avec les éléments de fait d'une manière dont l'analyse montre qu'ils ne doivent pas seulement être appréciés comme des aspects tirés du champ factuel ou du champ de l'espèce, mais bien comme la mise en jeu d'éléments du champ normatif. Toutefois cette pratique était restée irréfléhie dans la motivation des jugements.

Récemment, cette réflexion a été insérée dans le corps même du texte des décisions. Dans le jugement du 4 novembre 1986 relatif à la loi sur l'audio-

[39] BVerfGE 6, 132 (142 et s., 147 et s.) — Sur le fond de la *conception du champ normatif*, même si c'est sans rigueur conceptuelle, voir BVerfGE 34, 269 (288 et s.) : la norme se trouve « constamment liée au contexte des situations sociales et des conceptions socio-politiques sur lesquelles elle doit agir » (La Cour précise que le « contenu » de la norme « peut et même doit nécessairement se modifier selon les circonstances ». *N.d.T.*) ; la distinction indispensable au regard du principe de l'Etat de droit entre le champ normatif et le champ factuel n'est cependant pas atteinte au fond. — Considérations relatives au rapport *champ factuel/champ normatif* (sur les moyens et le « milieu » des « forces » subversives) : BVerfGE 30, 1 (18 et s.) (les méthodes utilisées par les forces subversives justifient des méthodes discrètes d'écoutes téléphoniques. *N.d.T.*) — éléments d'une *analyse du champ normatif* dans le jugement « Numerus clausus » : BVerfGE 33, 303 (305 et s., 329 et s., 337). (Parce que, dans la réalité, le choix de la formation dans un établissement de l'enseignement supérieur est « en règle générale le stade préliminaire à une insertion professionnelle », le droit au libre choix de la profession protège également le libre choix de la filière d'enseignement. La considération de l'épuisement des capacités d'accueil des établissements d'enseignement supérieur n'est pas une pure considération de fait qui n'aurait pas besoin d'une règle de droit. En tant qu'elle agit comme une restriction à un droit fondamental, elle a pour effet que le calcul de ces capacités « comporte des effets normatifs ». *N.d.T.*) — La décision « Disques » est prise sur la base d'arguments tirés du champ normatif (comparaison des capacités concurrentielles de l'industrie du disque face aux autres branches des moyens de communication) : BVerfGE 36, 321 (334 et s.). — Voir aussi le recours à des données tirées des champs normatifs dans les décision citées

visuel du Land de Basse-Saxe [40], la Cour s'appuie essentiellement sur les « évolutions récentes dans le secteur de l'audio-visuel », des évolutions factuelles, au motif que celles-ci revêtent « de l'importance pour l'interprétation des garanties constitutionnelles ». La chambre considère que la raison d'un tel procédé qui rompt totalement et à bon droit avec la pratique et la doctrine traditionnelle et dominante des méthodes se trouve dans la spécificité des structures objectives réelles concernées (et en mutation) : « Ces structures sont des parties intégrantes de la situation vécue à laquelle se rapporte le droit fondamental ; en l'absence de leur prise en compte, il apparaît impossible de donner à la liberté de l'audio-visuel une interprétation qui en déploie tout l'effet normatif ». Le travail effectué à partir des éléments du champ normatif n'est donc pas envisagé comme une considération purement auxiliaire, de fonction secondaire, mais bien affirmé dans son caractère *indispensable* dans l'intérêt même de la *normativité* du droit fondamental concrétisé. Telle est bien l'idée même du champ normatif dans sa version méthodologique. A l'occasion de la cinquième décision sur l'audio-visuel rendue l'année suivante (loi sur les médias du Land du Bade-Wurtemberg, décision du 24 mars 1987) [41], la Cour a confirmé le rôle co-normatif du champ normatif et a même employé explicitement cette notion [42].

ci-dessus p. 66 et s.) et particulièrement dans BVerfGE 30, 173 (188 et s., 193 et s.) (« Mephisto ») (analyse détaillée de l'œuvre d'art et de la situation de l'artiste nécessaire à la concrétisation du principe de la liberté de l'art. *N.d.T.*) ; 40, 296 (310 et s.) (et l'opinion dissidente p. 330 et 334 et s.) (analyse de l'évolution de la fonction de l'indemnité parlementaire qui, s'étant en réalité rapprochée d'un véritable revenu, ne saurait être fiscalement privilégiée. *N.d.T.*) ; 45, 187 (227 et s.) (compatibilité de la détention criminelle à perpétuité avec le principe de l'intangibilité de la dignité humaine) (analyse de l'évolution des peines, pour conclure qu'« un jugement porté sur ce qui correspond à la dignité humaine ne peut reposer que sur l'état actuel des connaissance et ne saurait prétendre à une validité intemporelle ». *N.d.T.*) ; 47, 1 (34 et s.) (opinion dissidente) ; 47, 46 (66 et s., 70 et s.) (décision « éducation sexuelle ») (analyse des différences structurelles dans les conditions de l'éducation fournie par les parents et celles de l'éducation scolaire pour déterminer la forme que peut prendre l'éducation sexuelle à l'école. *N.d.T.*) ; 47, 327 (367 et s.) (loi universitaire du Land de Hesse) ; 50, 290 (336 et s., 354 et s.) (jugement « cogestion ») (la différence entre la réalité de la société par actions et celle de l'association sans buts lucratifs détermine les modalités d'application d'un droit d'association essentiellement destiné à permettre le libre épanouissement de l'individu au sein de la communauté sociale et politique. Les effets normatifs de ce droit fondamental sont nécessairement moins denses s'agissant des sociétés destinées au premier chef à procurer des bénéfices aux associés. *N.d.T.*) ; 57, 220 (245 et s.) (droit d'adhésion syndicale des institutions ecclésiastiques) ; 57, 295 (322) (liberté audio-visuelle) (incidence du fait de la rareté des fréquences sur la teneur normative de la liberté de l'audio-visuel. *N.d.T.*) ; 58, 300 (338 et s.) (« gravières) (analyse de l'efficacité concrète d'une procédure d'autorisation administrative d'utilisation des nappes phréatiques pour une gestion rationnelle de l'eau. *N.d.T.*) ; 61, 319 (347 et s.) (situation fiscale des personnes seules ayant charge d'enfants) ; 66, 116 (134 et s.) (situation juridique spécifique de la presse) ; 74, 297 (350 et s., 354) (5e jugement sur l'audio-visuel) faisant suite à 73, 118 (154) ; sur le champ normatif de la liberté de l'art : BVerfGE 77, 240 (253 et s.).

[40] BVerfGE 73, 118 (154 et s.)

[41] BVerfGE 74, 297 (350 et s.). Voir encore : BVerfGE 82, 6 (13).

[42] *Ibid.*, p. 350 : « Le contenu et la portée des notions et des dispositions constitutionnelles dépendent (aussi) de leur champ normatif ; leur signification peut se modifier du fait de modifications intervenues dans ce champ (...) Cela vaut aussi pour le concept d'audio-visuel ». — La structure du champ normatif de la liberté audio-visuelle est désormais étudiée chez *Rossen*.

Tout comme les autres termes introduits ici, « champ normatif » désigne un concept de travail. Il renvoie lui aussi à une *exigence de travail* imposée à l'activité du juriste dans l'Etat de droit démocratique de la Loi fondamentale. Employée de cette façon, pour la pratique, cette notion veut avant tout dire : les faits qui, au vu du cas à résoudre et des textes appropriés, doivent être mis en jeu au cours du processus de concrétisation *ne doivent pas sans sélection* être transformés en facteurs co-déterminants de la décision qui est prise au bout du compte [43]. Pour le dire autrement : ces faits ne doivent pas rester à l'état, non obligatoire, de « champ factuel » ou de « champ d'espèce » (simplement réduit, dans ce dernier cas, pour des motifs d'économie de travail). Il n'est pas indifférent, pour la portée de la norme, qu'un aspect factuel déterminé la soutienne ou non, et avec elle la décision. Ne peuvent être retenus comme éléments constitutifs de la norme juridique que ceux des facteurs réels qui 1 / *dans un cas comme celui-ci* doivent toujours être retenus, et qui 2 / ne contredisent pas le programme normatif préalablement établi au moyen de l'interprétation de toutes les données linguistiques. Seuls *les* éléments appropriés du champ factuel ou du champ d'espèce peuvent devenir des éléments du champ normatif, en tant qu'ils sont ainsi généralisables et se tiennent dans les limites impératives tracées par le programme normatif. Si ces conditions sont remplies, les aspects factuels concernés forment, comme il a été dit plus haut, la structure globale effective dans le ressort de la disposition juridique en question. Il s'agit là d'un énoncé juridique et non d'un énoncé de la science sociale. Dégager les faits et les structures particulières à partir du champ factuel pour en montrer le caractère « fondamental » — en tant que *co-fondateur de la norme* —, ce procédé ne se réalise pas dans la perspective empirique du spécialiste des sciences sociales, mais du point de vue juridique, c'est-à-dire du

[43] La critique de la notion de champ normatif est trop simplificatrice lorsqu'elle entend réduire le rôle de la théorie structurante du droit à vouloir compléter la rationalité du positivisme au moyen de l'« autorité du savoir technique » (*Chryssogonos*, p. 142). Il ne s'agit pas d'additionner l'autorité de la loi et l'autorité de la compétence technique. Il s'agit, entre autres choses, de dévoiler le rapport à la réalité qu'entretient *tout travail des textes*. L'élaboration explicite du modèle de réalité qui accompagne les textes de normes et sa confrontation aux problèmes que posent d'autres sciences n'évincent pas le travail du juriste technicien, mais remplace les théories de café du commerce par des hypothèses méthodologiquement mieux fondées. Le fait que les autres disciplines scientifiques ne délivrent elles aussi aucune vérité absolue (*ibid.*, p. 138), que leurs résultats ne peuvent valoir qu'à titre de vraisemblance en fonction du consensus et de l'état actuel d'une science, ce fait n'est pas une objection opposée au concept de champ normatif. C'est une simple banalité.

point de vue du travailleur du droit qui est responsable de la décision d'espèce en cause [44].

Sur le rôle effectif des canons

L'objection selon laquelle une partie de cette tâche pourrait être surmontée à l'aide des méthodes d'interprétation formulées par Savigny méconnaît ce fait que les canons accomplissent de la sorte quelque chose que, d'après la conception même qui les gouverne, ils ne sont pas autorisés à accomplir. Dans la pratique juridique, ils servent continuellement à masquer, dans leur langage, les composantes matérielles du champ normatif qui, en vertu de leur propre consistance factuelle, (co)déterminent la décision du cas concret et ne sauraient donc précisément pas être dégagés au moyen des canons. On voit tout particulièrement à la lumière de telles divergences qu'on ne peut, en droit constitutionnel aussi, sans fiction, s'en tenir aux seules règles de Savigny. Notamment, les aspects objectifs ont l'habitude de se glisser dans le processus de concrétisation à travers la méthode dite téléologique. S'en tenir à cette fiction qu'il s'agirait là seulement de l'« application » d'une méthode classique d'interprétation transmise par Savigny empêche toute réflexion plus poussée et toute différenciation méthodique et objective sur ce qui se fait réellement. Les aspects factuels du champ normatif ne peuvent être matériellement tirés ni du texte de norme, de l'arrière-plan historique de la disposition, de sa genèse et de sa place dans le système, ni davantage du « sens et but » de la norme, un but que l'on pourrait rechercher pour la concrétisation au moyen de l'interprétation du texte. Ce qui est accompli en pratique et qui déborde les règles de l'art de Savigny, cela doit être caractérisé plus précisément qu'on ne le fait habituellement, au nom de la clarté des méthodes exigées par l'Etat de droit. La nécessité comme la possibilité d'une telle différenciation n'ont sans doute pas par hasard été mises en évidence dans le droit constitutionnel, un droit qui n'est pas placé au premier plan dans le projet de Savigny.

[44] Pour un approfondissement quant au contenu et à la systématique de cette conception : *Muller* XIX, not. p. 250 et s., p. 263 et s., p. 308 et s., p. 332 et s.

Typologie des structures de norme

Il pourrait être attrayant, dans le cadre d'une informatique juridique encore à développer, de profiler la disposition juridique, structurée selon son programme normatif et son champ normatif, sous forme d'un cercle de règles actualisé en fonction du *feedback* permanent produit par la concrétisation pratique. Toutefois, on vise ainsi une question de la théorie (de la norme) juridique au sens utilisé ici, et non pas le problème très discuté des possibilités d'emploi des moyens de traitement informatique des données dans la pratique et la science juridiques. Les tentatives faites dans cette dernière direction n'envisagent encore une fois les possibilités offertes par les évolutions techniques les plus récentes que sur fond de la conception positiviste et obsolète de la norme, sur fond d'une certaine représentation de l'« application » et de l'objectif d'« univocité » substantielle de textes de normes toujours identifés à la norme elle-même. C'est sur ces bases que l'on questionne la possibilité d'une axiomatisation plus ou moins complète. Mais de telles problématiques pourront être plus sensément discutées *après* la rénovation de la méthodologie juridique que dans l'état réducteur de la réflexion propre à la doctrine encore dominante.

Une norme juridique est un modèle d'ordre structuré et concrètement déterminé. La densité, la précision, la déterminabilité de ses éléments, bref : le degré de sa concrétisabilité dépend aussi de la structure linguistique du texte de norme particulier. Ce degré s'écarte plus (dans la grande majorité des cas) ou moins (dans les cas-limites) du modèle positiviste de l'« application », de la « subsomption » ou de la « réexécution » d'une règle achevée et donnée à l'avance. L'échelle de ces degrés va du texte de norme numérique ou individuel, largement déterminable (délais, échéances, certaines disposition de forme ou de procédure, art. 22 LF relatif au drapeau fédéral, les éléments tels que « quiconque est âgé de 18 ans accomplis » à l'art. 38 al. 2 LF, « âgé de 40 ans révolus » à l'art. 54 al. 1 LF, etc.) jusqu'aux clauses générales qui — ainsi des art. 3 al. 1 et 2 al. 1 LF (principes généraux d'égalité et de liberté) dans la doctrine dominante — ne disposent pas d'un champ normatif qui puisse être objectivement circonscrit en raison du caractère vague du texte de norme. Entre ces deux extrêmes, on trouve sur cette échelle les textes de normes relatifs à l'organisation des institutions qui se rapprochent davantage des dispositions déterminables, et les dispositions relatives à la forme, aux objectifs de l'Etat ainsi qu'aux droits fondamentaux qui, elles, se rapprochent davantage des clauses générales sans toutefois pouvoir leur être assimilées du point de vue de leur structure ; il faut en outre ajouter les « standards » tels que les impé-

ratifs tirés du principe de l'Etat de droit — principes de proportionnalité, de nécessité, principe du caractère précis et appropriés des interventions étatiques — le principe du droit à l'égalité de traitement dérivé du principe général d'égalité ou encore — bien que sa qualité normative soit controversée et qu'il reste insuffisamment étayé — le « standard du comportement loyal envers la Fédération »[45]. A l'intérieur comme à l'extérieur du droit constitutionnel, la différenciation objective des champs normatifs pose à chaque fois des problèmes spécifiques. Cela vaut, s'agissant de la concrétisation des dispositions du droit civil, pour les données, questionnées d'un point de vue normatif, de la sociologie de la famille ou de l'économie, pour les recours à l'histoire du droit ou au droit comparé fondés sur l'histoire sociale ou la sociologie ; cela vaut pour la mise à jour des champs normatifs du droit pénal à l'aide du droit comparé et de la criminologie, pour les contributions de la science administrative, de la science politique, de la sociologie et de l'histoire constitutionnelle dans le domaine du droit public. Les distinctions entre les branches particulières de la science juridique trouvent dans la spécificité objective de leurs différents champs normatifs un fondement qui est loin d'être négligeable. En ce qui concerne les règles de forme, de procédure et d'organisation, s'agissant des dispositions qui se réfèrent à d'autres prescriptions, des définitions légales ou des règles contenant des énoncés dogmatiques et conceptuels numériquement ou individuellement déterminés, les champs normatifs disparaissent derrière les programmes normatifs. Ces champs normatifs n'offrent le plus souvent en pratique aucun point de vue supplémentaire pour la concrétisation[46]. Par contre, plus une norme est fortement reliée aux réalités objectives, plus son champ normatif contient de composantes non-produites par le droit, plus sa concrétisation a également besoin des résultats de l'analyse du champ normatif. En droit constitutionnel, les champs normatifs sont souvent féconds et d'un poids décisif pour la concrétisation. C'est pourquoi la pratique de la jurisprudence

[45] Sur les standards en droit constitutionnel : *Strache*, not. p. 111 et s., 114 et s. — Sur l'importance des types de structure normative pour la concrétisation en droit constitutionnel, voir aussi déjà : *Huber* II. — Le texte de norme de l'art. 22 LF cité plus haut *détermine* quant à la succession de ses couleurs le drapeau fédéral. Pour le reste il n'est en aucun cas complet s'agissant de toutes les questions qui peuvent être posées à propos du champ factuel de cette disposition. — Réception de ce concept structurel en droit civil, par ex. : *Moritz*, p. 84 et s. (droit de la famille et des enfants).

[46] La réponse à la question de savoir si le champ normatif produit par le droit fournit ou non, dans le cas d'espèce, des aspects supplémentaires pour la concrétisation dépend à la fois du *type de norme* et du *type d'espèce* ; s'agissant, notamment, de règles d'organisation, de normes ouvrant, par exemple, un recours juridictionnel, cela dépend concrètement du fait de savoir si seule sa définition abstraite est en cause (l'interpétation du texte sufisant alors !) ou, au contraire, aussi le fonctionnement pratique de la branche juridictionnelle (la concrétisation aura alors besoin de l'aide de la science des organisations et de la recherche sur le fonctionnement de la justice) ; Voir, sur le premier aspect : *Müller* IX.

constitutionnelle est d'une valeur exemplaire. On peut y lire l'effet que les éléments du champ normatif peuvent acquérir à l'occasion de certaines configurations d'espèces tant pour la décision que pour l'évolution de la dogmatique du droit constitutionnel. On peut y vérifier jusqu'à quel point les tribunaux, les autres autorités responsables de la pratique et la science juridiques, lorsqu'ils recourent à des données factuelles, utilisent les facteurs du champ normatif ou seulement ceux du champ factuel ; c'est-à-dire : jusqu'à quel point ils ont décidé dans les limites admises par le programme normatif ou bien alors tranché de manière irrégulière, en méconnaissance des bornes imposées par le programme normatif ou le texte de norme, des bornes imposées par le principe de l'Etat de droit. La particularité de la structure d'une norme ou d'un type de norme n'est cependant pas substantiellement contenue dans le texte de la disposition, elle n'y est pas non plus sûrement ou définitivement représentée. Ici encore, la formulation a, de manière plus ou moins instructive, un caractère évocateur, indiquateur. Tout en tenant compte de cette restriction, le texte de norme livre des indices importants relativement à la spécificité et à l'étendue du champ normatif, comme relativement à la pondération des différents éléments de la norme.

Facteurs d'une typologie

Les facteurs d'une typologie des structures normatives et, par voie de conséquence, des diverses conditions de concrétisation de la norme sont, par exemple :

— la spécificité du champ factuel (récent ou consolidé par la tradition, d'une signification politique et sociale plus ou moins grande, produit par le droit, « par la nature » ou par les deux ensemble dans une certaine proportion, etc.),
— la fiabilité du texte de norme comme point de départ de la formulation ultérieure du programme normatif,
— les divers degrés correspondants de sélectivité du programme normatif permettant d'isoler les éléments du champ normatif parmi ceux du champ factuel ou du champ d'espèce, c'est-à-dire les contextes factuels, plus larges ou rapportés à l'espèce, de la dipsosition juridique,
— le degré et l'état du travail (scientifique) accompli sur un domaine de régle-

mentation à l'intérieur comme à l'extérieur de la dogmatique et de la pratique juridiques,
— la place de la disposition à concrétiser dans le système de codification dans lequel elle est insérée ou dans l'ordre juridique (constitutionnel) (par ex. : la spécificité des normes insérées dans la Partie générale du BGB, ou celle des clauses générales d'équité introduite à dessein dans une codification telles celles des §§ 138, 242 et 826 BGB ; dans la Loi fondamentale : dispositions relatives à la forme de l'état, impératifs de l'état de droit (qui sont plus ou moins concrets), mandats législatifs, directives constitutionnelles, règles de fond, de compétence, d'organisation, ou de procédure, droits fondamentaux).

CONCRÉTISATION PLUTÔT QU'INTERPRÉTATION

A propos de l'identification de la norme juridique au texte de norme

Aussi longtemps que seules les règles de l'interprétation (explication de texte) sont données pour les « méthodes » de la pratique et de la science juridiques, la structure de la réalisation pratique du droit reste incomprise, et ce de deux manières. Certes l'interprétation du texte de norme est l'un des éléments les plus importants du processus de concrétisation. Mais elle n'est que l'un de ces éléments. La méthodologie du positivisme légaliste méconnaît cet état de chose. La première incompréhension touche à l'axe *norme/réalité*. L'exclusivité avec laquelle le positivisme oppose la norme juridique et la réalité méconnaît le fait que le texte de norme — comme d'ailleurs tout texte — ne peut être compris sans se rapporter au modèle de la réalité auquel il se réfère [47]. En conséquence, le positivisme ne peut intégrer cet indispensable rapport à la réalité que de manière déguisée et irréfléchie à travers certaines notions attrape-tout (*Blankettbegriffe*). La seconde incompréhension concerne l'axe *norme/espèce*. La logique de la métaphore de l'*explication* (*Auslegungsmetapher*) implique que l'interprétation juridique ne serait que la réexécution de quelque chose déjà préexécutée. De ce fait, le positivisme ne peut situer la dimension créatrice du travail juridique pratique qu'au-delà de la loi et en dehors de la sphère des obligations normatives.

[47] Fondamental sur ce point : *Jeand'Heur* IV.

Une méthodologie qui entend conduire au-delà du positivisme légaliste doit donc fournir à la pratique concrète des règles relatives à la tâche de concrétisation des normes au sens large. Elle ne saurait faire l'économie ni du rapport au réel ni de la dimension créatrice du travail juridique pratique. Elle ne peut appréhender le processus comme la tâche de la réalisation normée du droit sous la forme d'une réexécution de quelque chose déjà exécutée. Elle doit se saisir des problèmes de la précompréhension (*Vorverständnis*) juridique et du rapport au cas d'espèce qu'entretient la concrétisation. Au total, elle doit partir d'une théorie (de la norme) juridique qui délaisse le positivisme légaliste.

Le cœur des incompréhensions positivistes se trouve dans le présupposé implicite selon lequel la norme juridique serait identique à son texte. Cette hypothèse d'une nécessaire liaison du signe et de la signification, ou du texte de norme et de la norme juridique évacue systématiquement la *pratique sémantique* qui seulement assure la médiation entre les deux grandeurs. La circonstance que la signification du texte de norme en tant que norme juridique est seulement d'abord constituée à travers l'agir juridique ne peut tout simplement pas même être formulée dans le cadre de la doctrine positiviste de l'application. Et les problèmes réels de la décision juridique pratique ne peuvent pas être de la sorte perçus. Les difficultés se réduisent apparemment à l'exécution d'une instruction « contenue » dans un texte univoque.

Une telle représentation ne peut être maintenue que pour autant que la norme est traitée comme quelque chose préalablement et définitivement donnée. Cette supposition tout comme le recours à l'idée d'« univocité » du texte de norme (identifiée à l'« univocité » de la norme) méconnaissent l'existence de la précompréhension scientifique, la *différence entre la norme juridique et le texte de norme* et le rapport principiel que la concrétisation juridique entretient avec le cas d'espèce. On rencontre d'ailleurs aussi cette illusion dans des conceptions qui se présentent comme étant non-positivistes. Ainsi, on caractérise le problème principal de l'interprétation du droit et de la Constitution comme celui de l'« imperfection de l'expression dans son rapport à ce qui doit être exprimé » au sens de la possible divergence ente les deux [48].

Le problème de méthode est envisagé comme celui de l'explication de texte en tant que la « clarification de son (la loi) contenu », une clarification qui peut devenir nécessaire dans le cas particulier [49]. Le dépassement de Savigny et donc des « règles classiques de l'interprétation » (au moyen du procédé de la « mise

[48] *P. Schneider* I, p. 4 et s.
[49] *Larenz* I, p. 291 et s., p. 295 (5e éd., 1983).

en balance des valeurs » ou de l'« effectuation des valeurs », procédé douteux au plan de la méthode comme au regard du principe de l'Etat de droit) est censé tirer « de la norme son évidence ». Il est alors exigé de la part d'une méthode juridique légitime qu'elle attribue à la norme juridique « un contenu évident, général et prêt à permettre l'exécution de la norme »[50].

Reconnaître le rôle, irremplaçable dans un Etat de droit, joué par les textes de normes (constitutionnelles) en tant qu'ils tracent les limites d'une concrétisation possible, cela ne signifie pas encore qu'il faille se méprendre et considérer la concrétisation comme une « exécution de la norme » et les textes de normes (constitutionnelles) comme étant « évidents » pour la seule raison qu'ils sont traités à l'aide des seules règles de Savigny. L'objection opposée à la doctrine (encore) dominante porte donc sur ce fait qu'elle interprète (explicitement) seulement les textes ; elle ne porte pas — comme on l'a parfois mal compris — sur ce qu'elle n'interprèterait que « du seul point de vue grammatical ». Comme on le sait, le texte de norme est interprété au moyen de *tous* les éléments de l'interpétation linguistique.

L'idée d'une non-identité de la norme et du texte de norme, développée par la théorie structurante du droit, a été reprise par Alexy dans le débat récent. Il distingue entre les énoncés de normes (*Normsätze*) établis par le législateur, les normes qui leur sont sémantiquement rattachées et les arguments apportés à l'appui de ce rattachement*. Toutefois Alexy n'entend pas considérer ces derniers arguments comme des éléments structurants du processus de la normativité. Au lieu de cela, il indique qu'il convient de distinguer clairement la norme, comme « objet sémantique », des raisons qui la soutiennent : « Une séparation nette entre ce qu'un législateur a établi à titre de norme, et ce qu'un interprète apporte d'arguments au soutien d'une certaine interprétation devrait mieux servir l'idéal de l'Etat de droit... »[51].

Une telle position présuppose elle aussi ce malentendu positiviste selon lequel entre le texte et la signification, entre le texte de norme et la norme

[50] *Forsthoff* I, p. 47.
[51] *Alexy* II, p. 68.

* Alexy reprend la terminologie de C. et O. Weinberger (*Logik, Semantik, Hermeneutik*, München, 1979). Il rappelle d'autres distinctions approchantes ainsi la distinction faite par Ross entre la « forme linguistique qui exprime une directive » et la « directive », celle de v. Wright reprise par Rottleuthner entre la « formulation de la norme » et la norme. Pour Alexy, « la norme est la signification d'une proposition normative » au sens où la proposition normative « Aucun Allemand ne doit être extradé à l'étranger » (art. 16 al. 2 LF) a pour signification la norme selon laquelle il est interdit d'extrader un Allemand à l'étranger. (Voir : Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/Main. 1986, p. 42 et s. Voir aussi : Alexy, *Théorie de l'argumentation juridique*, à paraître, cette collection). *(N.d.T.)*

juridique il existe une liaison nécessaire. La sémantique logique proposée par Koch doit, à cet effet, frayer le chemin qui va de l'énoncé de norme à la norme prise comme objet sémantique[52]. Tous les arguments qui débordent le cadre étroit de cette sémantique juridique peuvent certes contribuer à justifier la décision à prendre, mais ils se situent au-delà de la loi et de l'obligation correspondante qui pèse sur le juge. D'après cela, les étapes du travail juridique doivent être les suivantes : 1. l'énoncé de norme ou texte de norme, 2. la norme qui doit être acquise par la mise en œuvre des règles sémantiques et 3. tous les arguments supplémentaires indispensables à la décision. Il s'agit donc pour Alexy d'une liaison externe, simplement additive entre la sémantique et l'argumentation juridique. La sémantique s'épuise dans la connaissance d'une règle prétendument donnée à l'avance ; et puisque, naturellement, de telles règles ne peuvent être établies dans le cas sérieux de la décision, cette dernière a besoin de trouver un complément dans une argumentation juridique détachée de toute norme.

Mais en réalité, le travail juridique du texte est bien plus complexe que ce que veut bien admettre ce modèle additif. Le chemin qui mène du texte de norme à la norme juridique ne doit pas être compris, précisément, comme l'application de règles sémantiques objectives. Il s'agit bien plus d'un processus actif de sémantisation (*Semantisierung*). Ce n'est que dans l'argumentation juridique que le texte brut peut acquérir sa signification. Ce n'est qu'à partir de ce moment que peut être produit le motif déterminant de la décision. Il est déjà communément admis parmi d'autres représentants de la théorie du discours, et surtout chez Jürgen Habermas[53], que les règles sémantique ne peuvent être matérialisées à la façon dont le suppose Alexy. Il serait de ce fait temps, pour ces participants à la discussion aussi, de remplacer le modèle additif — sémantique plus argumentation juridique — par une analyse intégrale de l'*argumentation juridique en tant que pratique sémantique*. Il deviendrait alors parfaitement clair que le texte de norme établi par le législateur ne contient pas déjà la norme ni qu'il suffirait de le compléter au moyen de l'argumentation, mais que le texte de norme ne peut servir de base à la production d'une norme juridique qu'en passant d'abord par la voie de l'argumentation juridique.

En ce sens, le modèle intégral de la théorie structurante du droit, à la différence du modèle additif, peut concevoir l'argumentation juridique dans le

[52] Sur la réception de la théorie de *Koch* dans le cadre de la conception d'*Alexy* : *ibid.*, p. 502, note 103 (en part.)
[53] Voir : *Habermas* II, p. 11 et s.

cadre même de la loi et de la soumission à la loi décidée par l'art. 97 al. 1 LF. Au moyen de la distinction entre divers niveaux textuels tels que : texte de norme, programme normatif, champ normatif, norme juridique et norme-décision, il lui est possible de structurer l'argumentation juridique sur la base des exigences de l'Etat de droit, et de la rendre contrôlable. A la place d'une exigence abstraite, *philosophique* de rationalité, s'impose la rationalité relative, mais concrètement juridique d'un *Etat de droit* fondé sur les principes de la séparation des pouvoirs et de la démocratie.

« Evidence », « clarté », norme et cas d'espèce

Des recherches antérieures menées à propos du langage juridique et de sa conceptualisation [54] ont déjà montré que l'idéal d'univocité des concepts et qualifications juridiques, que la représentation selon laquelle il serait possible d'atteindre une sécurité suffisante pour la concrétisation des normes au moyen d'une précision technique dans le langage méconnaissent la spécificité de la normativité comme celle de la décision juridictionnelle (ou plus généralement juridique). C'est seulement lorsqu'il faut régler un problème juridique concret que se révèle la normativité. Celle-ci n'est revendiquée et n'est ainsi efficace qu'à l'occasion de ce processus au cours duquel est réglée une question concrète. Un texte de norme n'a pas (seulement) besoin d'une interprétation parce que et dans la mesure où il n'est pas « univoque », pas « évident », parce que et dans la mesure où il est « obscur ». Un texte de norme a besoin d'une interprétation avant toute chose parce qu'il doit être appliqué à un cas concret (réel ou imaginé). Sur le papier, un texte de norme peut sembler « clair », ou même « univoque ». Mais le premier cas d'espèce auquel il doit être appliqué peut le priver de son évidence, peut le laisser apparaître extrêmement obscur. Sans les cas (réels ou imaginaires) qui leurs sont rattachés, les textes de normes ne peuvent pas du tout être correctement appréciés, en particulier s'agissant de la question de savoir s'ils sont clairs ou obscurs. Cela ne se voit jamais que lors d'une tentative de concrétisation. A cette occasion, on n'applique pas quelque chose achevée à des circonstances concrètes tout aussi closes sur elles-mêmes. Le positivisme légaliste l'a prétendu et le prétend encore. Mais la norme juridique n'est pas substantiellement donnée à l'avance dans le texte de norme.

[54] *Haiz*, p. 99. — Sur l'« univocité », voir en outre : *Clauss/Clauss* ; *Leenen*, p. 28 et s. ; *Schreiber*, not. p. 173 et s.

Par la précision et la vérification réciproques du texte de norme à la lumière des circonstances de l'espèce comme de ces dernières (qui ne sont ni isolables, ni en ce sens « closes sur elles-mêmes ») à la lumière du texte, on dégage ce que le droit impose dans le cas individuel au cours d'une procédure entièrement guidée par les textes de normes et à l'aide de l'ensemble des éléments de concrétisation examinés ici. Une règle de droit ne fonctionne pas mécaniquement. La doctrine dite du « sens clair »* que l'on rencontre dans certains systèmes étrangers et qui affirme de certains concepts juridiques apparemment univoques leur inaptitude à être interprétés, une telle doctrine ne peut parvenir à cette affirmation elle-même qu'au moyen d'une interprétation anticipatrice du sens possible de la norme [55].

La « subsomption » n'est qu'apparemment un procédé de logique formelle ; en vérité elle est un procédé matériellement déterminé par la précompréhension dogmatique à chaque fois en cause.

Le texte de la norme ne doit pas être compris « en soi », mais seulement de façon à ce que — étant présupposé qu'il est approprié à l'espèce — il puisse apporter une réponse au problème juridique concret. La force des énoncés qu'il peut fournir pour le cas juridique concret est suscitée précisément par ce cas. Les normes juridiques et les normes-décisions établies précédemment au regard de ce même texte de norme à propos d'espèce d'un autre genre ainsi que les sources de ces énoncés (jurisprudence et littérature) n'offrent d'intérêt dans la perspective du problème d'espèce actuel qu'à des fins de délimitation et de distinction faites par voie de comparaison. La concrétisation de la norme n'est pas une « application », cela veut dire : elle ne consiste pas à transposer logiquement l'énoncé normatif d'une règle juridique conçue comme un donné préalable au cas d'espèce lui aussi juridiquement intelligible en soi. La « compréhension » du texte de norme, son « application » « aux » circonstances de l'espèce tout comme l'application — au sens exposé plus haut — des circonstances de l'espèce « au » texte de norme forment ensemble un seul et même processus : celui de la concrétisation, une concrétisation qui ne peut être appréhendée — à l'exception des cas-limite — à travers l'« application » ou la « subsomption » et qui dépasse l'explication ou l'interprétation. Les textes de normes et les données d'espèce sélectionnés « par réciprocité » sont concrétisés les uns avec les autres de la même manière « par réciprocité » (et toujours avec cette

[55] *Müller* I, p. 45 et s.

* En français dans le texte. *(N.d.T.)*

possibilité d'échec, c'est-à-dire de la nécessité d'introduire de nouvelles variantes à titre d'hypothèses de travail). Cette concrétisation réciproque s'effectue au cours d'une procédure qui gagne progressivement en précision à travers la vérification mutuelle des hypotèses textuelles à la lumière des éléments pertinents des circonstances de l'espèce et, inversement, de ces éléments eux-mêmes, tenus pour pertinents à titre d'hypothèses de travail, à la lumière du texte (le cas échéant de plusieurs textes) qui leur a été provisoirement rattaché. La solution, c'est-à-dire, *d'une part, la concrétisation de la norme juridique sur la base du texte de norme et de l'espèce et, d'autre part, l'individualisation de celle-ci en un dispositif de décision reformulant les circonstances d'espèce juridiquement non encore décidées en un cas juridique décidé*, cette décision doit enfin montrer, communiquer et justifier la convergence objective de ces deux moments [56].

Les éléments cités du processus de concrétisation doivent être envisagés indissociablement. Même les éléments cognitifs ne peuvent être dissociés des éléments non-cognitifs. A l'inverse, le *sociologisme* entend tenir pour obligatoire le seul réel, le contenu factuel du cas juridique, et ne voir dans l'injonction juridique qu'une proposition de solution non-obligatoire sur laquelle l'autorité de décision pourrait passer. Lorsqu'il aborde le problème de la forme juridique en tant que résolution (*Dezision*) normativement non-déductible et non-déduite [57], le *décisionnisme* prend le point de départ de sa quête du caractère juridique de la décision (*Entscheidung*) parmi les éléments volitifs de la transposition de la norme, des élément qui ne sauraient être correctement appréhendés d'un point de vue cognitif. Le *positivisme* enfin, toujours prédominant, veut concevoir la concrétisation comme un processus purement cognitif qui s'épuiserait dans la connaissance de la *signification* (la « norme juridique ») objectivement donnée à l'avance d'un texte et dans son *application* technico-instrumentale au cas concret.

Pour le dire abruptement, la onzième thèse sur Feuerbach donne le sens du rapport que la concrétisation juridique (traditionnellement incomprise au sens d'une simple interprétation) entretient avec la procédure de l'« application » dans les autres sciences interprétatives : ce n'est pas l'interprétation de ce qui existe qui est décisif, mais sa transformation. Mais, de son côté, la transformation suppose l'interprétation et l'inclut. Ce qui doit être transformé, c'est-à-dire ce qui doit être ordonné par la décision à prendre revêtue d'un caractère

[56] Voir aussi : *Esser* II, not. p. 174, p. 182.
[57] *Schmitt* I, p. 42, p. 46 [*Théologie politique*, trad. fr., Gallimard, 1988, not. p. 42 et s. *N.d.T.*)]

juridiquement obligatoire, c'est ce complexe formé de circonstances concrètes, d'actions et de motivations humaines. Toute interprétation juridique, prise comme explication de texte, est au service d'une concrétisation de normes qui va bien au-delà du problème de la compréhension tel qu'il est posé par les sciences de l'esprit et qui vise à une telle transformation d'un secteur du monde social. L'« intérêt de connaissance »* ainsi mis en évidence sous la forme d'un intérêt de décision renvoie au second plan le fait de savoir si le cas juridique travaillé est un cas actuel qu'il faut trancher ou seulement une espèce imaginée.

Sur l'arrière-plan de la doctrine de la « volonté » (voir aussi Müller XII)

D'après ce qui vient d'être dit, il n'est plus possible de comprendre sensément la concrétisation ni même, plus restrictivement, l'interprétation d'un texte comme la reconstruction d'une volition de l'auteur du texte de norme, comme la mise à jour de sa volonté, ou même de la volonté de la norme juridique. Cette volonté, cette décision — qu'il s'agisse de celle de l'auteur du texte de norme ou de celle du texte lui-même — ne sont pas présentes « en soi ». Seul le cas concret peut être décidé. Pour la seule raison du caractère futur de ces cas et donc des décisions particulières qui peuvent être rapportées à un texte de norme, on ne peut découvrir ni « la » volonté, ni « la » décision d'une disposition. Elles ne peuvent davantage l'être dans le cas juridique concret comme quelque chose d'abstraitement achevé, puisque la spécificité de ce cas elle-même prend part à la décision. *Le texte de norme, en liaison avec les standards d'une certaine culture de l'argumentation, c'est-à-dire avec les règles méthodiques reconnues, fournit des points de vue plus ou moins clairs, plus ou moins définitifs sur l'ensemble inachevé et ouvert vers l'avenir des décisions qui peuvent lui être imputées d'une manière méthodiquement fiable.* La concrétisation n'est pas la réexécution d'une décision déjà prise, d'une volonté déjà formulée. Une telle position pourrait tout au plus être ainsi corrigée : la volonté (de l'auteur du texte de norme ou du texte de norme lui-même) ne devrait précisément être supposée donnée que dans cette mesure où l'énoncé de la règle de droit, s'agissant d'un cas précis qui doit être tranché, offre effectivement des points de repère exploitables avec les moyens d'une méthode

* *Erkenntnisinteresse*, au sens, nous semble-t-il, où Jürgen Habermas utilise l'expression *in Connaissance et intérêt*, Gallimard, 1976 (voir not. préface de J.-R. Ladmiral, p. 17 et s.). *(N.d.T.)*

conforme au principe de l'Etat de droit et fournit en conséquence une aide à l'établissement de la norme juridique et de la norme-décision [57a].

Mais c'est alors précisément qu'il s'avèrerait qu'une telle volonté n'est objectivement rien de plus qu'une métaphore superflue, prêtant à confusion et d'ailleurs dépassée dans l'histoire scientifique pour le processus, notamment, de la création jurisprudentielle du droit. Lors de la concrétisation, seuls « la loi et l'interprète » [58] entrent en jeu, mieux : le texte de norme (plus toutes les possibilités méthodologiques relatives au programme normatif et au champ normatif) et le juriste concrétisant. Le juriste ne fait pas face, en outre, à un auteur reproductible, individuel ou collectif, à ses représentations ou à sa volonté. Il est seul l'auteur de la décision. Dans cette mesure, sur le terrain de la méthode traditionnelle, il vaudrait mieux privilégier la théorie dite objective de l'interprétation. Il convient toutefois de la libérer du concept comme de la représentation théorique de la « volonté » de la disposition juridique prise comme la « volonté objectivée de l'auteur de la norme (constitutionnelle) », et ce au profit de la concentration sur le cas concret et la règle de droit ; pour le reste également, comme on l'a montré, le fondement de la théorie dite objective est ici complètement abandonné.

Le positivisme légaliste et le décisionnisme se retrouvent dans le dogme de la volonté et de la décision, comme ils le font d'ailleurs parfois sur d'autres points. D'après la conception développée ici, le droit et la concrétisation du droit ne portent d'intérêt qu'à la « volonté » textualisée ; c'est-à-dire : l'objectif politique de la norme que révèle la genèse de la norme (et qui, eu égard à la pratique parlementaire ou extraparlementaire actuelle d'élaboration des textes, comme pour d'autres raisons devient de peu de consistance) n'a plus guère d'intérêt que lorsqu'on constate que des concepts légaux sont employés de manière parfaitement traditionnelle. Mais cet objectif ne peut plus être opposé comme une dernière carte au résultat acquis par la concrétisation. En revanche, pour les positions décisionnistes (comme d'ailleurs celles du positivisme légaliste) la possibilité d'isoler la « volonté » pour, en cas de conflit, la placer au-

[57a] Dans *son* propre contexte de la décision « juste » parce que « déterminée par le droit », à savoir prise de manière « prévisible et calculable », *Schmitt* IV (p. 71 et s.) veut tout miser sur la culture juridique : elle est « juste » lorsqu'« un autre juge aurait décidé de la même façon », à savoir « le juge normal quant à sa culture juridique (...) au sens quantitatif de la moyenne », lorsque la sentence donc « aurait été prise de la même manière par l'autre juge (celui de la pratique dans son ensemble) » (*ibid.*, p. 71, p. 79, p. 111 et s.) [sur ce point, voir O. Beaud, Préface à C. Schmitt , *Théorie de la Constitution*, PUF, « Léviathan », p. 31. *(N.d.T.)*]

[58] *Hatz*, p. 101 et s.

dessus du résultat méthodiquement élaboré de la concrétisation n'est déjà plus, au fond, un problème du droit, mais celui des rapports réels de pouvoir ; ce n'est déjà plus une question de la science juridique, mais un question qui relève de la métaphysique de l'histoire et de l'idéologie pratique.

Sur l'inutilité de la doctrine de la « volonté »

Il reste donc fort peu de motifs de conserver de manière métaphorique le dogme de la volonté dans une conception non-positiviste du droit [59]. La volonté dite objective telle qu'on la trouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale [60] ne signifie — correctement utilisée — rien autre que l'effet normatif, qui doit être concrétisé le plus rationnellement possible, d'une disposition eu égard à la question de droit à résoudre. Dans la jurisprudence comme dans la doctrine, le discours de la volonté du législateur (constitutionnel) sert assez souvent, comme postulat, d'ersatz aux arguments, de formule apparemment normative. La volonté du créateur de droit (plus exactement : de l'auteur du texte de norme) devrait, le cas échéant, être recherchée largement au-delà des travaux préparatoires à l'aide des moyens offerts par la science historique. Mais si la voie du recours à la psychologie historisante ou à l'historiographie générale est barrée par la spécificité de la tâche assignée à la méthodologie juridique, la justification du résultat de la décision ne peut venir que du processus de concrétisation lui-même, ce qui rend, dans cette mesure, la métaphore de la volonté parfaitement superflue. A ce propos, il faut rappeler que Savigny [61] voyait l'affaire de l'interprétation dans la reconstruction de l'idée ou du sens (prétendument) contenu dans la loi, mais pas dans la reconstruction de l'« intention » voisine de la « volonté ». Avec cette remarque, c'est du rejet d'une volonté hypostasiée comme objet de la concrétisation de la norme qu'il s'agit, et non pas encore de la conception insuffisante de l'interprétation prise comme simple reconstruction. Le dogme de la volonté prend sa source dans la science tardive des Pandectes pour être ensuite repris de là par la première théorie positiviste de l'Etat, notamment par Gerber et Laband. Il se poursuivait

[59] Par ex. : *P. Schneider* I, p. 28 : l'interprétation de la Constitution viserait à « la réalisation de la volonté réelle d'un constituant, d'une volonté se déployant dans le temps et l'espace ».

[60] Depuis : BVerfGE 1, 299 (312). Voir aussi : BGHZ 46, 74 (76). — Une critique justifiée du jugement « Disques » chez *Kilian* in *Ravel/Brinckmann/Grimmer* II, p. 75 et s. : cette argumentation n'est qu'une technique pour se couvrir ; les préférences entre les méthodes ne sont pas clairement exposées ; les considérations de politique juridique sont occultées par *le recours au législateur historique*.

[61] *v. Savigny* I, p. 212 et s.

dans la représentation de la norme juridique (confondue avec le texte de norme) comme un commandement et, à travers la séparation du droit et de la réalité, il privait la règle de droit, prise comme un soit-disant impératif hypothétique, de toute relation objective à son domaine de validité.

On découvre un autre parallèle à la convergence déjà évoquée entre les conceptions légal-positiviste et décisionniste dans cette idée[62] que l'apogée de la juridicisation (*Verrechtlichung*) apparemment accomplie à travers la Constitution se renverserait, dans le cadre de l'interprétation linguistique, en une déjuridicisation (*Entrechtlichung*) et « en une étonnante domination de l'extra-juridique ». Ici encore, on peut voir, malgré l'auteur cité, que toute méthodologie juridique est toujours appuyée sur une théorie de la norme, même si c'est souvent tacitement, et qu'une méthodologie qui, enfin, abandonne définitivement le positivisme doit, dans le même temps, élaborer une théorie (de la norme) juridique qui remplace celle du positivisme légaliste.

L'intérêt de décision

Le texte de norme et les circonstances concrètes à régler ne sont pas détachables l'un de l'autre. Les deux aspects offrent de manière différente mais complémentaire les éléments indispensables à la décision juridique. Ni un texte de norme ni une norme juridique qui aurait été antérieurement formulée en liaison avec ce texte (motif déterminant d'une décision antérieure) ne peuvent à eux seuls actualiser un problème juridique. Toute concrétisation travaille, même pour les questions simples, avec un cas juridique concret réel ou imaginé. *Le cas* donne l'impulsion à la concrétisation de la disposition et fournit en même temps dans ce processus les points de vue objectifs indispensables pour l'élaboration de la solution juridique, dans la mesure de la résistance qu'il oppose aux diverses solutions alternatives et selon le type des problèmes pratiques qu'il pose à la concrétisation[63]. Toute question de droit se pose sous la forme d'un cas concret réel ou imaginé. Tout texte de norme est significatif ou non au regard d'un cas qu'il doit (contribuer à) résoudre. Cet état de chose fondamental de la concrétisation juridique circonscrit l'*intérêt de connaissance* propre à la science et la pratique du droit, l'intérêt de connaissance spécifiquement juridique comme un *intérêt de décision*. Cela n'a rien à voir avec la

[62] *Leisner*, p. 664 et s.

[63] Sur cette connexion indissoluble du cas et de la concrétisation, toutefois manifestement assimilée à l'interprétation des textes, voir aussi : *Kriele*, p. 159 et s.

« mise en balance des intérêts » ni avec d'autres considérations du même genre. Cela caractérise l'horizon des tâches de travail et de l'attitude méthodologique déterminé par l'autonomie objective de la science juridique par rapport aux sciences dites de l'esprit. La nécessité d'une décision en droit (même s'agissant d'un cas imaginaire) contient certes la problématique de l'acte de compréhension, les moments et procédés cognitifs qui doivent être élaborés par la méthodologie juridique avec le même soin que ces moments et procédés qui dépassent la sphère de la cognition. Mais, du point de vue fonctionnel, la décision juridique ne s'épuise pas dans ses seuls éléments cognitifs. Elle déborde les questions « herméneutiques » au sens général des sciences de l'esprit, les questions liées à l'acte de compréhension. Il est d'ailleurs évident que le rapport entre les éléments cognitifs et les éléments non-cognitifs au cours du processus de concrétisation change à chaque fois selon la fonction juridique effectivement exercée. Il est clair, par exemple, que l'intérêt cognitif de « connaissance » occupe nettement le premier plan s'agisant de la concrétisation scientifique dans un cas imaginaire.

Précompréhension, valorisation, objectivité, rationalité

Ce qui a été dit jusqu'ici peut déjà expliquer quel rôle joue dans le travail juridique la précompréhension (*Vorverständnis*) de la norme à concrétiser et du cas concret. La conscience du travailleur juridique de devoir engendrer une décision et prendre la décision « juste » — quelles que soient par ailleurs les conditions de sa justifiabilité — au regard de l'orientation des textes de normes comme au regard de la justice d'espèce, cette conscience imprègne nécessairement la spécificité de la méthode juridique. De ce seul fait, la « précompréhension » ne peut signifier ici qu'une précompréhension juridique et non pas philosophique ou une précompréhension au sens des sciences de l'esprit. Cela vaut également à l'égard des éléments non-juridiques de la précompréhension idéologique au sens large, à l'égard du potentiel général de préjugés (*allgemeine Vorurteilshaftigkeit*) de tout acte de compréhension. La dogmatique, la théorie, la méthodologie du droit (constitutionnel) doivent disposer des moyens permettant de fonder de manière autonome les moments spécifiquement juridiques de ces préjugés en tant que précompréhension du monde juridique conditionnée par les normes et par les faits. Elles doivent permettre de les circonscrire clairement, de les différencier et de les incorporer ainsi au processus de concrétisation à titre de facteur structuré, contrôlable et discutable. La précompré-

hension juridique et la tentative de sa justification rationnelle — qui coïncide largement dans la pratique constitutionnelle avec l'insertion de contenus tirés de la théorie de l'Etat et de la Constitution — sont ainsi le lieu d'une *critique de l'idéologie* qui se développe sur le terrain de la pratique et qui doit être engagée non pas pour elle-même, mais au nom de la rationalité et de la justesse de la décision à produire.

La question de son objectivité et de sa validité universelle (*Allgemeingültigkeit*) se pose de façon spécifique à la science juridique traditionnellement conçue comme une science de l'esprit normative conditionnée par la réalité. Sa matière « historique » la sépare de l'objectivité des sciences de la nature ; sa soumission aux règles de droit en vigueur la distingue des sciences de l'esprit « compréhensives ». L'exigence d'objectivité juridique ne peut être posée au sens d'un concept idéal, mais bien, au contraire, en tant que l'exigence d'une rationalité vérifiable, discutable du travail du droit et en tant que l'exigence de justice concrète prise comme le caractère factuellement déterminé des prescriptions juridiques et comme l'incorporation des éléments factuels de la normativité dans le processus de concrétisation. L'objectivité au sens de cette déterminité concrète (*Sachbestimmtheit*) montre ceci : la tâche de la science juridique est circonscrite par la norme juridique (qui doit être élaborée dans le cas concret). Cette norme ne peut être de nouveau mise à distance abstraite de la réalité du champ de réglementation normé par l'intermédiaire de considérations a posteriori formulées par la philosophie du droit. Les tâches qui sont ainsi imposées ont besoin d'objectivité en un second sens : celui de la vérifiabilité rationnelle, pratique, et donc utile au droit, de la discussion et de la décision juridiques. Une science juridique sans décisions ni valorisations ne serait ni pratique ni réelle. L'exigence d'objectivité ne veut pas dire l'élimination, mais *la mise au grand jour des valorisations* nécessaires et effectivement mises en œuvre[64]. Si l'on entend, dans la science du droit, le postulat de la « neutralité axiologique » en ce sens que les valorisations permettent bien les jugements mais pas la connaissance objective et qu'elles doivent résider dans

[64] Par ex. : *Esser* III, p. 5 et s., p. 14 et s., p. 20. — Dans *Esser* V, la précompréhension est étudiée globalement sous l'aspect du « choix des méthodes » à la lumière du droit civil. — A la lumière de ce thème également, les différences graduelles entre les diverses méthodologies juridiques deviennent perceptibles. Pour le droit constitutionnel en tout cas, la *justice d'espèce* (*Fallgerechtigkeit*) (et la politique juridique qui lui est liée) n'entre pas pas dans la même mesure au premier plan, mais bien principalement les *critères objectifs* des normes constitutionnelles positives. — Sur la précompréhension, voir aussi : *Rosenbaum*, p. 66 et s. ; *Rottleuthner* I, p. 32 et s. ; considérations sociologiques chez *Opp/Peuckert*, par ex. p. 51 et s.

le domaine du spéculatif, c'est-à-dire hors de la pensée objective[65], on méconnaît alors la capacité de rendement du travail juridique. L'objectivité juridique n'est pas pensable sans valorisations et sans décisions. Dans la pensée juridique, les moments purement rationnels et purements axiologiques ne se rangent pas les uns à côté des autres, ou les uns derrière les autres. Bien qu'à l'état de mélange, les énoncés objectifs sont possibles en un sens limité spécifiquement juridique. Autrement, il faudrait en revenir au concept d'objectivité que le positivisme légaliste a repris sans le comprendre des sciences de la nature. La norme n'est pas donnée à l'avance dans le texte, elle n'est pas techniquement applicable. On ne vient pas à bout de sa concrétisation par la planification soit exclusivement d'actes particuliers de valorisation soit, au contraire, exclusivement d'actes de déduction logique. C'est pourquoi une pluralité de « méthodes » vérifiables comme autant de petites étapes sont nécessaires. C'est pourquoi l'objectivité, prise dans sa seconde signification, en tant que clarté et honnêteté méthodique, doit réaliser le possible que la science juridique peut atteindre sans s'illusionner soi-même. On ne saurait entendre l'objectivité juridique en ce sens qui a marqué le débat autour de l'absence de présupposés dans la science (*Voraussetzungslosigkeit der Wissenschaft*) : c'est-à-dire l'« objectivité » d'une science sociale qui entend se refuser à toute valorisation, qui tient les positions fondamentales pour principiellement détachables de la connaissance scientifique et s'en remet avec confiance à un tel dualisme des méthodes. A son encontre, Max Weber a distingué à bon droit entre le problème pratique de la valorisation et le problème théorique de la valeur, entre le caractère inévitable des procédures décisionnelles et cognitives valorisantes et la question théorique des présupposés dans la science[66]. L'objectivité juridique ne saurait prétendre aller à la rencontre du texte de norme et du cas d'espèce sans « présupposés ». Ces derniers sont inévitablement déjà essentiellement donnés avec le langage, qui embrasse les prescriptions juridiques comme les interprètes. Ils agissent enfin comme connaissance des contextes objectifs, de données d'expérience et, à non moindre titre, comme positions, aspirations et contenus théoriques (des théories du droit, de l'Etat et de la Constitution), dogmatiques et politiques (politique juridique et constitutionnelle). Ils fonctionnent ainsi comme des concepts préalables et moteurs à l'égard de la concré-

[65] En ce sens *Ballweg*, p. 16. — En général sur le couple objectivité subjectivité dans la science du droit : *Hruschka* II, p. 89 et s.

[66] *Weber* I, p. 475 et s. (*N.d.T.* : Weber, Essai sur le sens de la neutralité axiologique dans les sciences sociologiques et économiques, in *Essais sur la théorie de la science*, trad. J. Freund (1965), rééd. 1992, p. 365 et s., et en part. p. 395 et s.)

tisation particulière. Le travail juridique doit au premier chef contrôler, avouer et exposer sans fard ses propres présupposés.

Ce qui vient d'être dit découle de la nature de la science juridique comme *science pratique*. La science juridique ne doit pas renoncer, dans l'Etat de droit démocratique, à la discutabilité optimale de ses résultats et de ses modes d'argumentation. Même en tant que science normative, elle obéit à l'intention de validité universelle (*Allgemeingültigkeit*) (qui ne peut être produite que rationnellement). L'exigence de la *plus grande* rationalité *possible* découle de l'impossibilité d'une rationalité intégrale ; la supposer signifierait méconnaître le caractère de décision et de valorisation du droit. Cet aveu délimite le champ du possible. Si l'on ne tempère pas ainsi l'ardeur rationaliste, l'idéologie pourrait s'épanouir sans limite, sans contrôle. Or le principe d'un Etat de droit démocratique impose que le résultat de la concrétisation des normes soit non seulement clair dans la direction qu'il emprunte, mais aussi dans la qualité juridique de ses moments constitutifs particuliers : dans ses présupposés théoriques (de la théorie du droit, de l'Etat et de la Constitution), dans les étapes du processus réel de concrétisation et dans les critères utilisés ; mais aussi dans ses valorisations, ses certitudes et ses comparaisons qui ne peuvent être rationalisées jusque dans leur détail, dans la mesure où elles (co-)fondent le jugement. La rationalité « maximale » élucide le plus loyalement possible sa propre démarche ; l'honnêteté « optimale » des méthodes induit le moins possible de valorisations globalisantes dans la conscience juridique qui vérifie ses résultats. On ne vise pas ainsi à un perfectionnisme utopique, mais simplement à ce que les processus de concrétisation soient présentés de telle sorte qu'ils divulguent clairement l'effort de médiatisation des circonstances de l'espèce, du texte de norme, du programme normatif et du champ normatif par l'intermédiaire et dans les limites de la méthodologie juridique. Et ce plutôt que le retranchement derrière des arguments rhétoriques secondaires, introduits dans un but précis, globalisants ou naviguant sous pavillon de complaisance.

Fonction de la précompréhension juridique

Le problème de la précompréhension n'est pas spécifiquement juridique. Mais il pénètre dans la méthodologie juridique d'une manière spécifique. Il s'exprime dans ce fait que les valorisations d'origine subjective comme les échelles subjectives de valeurs ne peuvent être exclues de la science. Ce constat préserva le débat autour de l'absence des préjugés dans la science dans les années 20 de tomber dans le réalisme conceptuel du positivisme. Max Weber a qualifié d'illusion naïve du savant le fait de négliger l'influence des valeurs qu'il apporte inconsciemment à sa matière sur le choix et la délimitation de la recherche scientifique. La compréhension et la décision, la compréhension et son exécution entendue comme l'acte de l'individu comprenant forment une cohésion encore plus intime dans l'historicité de l'existence. La précompréhension apparaît comme étant la relation vitale qu'entretient l'individu comprenant à la chose qui doit être comprise ; la précomprehension est cette relation qui seule peut fonder la possibilité de l'acte de compréhension[67]. Dans le cas juridique, le texte de norme et les éléments constitutifs des circonstances de l'espèce — à côté des problèmes d'interprétation et du processus global de concrétisation — actualisent en même temps un rapport objectif préalable du juriste agissant à l'égard de ces problèmes. Les précompréhensions linguistiques comme sur le fond doivent être envisagées, dans leur fonction productive, comme la condition et le présupposé de l'acte de compréhension en général et tout particulièrement dans le travail juridique.

Le concept traditionnel de cercle herméneutique trouve ici un fondement qui dépasse le rapport sujet/objet de l'interprète avec le texte. Comme on l'a dit, on ne vise pas ainsi l'arbitraire dans la précompréhension juridique. Les tâches méthodiques et théoriques que celle-ci impose se transforment, dans le cadre du cas juridique, en une problématique *concrète* qui codétermine encore la précompréhension. Cela s'effectue au cours de la procédure de concrétisation sur la base de la structure de la norme juridique à produire, en tant qu'elle recouvre une portion de la réalité, comme à partir de la teneur matérielle du cas à trancher. La séparation des composantes de la précompréhension légitimes au plan normatif d'avec celles qui ne reposent sur aucune base normative, comme aussi sa délimitation par rapport à la précompréhension globale — idéologique — se produisent dans le cours de la concrétisation. Dans le cadre de cette dernière, les contenus de la précompréhension doivent être introduits sans camouflage dans l'argumentation, si l'on souhaite qu'ils ne constituent pas des sources incontrôlables d'erreurs. A défaut, on n'aurait fait sur ce point aucun progrès par rapport au positivisme légaliste qui ignore ou tait ces éléments. L'établissement objectivement conséquent d'une précompréhension juridique qui précède à chaque fois la discussion et la solution du cas particulier ne peut cependant pas être l'affaire de la seule concrétisation de ce cas parti-

[67] *Ebeling*, p. 256 et s. ; *Gadamer*, p. 250 et s., p. 261 et s., p. 314 et s. (trad. fr., *précit.*, p. 103 et s. *N.d.T.*).

culier précisément. Cet établissement relève des missions de la théorie juridique et, dans le droit public, avant tout de la théorie constitutionnelle qui, dans un échange permanent avec les résultats de la réalisation législative, administrative et judiciaire du droit, adapte à la théorie les solutions adoptées au niveau qui leur sont approprié au moyen de la constitution de groupes de cas, de types de problèmes, de concepts et de principes [68].

Précompréhension et « choix des méthodes »

Précompréhension et « choix des méthodes » doivent en conséquence être assimilés avant tout à deux niveaux : d'une part, par l'analyse des diverses fonctions de la précompréhension tant idéologique que juridique — qu'elle soit non-spécialisée ou spécialisée et particulièrement tirée de la théorie constitutionnelle — ainsi que par l'analyse de la possibilité de sa rationalisation méthodologique en vue du travail juridique pratique (ce qui signifie aussi rationalisation du point de vue de la dogmatique, de la théorie, des sciences sociales, de la politique juridique, des techniques de résolution de cas, ainsi que de la critique de l'idéologie) ; d'autre part, afin de préciser les figures méthodiques parmi lesquelles il convient en pratique, sur la base du travail précédent, de « choisir ». Ce choix sera d'autant plus rationnel que les moyens de la concrétisation de la norme et les contenus de la précompréhension seront plus précisément méthodiquement circonscrits. La présente méthodologie structurante entreprend d'esquisser cette démarche. La précompréhension et le choix des méthodes ne sont les éléments d'un travail contrôlable que dans la mesure où ils peuvent être justifiés dans le cas particulier au moyen des éléments de méthode déjà élaborés et encore à développer. Autrement, ils restent irrationnels ou jouent avec des cartes truquées.

Concrétisation

L'expression « concrétisation » a fait sa carrière de concept sur fond d'un positivisme qui, aujourd'hui comme hier, ne distingue pas la norme juridique du texte de norme [69]. Dans la théorie structurante du droit, par contre, le

[68] Sur ce point : *Ehmke* III, p. 56 et s. ; *Müller* I, p. 47 et s.
[69] Par ex. : *Kelsen* I, p. 242 : « un processus d'individualisation ou concrétisation constamment croissantes » au sens du chemin qui mène du général ou abstrait à l'individuel ou concret [Voir : *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. fr. par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 318. *(N.d.T.)*] ; *Engisch* IV.

concept de concrétisation ne désigne pas un schéma modernisé ou enrichi [70] de découverte du droit (*Rechtsfindung*). Il vise un modèle construit sur le fondement d'une conception d'ensemble d'un type nouveau.

La science juridique prise en ce sens est une réflexion sur la *production* du droit, pas une science de la justification au sens de la légitimation d'une « ex »-plication de texte. « Concrétiser la norme juridique », cela ne signifie pas ici que la norme existerait préalablement à la survenance du cas concret et à sa solution. C'est ce que pense pourtant le positivisme, tout autant que le néo-positivisme et les divers anti-positivismes. Selon l'opinion dominante autour de laquelle ces différents courants se retrouvent, la norme juridique préalablement donnée en tant que telle doit être rendue plus concrète, c'est-à-dire plus étroite et plus précise, pour le cas d'espèce ; elle doit être « concrétisée » de l'universel au particulier, du général à l'individuel. D'après cette conception dominante, le juriste retaille pour ainsi dire « la » norme juridique aux dimensions de la version miniature qui convient et décide alors du cas concret. Les écoles antipositivistes se distinguent du positivisme légaliste classique par le fait qu'elles envisagent la nécessité d'une intervention active du juriste. Mais l'erreur fondamentale qui considère la norme juridique comme existant *avant* le cas concret, la croyance à une *lex ante casum* demeure par contre un point de départ commun aux tendances positivistes et anti-positivistes.

Après que le modèle du syllogisme et de la subsomption fut dès le début caractéristique du positivisme et bien que l'expression « concrétisation » soit depuis en circulation pour désigner une variante obscure de ces représentations, il existe cependant de bonnes raisons pour replacer cette expression sur des bases nouvelles, pour l'amener à la dignité du concept. L'incompréhension de type linguistico-émotionnelle selon laquelle le positivisme continuerait derrière cette expression de s'avancer à couvert est donc parfaitement injustifiée.

La méthodologie juridique est une technique de décision et d'imputation liée par l'exigence justificatrice de la soumission au droit positif. Elle doit

[70] *Kriele* succombe à ce malentendu fondamental. Par ex. : p. 316 (« affinement des canons méthodologiques »), p. 317 (« technique de l'algorithme au moyen de règles méthodiques »), p. 324 (« les éléments d'interprétation de Savigny (...) complétés et affinés de façon méritoire »). — Voir en revanche *Bonavides* II, p. 251 : cette « méthodologie dépasse le modèle classique de Savigny, conçu sur les bases du droit privé ». — Ce que le « déconstructivisme », poursuivant les travaux de *Derrida*, met aujourd'hui en avant dans le cadre de la théorie (*narrative*) du droit à travers la « différence du langage et de la signification » et le caractère de démarche créatrice qui marque la décision juridique, la théorie structurante du droit (depuis 1966) puis la méthodologie structurante (depuis 1971) l'avaient mis en œuvre sur la base d'une théorie immanente à la science du droit. — Sur la théorie narrative du droit : *Broeckman* IV, p. 347 et les réf. citées.

garantir la possibilité de maîtriser rationnellement, conformément au principe de l'Etat de droit, la divergence entre le texte de norme, la norme juridique et la norme-décision. Chacun des procédés particuliers du travail effectué dans ce domaine sont ici rassemblés dans l'expression « concrétisation ». Ce concept ne désigne nullement la réduction d'une norme générale donnée aux dimension du cas d'espèce, mais *la production*[70a] *d'une norme juridique générale* dans le cadre de la solution d'un cas déterminé. On ne peut démontrer l'existence d'une norme juridique préalable qui « contiendrait » des facteurs actifs, des contenus de commandements, des énoncés substantiels de quelque nature qu'ils soient et qui pourraient être ensuite distribués dans les cas particuliers. Le point de départ à la solution d'un cas ne peut être une norme juridique, mais seulement un texte de norme. Celui-ci a l'effet d'un signal et la fonction d'une limitation dans les processus de production du droit et d'argumentation, c'est-à-dire dans les processus de décision et de démonstration juridiques.

Ce n'est que dans de rares cas-limite (s'agissant de champs normatifs purement produits par le droit tels que les délais, les échéances, certaines dispositions quantitatives d'autres types...) que les concepts juridiques dans un texte de norme peuvent décrire matériellement de façon fiable ce qui est visé. En règle générale, ils se bornent à évoquer comme signaux ou concepts relationnels la référence qui correspond dans la réalité sociale. Le texte de norme ne peut *contenir* la normativité. A l'intérieur de son cadre linguistique, il guide et limite les possibilités légales et, dans cette mesure, légitimes de la solution d'espèce soumise au droit. Les concepts juridiques dans les textes de normes ne possèdent pas de « signification », ils n'établissent pas de « sens » comme le voudrait la conception d'un donné préalable et définitif. C'est bien davantage la prestation active du récepteur, du juriste décidant du cas, qui occupe le premier plan et auquel est confiée une certaine compétence sur la base d'une répartition normée des tâches et des rôles. Il ne se contente pas de subsumer, d'appliquer un commandement donné à l'avance, il ne se borne pas à simplement interpréter, au sens de l'« ex »-plication de texte. Il élabore au contraire tout d'abord, en partant du texte de norme et des circonstances de l'espèce, une norme juridique générale qui, d'un point de vue typologique, concerne l'espèce donnée. A la suite de quoi il aiguise cette norme en vue de l'espèce qui doit être tranchée, l'individualise en norme-décision. La concrétisation de la norme juridique est donc d'abord création d'une norme juridique générale qui n'existe pas encore ; elle n'est pas la simple « réexécution » d'évaluations législatives ou

[70a] Voir aussi, venant d'un autre horizon, *Derrida* III, p. 47.

d'« opérations intellectuelles objectivement préexistantes »[71]. Les compétences distribuées par la Loi fondamentale à la législation, l'exécutif et la jurisprudence ne sont pas seulement des compétences d'« explication », d'« interprétation », de « réexécution » des textes de normes de la Constitution ou du droit infra-constitutionnel. Ce sont également des compétences de concrétisation du droit et de décision d'espèce obligatoire dans le cadre desquelles l'interprétation comme explication de textes est certes un élément important, mais n'en est qu'un parmi d'autres. Ce n'est que là où parfois la procédure de concrétisation s'apparente à un acte de transposition dépourvu de toute valorisation, à une conclusion logico-juridique, que l'on peut parler d'application du droit ou de réexécution : c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de textes de normes quantifiants, numériquement déterminés, par exemple de dispositions procédurales, fixant une échéance ou un délai, ou bien des prescriptions relatives à la composition numérique d'une formation de jugement. La pratique sait cependant suffisamment que même dans de tels cas-limite certaines difficultés ou obscurités sont inévitables. Même dans de telles hypothèses, il convient de rester conscient de la non-identité de la norme et du texte de norme comme de la relative autonomie d'un champ normatif même produit par le droit, même numériquement délimité. Tout ce qui ne touche pas à ces cas-limite, c'est-à-dire la grande masse des problèmes juridiques, prend inévitablement le caractère d'une *création de norme juridique* guidée par des textes de normes et, à la suite, d'une production de norme-décision soumise à la norme juridique. Les attributs de la normativité ne peuvent être dégagés que dans le processus de résolution d'un cas. Et dans une démarche qui conclut la concrétisation, la norme-décision doit alors être prononcée par un acte individualisant d'imputation. Pour résumer, la *normativité* est ici conçue comme un processus effectivement structuré et qui peut être, en conséquence, scientifiquement structuré ; ce processus envisagé sous l'aspect de la technique du travail de résolution des cas d'espèce guidée par les textes de normes et soumise aux norme juridique est qualifié de concrétisation des normes.

Dans son rapport au « *concret* », la « *concrétisation* de la norme » signifie ce qui suit : premièrement, le texte de norme n'est pas identique à la norme ; deuxièmement le texte de norme est, du côté du « droit en vigueur », la donnée

[71] Caractéristique de l'opinion généralement dominante en ce sens : *Canaris* II, p. 145 et s., p. 148. — Voir la position de *Geiger* telle que « reformulée » dans le langage de la conception développée ici, (« L'application du droit n'est guère possible que sous la forme d'une reconstruction du droit ») (*Gromitsaris*, par ex. p. 90). Mais la « norme subsistante » de *Geiger* n'est pas ce qui est ici explicité par la notion de *norme juridique* !

de départ du processus de concrétisation provoqué, du côté factuel, par les circonstances de l'espèce à résoudre ; troisièmement, le texte de la norme juridique créée durant le processus de solution du cas est plus *concret* que le texte de norme parce que plus étroitement, plus fortement lié, au plan typologique, à l'espèce en cause ; quatrièmement, le texte de la norme juridique de son côté est plus général que celui de la norme-décision. Jugées d'après leurs configurations linguistiques, la norme-décision est plus concrète que la norme juridique, et cette dernière plus concrète que le texte de norme. C'est précisément pour cette raison, et non par suite de cette considération pseudo-ontologique de la doctrine dominante relative à la norme juridique comme donnée préalable, que l'expression de « concrétisation de la norme » est parfaitement appropriée pour désigner ce processus dans son ensemble : durant la séquence qui mène du texte de norme à la norme-décision en passant par la norme juridique, les éléments du travail juridique, mis en forme textuelle, appréciés à partir des données de l'espèce et en vue de la solution de l'espèce, deviennent progressivement plus concrets selon le rythme du processus de décision, considéré tant dans son évolution empirico-temporelle que dans son développement systématique et conceptuel.

En second lieu, dans son rapport à la « *norme* (la *norme juridique*) », la concrétisation *de la norme* » ne signifie donc pas que celle-ci existerait préalablement, qu'elle serait (à côté des circonstances de l'espèce) la donnée normative de départ du processus de décision et qu'il suffirait ensuite « de la rendre plus concrète ». Au contraire, la norme juridique doit en tout état de cause d'abord être créée. Lorsque cela s'est produit, la norme juridique qui représente le résultat d'un travail, une phase intermédiaire de la décision, est ensuite réduite en une norme-décision encore plus concrète, une norme-décision qui, la première, régit immédiatement le cas concret.

C'est une illusion « d'optique », et en vérité une erreur systématique et objective très répandue dans la doctrine dominante que de ne pas démêler la question du « normatif » de celle du « concret ». Envisagée d'un point de vue réaliste, la solution d'espèce, en tant qu'elle peut être légitimée au regard du droit en vigueur, constitue par contre une démarche au cours de laquelle les instruments de travail sont rendus progressivement plus concrets du fait d'une action créatrice du juriste décideur. Une *concrétisation*, donc, dont les données de départ sont, du côté factuel, les circonstances de l'espèce et, du côté du « droit en vigueur », les textes de normes que le juriste a sélectionnés à titre

d'hypothèses [72]. Le juriste commence avec les circonstances de l'espèce et sélectionne dans la masse des textes de normes du droit « en vigueur », en fonction des caratéristiques du cas, les hypothèses textuelles qu'il suppose convenir. Sur la base de celles-ci, il dégage les champs factuels des normes juridiques supposées convenir à la suite du choix des textes, et réduit, en règle générale, ces champs factuels aux dimension du champ d'espèce. Ces éléments pris dans leur ensemble ne sont pas normatifs. Les processus de concrétisation ne peuvent se passer de données de départ non-normatives — et ce malgré les conceptions dominantes, qu'elles soient positivistes ou anti-positivistes, qui prétendent pouvoir poser au point de départ, avec « la » norme juridique, l'instance normative complète.

Malgré tout, le processus de concrétisation n'est pas pour autant « libre », arbitraire, a-juridique. En effet, toutes les grandeurs de départ, à l'exception des circonstances de l'espèce, sont préparées pour la *production de données normatives* : le texte de norme rapporté aux données linguistiques conduit à l'élaboration du programme normatif ; le texte de norme rapporté aux données réelles conduit à la délimitation du champ factuel, à sa réduction en champ d'espèce puis à la constitution du champ normatif gouvernée par les critères posés par le programme normatif. Le programme normatif et le champ normatif fournissent ensemble la norme juridique (normative), et celle-ci une fois aiguisée en fonction du cas individuel, livre la norme-décision (normative). Tandis que les circonstances de l'espèce, qui à travers la décision doivent être mises en forme juridique, sont assujetties aux instances normatives, les facteurs de départ non-normatifs sont tous, sans exception, destinés à produire ces instances normatives selon une démarche méthodiquement régulée qui puisse être rationnellement exposée et reproduite. Les éléments *normatifs* du travail juridique sont en conséquence toujours seulement ses *résultats* : la norme juridique comme résultat intermédiaire, et la norme-décision comme résultat final.

Le juriste qui, par exemple, choisirait — à côté des données d'espèce — *à la place* des textes de normes appropriés des jugements lui semblant convenir (mais non légalement obligatoires) ou bien encore un objectif à atteindre par la décision qui le satisferait personnellement, ce juriste agit contrairement à son devoir, au plan subjectif, et contrairement au droit, du point de vue objectif. A moins qu'il ne réintroduise ultérieurement ces textes de normes du droit en vigueur et travaille à partir de là correctement. Cette appréciation, « objecti-

[72] Sur les notions de « circonstances de l'espèce » (*Sachverhalt*), « champ factuel » (*Sachbereich*) et « champ d'espèce » (*Fallbereich*), voir : *Müller* XIX, p. 250 et s.

vement contraire au droit », ne s'applique pas non plus lorsque le résultat obtenu correspond, par hasard pour ainsi dire, à celui qui aurait été acquis selon une méthode correcte ; lorsque, donc, la décision n'est certes pas justifiée par les conditions réelles de sa genèse mais qu'elle est par contre *susceptible* d'être justifiée dans son résultat au regard du droit en vigueur.

Déroulement de la concrétisation

Ces structurations du champ de la méthodologie juridique ont été élaborées, justifiées et discutées en d'autres endroits [73]. Elles ont conduit à compléter le *modèle structurel* statique (à l'exception du cas d'une mutation normative) de la norme juridique par un *modèle progressif* (*Ablaufmodell*) dynamique de la concrétisation [74]. Le travailleur du droit part des *circonstances de l'espèce*, telles qu'elles se présentent ou qu'il les a imaginées, et sélectionne à l'aide de ses caractéristiques les *hypothèses de textes de normes* qu'il considère convenir au sein de la masse des textes du « droit en vigueur », comme l'on dit [75]. Il en vient ensuite aux *champs factuels* des normes juridiques supposées appropriées à travers le choix des hypothèses textuelles. Puis, pour des raisons d'économies de travail, il réduit ces champs factuels aux *champs d'espèce* avant d'élaborer le *programme normatif* par le moyen de l'interprétation des données linguistiques. A l'aide de ce programme, il sélectionne au sein du champ d'espèce ou du champ factuel, la portion des faits qui sont normativement efficients, le *champ normatif*. Dans la dernière partie de ce travail, il individualise la *norme juridique* ainsi établie en une *norme-décision*. Le schéma ci-joint permet de visualiser les éléments et les stades principaux du processus de concrétisation d'une norme [76].

[73] *Müller* VI, p. 123 et s. ; *Müller* XVI, p. 145 et s. — Pour la critique : *Schlink* IV, p. 94 et s. ; *Schlink* V, p. 75 et s. ; *Böckenförde* II, p. 2096 et s. ; *V. Neumann* ; *Rottmann*, p. 41 et s., p. 50 et s. ; *Maus* I, p. 153 et s. ; *Chr. Müller* , p. 211 et s. ; *Fohmann*, in *Müller /Pieroth/Fohmann*, p. 97 et s., p. 104 et s. ; *Bonavides* I.

[74] Sur ce point : *Müller* XIX, p. 250 et s.

[75] *Comme l'on dit*, parce qu'il s'agit là en réalité non pas de la masse des normes juridiques mais seulement des textes de normes qui doivent ensuite être méthodiquement travaillés pour déboucher sur les normes juridiques d'abord, avant que, de celles-ci, on dégage les normes-décisions, tandis que le droit *en vigueur* quant à lui se compose en fait tant (potentiellement) des normes juridiques que des normes-décisions (actuelles et individuelles).

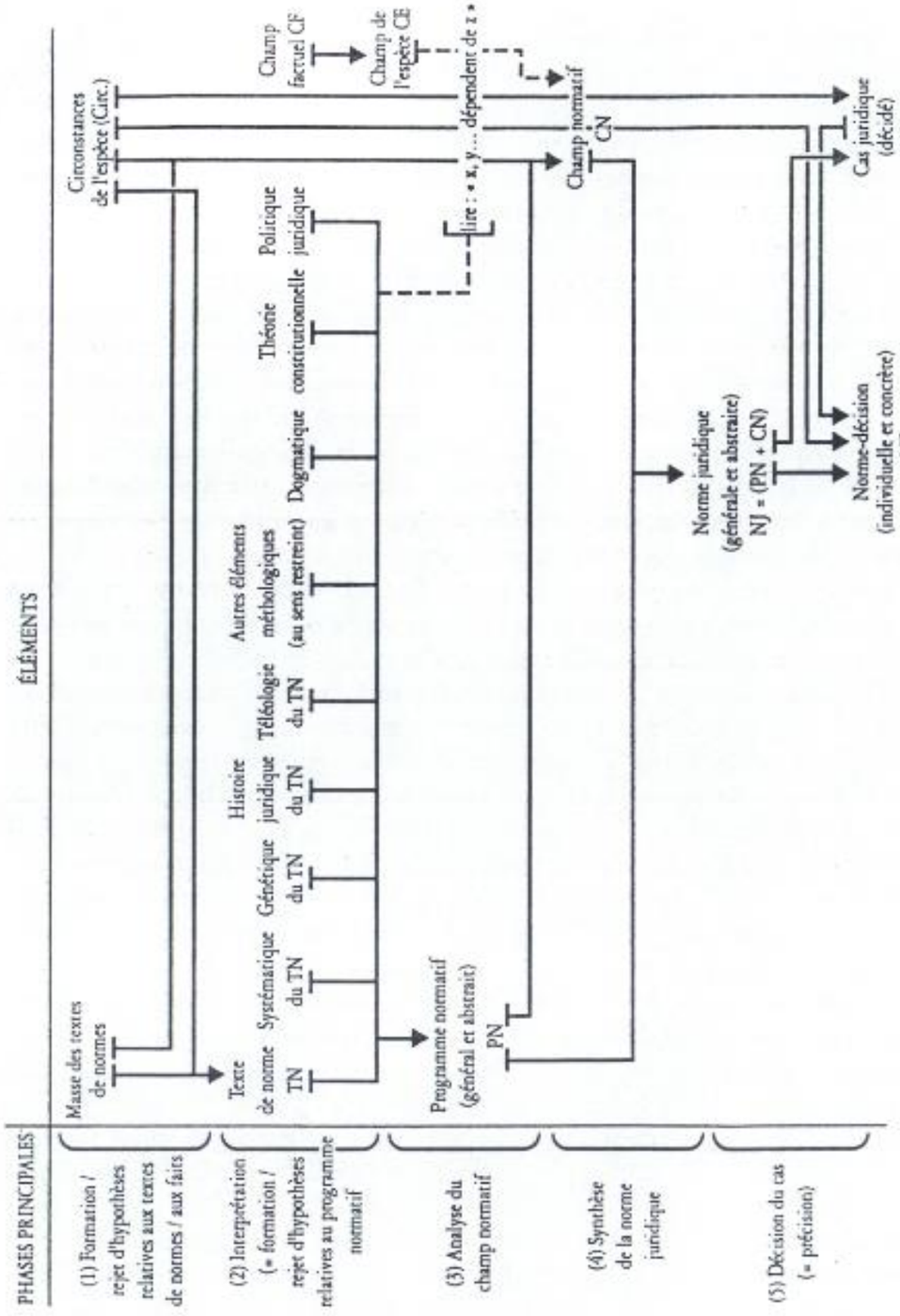
[76] Les éléments de la technique de résolution de cas ne se trouvent pas représentés dans le schéma puisque, selon la conception soutenue ici, cette *technique de résolution* ne fait pas partie de la méthodologie juridique mais la complète du dehors. — Ce schéma est repris par ex. chez : *Hattori*, p. 149 ; *Gomes Canotilho*, p. 231.

Le sujet de la concrétisation

A la question « qui, à proprement parler, résoud le cas d'espèce ? », on peut recenser plusieurs positions fondamentales adoptées successivement dans l'histoire de la science moderne du droit. Au positivisme légaliste originaire correspond l'idée selon laquelle, au bout du compte, le cas est résolu par la prescription elle-même (confondue avec son texte). En effet, le juriste n'ajoute rien quant au contenu, n'agit pas sous sa propre responsabilité et laisse la logique objective seule régner. Le syllogisme, la subsomption, la construction conceptuelle obéissent à des critères *logiques* dans une démarche purement cognitive, sans exiger de la part du juriste une évaluation matérielle qui fonde la décision, sans pouvoir engager sa propre responsabilité quant à la correction et aux conséquences de son acte. Un cas juridique émerge-t-il qui convienne à la norme tant dans sa structure que dans son étendue, cette norme se referme alors comme un piège logique, transformée en majeure, elle assujettit les circonstances de l'espèce devenues mineure du syllogisme.

D'après les vues du positivisme tardif de la Théorie Pure du droit, c'est désormais le juriste qui résoud le cas à l'aide de la norme (toujours assimilée à son texte). En effet, la responsabilité de l'agir devient indispensable dès lors que la logique se refuse à fonctionner, dès lors que des marges résiduelles demeurent qui ne sont pas logiquement surmontables, qui ne peuvent être fixées avec certitude. Dans la mesure donc où la norme ne régit pas complètement et précisément le cas d'espèce, il faut inévitablement qu'une *décision de politique juridique* comble la lacune ouverte par la logique. Pragmatique, Kelsen reconnaît qu'il s'agit là du cas typique ; vue sur un plan systématique, cette reconnaissance d'une responsabilité juspolitique représente une concession, une solution de nécessité inévitable eu égard à la défaillance de la conception syllogistique. L'opposition artificielle du devoir-être et de l'être dans la théorie du droit est complètée, du côté de l'action du juriste, par celle de la logique et de l'acte de politique juridique dans l'espace laissé vacant. « La » norme est, tout comme auparavant, considérée comme étant donnée à l'avance ; elle est simplement *rétrécie* dans l'optique de la décision.

Pour la théorie structurante du droit, ce ne sont pas les normes ni leurs textes, ce ne sont pas davantage les instructions méthodologiques qui résolvent une question de droit. Ce sont les juristes, en tant qu'il agissent, qui, suivant le fil directeur des textes de normes et les limites qu'ils imposent dans un Etat de droit, décident, justifient, communiquent et, le cas échéant, engagent l'exécution concrète de la norme-décision. Le *sujet* du processus de concrétisation



Eléments et phases principales de la concrétisation des normes (conception et mise en forme : Lothar H. Fohmann).

n'est jamais la norme juridique. Puisqu'elle n'est pas donnée à l'avance — on ne peut en effet le dire que du texte de la 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 droit. Et, en vérité, non pas seulement dans le domaine résiduel de la marge non maîtrisée par la logique, mais bien pour le processus de décision *dans son ensemble*. Le travailleur du droit, qui produit la norme, guidé par les méthodes, résoud l'espèce au moyen d'une norme-décision qui doit découler de la norme juridique (élaborée à partir des circonstances de l'espèce, des hypothèses textuelles et du champ factuel). Cette norme doit elle-même pouvoir être rationnellement et méthodiquement comprise et être imputée à certains textes précis du droit en vigueur. La concrétisation n'est donc pas une re-construction. *La concrétisation d'une norme signifie la construction d'une norme juridique*, de laquelle il reste encore à dériver la norme-décision.

L'élaboration de la norme juridique à partir du texte de norme et des circonstances de l'espèce n'est pas arbitraire au regard du droit. Le juriste est lié par la norme élaborée par lui dans le cas concret : la norme-décision *doit* être tirée de cette norme. Cette soumission du juriste à une instance normative qu'il vient tout juste de constituer n'est pas un paradoxe, mais une description réaliste, débarassée des illusions traditionnelles et des déformations conceptuelles qui en découlent, une description de ce qui suit normalement son cours à l'occasion d'un acte de décision soumis au droit.

DROIT CONSTITUTIONNEL ET MÉTHODOLOGIE STRUCTURANTE

Conception de la Constitution

Au cours de l'analyse qui a été menée jusqu'à présent, il est devenu évident que la spécificité de la méthodologie du droit constitutionnel est la conséquence de la spécificité du droit constitutionnel lui-même au sein de l'ordre juridique pris dans son ensemble. Dans ce contexte, on ne saurait partir de « la » Constitution en général, pas même de l'essence de la Constitution bourgeoise moderne, mais seulement de la Constitution de cette communauté-ci, de la Loi fondamentale de Bonn. Puisque les questions de méthode sont des questions concrètes, les problèmes posés par une méthodologie qui doit être

produite ici et maintenant ne peuvent être séparés des caractères propres à cette Loi fondamentale, de ses champs factuels ni du destin de cet ordre constitutionnel qui s'est accompli au cours de l'histoire de la République Fédérale d'Allemagne. Le fait qu'une méthodologie doit se développer dans un ordre juridique qui connaît ou ne connaît pas l'institution d'une juridiction constitutionnelle est par exemple d'une importance particulière pour cette méthodologie. Les points de vue que fournit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale sont ainsi une composante incontournable de la méthodologie juridique envisagée sous l'empire de la Loi fondamentale.

On ne veut pas dire par là qu'il convient de suivre la conception générale de la Constitution telle qu'elle est explicitée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour voit ainsi le noyau essentiel de cet ordre constitutionnel dans les contenus traditionnels et repris au plan normatif de la démocratie représentative et parlementaire au sens du constitutionnalisme libéral allemand [77], dans l'Etat de droit libéral [78], dans l'Etat fédéral [79] ainsi que dans la composante nouvelle qu'ajoute le principe de l'Etat social [80]. La Constitution ainsi décrite dans son noyau essentiel matériel, n'est pas conçue dans le sens d'une compréhension formelle, mais comme une unité matérielle, comme « un ordre unitaire de la vie politique et sociale dans la communauté étatique » [81], fondée sur des « valeurs » qui précèderaient l'ordre juridique positif [82]. Dans l'ensemble, la Loi fondamentale serait un « ordre axiologique constitutionnel » [83] qui, s'il est idéologiquement (*weltanschaulich*) neutre [84], n'est cependant pas « neutre axiologiquement » [85]. L'interprétation de la Constitution devrait correspondre à ces tendances dispersées en vue d'une théorie matérielle de la Constitution. L'interprétation doit être guidée par le « système axiologique propre » [86] qui, selon l'opinion de la Cour, informe les normes constitutionnelles, par les droits fondamentaux et les « autres principes élémentaires de la Loi fondamentale », au total, par son « ordre de valeurs » [87].

[77] BVerfGE 4, 144 (148) : « une démocratie parlementaire, représentative et libérale ».
[78] Par ex. : BVerfGE 5, 85 (197, 379). — Sur les *impératifs de l'Etat de droit* que sont la clarté et la précision des normes, la justiciabilité (ainsi que sur l'activité « de concrétisation » impartie aux tribunaux) : BVerfGE 31, 255 (264) (affaire des enregistrements magnétiques privés).
[79] Par ex. : BVerfGE 1, 299 (314 et s.) ; 6, 309 (340, 364) ; 13, 54 (77 et s.) ; 12, 205 (229).
[80] Par ex. : BVerfGE 5, 85 (379) ; 6, 32 (41) ; 14, 288 (296).
[81] BVerfGE 19, 206 (220).
[82] Par ex. : BVerfGE 3, 225 (233) ; voir, par contre, pour une retenue justifiée de la Cour eu égard à la « variété des doctrines du droit naturel » : BVerfGE 10, 59 (81).
[83] BVerfGE 6, 32 (41). Voir aussi : BVerfGE 10, 59 (81) ; 12, 45 (51) ; 13, 46 (51) ; 13, 97 (107) ; 14, 288 (301).
[84] Par ex. : BVerfGE 12, 1 (4).
[85] Par ex. : BVerfGE 2, 1 (12) ; 5, 85 (134 et s.) ; 6, 32 (40 et s.) ; 7, 198 (205).
[86] Cette formulation dans : BVerfGE 5, 85 (139).

Structures et fonctions du droit constitutionnel, légalité et légitimité

Une méthodologie qui entend éviter de procéder à des anticipations de théorie constitutionnelle aussi péremptoires que le postulat d'une unité matérielle de la Constitution [88] peut, sur un terrain un peu moins idéologique, dégager les structures et les fonctions du droit constitutionnel au sein de cet ordre juridique de multiples façons. Cela s'est déjà produit ici à propos de certains points de détail. On résumera encore une fois rapidement quelques aspects. Abstraction faite des postulats de l'« unité » matérielle ou même abstraction faite des ordres ou systèmes « axiologiques », on peut dire d'une Constitution qu'elle est, dans les faits, quelque chose de plus qu'un échafaudage purement formel de « normes », dépourvu de toute portée objective. Le sens politico-historique d'une Constitution est d'être l'ordre fondamental déterminant d'une communauté déterminée, y compris de ses forces divergentes. Le droit constitutionnel est du droit positif. Le caractère décisionnel inhérent à tout droit (même s'il ne le définit pas) est particulièrement perceptible dans ce domaine. Une Constitution ne saurait rester « neutre » en face des confrontations présentes et à venir. Avec les moyens du droit, elle prend position, elle dresse des barrières, elle pose des repères — et cela selon des degrés d'intensité normative variables tant du point de vue structurel que fonctionnel [89]. Le droit constitutionnel touche à la fondation de la communauté étatique et de son ordre juridique en totalité. Ses prescriptions ne sont pas protégées par des normes juridiques de rang supérieur. Ses champs de réglementation sont lâches, fondamentaux, « politiques », exposés au premier chef au changement historique. Ils sont à un très faible degré produits par le droit, particulièrement peu imprégnés de traditions juridiques détaillées. Ce lien entre, d'une part, une telle « ouverture » structurelle et, d'autre part, l'objectif normatif de fondation de la communauté et de l'ordre juridique dans son ensemble permet de compren-

[87] BVerfGE 19, 206 (220), qui invoque BVerfGE 1, 14 (32) ; 17, 198 (205). — Voir notamment la critique de *Goerlich* I.
[88] Sur ce point : BVerfGE 1, 14 (32) ; 3, 225 (231 et s.) ; 7, 198 (205) ; 15, 167 (194 et s.).
[89] Comparable, la vision sociologique de la fonction d'une Constitution moderne comme instance d'abstraction, de différenciation et de délimitation, plus généralement comme « autofixation sélective de l'identité du système politique dans le cadre des possibilités sociales » : *Luhmann* VIII, par ex. p. 172.

dre les difficultés spécifiques à l'établissement et la concrétisation des normes constitutionnelles. Tout aussi claire est la nécessité d'élaborer une méthode du droit constitutionnel qui, dans le détail, se démarque graduellement des méthodologies de l'histoire du droit, de la théorie du droit, des droits civil et pénal et qui soit orientée d'après ces difficultés spécifiques. Le droit constitutionnel de l'Etat de droit libéral, de la démocratie n'a encore, en Allemagne, qu'une brève histoire. Plus brève encore est la tradition de la juridiction constitutionnelle allemande. Le manque de figures juridiques et de modèles de décisions préfigurés et fournissant ainsi la base de développements nouveaux continuera pendant un temps encore à influer sur la méthodologie constitutionnelle dans tous ses domaines et spécialement sur la justice et la science constitutionnelles. Le droit constitutionnel, la législation et la concrétisation constitutionnelles ont, en dépit de cette situation, la tâche d'actualiser l'unité politique du groupement étatique, de fournir les fondements et critères d'établissement et de réalisation des normes au sein de l'ordre juridique infraconstitutionnel et, à côté de cette garantie de *légalité*, de répondre de la production, de la reconnaissance et du maintien de la *légitimité* au sens de ce que, matériellement, la groupe social peut accepter comme étant « juste » (*richtig*).

La légalité et la légitimité des domaines particuliers du droit doivent être maintenues par la constitution ; la légalité et la légitimité de l'ordre constitutionnel ne peuvent l'être que par lui-même. C'est dans un tel contexte normatif que doivent être envisagées certaines dispositions fondamentales de la Constitution — telles l'art. 20 al. 1 LF (« Tout pouvoir de l'Etat émane du peuple »), ou certains passages du préambule (« en vertu de son pouvoir constituant »). Les textes constitutionnels qui font du « peuple » le sujet d'énoncés normatifs ne devraient être ni métaphysiques, ni fictifs, ni cyniques, pas davantage qu'ils ne sont naturalistes (avec certaines restrictions dans le domaine de la démocratie). Le « pouvoir de l'Etat » qui doit émaner du « peuple », le pouvoir constituant qui doit être celui « du peuple », touchent au noyau normatif essentiel de cette famille de constitutions dans laquelle seulement la question du pouvoir constituant se pose comme question de la légitimité de l'ordre constitutionnel. Au sein de cette famille constitutionnelle, cette question s'est déployée dans la formulation d'un certain noyau de légitimité. Ce dernier s'est développé avec la tentative, toujours reprise dans l'histoire, de réalisation de l'idée d'un système étatique existant et agissant au nom « du peuple », responsable « devant le peuple », venant « du peuple » et revenant « au peuple », dans la version de l'Etat de droit libéral et de la démocratie bourgeoise.

Normativité et pouvoir constituant

Pour le « pouvoir constituant », la concrétisation de la responsabilité devant le peuple réside dans le fait de s'en tenir aux normes, institutions et principes de l'ordre constitutionnel acceptés comme légitimes, et qui exigent une actualisation constante. S'agissant des autres pouvoirs de l'Etat, la concrétisation de cette responsabilité devant le peuple réside dans le fait de se conformer à ces exigences du pouvoir constituant. Eu égard aux attentes qui, sous l'aspect du pouvoir constituant, sont placées dans l'ordre constitutionnel réalisé en pratique, celui-ci se révèle être de part en part normativement structuré. Le pouvoir constituant, en tant que noyau fondamental concret de la Constitution, et les autres normes constitutionnelles se trouvent dans un rapport de fondement par rapport à ses actualisations de détail et non dans une situation d'isolement décisionniste, vide de toute teneur concrète. Tous deux, le noyau normatif fondamental de la Constitution et l'ordre constitutionnel dans son ensemble, sont normatifs *dans le temps*. Ils forment deux aspects différents de la légitimité entendue comme une prétention normative de l'Etat constitutionnel qui doit être historiquement réalisée.

La question de la légitimité est ainsi une question de normes. Elle est la question d'un modèle d'ordre objectivement déterminé, d'un projet d'organisation de l'Etat quant à sa forme et à son activité. Sur le terrain de la théorie de la norme juridique développée ici, la légalité ne peut être engagée dans un combat contre la légitimité aussi longtemps que les concrétisations du pouvoir constituant à travers la législation constitutionnelle*, la législation ordinaire, le gouvernement, l'administration, la jurisprudence et la « vie constitutionnelle » en général demeurent sur le terrain du noyau normatif essentiel de la légitimité. Dans ces conditions, tout comme l'interprétation traditionnelle des textes de lois constitutionnelles, la concrétisation approfondie des normes constitutionnelles au moyen de la méthodologie structurante proposée ici ne permet en aucun cas de pouvoir jouer la légalité contre la légitimité ou, inversement, la légitimité contre la légalité, et ce au détriment de la force normative de la Constitution positive, aussi longtemps que demeure préservé le noyau normatif

* Il convient de noter que la doctrine allemande distingue le pouvoir constituant (*verfassunggebende Gewalt, Verfassungsgebung*) de la législation constitutionnelle (*Verfassungsgesetzgebung*) qui s'exprime à travers le pouvoir dérivé et conditionné (constitué) de la révision de la constitution. Sur cette distinction : Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, coll. « Léviathan », 1994. Du même : Maastricht et la théorie constitutionnelle, *Les petites affiches*, 31 mars et 2 avril 1993 ; La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht, *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 1045 et s. *(N.d.T.)*

essentiel (que l'art. 79 al. 3 LF tente de formuler sous l'angle partiel de la révision constitutionnelle)[89a].

Méthodologie structurante

Cette dénomination recouvre ce qui a été dit sur la norme juridique, le texte de norme, la normativité et le processus de concrétisation, sur le lien entre la concrétisation structurée de la norme et les diverses fonctions de la pratique juridique, sur la non-identité du texte de norme et de la norme comme sur la non-identité de la concrétisation et de l'interprétation. Elle recouvre en outre, à la marge, les énoncés relatifs au rôle de la précompréhension, du « système », de l'« axiomatique » et de la « topique ». La *méthodologie structurante* étudie les problèmes relatifs à l'élaboration interprétatrice et concrétisatrice des normes dans les situations de décision déterminées par une espèce concrète. Elle place au même rang les éléments du programme normatif et ceux du champ normatif. Elle tente d'élaborer les instruments d'un travail contrôlable de décision, d'argumentation et d'exposition assigné aux fonctions juridiques. En ce sens, elle s'efforce de répondre à l'exigence de mise à jour, « à la manière de » Savigny, des niveaux d'interprétation qui correspondent au droit actuel. Compte tenu de bases textuelles souvent relativement imprécises, elle fournit, pour les besoins futurs de réglementation, aux « institutions de réduction de l'imprécision internes au système »[90] les instruments que n'offrent, pour le droit constitutionnel, ni Savigny, ni le positivisme légaliste. Cela suppose de reconnaître que ni les tendances ontologiques et phénoménologiques, logiques, décisionnistes et sociologiques, ni les voix moyennes du syncrétisme harmonique des méthodes ou de la médiatisation dialectique, polaire ou corrélative, ni non plus l'approche topique ou la méthode axiologique comparative n'ont pu mettre à la disposition d'une méthodologie de la pratique et de la science constitutionnelles les assises et les moyens suffisants[91].

L'intention du positivisme était de scientificiser autant que possible la discipline juridique et d'offrir une dogmatique rationnelle. Ces objectifs n'ont pas

[89a] Sur le nouveau concept de *structure de légitimation*, voir : *Müller* XXIV, p. 204 et s.; Müller XXVI, p. 128 et s. [L'art. 79 al. 3 LF impose des limitations matérielles au pouvoir de révision. *(N.d.T.)*]

[90] Cette terminologie est de *Luhmann* II, p. 52.

[91] *Müller* I, p. 24 et s., 47 et s., 77 et s., *passim*.

mérité d'être abandonnés au profit d'exigences plus réduites de rationalité. Toujours de nouveau tenté, par l'Ecole du droit libre, la jurisprudence des intérêts ou le sociologisme comme par la théorie de l'intégration et le décisionnisme, par l'herméneutique et les approches topiques et rhétoriques, par tous les autres anti-positivismes, le « dépassement » du positivisme n'est pas un but qui suffirait à se justifier soi-même. La méthodologie structurante ne retombe pas en-deçà du standard dogmatique de technicité auquel aspirait le positivisme. Il s'agit de ressaisir enfin ce que le positivisme, en raison notamment de sa conception erronnée de la norme, a refoulé et de l'élaborer en une dogmatique, une méthodologie et une théorie de manière susceptible de généralisation[92].

« Eléments » de concrétisation

Conformément à sa démarche structurante, cette méthodologie préfère parler, plutôt que de « degrés » ou « stades » de l'interprétation, des « éléments » du processus de concrétisation. Cette désignation — « éléments » — avait permis à Savigny de mettre clairement en évidence que les différents aspects méthodiques ne représentent pas des « modes d'interprétation » isolables les uns par rapport aux autres, mais bien les moments d'un seul et même processus d'interprétation et que leur relation ne pouvait être déterminée qu'au regard de la structure concrète du cas juridique particulier[93]. Les représentations propres à la méthodologie du positivisme légaliste avaient fini par occulter également ce point. Mais la distinction de la norme et du texte de norme ainsi que la transposition au droit constitutionnel des « éléments » qu'il a formulé doivent aller au-delà de la position arrêtée par Savigny. Comme doivent aller également au-delà l'assimilation critique de la réflexion méthodologique qui a été jusqu'à présent fournie par la pratique et la science, la prise en compte des points de vue tirés du champ normatif et des normes propres au principe de l'Etat de droit qui influent sur les modalités de travail de la pratique juridique. Et cette *intégration des prescriptions de l'Etat de droit* marque tout particulièrement une césure dans la discussion sur les méthodes de la science juridique. On ne peut jamais instituer une hiérarchie obligatoire entre des éléments détachés de toute norme, en raison même de leur non-normativité. Les

[92] Sur ce point : *Müller* XXI, p. 2 et s.; sur le pas accompli au-delà du positivisme spécialement dans la conceptualisation juridique : *Christensen* I, dans la conception de la norme : *Passavant*.

[93] *v. Savigny* I, p. 212, p. 213, p. 215, p. 320.

tentatives faites en ce sens chez Savigny comme chez des auteurs ultérieurs[94] n'ont pas échoué en raison d'un manque d'intensité dans la recherche, mais par nécessité objective.

On objecte à tout rattachement de la méthodologie juridique aux normes du droit constitutionnel qui se rapportent aux méthodes* cette idée que « la vérité, la précision et la rationalité (seraient) des conditions de toute connaissance » et qu'en conséquences elles n'auraient aucunement besoin d'être fondées dans le droit constitutionnel[95]. Le standard de rationalité d'une certaine école de la théorie de la science, celle du rationalisme critique, devrait ainsi prendre la place des directives constitutionnellement fixées et destinées au travail du droit. Une telle proposition, toutefois, n'est pas rachetable au regard même des critères internes posés par la théorie de la science à laquelle on a recours[96]. D'une part, le rationalisme critique n'utilise pas sa propre méthodologie comme le critère transcendental de toute connaissance « universellement valide » ; d'autre part, « la » rationalité ne peut être définie du point de vue de la théorie de la science au sens affirmé par les critiques. Popper, notamment, a en toute circonstance souligné que toute forme de rationalité — et donc aussi celle qu'il propose lui-même — révèle un moment décisionniste ou consensuel. Sur la base d'un tel présupposé, on peut montrer que la rationalité du travail juridique pratique dépend elle aussi de décisions que le souverain politique a lui-même prises sous la forme de *normes qui se rapportent aux méthodes*, qu'elles soient de droit constitutionnel ou qu'elles proviennent d'autres lois[96a].

[94] Voir la présentation des tentatives de scientificisation de la mise en œuvre du droit chez *Kriele*, p. 67 et s., p. 85 et s., p. 97 et s. — Voir aussi la proposition construite sur la base des positions de *Kriele* chez *Adomeit* I, p. 178 et *s.* (« modèle de découverte du droit en 12 opérations »).

[95] *Schlink* V, p. 97 ; *Chryssogonos*, p. 80.

[96] Sur ce point voir les développements complets de *Christensen* VII, p. 223 et s., et les réf. à la discussion épistémologique.

[96a] *Gern*, qui fait sien ce point de départ qui imprègne l'ensemble de la conception soutenue ici, tient manifestement toute justification pour superflue (p. 430 et s.)

* Comme le principe de l'Etat de droit, en tant qu'il impose précision et clarté de textes et des méthodes. *(N.d.T.)*

Autonomie de la méthodologie juridique

La « méthodologie structurante » est une méthodologie juridique. Elle ne se propose pas de transposer à la science juridique l'herméneutique philosophique , et ce même si dans cette dernière la science du droit peut être entendue comme exemplaire du point de vue de l'« application » et de la « précompréhension »[97]. Pour les raisons déjà évoquées, la méthodologie juridique ne doit s'appuyer que sur l'analyse des techniques pratiques du travail effectué par les différentes fonctions de concrétisation du droit et de la Constitution. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut atteindre, dans leur détail, à la critique, la description, la définition, la systématique et la construction des instruments de la méthodologie juridique : en effet, ces instruments doivent être établis en fonction de normes de structures différentes, de cas juridiques de différents types, et des modes de travail des différentes fonctions de concrétisation des normes. Jusqu'où un procédé organisé de la sorte pourrait être également qualifié de « système ouvert », de « complément aux approches topique et axiomatique », de « synthèse » de la pensée déductive et de la pensée rapportée au problème, ou d'une quelconque et habituelle manière, cette question, par rapport à ce qui vient d'être dit, n'offre objectivement aucun intérêt.

Une méthodologie élaborée dans le sens présenté ici ne saurait être mise en œuvre de façon uniforme dans tous les domaines de la science juridique. Tandis que la théorie (de la norme) juridique clarifie les *questions fondamentales* relatives à la norme et au texte de norme, à la structure de la norme et à la normativité, à l'interprétation et à la concrétisation, la méthodologie quant à elle touche à la nature et au mode de relation des *différents éléments pratiques de la concrétisation* (modes grammatical, historique, génétique, systématique et téléologique de l'interprétation, rôle de la dogmatique et de la théorie, rôle des techniques de résolution de cas et de la politique juridique, etc.). La méthodologie ne saurait être formulée ni pour la seule science juridique à l'exclusion de la pratique du droit, ni de manière uniforme pour la pratique et la science du droit. Elle ne peut exister qu'au pluriel : comme méthodologies du droit civil, du droit pénal, de l'histoire du droit, du droit comparé, et du droit public constitutionnel, international et administratif. En conséquence, les dogmatiques particulières trouvent leurs limites dans celles des disciplines juridiques.

[97] *Gadamer*, p. 280, p. 290 et s., p. 307 et s., p. 315, p. 323. (Voir trad. fr. précit., not. p. 166 et s. *N.d.T.)*

Au total, la méthodologie juridique peut être caractérisée comme une méthodologie exclusivement juridique : elle peut l'être avec de meilleures raisons non seulement que les théories du droit et de l'interprétation principiellement philosophiques, culturelles ou sociologiques, historico-mythologiques ou idéologico-axiologiques ; mais elle peut même l'être davantage encore que la « méthode juridique » au sens de Gerber et Laband*, à laquelle font défaut les fondements d'une théorie juridique prise comme théorie du droit et de ses conditions de concrétisation, autrement dit : les fondements d'une théorie de la norme juridique.

ÉLÉMENTS DE LA CONCRÉTISATION DE LA NORME

LE TEXTE COMME LIMITE DE LA CONCRÉTISATION DE LA NORME

Sur la place particulière du texte

Dans une communauté dont le droit (constitutionnel) est largement codifié, il est décidé d'avance que les textes de normes exercent des fonctions privilégiées dans l'entreprise de concrétisation. Sous l'empire de la Loi fondamentale de Bonn, les impératifs constitutionnels du droit en vigueur — et avant tout ceux de la clarté des normes et des méthodes pris comme clarté des textes de normes et de leur traitement — renforcent encore cette tendance. Cet ensemble d'injonctions propres au principe de l'Etat de droit est très nettement exprimé aux art. 19 al. 1 phrase 2 LF, art. 79 al. 1 phrase 1 et art. 80 al. 1 phrase 2 LF**. Si le texte de loi est particulièrement important, c'est la conséquence, d'une part, du droit constitutionnel en vigueur (et aussi de l'impératif général non-écrit de précision tel qu'il résulte du principe de l'Etat de droit)

* On rappellera que Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) et Paul Laband (1838-1918) ont négocié dans les années 1850 à 1880 le tournant positiviste dans le droit public allemand. La « méthode juridique », qui était leur mot d'ordre, signifiait l'évacuation (prétendue) de toute considération éthique, politique, économique ou historique du travail juridique. (Voir désormais : M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, München, 1992, p. 330 et s.) *(N.d.T.)*

** Resp. : la loi qui restreint un droit fondamental doit « spécifier le droit fondamental et indiquer l'article qui l'énonce » ; « La loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui amende ou complète expressément son texte » ; la loi autorisant une autorité exécutive à prendre un décret réglementaire « doit préciser le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation donnée ». *(N.d.T.)*

comme, d'autre part, de l'option en faveur d'une Constitution écrite. De fait, cette place privilégiée du texte ne saurait être justifiée par la seule spécificité méthodique de l'interprétation grammaticale en tant que telle, pour cette simple raison que les procédés méthodologiques, pris en tant que règles de l'art de la pratique et de la science juridiques, n'ont aucun caractère normatif par eux-mêmes.

Le texte comme délimitation de l'espace de jeu d'une concrétisation régulière (voir aussi Müller XII)

Il a été jusqu'ici question du texte comme l'*indice* de l'effet de la prescription. Plus la norme est technique et spécialisée, plus son champ normatif se prête à être conceptuellement individualisé ; plus son champ normatif est produit par le droit ou plus il est quantitativement déterminé, plus le texte est fécond pour la concrétisation. Dans le cas-limite, l'ordre juridique fournit un texte de norme apte à la subsomption. Au-delà de son *effet d'indice* (*Indizwirkung*) habituel, l'élément grammatical possède dans cette hypothèse un *effet de détermination* (*Bestimmungswirkung*). Dans de tels cas, rares au demeurant, le traitement grammatical du texte de norme suffit à résoudre complètement le cas concret. Cela vaut de manière typique pour les simples règles de forme, de délai et autres règles d'une quelconque manière (numériquement) quantifiée. Le concept de *subsomption* ne peut être correctement employé que dans un cas de ce type. Mais ce que la méthodologie traditionnelle désigne par ce terme — interprétation au moyen des canons de Savigny complétés du raisonnement téléologique — c'est, comme on l'a montré, tout autre chose qu'une opération logique de subsomption.

Le texte de norme a enfin, et pas seulement dans des cas particuliers mais sans exception, un *effet de limitation* (*Grenzwirkung*). Et cela vaut, pour des raisons constitutionnelles, *pour l'ordre juridique dans son ensemble*. Mais on se bornera ici à l'exemple fourni par les normes constitutionnelles. Là où des textes de normes du droit constitutionnel délimitent l'étendue de la concrétisation juridiquement régulière, cette concrétisation travaille toujours, dans l'Etat de droit, de façon structurellement analogue, mais selon des fonctions distinctes. Pour des raisons imposées, particulièrement en droit constitutionnel, par le principe de l'Etat de droit, le sens littéral possible circonscrit l'espace de jeu d'une concrétisation orientée par le texte de norme et qui respecte l'ordonnancement constitutionnel des fonctions. Dans le droit constitutionnel, la tâche clarificatrice et stabilisatrice du texte de norme constitue l'un des prin-

cipaux arguments contre les topiques. Celles-ci n'entendent traiter « la norme » que comme un point de départ pour la solution d'un problème, une « norme » qui puisse être le cas échéant négligée si elle semble ne pas convenir aux données du problème [98]. Cependant, le texte trace les limites extrêmes des différents sens possibles qui peuvent être fonctionnellement soutenus et constitutionnellement autorisés. S'ils transgressent ces limites, les autres éléments de l'interprétation du texte ainsi que les aspects matériels tirés du champ factuel ou du champ de l'espèce ne peuvent être utilisés comme des facteurs décisifs. S'agissant des droits fondamentaux, cette fonction limitatrice du texte est particulièrement difficile à actualiser quant aux points de vue matériels des champs normatifs : en effet, ces champs normatifs (comme les matières réglementées par des règles de compétence) sont souvent dénotés par de simples « mots-clés » (« mariage et famille » à l'art. 6 al. 1 LF, « art et science, recherche et enseignement » à l'art. 5 al. 3 LF, « associations et sociétés » à l'art. 9 al. 1 LF, « propriété », « droit de succession » à l'art. 14 al. 1 LF, etc.). La situation n'est autre s'agissant de cette fonction de limite que dans le cas où l'on peut prouver qu'une erreur s'est glissée dans le texte [99].

Les décisions qui transgressent manifestement la lettre d'un texte de norme [100] 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. Une méthodologie honnête par rapport au principe

[98] Pour une critique de la limite textuelle et de la soumission à la loi du point de vue de l'approche topique, voir : *Rodingen* II, p. 148 et s. Nuancé : *Gast* III, p. 297, p. 305.

[99] C'est-à-dire dans ces cas — dépourvus d'intérêt méthodologique — d'une *erreur de rédaction* incontestée. — En général sur le traitement du texte de loi : *Keller*. — Sur la fonction du texte dans la jurisprudence des cours supérieures : voir *supra*, not. p. 55 et s. Sur la fonction du texte de norme, du « sens littéral possible », en tant qu'« il constitue le domaine et trace les limites à l'intérieur desquels une notion employée par la loi peut seulement être explicitée », voir : BGHZ 46, 74 (76) (Jugement « Disques »), et les réf. citées. Voir aussi *Larenz* I, p. 302 et s., p. 318. — Un certain espace de jeu de signification est dégagé à travers l'interprétation du texte (« prime », s'agissant de l'art. 31 LF qui dispose que le droit fédéral prime le droit régional) dans BVerfGE 36, 342 (365) (loi régionale sur les traitements du Land de Basse-Saxe). — Sur la lettre du texte comme limite de la concrétisation *régulière* : *Hesse* II, p. 14 et s., p. 28 et s. ; *Christensen* VII, p. 68 et s., p. 269 et s. D'après *Luhmann* X (p. 283), la limite posée par la lettre du texte est « la forme dans laquelle l'argumentation reconnaît et reprend le symbole de validité » — Incorrecte cependant, la conséquence (*ibid.*) selon laquelle cela scinderait « alors le texte en un sens univoque et un sens équivoque ».

[100] Par ex. : BVerfGE 1, 351 (366 et s.) ; 2, 347 (374 et s.) ; 8, 210 (221) ; 9, 89 (104 et s.) ; 13, 261 (268). — Critiquable : BVerfGE 35, 263 (278 et s.) : le juge n'aurait pas « à s'arrêter (...) au texte d'une norme ». La soumission du juge à la loi — art. 20 al. 3, art. 97 al. 1 LF — n'entraînerait pas sa soumission « à la lettre de la loi avec l'obligation de l'interpréter littéralement », mais seulement sa

de l'Etat de droit ne questionne pas « derrière et au-delà de la loi » [101], mais bien, en revanche, derrière le texte de la norme et au-delà de lui. Et cela ne signifie pas que le texte serait de la sorte devenu un élément de second ordre pour le résultat de la concrétisation. La distance prise ici à l'égard des topiques s'exprime notamment en ceci que la fonction du texte de norme en tant que limite extrême de la formation possible du droit (*mögliche Rechtsbildung*) doit être maintenue. Dans cette mesure, le texte constitue, en cas de conflit, le critère de premier rang quant à ce qui est juridiquement obligatoire. Ceci est d'autant plus important que la norme, dans sa normativité concrète, doit tout d'abord être élaborée dans chaque cas concret. Par suite, l'emploi de l'interprétation grammaticale de la Constitution devient délicate. Elle est pratiquement incapable d'être une « méthode » qui pourrait apporter des résultats évidents. Puisqu'elle reste dépendante d'un déploiement et d'une appréciation de sens langagier, elle n'est objective que dans une mesure restreinte. On ne saurait ainsi exploiter, pour la concrétisation du droit actuellement en vigueur, les données étymologiques en les détachant des éléments normaux de concrétisations. L'objectivité s'appuie ici sur la convention linguistique dominante, qu'elle soit celle de la langue courante ou de la science juridique. 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. Sa fonction limitatrice découle de ses effets, normativement exigés, pour la sécurité juridique, la clarté des normes, la publicité, et pour l'inviolabilité de l'ordre constitutionnel dans un Etat de droit. C'est précisément lorsque la méthodologie n'est pas entendue comme théorie des « méthodes » logiques et formelles qu'elle doit être rapportée aux impératifs de l'Etat de droit. Toutefois, la sécurité seulement relative que garantit le texte de norme, une sécurité largement réduite pour les raisons invoquées, interdit d'appréhen-

soumission « au sens et au but de la loi ». — La Cour mélange ici la *fonction de concrétisation* des éléments grammaticaux avec la *fonction limitatrice* du texte de norme (limites de l'espace de jeu d'une concrétisation régulière en raison de la clarté et de la répartition des fonctions imposées par le principe de l'Etat de droit). Le tout sombre indistinctement dans la thèse selon laquelle le juge ne serait pas « limité par la lettre formelle (?) de la loi » (ibid., p. 279, avec réf. à BVerfGE 8, 210 (221) ; 22, 28 (37)). — L'espèce en question aurait pu être résolue sans entorses à la méthode. La Cour ne contrôle pas de manière plus approfondie la voie du § 123 de la loi relative à la juridiction administrative [le § 123 est relatif aux conditions d'édiction par le juge administratif d'une ordonnance provisoire à titre conservatoire *(N.d.T.)*]. L'« interprétation conforme à la Constitution » est considérée comme n'étant pas contra legem (*ibid.*, p. 280) du fait d'une « lacune de la réglementation » (*ibid.*, p. 277 et p. 279). Les formules « alibis » utilisées (« univoque », « pratiquement opposés », « essentiel », « sens fautif ou falsifiant », p. 280) démontrent que l'argumentation n'est pas celle qu'emploierait la découverte artisanale du droit, mais qu'elle relève seulement de l'autojustification protectrice.

[101] Voir pourtant *Ehmke* III, p. 54.

der sa fonction limitatrice *positivement*, en ce sens précis que ne pourraient être tenues pour conforme à la norme que les hypothèses qui trouveraient une justification dans le texte de norme à interpréter [102]. Il est certes bien évident que la concrétisation juridique ne saurait alléguer certains points de vue affranchis de toute norme ou contraires à une norme. Cet impératif doit cependant être envisagé en relation avec le fait que la norme est structurée et qu'elle n'est pas identique à son texte. Les règles de Savigny déjà, et l'interprétation téléologique — qui n'était pas recommandée par Savigny — davantage encore conduisent normalement à des résultats qui ne peuvent être « déduits » du texte pris comme une donnée linguistique, et qui néanmoins se meuvent à l'intérieur d'un champ sémantique acceptable. Le positivisme légaliste ne doit pas être « dépassé » au prix de l'abandon de la positivité du droit [103]. La positivité du droit n'est cependant pas identique à la donnée des textes de normes. La fonction limitatrice des textes constitutionnels est, dès lors, à définir *négativement* : on ne peut aller au-delà de l'espace de jeu que laisse le texte que dans la mesure où il est prouvé que ce texte est erronné ou qu'il prête à malentendu ; mais non du seul fait qu'« il n'offre aucun point d'appui à la solution raisonnable d'un problème » [104]. S'il se produit que le texte exprime de manière linguistiquement fiable quel est le libre espace méthodique laissé aux énoncés normatifs, le résultat ne saurait aller à l'encontre des solutions alternatives qui restent circonscrites dans les limites de cet espace. Le fait que cet espace lui-même doive être de son côté (aussi) déterminé au moyen des éléments de l'interprétation linguistique, ce fait rend certes difficile — et précisément dans les conditions imposées au travail constitutionnel — la prise d'une décision rationnelle qui tranche entre des points de vue souvent divergents, même si une telle décision n'est pas pour autant rendue impossible.

La violation par une « résolution » de la fonction limitatrice du texte

Une décision judiciaire contrevient à cette fonction limitatrice du texte lorsque la norme-décision et la norme juridique qu'elle formule ne peuvent être méthodologiquement imputées à certains textes de normes tirés de la masse des textes du droit en vigueur. Dans cet énoncé s'entremêlent des facteurs méthodologiques et des facteurs du droit constitutionnel. En d'autres termes :

[102] *Forsthoff* I, p. 39.
[103] *Forsthoff* I, p. 39.
[104] En ce sens pourtant : *Ehmke* III, p. 60.

certaines normes pertinentes à l'égard des méthodes, et surtout celles qui relèvent des domaines de l'Etat de droit et de la démocratie, sont également en jeu. Cela tient à la spécificité de la limite textuelle à laquelle est confrontée la méthode de travail des juristes, soumise au principe démocratique et informée par le principe de l'Etat de droit. Comme on l'a déjà montré, le texte d'une prescription ne revêt que dans les rares hypothèses d'une véritable subsomption une fonction de détermination (*Bestimmungsfunktion*). En règle générale, il n'a en revanche qu'un effet d'indice, au sens positif, ou un effet de limitation, au sens négatif. Pour des raisons *tirées du droit constitutionnel*, le texte constitue la limite de l'espace de la concrétisation régulière. La décision ne doit certes pas « découler du texte », situation qui n'est précisément constatable que dans de rares cas-limite. Mais elle doit *en tout état de cause encore être compatible* avec le texte. Et ce n'est pas là un énoncé méthodologique, mais un énoncé normatif. La limite posée par le texte représente la ligne tracée par les principes de la démocratie et de l'Etat de droit à laquelle doit se tenir non pas la concrétisation méthodologiquement possible, mais la concrétisation juridiquement *régulière* (*zulässig*) [105]. La fonction limitatrice du texte n'est donc pas identique à la fonction de concrétisation (effet d'indice) de l'élément grammatical de l'interprétation. En effet, la décision ne colle pas au texte pris dans son immédiateté, elle ne se limite pas à l'interprétation du texte. La norme-décision et la norme juridique formulées dans le cas d'espèce doivent cependant rester compatibles avec le texte de norme tel qu'il est complètement concrétisé au cours du moment précédent du processus de décision. En cas de réponse négative à cette question de la compatibilité — « incompatible en tout état de cause » —, ce jugement requiert l'univocité. Si la réponse à la question de la compatibilité demeure à tout le moins équivoque, on ne saurait précisément affirmer en ce cas que l'espace ouvert aux variantes possibles d'interprétation des données linguistiques serait transgressé. Lorsque, dans le cas particulier, *plusieurs* éléments de concrétisation de nature primairement linguistique (données linguistiques) conduisent à un même résultat, la limite textuelle se présente alors sous la forme d'une *limite du programme normatif*. Si, en revanche, en cas de conflit méthodologique entre les différents facteurs de concrétisation, le *cas-limite* se produit dans lequel seul l'argument grammatical s'impose [106], alors, *dans ces hypothèses*, l'interprétation grammaticale est investie

[105] Pour le détail : *Müller* XIX, p. 271 et s., p. 274 et s. Sur le rôle du texte dans le cadre des règles de préférence en cas de conflit méthodologique, voir aussi *infra* p. 318 et s. — *Depenheuer* discute cette question de la limite textuelle de façon somme toute encore une fois conventionnelle.
[106] Sur les relations entre la théorie (de la norme) juridique et la méthodologie du droit, d'une part,

également de la fonction limitatrice. Ce n'est alors pas ce que la doctrine traditionnelle des méthodes appelle de manière confuse le « sens littéral possible », mais le programme normatif, réduit au seul élément grammatical, qui aide à tracer la dernière ligne de repli, normativement fondée, de l'exigence de soumission à la Constitution et la loi, y compris les normes qui s'y rattachent (normes de priorité, réserves, normes de collision, critères et normes de contrôle), exigence imposée par le principe de l'Etat de droit[107] (voir *infra* p. 383 et s.).

On désignera par « *résolution* »* ce type de décision dans laquelle la norme juridique et la norme-décision formulée par le juge ne peut plus du tout être imputée à un texte de norme du droit en vigueur. Ce terme est proposé ici à titre de terminus technicus ; il n'a rien à voir avec la mythologie de la « décision » (*Entscheidung*) élaborée par le décisionnisme (*Dezisionismus*). On peut distinguer deux groupes principaux de « résolutions » :

Premier groupe : La question à résoudre est réglée par le droit (elle peut donc être méthodologiquement correctement rattachée à un texte de norme du droit en vigueur). La solution juridique (c'est-à-dire la norme-décision et la norme juridique telles qu'elles sont formulées) affirme cependant que cette question n'est pas réglée ; ou, dans l'hypothèse courante, elle affirme une règle matériellement divergente. On peut plus précisément définir ce premire type comme « résolution » par *contournement du droit* (*Rechtsverbiegung*).

Second groupe : La question n'est pas résolue (il n'existe aucun texte de norme au sein de la masse des textes en vigueur auquel on puisse régulièrement et méthodiquement rattacher la norme-décision ni la norme juridique désirées) ; la décision (c'est-à-dire la norme-décision et la norme juridique) affirme cependant qu'elle est réglée, et, à la vérité, dans le sens économiquement ou politiquement recherché. Ce type peut être qualifié de « résolution » par *supposition de droit* (*Rechtsunterstellung*).

et, d'autre part, la linguistique : *Müller* XIX, p. 372 et s. et les réf. citées. Sur l'état actuel du problème : *Christensen* VII ; *Jeand'Heur* IV.

[107] Pour aller plus loin : *Müller* XXIV. — Sur les différents types de « résolutions » dont il est question par la suite : *Müller* XII, p. 19 et s., p. 24 et s., p. 44.

* L'auteur isole ici la *Dezision* comme catégorie particulière d'*Entscheidung*. La *Dezision* n'est imputable qu'à son auteur et non à un texte de norme. La langue française ne peut jouer ainsi comme le fait la langue allemande en utilisant la racine germanique et la racine latine. Faute de mieux nous avons eu recours au mot « résolution » qui, dans le langage courant, suppose, plus que la décision, l'apport subjectif de son auteur (on *se* résoud à). Pour marquer l'emploi technique du terme, nous le mettrons toujours entre guillemets. *(N.d.T.)*

La fonction limitatrice du texte : le cas des clauses générales

Les clauses générales sont, comme toutes les autres normes juridiques, identifiées par la doctrine traditionnelle à leurs textes et considérées seulement comme des « normes » de portée particulièrement générale ou particulièrement vague. Afin de pouvoir éclaircir l'éventuelle spécificité qui découlerait de cet état de chose pour le problème de la limitation textuelle, il convient tout d'abord de préciser plus avant le concept de clause générale (*Generalklausel*).

Si l'on se contente, comme on le fait d'habitude, d'attribuer à ces clauses générales une « plus faible portée normative », cela s'explique par la confusion établie entre la norme et son texte. L'effet normatif des clauses générales est en principe à tout le moins aussi important que celui des autres prescriptions, voire d'une amplitude exceptionnellement prononcée. Ce n'est pas la norme en tant que telle qui présente ici certaines particularités, mais bien, par contre, le texte de norme. Et dans cette mesure il convient de rectifier nos propres propos selon lesquels les clauses générales constitueraient des « normes incomplètes » ou de simples « fragments de normes »[108].

A l'encontre de ces formulations que nous avions antérieurement adoptées, il faut mettre en évidence le fait que les clauses générales sont *complètes en tant que normes juridiques*. Si un cas d'espèce doit être tranché à l'aide d'une clause générale, il faut dans ce cas aussi former une norme-décision et une norme juridique — précédant la norme-décision dans le déroulement du travail — qui consiste en un programme normatif et un champ normatif. Seule la densité du texte de norme est insuffisante dans le cas des clauses générales. Mais en tant que normes juridiques produites à l'occasion du cas concret, elles ne posent pas de problèmes spécifiques ; par contre, elles imposent à l'autorité de décision des exigences méthodiques plus élevées quant à leur élaboration, dans la mesure où la contribution positive de l'élément grammatical à la concrétisation — l'effet d'indice du texte de norme — est ici plus faible qu'à l'habitude.

On dit traditionnellement qu'eu égard aux clauses générales, le juge serait appelé et autorisé de manière renforcée à « développer » le droit (*Rechtsfortbildung*). Mais si tel est le cas, alors il convient de se demander en quoi consiste ce renforcement de sa compétence : seulement en ceci que, étant comme toujours appelé à établir des normes juridiques et des normes-décisions, il serait cependant dans ce cas proportionnellement plus faiblement lié par un texte de

[108] Voir : *Müller* XIX, p. 201 et s., p. 327 et s.

norme exceptionnellement vague ? Ou bien doit on envisager là une délégation partielle faite à l'autorité de concrétisation, l'habilitant à *établir des « sous-textes » de normes* pour ensuite seulement, sur la base de ceux-ci élaborer en liaison avec les circonstances de l'espèce, les normes juridiques et les normes-décisions ? Une clause générale pourrait ainsi habiliter de jure un juge — comme d'ailleurs toute autre instance d'« application » du droit — à créer des « sous-textes » de normes, à établir sur le fondement de l'effet d'indice et dans les limites de ceux-ci les normes juridiques nécessaires puis à individualiser celles-ci en normes-décisions. Il y aurait là une forme intermédiaire de décision juridique qui se situerait sur une échelle dont l'une des extrémités serait la « décision sans texte de norme (droit jurisprudentiel) » et l'autre la « décision par rattachement acceptable à des textes de normes ». Les clauses générales seraient alors des bases légales d'habilitation à l'établissement de « sous-textes » de normes et à une concrétisation « normale » qui se rattacherait à ceux-ci.

Si cela était correct, il faudrait encore éclaircir le lien entre le texte de norme préalable de la clause générale et le « sous-texte » de norme à forger. Si le texte de la clause générale doit être pris au sérieux, c'est-à-dire comme il le mérite et l'exige à titre de texte du droit en vigueur, alors on ne voit pas de raison pour laquelle il faudrait parler d'un « sous-texte » de norme plutôt que du programme normatif ou du programme normatif partiel de la norme juridique constituée à partir du texte — des §§ 242 ou 826 du Code civil, par exemple. Autrement, le texte de la clause générale serait dévalorisé ; le texte « véritable » serait le « sous-texte » établi par le juge ou l'autorité quelconque d'« application » du droit. Mais une telle conclusion serait inadmissible, car les textes des clauses générales appartiennent au même titre que les autres au droit en vigueur. Ils sont, on l'a dit, sans soute plus vagues que les textes ordinaires ; mais il s'agit là d'une question qui se pose sur un autre plan. Les normes déterminantes pour les méthodes, et surtout l'art. 20 al. 3 et l'art. 97 al. 1 LF (soumission du juge à la loi et au droit. N.d.t.), interdisent de prendre le texte officiel des prescriptions qui prennent la forme de clauses générales trop à la légère. Indépendamment même de cela, il n'y a aucun gain particulier à attendre, du point de vue de la théorie juridique, de l'hypothèse de l'établissement jurisprudentiel de « sous-textes » de normes.

Apprécié du point de vue du pouvoir de décision conféré aux juges, une clause générale n'habilite donc l'instance de décision à rien de plus que ce à quoi habilitent aussi les autres « normes » (plus exactement : textes de normes). Contrairement à la confusion habituelle des notions, ce que l'on désigne par

« clause générale », ce n'est pas cette clause elle-même, mais seulement son texte. Or le texte de norme n'est ni la norme elle-même ni un élément constitutif conceptuel de la norme[109]. Et c'est pourquoi il n'est plus pertinent de caractériser les clauses générales comme des fragments de normes ou des normes incomplètes. Une telle conception repose encore sur la confusion de la norme et de son texte, à tout le moins dans la forme atténuée qui incorpore le texte à la norme juridique en tant que son élément constitutif conceptuel. Il a été mis en évidence, au contraire, que le texte de norme, tout comme le cas concret, ne devait être conçu que comme une donnée de départ du processus de concrétisation.

En conséquence, dans ces hypothèse, dans lesquelles des textes de normes que l'on désigne comme des « clauses générales » font partie des données de départ de leur travail, les juges établissent également une norme juridique (programme normatif et champ normatif) en s'orientant d'après ces textes avant d'individualiser cette norme en une norme-décision. Et les normes juridiques comme les normes-décisions qui sont ainsi produites sont normales, et non pas fragmentaires. Fragmentaire : c'est tout au plus le texte, l'énoncé juridique particulièrement imprécis, qui pourrait être ainsi qualifié. Encore que s'il est extrêmement vague, il est tout de même complet à sa manière. Comparé aux textes de normes habituels, on ne pourrait parler d'incomplétude que sous deux points de vue. D'abord, lorsque des textes vagues renvoient à des critères extra-légaux (et non nécessairement : extra-juridiques) comme la « bonne foi », les « usages », les « bonnes mœurs » ou à des standards contrôlables tirés des sciences de la nature tels que l'« état de la technique »[110]. Il ne faut voir ici cependant qu'une différence de degrés et non une distinction qualitative puisqu'en effet dans le cas des textes de normes normaux, les champs factuels et normatifs doivent être également dégagés et méthodiquement médiatisés ; et, à vrai dire, même lorsque des renvois explicites font défaut. Ensuite, on pourrait parler d'incomplétude des textes vagues eu égard à l'intensité des signaux qu'ils mettent à disposition du travailleur du droit. Ils fournissent relativement peu d'arguments au profit de la *contribution positive à la concrétisation* de l'élément grammatical (effet d'indice, effet de détermination seulement dans de rares cas-limite). Par ailleurs, les clauses générales possèdent un champ factuel très étendu ; et leur texte vague offrent proportionnellement moins de points d'appui qui permettent de sélectionner le champ normatif à partir du champ

[109] Sur ce point, en détail : *Müller* XIX, par ex. : p. 230 et s., p. 234 et s., p. 263 et s.
[110] Sur le problème des standards techniques et de leur maîtrise par le droit : *Müller, ibid.*, p. 275 et s., p. 395 et s. et les réf. à la discussion en droit civil et en droit public.

factuel. En d'autres termes, d'un point de vue quantitatif, le champ normatif et le champ factuel se recoupent plus largement que dans le cas normal ; les circonstances de l'espèce et le champ de l'espèce se situent au premier plan là où il faut décider à l'aide d'une clause générale. La norme juridique qui doit être établie et la norme-décision qui doit être individualisée à partir de la première sont en conséquence moins exactement contrôlables au moyen du résultat de l'interprétation des données linguistiques. Autrement dit : le texte de norme fournit ici moins d'indications dans sa deuxième fonction également, à savoir dans son *effet négatif de limitation* au sens de la limite posée par le texte/le programme normatif. On pourra donc, s'agissant de clauses générales, beaucoup plus rarement affirmer d'une décision juridique qu'elle n'est pas compatible avec le programme normatif (voire, dans les cas-limites, avec le texte de norme interprété grammaticalement) puisqu'une telle affirmation — ici comme ailleurs — exige l'univocité [111].

Les processus de concrétisation de ce type n'offrent donc que cette particularité que les normes juridiques et les normes-décisions qui y sont produits sont établies sur la base de textes de normes singulièrement vagues. S'agissant de la question de la limite textuelle, cela indique seulement qu'il est ici relativement plus rare de pouvoir affirmer l'existence d'une « résolution » (établissement de normes juridiques et de normes-décisions hors de tout rattachement possible à des textes du droit en vigueur) simplement parce qu'une telle affirmation est méthodologiquement plus difficile à prouver. De tels cas sont malgré tout possibles. C'est ainsi qu'une décision ne pourrait plus invoquer le § 242 du Code civil — dans cette mesure incompatible avec le texte de la norme — si la « bonne foi » y était totalement détachée de tout élément de confiance, au plan subjectif et objectif, si des facteurs tels que la prévisibilité, la réciprocité, la continuité du commerce juridique des parties ne jouaient plus aucun rôle et que la « bonne foi » se réduisait ainsi à n'être plus qu'une formule vide autoritairement redéfinie par le tribunal. Sous les « bonnes mœurs », on ne peut placer un standard tel que le soit-disant « honneur du milieu », ou le code d'honneur de la mafia, ni les contenus de la croyance d'une église ou d'une secte particulière etc. Les « usages » ne sauraient avoir perdu toute référence aux modèles empiriquement constatables d'attentes et de comportements en vigueur à l'intérieur de l'ordre juridique considéré ou du secteur de la société concerné par la décision.

[111] Sur l'exigence d'univocité dans de telles hypothèses : *Müller* XVI, p. 271 et s., p. 274 et s.

Exemples de la fonction limitatrice du texte

But de la norme contre texte de norme ?

Selon le § 43 al. 2 phrase 1 de la loi relative à la juridiction administrative, l'action déclaratoire (*Feststellungsklage*) est irrecevable lorsque l'intéressé peut demander ou aurait pu demander la reconnaissance judiciaire de ses droits au moyen de l'action en émission d'un acte administratif (*Verpflichtungsklage*) ou de l'action en injonction (*Leistungsklage*)*. Dans son jugement du 27 octobre 1970 [112], la Cour administrative fédérale se place au-dessus du texte de norme au moyen d'une « interprétation restrictive du § 43 al. 2 de la loi relative à la juridiction administrative, à l'exemple de la procédure civile ». La disposition considérée serait une règle spéciale destinée « à empêcher d'échapper aux prescriptions spéciales applicables aux actions en annulation et en émission d'un acte administratif (recours administratifs préalables, règles de délais) ». S'agissant des cas dans lesquels ce but assigné à la norme ne peut pas être mis en péril — par exemple pour les actions déclaratoires enfermées elles-mêmes dans un délai tel que dans le droit de la fonction publique, ou lorsqu'elle entre en concurrence avec une action en injonction qui n'est pas elle-même enfermée dans un délai — le principe de subsidiarité exprimé par le § 43 al. 2 de la loi relative à la juridiction administrative peut être ignoré. La même chose devrait aussi valoir, selon la chambre, qui se réfère ici à l'« usage » confirmé par une jurisprudence constante en procédure civile, s'agissant des actions dirigées contre la Fédération, un Land ou d'autres collectivités de droit public, « c'est-à-dire contre des défendeurs dont on peut normalement attendre qu'ils respectent les jugements rendus par les tribunaux, même en l'absence de la menace de l'exécution d'office, du fait de leur stricte soumission au droit et à la loi telle qu'elle est exprimée dans la Constitution ».

De telles conclusions ne sont plus compatibles avec le texte du § 43 al. 2 de la loi relative à la juridiction administrative. Elles sont donc irrégulières

[112] BVerwGE 36, 179 (181 et s.) — D'autres exemples tirés de la jurisprudence administrative : Tribunal administratif supérieur de Münster, *NJW* 1972, p. 118 ; Cour administrative bavaroise, *DOV* 1967, p. 306 et VGHE 20, II, 36. — Sur la fonction limitatrice du texte en droit fiscal et en droit administratif en général : *Papier*, p. 562 et s. (et les réf. cit.) : interdiction du raisonnement analogique défavorable à l'intéressé et de la « prise en compte » des « réalités économiques et des motifs du législateur » contraires au texte de norme.

* Sur ces actions, Fromont/Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 2, Paris, 1984, p. 178 et s. *(N.d.T.)*

dans un Etat de droit. Il n'en serait autrement que dans l'hypothèse où l'on pourrait prouver que le texte est erronné ou ambigu. Cette preuve, qui devrait être apportée au moyen de l'interprétation — et ici avant tout par l'interprétation génétique et systématique —, n'a pas été produite. La chambre de la Cour omet en outre de signaler le but principal poursuivi par la disposition : épargner aux tribunaux administratifs la multiplication de revendications que le requérant peut ou aurait pu satisfaire (et en vérité mieux encore) au moyen d'une action en émission d'un acte administratif ou en injonction. Ce but va au-delà des points de vue partiels adoptés par la Cour ; il est couvert par le texte de la disposition en question. Les considérations auxquelles se livre la Cour et qui d'ailleurs ne sont pas davantage garanties par d'autres textes de normes ne sont donc pas pertinentes du point de vue de la fonction limitatrice d'un texte suffisamment clair en l'espèce.

Justice matérielle contre texte de la norme ?

Le Code pénal, dans son § 240, assortit d'une sanction le fait de provoquer une situation de contrainte au moyen de la violence ou de la menace. Dans la jurisprudence du Reichsgericht, la violence prise en tant que moyen de contrainte a été définie, du côté de l'auteur de l'infraction, comme un déploiement de force corporelle et, du côté de la victime, l'effet d'une force corporelle. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice statuant en matière pénale a progressivement émoussé ces critères pour finir par réduire le caractère punissable de la contrainte au fait de provoquer « de façon répréhensible » (*verwerflich*) une situation de contrainte[113]. La Cour constitutionnelle fédérale a eu à décider sur l'extension du concept de violence qui préside à cette évolution, notamment dans son jugement du 11 novembre 1986[114]. Les quatre juges ayant adopté la décision estiment qu'une telle extension de la condition de « violence » est compatible avec l'art. 103 al. 2 LF (N.d.t. : principe de la légalité des peines)[115]. De leur côté, les quatres juges dissidents considèrent, dans leur opinion minoritaire[116], cet élargissement de la notion de violence

[113] Voir cette évolution : BGHSt 1, 145 et s.; 19, 263 et s.; 23, 46 et s.; 23, 126 et s. Parmi la nombreuse littérature pénaliste sur le sujet : *Blei*, p. 77, p. 141 ; *Geilen* I ; *Geilen* II ; *Müller-Dietz* ; *R. Keller*. D'autres réf. in BVerfGE 73, 206 (232 et s.). Pour un bon point de départ pour l'étude de cette stratégie discursive sur laquelle repose cette extension du concept de violence : *Brinck/Keller*, not. p. 113 et s.

[114] BVerfGE 73, 206 et s.

[115] *Ibid.*, p. 242 et s.

[116] *Ibid.*, p. 244 et s. (p. 235 pour la citation). (Il s'agissait en l'espèce de la très vive question de la répression des occupations pacifiques de voies publiques destinées à empêcher l'accès à des installations militaires. L'interprétation de la contrainte par violence comme provocation « répréhensible » d'une situation de contrainte amenait évidemment paradoxalement à considérer ces manifestations « pacifiques » comme des actes de violence. Voir Fromont, *Rev. dr. pub* 1989, p. 111. *N.d.T.*)

comme étant contraire à l'interdiction constitutionnelle de l'analogie en droit pénal et comme constituant un dépassement de la limite posée par la lettre du texte.

La discussion suscitée par ce jugement[117] souffre d'un certain nombre d'obscurités s'agissant du concept de limite textuelle, tant du point de vue de la théorie du droit que de la théorie du langage[118].

La manière dont la Cour constitutionnelle fédérale expose le problème rend déjà perceptible cette obscurité : « L'exigence de clarté *de la loi* exclut, selon la jurisprudence, toute peine justifiée par analogie ou fondée sur le droit coutumier. A cet égard, l'« analogie » ne doit pas être entendue en un sens étroitement technique ; est de ce point de vue bien plutôt exclue toute « application » du droit qui dépasse le contenu d'une norme législative de sanction. Puisque l'objet de l'interprétation des dispositions législatives ne peut être jamais que le texte de la loi, celui-ci se révèle être ainsi le critère déterminant : le sens littéral possible de la loi marque les limites extrêmes de l'interprétation judiciaire autorisée ». Le sens littéral possible est ici supposé être le contenu de la norme, donné à l'avance et dégagé à l'aide de « constatations » linguistiques. C'est également une telle conception de la limite textuelle qui a été utilisée, pour sa majeure partie, par la critique du jugement de la Cour. La différence ne concernait que la définition du sens employé, tel qu'il était chaque fois « dégagé ».

Mais le problème ainsi posé ne saurait être résolu sur ce plan. Parce qu'il n'existe ni *l'*usage langagier uniforme d'un langage commun homogène et définitif en soi, ni un usage langagier homogène à l'intérieur même du langage des groupes particuliers, on ne saurait parvenir, en cherchant à dégager son sens,

[117] Parmi de nombreux travaux : *Callies* ; *Kühl* ; *Riehle* ; *Starck* ; *Hassemer* II ; *Prittwitz* ; *Bertuleit/Herkströter*. — Pour une discussion de la position proposée ici : *Seibert* III, p. 485 et s.

[118] Voir surtout l'article cité ci-dessus de *Bertuleit* et *Herkströter* qui, sur la base d'une définition rattachée à la sémantique logique de *Koch*, en viennent à voir dans l'occupation des voies publiques un « candidat neutre » et qui, en conséquence, ne peuvent justifier l'existence d'une violation de la limite textuelle par l'extension du concept de violence. Leur tentative impuissante de critique s'inverse dès lors en une apologie. [Dans le langage de la sémantique logique de Hans-Joachim Koch, le terme « candidat » désigne un fait (ici : l'occupation des voies publiques). C'est le fait « candidat » à l'application d'une norme. Si l'occupation des voies publiques était sans ambiguïté une violence au sens du § 240 du Code pénal allemand, elle serait un « candidat positif » à l'application de cette disposition. Si, à l'inverse, elle était à l'évidence un acte de non-violence, elle serait un « candidat négatif ». Mais, selon *Bertuleit* et *Herkströter* qui s'appuient sur Koch, elle est un candidat « neutre ». Il convient donc de mener l'argumentation plus loin. On notera que cette jurisprudence vient d'être renversée par un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 10 janvier 1995. *N.d.T.*)]

qu'à mettre en évidence le caractère contradictoire des divers exemples d'emploi du concept de violence. Les exemples d'emplois ainsi « découverts » ne peuvent pas davantage être généralisés en règle objective et purement constatable du langage.

Précisément, la prise en considération des exemples d'usages qui ont pu être aussi avancés dans la discussion suscitée par cette décision met cela clairement en évidence. C'est ainsi que, par exemple, pour la théorie critique de la société il faut déjà supposer l'existence d'une violence pour ainsi dire structurelle dès lors qu'un travailleur ne disposant pas des moyens de production en propre est contraint à vendre sa force de travail. En contrepoint, la Cour fédérale de justice rejette l'application de la notion de violence s'agissant de l'employeur qui enferme son apprentie dans une auto afin de la contraindre à avoir avec lui un rapport sexuel [119]. On pourrait facilement allonger la liste des exemples des différents usages qui ont pu être reproduits durant cette discussion. La question de savoir lesquels de ceux-ci doivent être déclarés former le « contenu » de la norme en question, une telle question ne peut être tranchée dans ces conditions que par une « résolution » (*Dezision*). La mise à jour prétendument objective de l'« usage linguistique » débouche en vérité sur un pur arbitraire. En fait de « contenu » de la notion de violence, on ne découvre en réalité plus que la seule compétence à la définir ; une chambre de sûreté de l'Etat peut donc, à l'occasion du jugement d'une affaire d'appel à une « occupation non-violente de la voie publique » tenir compte, comme d'une circonstance aggravante, du fait que le prévenu aurait nettement fait montre, au cours de toute la procédure, de son incorrigibilité, de son aveuglement juridique comme d'une surestimation de ses propres capacités du fait qu'il ait eu l'audace de vouloir définir lui-même la notion de violence [120].

Le problème ne peut être rationnellement discuté qu'à partir du moment où l'on se débarasse de la fiction d'un contenu linguistique donné à l'avance dans le texte de norme ainsi que d'un usage linguistique qui serait objectivement constatable. La question n'est pas de savoir quel contenu linguistique a *le* concept de violence mais quelle signification peut être imputée au signe « violence » contenu dans le texte de norme du § 240 du Code pénal, une imputation qui doit respecter les normes du droit constitutionnel et de la législation ordinaire qui se rapportent aux méthodes. Cette signification n'est pas objectivement découverte, mais constituée. Une limite imposée à la constitution de signification qui doit être effectuée par le juge découle seulement du texte de norme adopté par le législateur pris comme une chaîne de signes et des standards d'une culture de l'argumentation juridique qui renvoient au droit constitutionnel.

[119] BGH NStZ 1981, p. 390 ; JR 1982, p. 115. — L'article « violence » dans le dictionnaire de Grimm (t. 6, par Hermann Wunderlich, Leipzig, 1911, col. 4910 et s.) comporte 185 colonnes d'exemples d'emplois tirés de l'histoire de l'usage de ce mot.

[120] Jugement du 19 janvier 1983 de la chambre de sûreté de l'Etat du Tribunal régional supérieur de Francfort. Critique : *Brink/Keller*, p. 107.

Sur la base d'une limite textuelle ainsi reformulée du point de vue de la théorie du langage, on peut désormais rationnellement décider du fait de savoir si l'extension ou la « sublimation » de la notion de violence est encore compatible avec le § 240 du Code pénal ainsi qu'avec l'art. 103 al. 2 LF. L'extension du concept de violence jusqu'au simple fait d'occasionner une situation de contrainte supposerait un texte de norme formulé de la manière suivante : « Quiconque contraint autrui à agir, subir ou s'abstenir, est puni (...) ». Pour une telle hypothèse de compréhension du texte, la désignation des moyens de contraintes, « violence et menace », est dépourvue de sens, superflue. C'est pourquoi l'extension du concept de violence opérée par la justice viole la limite imposée par le texte.

Seule une interprétation qui permette d'accorder tant à la violence qu'à la menace un domaine d'application propre au-delà du simple fait d'occasionner une situation de contrainte pourrait être conciliée avec le texte effectivement en vigueur du § 240. La manière dont la sublimation du concept de violence a été développée dans la jurisprudence contrevient à la systématique interne du § 240 du Code pénal dans la mesure où, d'une part, elle rend superflue la prise en compte des moyens de la contrainte et, d'autre part, n'offre plus aucun domaine d'application pertinent à la menace à côté de la violence. Cette dernière considération est certes évoquée dans la littérature comme dans le jugement en question, mais on pense pouvoir priver cet argument d'efficacité par le recours à une prétendue justice matérielle. Cependant, une justice détachée de toute norme ne saurait, sous l'empire de la Loi fondamentale, corriger un texte de norme établi par le législateur, pas même lorsqu'un juge se figure connaître les exigences imposées dans le cas particulier par cette justice transcendante, supérieure à la loi [121].

[121] Que cette exagération du concept de violence viole le système des droits fondamentaux et place certains de ces droits les plus importants sous une réserve de police dans le cas particulier, ce constat a suffisamment été établi par la littérature (voir *Brink/Keller*, not. p. 115 et s.) et n'a pas besoin d'être ici encore une fois mis en évidence. En particulier, la « clause de répréhensibilité », en l'absence d'un substrat moral uniforme dans une société pluraliste, doit être considérée comme une façade de fortune destinée à permettre l'exclusion décisionniste de cas particuliers au regard d'éléments constitutifs de l'infraction interprétés de façon beaucoup trop extensive.

Dans le même ordre d'idées, la justification au regard du droit constitutionnel de la durée plus longue du service civil par rapport à celle du service militaire met en jeu, contre le texte de norme en vigueur certains aspects de justice transcendante, supérieure à la loi. La décision de la majorité ne pourrait être justifiée que si le texte de norme de l'art. 12 al. 2 phrase 2 LF disposait, par exemple : « La charge imposée par le service civil ne doit pas dépasser la charge imposée par le service militaire ». Mais, à la place du mot « charge » (*Belastung*), le texte utilise le concept quantitatif de la « durée ». Cette notion quantitative permet certes la comptabilisation de la durée moyenne des exercices demandés aux réservistes, mais nullement une égalisation des charges qualitatives appuyée sur le concept de « justice à l'égard des appelés au service militaire ». Abstraction faite de ce qu'il n'est pas possible de comptabiliser une telle charge qualitative du fait de l'absence de comparabilité, le concept de « justice à l'égard des appelés au service militaire » (*Wehrgerechtigkeit*) n'est pas une seule fois mentionné dans la Loi fondamentale et, de ce fait, ne saurait pas non plus jouer contre le texte de norme officiel.

L'opinion dissidente de la minorité procède par contre correctement du point de vue méthodique. A propos de l'explication de la notion de « durée du service », elle précise : « Aux termes de l'art. 12a al. 2 phrase 2 LF, il s'agit de comparer la durée de deux services. "Durée" est une notion quantitative qui se rapporte à certains espaces de temps. C'est en ce sens qu'elle est employée dans le droit du recrutement militaire (suivent les réf.). Cela exclut toute interprétation de l'art. 12a al. 2 phrase 2 LF en ce sens qu'il assurerait "un équilibre entre les charges imposées aux appelés du service militaire et celles imposées aux appelés du service civil" »[122]. La systématique législative, le contexte du mot « durée », est ici employée pour restreindre la possibilité de constitution judiciaire de la signification. Ce maniement méthodiquement contrôlable de l'élément systématique de concrétisation se démarque clairement des explication vagues du vote majoritaire relatives à la justice due aux appelés du contingent, une justice qu'on ne peut précisément pas dénicher dans le texte de la Loi fondamentale.

Interprétation par différenciation des fonctions

La procédure de l'interprétation par différenciation des fonctions, familière à la méthodologie juridique et d'ailleurs particulièrement soulignée par la Cour

[122] BVerfGE 69, 1 (67).

constitutionnelle fédérale, consiste principalement dans les opérations suivantes :

a) Il convient de vérifier si la même expression linguistique (ou du langage spécialisé) utilisée à divers endroits d'une loi, d'une codification ou de l'ordre juridique veut dire des choses différentes. Cette vérification ne va pas déjà au-delà du texte de norme. Simplement, elle ne s'en remet pas au seul élément grammatical. Elle entreprend de démontrer que le même concept, sous les aspects historique, génétique, téléologique et surtout systématique, employé dans des dispositions différentes norme matériellement à chaque fois quelque chose d'autre. Dans cette mesure, l'interprétation « dépend à chaque fois de la fonction que le concept doit remplir à l'intérieur de chaque norme respective »[123]. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale en conclut que le concept d'« ordre constitutionnel » (*verfassungsmäßige Ordnung*) dans l'art. 20 al. 3 LF, puisqu'il s'adresse là à un destinataire qui est la législation, recouvre « la Constitution purement et simplement » ; dans l'art. 9 al. 2 LF, en tant qu'il définit la limite assignée à la liberté d'association au sens de l'art. 9 al. 1, ce même concept pourrait devoir être restreint à « certains principes élémentaires de la Constitution » ; dans l'art. 2 al. 1 LF enfin, puisque, du point de vue fonctionnel, il agit comme une limite à la liberté générale d'agir reconnue aux citoyens, il viserait « toute norme juridique formellement et matériellement conforme à la Constitution ».

Les doutes qu'engendrent ces conclusions ne tiennent pas à la différenciation entre les fonctions de l'expression « ordre constitutionnel » dans les art. 2 al. 1, 9 al. 2 et 20 al. 3 LF. Ils naissent du problème de savoir si le présupposé selon lequel l'art. 2 al. 1 norme à titre de droit fondamental la liberté générale d'agir est pertinent. Demeure donc incertaine la question de savoir s'il existe un motif normatif qui permette d'étendre à l'art. 2 al. 1 LF le procédé de l'interprétation par différenciation des fonctions, un procédé manié par ailleurs de façon méthodiquement acceptable par la Cour.

b) Il faut ensuite vérifier que l'expression concernée couvre par le langage (sécialisé) la différence fonctionnelle découverte à l'aide des autres moyens méthodiques. Le texte de norme (avec l'élément qui doit être fonctionnellement différencié) joue ici comme limite de l'interprétation admissible.

Ce procédé est utilisé de manière concluante dans le jugement « Elfes »[124]. L'expression « ordre constitutionnel » est un concept du langage spécialisé pro-

[123] BVerfGE 6, 32 (38).

[124] BVerfGE 6, 32 — Un autre exemple de cette *interprétation par différenciation des fonctions* est fourni par BVerfGE 33, 125 (152) (Décision « médecins spécialistes » : à propos de l'expression « pro-

pre à la Loi fondamentale. Il n'est pas fixé par la tradition. Il est suffisamment flexible pour recouvrir soit l'ensemble du droit constitutionnel en vigueur, soit les seuls principes de la Constitution en vigueur, ou bien encore l'ordre juridique conforme à la Constitution. C'est une tout autre question que de savoir si le présupposé dogmatique du jugement « Elfes » est ou non acceptable, à savoir l'interprétation du droit fondamental de l'art. 2 al. 1 LF comme liberté générale d'agir.

Le procédé utilisé pour l'interprétation de la notion constitutionnelle de « corporation de droit public » n'est pas seulement acceptable, mais davantage encore exigé du point de vue normatif. Cette notion s'est traditionnellement développée séparément dans le droit administratif et le droit public ecclésiastique. C'est pourquoi une différenciation fonctionnelle de son interprétation dans l'art. 87 al. 2 et 3 et l'art. 130 al. 3 LF, d'un côté, et dans l'art. 140 LF en liaison avec l'art. 137 al. 5 et 6 de la Constitution de Weimar se maintient dans les limites tracées par les textes*. La preuve d'une différence fonctionnelle, qui doit être préalablement apportée, si elle reste douteuse dans le cas de l'art. 2 al. 1 LF, peut s'appuyer ici sur la disposition de l'art. 140 LF en liaison avec l'art. 137 al. 1 de la Constitution de Weimar, une disposition qui doit être utilisée du point de vue systématique. Celle-ci, prise en elle-même, interdit à elle seule de voir dans les sociétés religieuses qui sont des « corporations de droit public » des institutions incorporées à l'Etat, au sens que le même terme a pris dans le droit administratif.

En revanche, ne saurait s'imposer contre la fonction limitatrice du texte de norme la tentative consistant à interpréter de manière fonctionnellement différenciée le concept de « loi » tel qu'il apparaît dans la formule « dans les limites de la loi valable pour tous » (art. 140 LF en liaison avec l'art. 137 al. 3 phrase 1 Constitution de Weimar) en ce sens que seules seraient ainsi visées les normes « qui se présentent comme des mises en forme et des réglementations des postulats fondamentaux et inconditionnels de notre Etat de droit social » [125]. Vouloir traiter la « loi » seulement comme réglementation et mise en forme des principes constitutionnels inconditionnels mais pas, à côté de cela comme la norme législative au sens général de la loi formellement adoptée par le Parlement, un tel procédé excède les limites posées par le mot tel qu'il est fixé (« la loi valable pour tous » : les sociétés religieuses sont aussi soumises en tant qu'employeur, maître d'ouvrage, qu'utilisatrices de la voierie routière, etc. au droit du travail, au droit de la construction, au droit de la circulation routière, etc.).

fession » employée aux art. 12 al. 1 et 74 n° 19 LF. Dans ce contexte voir aussi la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale relative aux sociétés religieuses considérées comme « corporations de droit pubic » : BVerfGE 18, 385 (386) ; 55, 207 (230).

* A côté de l'Etat, l'organisation administrative allemande connaît trois catégories de personnes publiques : *Körperschaft des öffentlichen Rechts* (corporation de droit public), *öffentliche Anstalt* (établissement public) et *Stiftung des öffentlichen Rechts* (fondation de droit public). Les corporations de droit public se caractérisent par le fait qu'elles sont des groupements de personnes investis de prérogatives de puissance publique et d'une mission administrative (les collectivités territoriales et leurs groupements, les chambres de commerce, les associations syndicales de propriétaires, les universités...) (Fromont/Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 2, *op. cit.*, p. 111 et s.) Les églises ne sont des corporations de droit public que sur la base des dispositions de l'art. 137 al. 5 de la Constitution de Weimar qui font partie intégrante de la Loi fondamentale (voir art. 140 LF). Mais la notion de corporation de droit public telle qu'elle est interprétée par la doctrine administrativiste s'applique difficilement à des églises qui ne sont pas en vérité investies de missions administratives. Les développements qui suivent, consacrés à la notion de loi, sont relatifs à l'interprétation de l'art. 137 al. 3 de la Constitution de Weimar : « Chaque église ou culte règle et administre ses affaires de façon autonome dans les limites de la loi valable pour tous » (nous avons adopté une traduction littérale pour faire ressortir clairement les problèmes soulevés par l'auteur). *(N.d.T.)*

GROUPES D'ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

Il convient de distinguer deux groupes d'éléments de concrétisation d'après leurs fonctions. Le premier comporte les moyens de traitement de la « norme » au sens traditionnel, c'est-à-dire les moyens de *traitement du texte de norme*. Ces parties du processus de concrétisation, qui s'attachent primairement aux textes, concernent les *règles d'interprétation*. Les règles établies par Savigny ont leur place dans ce cadre. Elles se révèlent être tout à fait indispensables, même pour une méthodologie du droit (constitutionnel) actuel ; elles ont cependant besoin d'être complétées dans de nombreuses directions. Il faut en outre dès le départ tenir compte de ce que les aspects de l'interprétation dégagés par Savigny et ceux qui y ont été ajoutés par la jurisprudence et la doctrine touchent au travail sur des *textes* du point de vue *le plus général*. Ils se rapportent non seulement aux textes de normes — s'agissant de l'interprétation gramma-

[125] En ce sens, la Cour fédérale de justice : BGHZ 22, 383 (387) qui reprend la conception découlant des thèses avancées par J. Heckel en 1932. — La jurisprudence a tendance à « conserver les mains libres » au moyen de formules vagues. Une interprétation contraire à la lettre du texte ne serait possible que dans des « cas exceptionnels », « pour des raisons tirées de l'Etat de droit » : voir sur ce point BVerwGE 40, 78 (80 et s.) qui renvoie à BVerwGE 29, 352 (355) : s'agissant de la réinterprétation d'une disposition permissive (*Kann-Vorschrift*) en une disposition impérative (*Soll- oder Muß-Vorschrift*). Hormis le cas d'un texte de norme erronné, une telle opération ne peut en aucun cas être justifiée « pour des raisons tirées de l'Etat de droit ». La question de savoir si et pourquoi les instances de décision ne souhaitent pas se lier pour s'offrir au contrôle est une tout autre question — politique par principe. — Problématique également, pour des raisons similaires, la première décision de la Chambre commune des Cours suprêmes de la Fédération : BVerwGE 37, 369 (371) ; sur ce point : *Müller* IX, p. 51 et s.

ticale, systématique et aussi, bien que limitée, téléologique —, mais aussi à d'autres textes — ceux qui résultent de la prise en considération des points de vue historique et génétique, comme des éléments dogmatiques, des aspects de la technique de résolution de cas, ou encore des éléments de théorie et de politique constitutionnelle dans le processus de concrétisation.

Un second groupe d'éléments ne concerne pas au premier chef l'interprétation de textes. Ils recouvrent les étapes de la concrétisation à l'occasion desquelles seront exploités les points de vue de type factuel tirés de *l'étude du champ normatif* de la disposition à transposer ainsi que de l'étude des *éléments des circonstances de l'espèce* dont la pertinence est dégagée au cours du processus de concrétisation. Les éléments de ce groupe montrent que la concrétisation va au-delà de la seule interprétation des textes de normes. La norme n'est pas identique à son texte. Les points de vue traditionnels de l'interprétation, ceux de type historique, génétique ou téléologique, se situent déjà, sur l'axe norme-réalité, au-delà du texte même. La même remarque s'applique s'agissant des éléments dogmatiques, des éléments de la technique de résolution de, des éléments de théorie et de politique constitutionnelle.

Avec cette *classification fonctionnelle*, on n'a encore rien dit de définitif s'agissant de l'*origine objective* des aspects de la décision. C'est ainsi, par exemple, que les points de vue dégagés à partir du droit comparé relèvent souvent de la politique juridique ou constitutionnelle. Mais ils peuvent également, dans le cas particulier, apparaître sous forme d'éléments de théorie, de contribution dogmatique ou de moment parmi les éléments méthodologique (par exemple dans le cadre de l'interprétation historique).

ÉLÉMENTS MÉTHODOLOGIQUES AU SENS ÉTROIT

Vue d'ensemble

Parmi ceux-ci, on entend les aspects de l'interprétation grammaticale, historique, génétique, systématique et téléologique, ainsi que les principes d'interprétation de la Constitution retenus ici et certaines questions de la logique formelle et de l'axiomatisation. Les éléments du champ normatif et des circonstances de l'espèce ne font donc pas partie de ce groupe et ce du seul fait qu'ils ne se rapportent pas au premier chef à l'interprétation de textes. Les éléments dogmatiques, ceux de la technique de résolution de cas, les éléments

de théorie ou de politique juridique enfin jouent un rôle important, comme le prouve l'expérience, à l'occasion de toute concrétisation du droit (constitutionnel). Mais, bien que très souvent traités comme des éléments normatifs en pratique, il ne sont pas, au moins en partie, primairement destinés à l'élaboration rationnelle de la norme juridique, c'est-à-dire à la correcte concrétisation de cette norme dans le cas d'espèce. Objectivement, ils n'ont (même si ce n'est pas le cas s'agissant de certaines techniques de dissimulation dont la pratique fait usage), en partie, que des fonctions auxiliaires de clarification et de soutien à la justification des normes juridiques dont il a déjà été démontré, par d'autres moyens, qu'elles pouvaient être rattachées à des textes de normes du droit en vigueur.

Règles traditionnelles de l'interprétation

Interprétation grammaticale

Droit constitutionnel codifié. — Dans un ordre juridique disposant d'un droit constitutionnel codifié, dont le contenu est fixé, adopté, promulgué et publié — tout comme les normes infra-constitutionnelles — selon une procédure législative déterminée, certains éléments d'interprétation et de concrétisation découlent de cette situation même, s'appuyant sur le texte de la prescription [126], sur la rédaction d'autres textes de normes qui doivent être mis en relation avec elle, comme sur des textes (non-normatifs) des travaux préparatoires de la loi (constitutionnelle). Les interprétations grammaticale, systématique et génétique ne sont pas pour une raison qui leur serait immanente les éléments de concrétisation les plus immédiats ; ils ne le sont que pour des motifs fonctionnels dans un ordre juridique de ce type.

Le texte du droit coutumier. — La concrétisation débute habituellement avec la recherche de ce que l'on appelle le sens littéral, avec la recherche du sens du langage employé par le texte de norme pris en considération. On s'en

[126] Pour des raisons tirées du droit constitutionnel, le texte de norme au sens présenté ici constitue *également* la « limite de la mutation constitutionnelle » ; Voir *Hesse* III. (La mutation constitutionnelle (*Verfassungswandlung*) c'est, à la différence de la révision ou du changement du texte de la Constitution, la mutation de sens qui peut affecter le texte constitutionnel du fait des mutations qui se produisent dans la réalité (les champs facuels). Le texte inchangé de la Constitution pose donc aussi une limite au changement de sens ainsi produit. *N.d.T.*)

est déjà expliqué ici sur la base de la jurisprudence constitutionnelle. Ce premier élément ne peut offrir lui-même que des indices médiatisés de la signification du texte et non pas garantir un retour immédiat à celle-ci. C'est également très net s'agissant de la concrétisation du droit constitutionnel coutumier. Ici, la première tâche de l'interprétation grammaticale consiste à arrêter la version du texte de la règle coutumière en vigueur sur laquelle l'autorité concrétisatrice entend prendre appui. Puisque le droit (constitutionnel) coutumier ne dispose pas d'une version linguistique fixée d'autorité, la tâche d'une telle fixation (qui dans un ordre juridique codifié doit être imputée au législatif) doit être intégrée à tout processus de concrétisation. Il est courant, dans la pratique et la science, que la concrétisation opérée sur des règles non-écrites repose sur plusieurs versions textuelles précises (plus rarement en trouve-t-on une seule) telles qu'elles sont formulées et diffusées par les décisions de justice, les manuels et commentaires. Cela vaut par exemple pour les formulations de l'impératif, affirmé par la Cour constitutionnelle fédérale, du comportement loyal envers la Fédération, ou encore pour la figure de l'interprétation conforme à la Constitution, dans la mesure où cette dernière n'est pas seulement employée comme un aspect méthodique, mais aussi comme impératif du droit constitutionnel non-écrit. Même dans les cas d'un texte de droit coutumier pratiquement fixé et sur lequel se sont accordées la pratique et la science, cette version du texte ne fait pas davange autorité qu'elle n'est authentique. Au-delà, les incertitudes accompagnant l'interprétation grammaticale se multiplient à la mesure du désaccord qui peut exister sur la version d'un texte de droit coutumier.

Cela présupposé, le droit coutumier doit être fondamentalement traité comme le droit écrit. Du fait du défaut de texte authentique, il résulte encore quelques particularités facilement visibles : il manque des travaux législatifs préparatoires et donc la possibilité d'une interprétation génétique est exclue ; en outre le point de vue de la correction fonctionnelle du résultat* s'estompe puisqu'il ne s'agit plus alors d'un rapport entre le gouvernement, l'administration ou la jurisprudence, d'une part, et, d'autre part, une autorité qui établit du droit écrit selon une procédure normativement codifiée.

Au plan dogmatique, le droit constitutionnel coutumier spécialement, à titre de complément à la Constitution, ne peut exister qu'en conformité avec les fondements et les règles particulières de cette Constitution, il ne peut exister que praeter constitutionem. C'est une conséquence de la décision prise en

* Sur ce point voir *supra* p. 59 et la note (16). *(N.d.T.)*

faveur d'un droit constitutionnel codifié ainsi que de la fonction limitatrice des textes constitutionnels écrits. Ni l'établissement ni la concrétisation du droit infra-constitutionnel, ni la formation ni la concrétisation du droit constitutionnel non-écrit ne peuvent se placer au-dessus de la fonction limitatrice qui échoit à la forme linguistique de la Constitution écrite.

Interprétation grammaticale et types de structure normative. — L'interprétation grammaticale du droit (constitutionnel) écrit se détermine d'après les différents types de normes. L'interprétation grammaticale des art. 22 ou 27 LF* offre relativement peu de difficultés ; celle des règles de droit relatives à l'organisation des pouvoirs publics en offre le plus souvent moins que l'élément grammatical de concrétisation des droits fondamentaux ou des normes constitutionnelles fondamentales telles que l'art. 20 LF ou même des règles de compétences des art. 73 et s. LF (N.d.t. : répartition des compétences entre la Fédération et les Länder). L'interprétation grammaticale suffit souvent largement s'agissant des art. 22 et 27 LF. Cela ne tient pas, contrairement à ce qu'on suppose traditionnellement, à ce que les art. 22 et 27 LF seraient « formulés de façon particulièrement claire ». Du point de vue linguistisque et « grammatical », ils ne sont pas rédigés plus clairement que, par exemple, les textes de normes des droits fondamentaux ou des règles de compétence. Les différences qui existent à l'égard de leur concrétisabilité (et c'est déjà un point considérable) au moyen de l'interprétation grammaticale se situent ailleurs, dans la diversité structurelle des normes juridiques. On ne peut partir de « la » norme juridique en général et sans nuance, que l'on s'intéresse à l'ordre juridique dans son ensemble ou à la Constitution. Les art. 22 et 27 LF sont, sinon du point de vue dogmatique, du moins pour la théorie de la norme, pour ainsi dire des lois d'espèce (*Einzelfallgesetze*). Leurs champs normatifs sont tels qu'ils peuvent être largement individualisés l'aide des textes de normes. Des changements à l'intérieur du champ normatif de l'art. 27 LF pourraient éventuellement créer des difficultés si, par exemple, du fait d'évolutions techniques, la notion de « navire de commerce » devenait problématique. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas le texte de l'art. 27 LF, qui doit être grammaticalement interprété, qui « deviendrait obscur ». Ce serait au contraire l'élément du champ normatif qui, du fait d'évolutions factuelles, acquièrerait des contours nouveaux et compliquerait ainsi la transposition de l'art. 27 LF.

* Art. 22 : drapeau fédéral ; art. 27 : l'ensemble des navires de commerce allemands forment une flotte commerciale unique. *(N.d.T.)*

Le fait que le texte de norme de l'art. 4 al. 1 LF (« La liberté de croyance et de conscience, et la liberté de profession de foi religieuse ou philosophique sont inviolables ») apparaisse au juriste « plus obscur », « plus large » ou « plus imprécis » que celui de l'art. 52 al. 1 LF (« Le Bundesrat élit son président pour un an ») ne démontre pas une différence linguistique (« grammaticale ») des textes de normes, mais, entre autres choses, l'effectivité de la précompréhension (juridique). Les deux propositions apparaissent peut-être à un non-juriste, sur l'arrière-plan de sa précompréhension non-spécifique, également « clairs » ou « obscurs ». Le juriste, lui, compare déjà les champs normatifs des dispositions en question qui lui sont connus dans leurs grandes lignes ou dans leurs détails avec leurs textes dans le cadre de son savoir préalable, matériellement informé et orienté, des problèmes juridiques et des textes de normes. Il constate dès le moment de cette opération intellectuelle préalable et pour beaucoup implicite certaines distinctions importantes entre les structures normatives. Mais la spécificité de chaque structure normative ne peut être assimilée à celle du texte de norme, pas davantage qu'on ne saurait en général identifier la norme à son texte.

De même, la relativement faible fécondité méthodique de nombreux textes de normes — notamment des règles de compétences des art. 73 et s. LF (par ex. : « dommages de guerre et réparations », « les affaires relatives aux réfugiés et expulsés », « les principes généraux de l'enseignement supérieur », « le statut général de la presse et de l'industrie cinématographique ») — ne vient pas d'une formulation moins « claire » ou mons « précise » de ces articles. Elle réside en ce que, s'agissant de règles de compétences qui s'appuient sur des « matières », comme s'agissant des droits fondamentaux, le poids essentiel des problèmes pratiques de concrétisation porte sur les éléments des champs normatifs. Les dispositions relatives aux compétences sont elles aussi des règles de droit particulièrement fortement liées aux considérations de fait. On peut le montrer de la même manière à l'occasion de l'étude de règles de compétence non-écrites. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît l'existence d'une compétence fédérale du fait d'une cohérence matérielle, dans l'hypothèse où « lorsqu'une matière confiée à la Fédération ne peut être raisonnablement réglementée sans qu'en même temps une autre matière, qui n'est pas expressément confiée à la Fédération, puisse être elle aussi réglementée ; c'est-à-dire : lorsqu'un empiètement sur une matière qui ne lui est pas expressément confiée constitue la condition indispensable de la réglementation d'une des matières

confiées à la législation fédérale »[127]. Une telle formulation (qui n'est pas authentique au sens de la doctrine des sources du droit) se voit contrainte de renvoyer exclusivement aux aspects factuels des matières en question. Il n'y a pas lieu de s'étonner que la similitude de structures normatives (ici de dispositions relatives aux compétences) ne dépend pas essentiellement du fait que la norme est écrite ou non. L'existence ou l'inexistence d'un texte de norme authentique n'emportent avec elles que les distinctions développées ci-dessus s'agissant de la distinction entre droit (constitutionnel) écrit et non-écrit. On peut montrer cela également pour ce qu'on appelle les « standards » en droit constitutionnel. Le fait qu'ils soient écrits (comme par exemple le principe de l'égalité de traitement de l'art. 3 al. 1 LF) ou non-écrits (comme l'impératif d'un comportement loyal envers la Fédération, les principes de proportionnalité, de nécessité, de précision et d'adéquation des moyens et des fins) n'exerce pas d'influence décisive sur les problèmes structurels de leur concrétisation.

Les normes constitutionnelles spéciales n'offrent pas davantage, du point de vue structurel, une image uniforme quant à leur concrétisation grammaticale. C'est ainsi que les dispositions concernant les droits fondamentaux — inviolabilité du domicile, liberté de la science, liberté d'aller et venir, ou liberté de croyance, de conscience et de profession de foi religieuse ou philosophique, par exemple — sont au plan linguistique d'un degré d'abstraction extrêmement varié. Et cela n'est pas à rattacher au fait qu'ils seraient plus ou moins précisément formulés. Cela tient à ce que les matières garanties, leurs structures effectives, la possibilité de leur objectivation, le degré d'emprise des éléments produits par le droit comme le degré de la possibilité de les mettre juridiquement en forme, bref à ce que leurs champs normatifs respectifs sont différents.

Eu égard à tout ce qui vient d'être dit, la fécondité de l'interprétation grammaticale apparaît dépendre de la structure de la norme. Cela ne vient pas de ce que la norme (structurée) serait substantiellement présente dans le texte de norme. Les potentiels d'effets juridiques ne sont pas contenus dans les éléments linguistiques des propositions de droit (*Rechtssätze*). Les concepts juridiques ne réifient pas leurs énoncés. Comme tout concept linguistique, ils se prêtent seulement à l'étude de leurs emplois et de leurs délimitations fonctionnelles. Le concept juridique dogmatique n'a que la valeur d'un signe[128]. On peut souvent observer, dans les limites ainsi tracées, que l'aspect grammatical (qui n'est

[127] BVerfGE 3, 407 (421). Voir aussi : BVerfGE 12, 205 (237 et s.) ; 15, 1 (20). — Fondamental sur la théorie des compétences : *Stettner*. Sur les propositions développées ici : *ibid.*, not. p. 1 et s., p. 301 et s., p. 376 et s., p. 378 et s., p. 404 et s., p. 413 et s., p. 420 et s.

[128] Dans ce sens et pour la science juridique, voir aussi *Esser* II, p. 57. — Sur le rapport entre

univoque qu'en apparence) force *à décider* entre plusieurs usages des concepts utilisés, entre les significations quotidiennes ou juridiques, et parfois même entre diverses significations juridiques. Le procédé est légitime notamment du fait que la « méthode » grammaticale ne vise pas au bout du compte le texte de norme mais bien la norme juridique qui doit être produite. A ce stade déjà, il faut annoncer par anticipation le programme normatif possible, au-delà de la saisie philologique du sens du texte de norme, et recourir ainsi implicitement à d'autres éléments que l'élément grammatical.

Interdépendance de l'interprétation grammaticale et des autres éléments. — Contrairement à la première impression, l'interprétation grammaticale n'est pas isolée, même à ce stade du travail qui est chronologiquement premier. Lors de la recherche des différents sens possibles du langage qu'indique le texte en liaison avec l'espèce, on empiète déjà sur d'autres éléments. Dès le premier travail que l'on peut effectuer sur la norme, dans cette « seconde logique » qui suit l'édiction d'une codification (alors que ne sont pas à ce moment encore pubiés les matériaux, normatifs ou non, que sont les décrets et circulaires d'application, les commentaires administratifs, etc.), l'expérience prouve que l'essai de compréhension du langage dépasse déjà la seule interprétation grammaticale : par le retour aux réglementations antérieures comparables ainsi qu'aux décisions et aux commentaires doctrinaux dont elles ont fait l'objet ; par la prise en considération des prescriptions (et de leurs textes) actuellement en vigueur et qui lui sont apparentées, complémentaires ou contraires afin de contrôler l'effet d'indice du texte de norme concerné ; par la prise en considération aussi de la Loi fondamentale, du fait d'une possible interprétation conforme à la Constitution. Cette « seconde logique » *écoulée*, le regard du juriste, dans le cas normal, se dirige à la fois (anticipant d'ailleurs en fonction de la précompréhension juridique) sur le texte de norme *et* sur les textes explicatifs non-législatifs, à savoir la jurisprisprudence correspondante, les commentaires, les manuels et monographies. Ces textes non-législatifs de la pratique et de la science juridiques ne se bornent pas à répéter la formulation de la disposition à expliquer. Provoqués et limités par les variantes sémantiques que comporte le texte de norme au regard du cas concret, ces textes esquissent de possibles

structure normative, texte de norme et concrétisation, voir aussi *Huber* II, not. p. 182 et s. — Sur le *langage quotidien* et le contenu de la loi, voir par ex. : BVerfGE 26, 16 (29) (Loi fédérale sur l'aide sociale ; à propos de « groupes professionnels »). — Sur l'interprétation littérale, voir également *Wüstendörfer*, p. 139 et s. ; *Zippelius* I, p. 53 et s., p. 106 et s. — Sur le rapport texte de norme/langage quotidien/langage spécialisé : *Schmidt* I ; *Larenz* I, p. 312 et s., p. 320 et s. ; *Rave/Brinckmann/Grimmer* II ; *Podlech* V. — Du point de vue de la théorie de la législation : *Noll*. p. 244 et s.

motifs déterminants de virtuelles décisions (*Leitsätze*) (formulation textuelle de possibles normes juridiques) dans les limites du cadre tracé par la disposition en question en procédant par concrétisation, précision et développement, en s'appuyant sur d'autres textes originaux (les textes des décisions, des manuels, des commentaires et monographies). Du point de vue de la position fondamentale adoptée par méthodologie juridique prédominante jusqu'à aujourd'hui, cet état de chose devrait répugner aux praticiens du droit s'ils réfléchissaient suffisamment sur leur propre activité. Du point de vue de la méthodologie qui dépasse le positivisme légaliste par contre, cet état de chose apparaît incontournable et légitime.

Eléments historiques, génétiques, systématiques et téléologiques

Démarcation de l'interprétation historique par rapport à l'interprétation génétique. — Dans la doctrine comme dans la jurisprudence, il n'est pas rare que ces deux éléments soient confondus l'un avec l'autre. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale qualifie d'« historique » l'interprétation tirée des « travaux préparatoires et de la genèse du texte »[129]. Cette interprétation dont parle la Cour est en réalité l'interprétation *génétique*. L'interprétation *historique*, par contre, est celle qui s'occupe de l'histoire du droit (histoire législative), qui, en s'appuyant sur les textes précurseurs et modèles de la norme, répond à la question : comment cela était-il réglé antérieurement ?

L'interprétation historique travaille donc au moyen de :

a) textes de normes, et plus exactement

b) au moyen d'*autres textes de normes* que celui qui doit être travaillé dans le cas d'espèce actuel, au moyen de textes anciens qui ne sont plus en vigueur. L'interprétation *historique* se distingue de l'interprétation *systématique*, qui utilise pareillement la comparaison avec d'autres prescriptions, en ce que celle-là introduit dans la réflexion des textes de normes d'époques révolues, sortis de vigueur ainsi que les normes juridiques élaborées au moyen de ces textes et dont le programme normatif est identique, similaire ou à tout le moins fonctionnellement comparable à celui de la norme en cause.

L'interprétation génétique travaille avec :

a) des textes *qui ne sont pas des textes de normes* (discussions, réflexions, projets, discours parlementaires, rapports de commission, exposés des motifs)

[129] BVerfGE 11, 130 et jurisprudence constante.

mais qui sont tirés de débats de politique juridique, et tout particulièrement des débats des assemblées parlementaires ; et ces textes concernent en vérité

b) la genèse et les travaux préparatoires *des mêmes textes de normes*, c'est-à-dire ceux qui doivent être travaillés dans le cas d'espèce.

La concrétisation des art. 73 et s. LF peut servir ici d'*exemple*. S'agissant de l'*interprétation génétique*, on posera la question : que fut-il dit sur le problème en cause au sein du Conseil parlementaire (et lors des négociations d'Herrenchiemsee) ?* L'*interprétation historique* de son côté argumente sur la base du contenu et de la typologie de la répartition des compétence entre le *Reich* et les *Länder* sous la République de Weimar (ou le cas échéant également d'après la Constitution du *Reich* de 1871).

Récemment, Schroth [130] a objecté à la distinction qui vient d'être présentée entre l'élément génétique et l'élément historique de concrétisation que l'objet de la compréhension resterait le même s'agissant des deux éléments, à savoir l'action du législateur. Mais si l'on considère de plus près cet « objet de la compréhension », l'objection devient alors douteuse. Schroth lui-même doit admettre qu'il n'existe pas une volonté uniforme et homogène du législateur qui puisse être l'objet de la compréhension. Mais s'il entend mettre alors à la place de la volonté du législateur l'action du législatif, cela ne suffit pas à surmonter le problème du manque d'homogénéité de l'unité de référence. Il se borne davantage à mettre un nom qui sonne plus moderne à la place de l'ancien. Un progrès dans cette affaire n'est possible qu'à la condition d'abandonner l'illusion d'une unité de référence uniforme de l'interprétation historique ou génétique, et d'inscrire dans le contexte d'une *sémantique de l'agir compétitif* (*Semantik kompetitiven Handelns*) [131] les déclarations qui doivent être recherchées dans les travaux préparatoires prises comme réseau discursif, comme *stratégie discursive*. Les essais entrepris autour de la « theorie des pactes » consistant à pondérer les déclarations individuelles des parlementaires au moyen de la règle de majorité, de l'attribution de ces déclarations à des groupes d'opinion, etc., empruntent déjà, dans le cadre de la discussion qui a eu lieu jusqu'à présent, cette direction [132]. Il convient de développer ces premières approches sur la voie de la théorie du langage. Si la fiction d'un objet unitaire

[130] *Schroth* I, p. 78 et s.
[131] Sur ce point : *Sokolowski*.
[132] Sur la théorie des pactes : *Baden* I, p. 378 et s.

* Il s'agit de la réunion des 10-23 août 1948 au cours de laquelle les ministres-présidents des Länder reconstitués ont élaboré le texte qui a servi de base à la discussion de la Loi fondamentale devant le Conseil parlementaire. *(N.d.T.)*

de l'acte de compréhension se dissipe, c'est alors le texte de norme qui apparaît comme étant sa matière véritable. Au cours de la concrétisation sont dégagés des con-textes de ce texte qu'il convient de séparer les uns des autres en différentes couches puis de pondérer conformément à leur proximité avec le texte de norme en question. Dans ce cadre de relations, la distinction entre l'élément historique et l'élément génétique est également justifiée.

Sur le rôle des points de vue génétique et historique. — Les éléments historique, génétique, systématique et téléologique de la concrétisation ne peuvent être isolés les uns des autres ni de la procédure de l'interprétation grammaticale, pas davantage que celle-ci ne peut l'être d'eux. Les interprétations génétique, historique et systématique sont étroitement apparentées à l'interprétation grammaticale : elles sont elles aussi des moyens d'interprétation de textes (et à vrai dire d'autres textes — en partie législatifs, en partie non-législatifs — à côté de celui de la disposition à transposer). On peut même aller jusqu'à dire que les deux types de procédés qui s'appuient sur des textes qui ne sont pas (actuellement) en vigueur, les éléments génétique et historique, sont par la nature des choses des points de vue auxiliaires à l'intérieur même de l'aspect grammatical : Comment en est-on venu à la formulation existante ? Quelles représentations de sens et quelles intentions de réglementation ont conduit à cette formulation de la règle de droit — historiquement mais sans connexion avec le droit en vigueur, d'une part, et historiquement mais en connexion génétique avec lui, d'autre part — ? On a déjà exposé ci-dessus comment, malgré la profession de foi de principe dans la « théorie de la volonté objective » [133], la conclusion tirée de l'examen de la genèse et des travaux préparatoires avait à elle seule constitué à maintes reprises dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale le pivôt même de la décision [134]. Il s'agit moins dans le présent propos de la contradiction interne de cette position jurisprudentielle que du poids que doivent avoir en cas de conflit les arguments tirés de l'interprétation grammaticale. Les aspects génétique et historique peuvent aider à préciser dans leur contenu les variantes sémantiques dans les limites tracées par

[133] BVerfGE1, 299 (312) et jurisprudence constante. Voir aussi : BGHZ 46, 74 (76) et les références citées.
[134] Voir not. : BVerfGE 2, 266 (276) ; 4, 299 (304 et s.) ; 6, 309 (349 et s.) — *Sur le rôle de l'élément génétique et pour des développements sur la pratique des cours suprêmes* : BGHZ 46, 74 (79 et s.) (et la déduction du « but » à partir de l'élément génétique). — Pour un bel exemple de passage de l'interprétation génétique à l'interprétation historique : BVerfGE 29, 125 (139 et s., 140 et s.) (juridiction disciplinaire universitaire). Voir aussi : BVerfGE 37, 314 (320) (établissements privés d'enseignement supérieur) (Loi fondamentale et Constitution de Weimar). — Etude concomitante des éléments *génétique* et *historique*, par ex. : BVerfGE 33, 125 (152 et s.) (décision « médecins spécialistes »).

le texte. Si des résultats partiels divergents découlent du cas juridique concret à trancher (et non de la question relativement abstraite des possibilités historique et génétique d'interprétation), la démarche ultérieure est déterminée par la question de la hiérarchisation de l'ensemble des éléments de concrétisation. Cette question ne peut être résolue dans la perspective habituellement réduite au litige entre les théories « subjective » et « objective ». La manière traditionnelle de traiter de tels conflits méthodologiques méconnaît également le fait que *les points de vue historique et génétique* coexistent *à l'intérieur même de l'interprétation grammaticale* et que, en conséquence, ils aident tout autant à dégager la décision dans son contenu qu'à trouver les limites imposées par l'Etat de droit à la concrétisation. Lorsque, dans le jugement sur le Concordat par exemple[135], le résultat de l'interprétation systématique diverge de l'intention exprimée dans les travaux préparatoires par un groupe de membres du Conseil parlementaire, il convient alors de tenir compte du fait que le texte d'une disposition constitutionnelle (et aussi celui de l'art. 123 al. 2 LF) ne détermine pas nécessairement *positivement*, et même seulement dans de rares cas-limites, l'énoncé de la norme juridique qui doit être produite dans le cas concret. Dans la mesure où le résultat partiel obtenu « systématiquement » se maintient dans les limites des possibilités légitimes de compréhension du texte (obtenues au moyen des éléments grammatical, historique et génétique de l'interprétation), il faut au bout du compte lui donner la préférence en différenciant la fonction de *détermination du contenu* de la fonction de *limitation conforme à l'Etat de droit* que joue le texte de norme. La décision opposée prise par la Cour constitutionnelle fédérale est pour *cette* raison critiquable sur le plan méthodique, et non parce qu'il faudrait donner de manière générale la priorité à la théorie objective contre la théorie subjective. Ces deux « théories », comme on l'a montré, ne fournissent pas des positions méthodologiques achevées et qui se feraient face. Elles désignent de manière erronnée certains points de vue méthodologiques particuliers. Ceux-ci ne sont ni définitivement arrêtés, ni placés les uns en face des autres. Dans les manières tant traditionnelles que nouvelles de traiter les éléments de concrétisation, ils sont bien davantage liés les uns aux autres.

Flou des délimitations fonctionnelles. — Une telle imbrication, en pratique, des éléments d'interprétation apparaît être en partie liée à des nécessités objectives, en partie la conséquence d'un manque de conscience des méthodes.

[135] BVerfGE6, 309. Sur ce point : *Müller* XVII, p. 84 et s., 97 et s.

L'aspect historique est à de multiples reprises mélangé de façon confuse à des considérations génétiques ainsi que téléologiques en raison de la supposition d'« univocité ». La topique systématique a besoin pour le choix entre une systématique de textes de normes, d'éléments du programme normatif et d'éléments du champ normatif de points de vue auxiliaires supplémentaires qui ne peuvent être acquis qu'au moyen des interprétations grammaticale, historique, génétique et même, de nouveau, systématique à quoi s'ajoute l'analyse des champs normatifs. La prétendue « méthode » téléologique enfin n'a encore jamais pu être isolée comme un moment autonome du point de vue de la théorie de la norme comme de la méthodologie. Elle agit en pratique comme le réservoir qui recueille les évaluations subjectives ou, en tout cas, subjectivement médiatisées, qu'elles soient rapportées ou non à des normes, mais qui, au total et principalement, relèvent de la politique juridique et constitutionnelle comme de la politique au sens le plus général. Tout aussi souvent, elle sert à étiqueter ces aspects factuels du champ normatif qui, autrement, se cachent sous des fleurs de rhétorique telles que « praticabilité » ou « opportunité », derrière des représentations fonctionnellement confuses de la « nature des choses », de l'« essence de l'institution juridique », de la « prise en considération des données politiques et sociales » ou derrière d'autres expédients verbaux de cette sorte.

L'interprétation téléologique : résumé. — L'interprétation téléologique n'est pas un élément autonome de la concrétisation : en effet, les points de vue tirés du « sens et but » de la disposition à expliciter ne sauraient être utilisés que dans la mesure où ils peuvent être justifiés au moyen des autres éléments. Le fait de supposer l'existence d'une ratio qui n'est démontrable à aucun autre point de vue de concrétisation se disqualifie en une « évaluation » ou « appréciation » subjective, *détachée des normes*[136]. La question du « sens et but » de la norme à concrétiser constitue cependant une question discernable et donc autonome dans tout travail effectué avec les éléments grammatical, historique, génétique et systématique comme avec les éléments dépassant les canons traditionnels. Dans le cadre de chacun d'entre ces éléments et sous leur contrôle, l'argument tiré du « telos » de la prescription (sur laquelle le travail n'est pas

[136] Le jugement « Avortement » de la Cour constitutionnelle fédérale argumente « téléologiquement » contre le texte et la systématique de la Loi fondamentale de manière infondée : BVerfGE 39, 1 (37). — Il s'ensuit des développements confus relatifs à l'aspect génétique : *ibid.*, p. 38 et s. ; voir notamment sur ce point les remarques dévastatrices de *Esser* VII, qui toutefois se méprend en parlant de l'interprétation « historique ».

encore, en règle générale, achevé) peut apporter des points de vue auxiliaires supplémentaires qui soient utilisables.

Sur la concrétisation systématique en général. — La concrétisation systématique comprend en règle générale également, à côté du contexte des textes présenté par l'argumentation, le contexte formé par les structures objectives des segments des champs de réglementation pertinents du point de vue normatif. Ce contexte objectif doit être clarifié au moyen de l'analyse des champs normatifs des dispositions qui sont systématiquement liées entre elles. Cela complique le procédé systématique. Mais cela oblige aussi, et plus instamment dans ce cadre que dans celui prétendu d'une simple mise en œuvre du texte, à passer des postulats à des conclusions appuyées sur les faits. Pour l'interprétation systématique des droits fondamentaux en particulier, il convient d'éviter de remplir directement le programme normatif du droit fondamental au moyen des champs normatifs et programmes normatifs de prescriptions infra-constitutionnelles. Au contraire, ces derniers doivent être appréciés à l'aune du programme et du champ normatifs des droits fondamentaux et corrigés en cas de conflit. Les droits fondamentaux sont à un degré particulièrement élevé étayés par leurs champs normatifs. En raison de leur applicabilité immédiate (art. 1 al. 3 LF), ils nécessitent des critères concrets qui puissent être rendus intelligibles à partir de leur propre dogmatique régionale sans vivre des faveurs de la loi ordinaire. Dans cette mesure, la prise en considération des éléments des champs normatifs des droits fondamentaux comme d'autres dispositions constitutionnelles aident à éviter le développement de ce que l'on désignera comme l'« interprétation de la Constitution conforme à la loi ».

Structures de l'interprétation systématique. — Envisagée du point de vue de la démarche méthodique, l'interprétation systématique comporte deux possibilités qui n'ont pas été jusqu'ici distinguées. Dans un premier groupe d'hypothèses, on se sert d'une norme B destinée à apporter certains points de vue contribuant à la concrétisation de la norme A. Le texte de norme de B doit à cette occasion être lui aussi interprété et B, plus généralement, concrétisée. Il en résulte enfin que c'est A, et non B, qui régit effectivement le cas concret. La prise en compte de B a aidé à formuler A pour le cas juridique actuel et ainsi à permettre d'imputer au texte de norme de A une norme juridique nouvellement formée.

Dans le deuxième groupe d'hypothèses, B est également tout d'abord prise en compte afin d'aider à la concrétisation de A. Mais dans cette hypothèse, il

s'avère que le cas juridique est régi non seulement par A mais aussi par B. La fonction régulatrice de B pour la décision d'espèce recouvre celle de la première hypothèse en même temps qu'elle la dépasse. Cette variante est également mise traditionnellement sur le compte de l'interprétation systématique. Il n'y a rien à y objecter aussi longtemps que la réflexion ne perd pas de vue les différentes fonctions de la (des) disposition(s) utilisée(s) au cours de l'interprétation systématique ainsi que la nécessité qui résulte du procédé systématique de concrétiser non seulement sous l'aspect systématique mais sous tous les aspects méthodiques habituels la (les) norme(s) mise(s) ainsi en jeu. Même là où, lors de la concrétisation de la norme A, le procédé de l'interprétation systématique de A devrait pouvoir être mis en œuvre « à l'état pur » — ce qui, le plus souvent, ne sera pas le cas —, les autres moments de concrétisation resteraient actuels à tout le moins s'agissant des normes B, C, etc. prises en considération afin d'élucider l'effet de A, puisque B, C, etc. ont tout autant besoin d'être concrétisées pour le cas juridique et sont dans cette mesure (tout au moins indirectement) « applicables ».

Souvent, l'interprétation systématique aussi bien que téléologique se ramène à la connexion de plusieurs, voire de tous les *éléments de concrétisation sous l'étiquette « systématique » ou « téléologique »*. Du fait qu'ils sont rattachés à des textes qui ne sont pas actuellement en vigueur (réglementations anciennes comparables ou ensemble des travaux législatifs préparatoires) les aspects historique et génétique sont les seuls à pouvoir être clairement distingués des autres ; mais dans les faits ils en sont continuellement interdépendants. Il faut en outre ne pas oublier que les textes des dispositions comparables sorties de vigueur ou des travaux législatifs préparatoires doivent eux-mêmes être interprétés, et ce, malgré leur caractère non-législatif, à l'aide essentiellement des mêmes moyens que les textes de normes. Plus précisément encore, *les interprétations historique et génétique sont des sous-hypothèses de l'interprétation systématique*. Simplement, les points de vue qu'elles apportent ne résultent pas d'autres prescriptions du droit en vigueur (à la différence de l'interprétation systématique) mais de textes de normes nationaux ou étrangers — recherchés au moyen de l'histoire du droit et de l'histoire du droit comparé — de textes qui ne sont pas des textes de normes mais qui prennent la forme de décisions, définitions et propos doctrinaux relatifs à des règles de droit anciennes, comme, pour finir, de textes qui, sous forme de travaux préparatoires, ne sont pas davantage des textes de normes.

Les règles traditionnelles d'interprétation « systématique » comme celle selon laquelle les dispositions d'exception seraient « d'interprétation stricte »

ou encore comme l'*analogie* ou l'argument *a contrario* font matériellement partie du cercle des modes d'interprétation grammatical, historique, génétique et systématique, des modes comme on l'a dit interdépendants. A cet égard, on ne doit pas négliger le fait que les *conditions* de recours à de telles règles — par exemple le constat selon lequel on reconnaît l'existence d'une « disposition exceptionnelle » — sont pour leur part toujours le résultat d'une interprétation et d'une concrétisation et ne saurait se passer de la prise en compte de la structure différenciée de la norme [137]. L'argumentation par la *règle* et l'*exception* ne peut être isolée comme un « principe d'interprétation » en soi. Dans le cas contraire, resterait ouverte la question matérielle décisive de savoir quel est l'élément constitutif de la norme qui doit être interprété « restrictivement », quels sont les autres et de quelle manière ils doivent être concrétisés. La question de savoir s'il s'agit vraiment d'une règle d'exception présuppose qu'une clarification préalable a été effectuée au moyen de tous les éléments de concrétisation disponibles en vue de savoir quel effet normatif devrait caractériser la norme juridique en tant que « règle d'exception ». Erigés en « méthodes » séparées et limitées, les points de vue de ce type amènent à des *raisonnements circulaires purement formels* qui ont pour effet d'occulter les aspects concrets de la décision juridique. Replacés dans le cadre qui convient à l'interprétation systématique (tout comme les aspects « téléologiques » doivent être resitués dans le cadre constitué de tous les autres éléments de concrétisation), de tels points de vue peuvent apporter dans le cas particulier une contribution supplémentaire à la solution, une contribution qui ne soit plus alors camouflée du point de vue des méthodes.

L'*analogie*, pour autant qu'elle ne s'avère pas irrecevable par un *raisonnement a contrario* fondé, se tient dans les limites du travail normal et autorisé de la concrétisation. La forte insistance dont elle fait l'objet, notamment en droit civil, et qui l'érige en une figure originale trouve sa cause dans l'histoire scientifique. S'agissant de ce qu'on appelle l'« analogie légale » (*Gesetzesanalogie*), les normes juridiques et normes-décisions produites analogiquement peuvent être rapportées à un seul texte de norme ; s'agissant de l'« analogie de droit » (*Rechtsanalogie*), elles peuvent à chaque fois être rapportées à plusieurs

[137] Critique et réservé pour le droit civil : *Larenz* I, p. 325. — Au plan les principes : BVerfGE 37, 363 (405) (Lois soumises à approbation du Bundesrat) : les règles d'exception devraient être comme toutes les autres « correctement interprétées, c'est-à-dire conformément à leur contenu et sens univoque » ; le caractère exceptionnel d'une disposition interdirait seulement « de les interpréter extensivement au-delà de leur contenu et sens univoque ». — Le point de départ méthodiquement juste est ensuite considérablement oblitéré par l'illusion de l'« univoque », illusion d'ailleurs répétée.

textes de normes*. Les arguments apportés au soutien du procédé analogique sont, à côté de l'élément grammatical, essentiellement les aspects systématiques, mais aussi, en règle générale, les aspects dogmatiques rapportés aux textes de normes et les aspects de politique juridique, dans d'autres cas également les aspects historique et génétique.

« Raisonnements circulaires », « dispositions d'exception ». — Le bien-fondé de la critique adressée aux raisonnements circulaires réside dans le fait qu'ils introduisent dans la réflexion un élément purement postulatoire, et non pas dans la *forme* (métaphoriquement décrite) de leur argumentation. Chacun sait que l'on est toujours forcé au cours de la concrétisation de la norme, comme en général au cours d'une interprétation, de travailler avec le « cercle » (ou l'« ellipse »). Ce qu'on désigne comme des raisonnements circulaires souffre d'un défaut non de forme, mais de fond. A-t-on remédié à ce défaut, il apparaît alors que la figure formelle du cercle en tant que telle n'offre pas prise à d'autres objections.

Les propositions suivantes offrent l'exemple d'un raisonnement circulaire : « L'interprétation de l'art. 2 al. 1 LF adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale à l'occasion de sa décision BVerfGE 6, 32 du 16 janvier 1957 (jugement Elfes) est incorrecte. Si elle était juste, la réserve de loi devrait s'appuyer sur l'art. 2 al. 1 LF. Mais puisque cette réserve ne s'y trouve pas, la conception soutenue à l'occasion du jugement Elfes concernant l'art. 2 al. 1 ne peut pas être correcte. » Aussitôt que, dans cet exemple, il aura été *démontré sur le fond* que la réserve de loi ne saurait être normée dans l'art. 2 al. 1 LF, le « raisonnement » se transformera en argument et le cercle n'aura plus rien de choquant**.

* La *Gesetzesanalogie* a pour effet d'appliquer la conséquence juridique prévue par un texte particulier à un cas non prévu dans la condition légale. La *Rechtsanalogie* (ou *Gesamtanalogie*) a pour effet de dégager d'une série de textes particuliers attachant la même conséquence juridique à différentes conditions légales précises un principe général du droit applicable par analogie en dehors même de la série des conditions légales prévues par les différents textes. Le premier procédé conclut du particulier au particulier, le second du particulier au général (principe général du droit) et ne nous semble pas foncièrement différent pour cette raison de ce que Kalinowski désigne par l'expression d'« induction amplifiante ». Voir notamment : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, 1993, vo « Analogie », p. 22 et s. *(N.d.T.)*

** Le jugement « Elfes » rendu à l'occasion d'un refus de renouvellement de passeport, constitue la décision de principe relative à l'interprétation de l'art. 2 la. 1 LF : « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale ». La Cour tranche dans cette décision deux difficultés âprement discutées en doctrine : 1) le droit garanti est celui de la « liberté générale d'agir » et l'art. 2 al. 1 constitue donc la disposition générale par rapport aux dispositions spéciales protégeant des libertés spécifiques ; 2) la

En revanche, la règle pseudo-normative selon laquelle « les dispositions d'exception sont d'interprétation stricte » travaille sur la base de deux suppositions : la première concerne (comme pour le raisonnement circulaire) le cas concret et affirme qu'il existe effectivement une « exception » ; l'autre réside dans la formulation générale du principe lui-même en ce qu'elle estime ne pas devoir tenir compte des données normatives [138]. La même chose s'applique au principe « in dubio pro libertate ».

Aspects d'un processus unitaire du point de vue fonctionnel. — On ne peut isoler les règles traditionnelles d'interprétation comme des « méthodes » indépendantes pour soi. Au cours du processus de concrétisation, elles apparaissent non seulement comme se complétant et s'étayant mutuellement, mais surtout comme étant à chaque fois, dès le départ, intimement liées matériellement entre elles. Elles ne constituent pas des *procédures* qu'on puisse indépendamment les unes des autres décrire et fonder. Elles se révèlent au contraire être les différentes facettes du processus d'élaboration d'une norme juridique à partir du cas concret. Elles résultent de la tâche pratique même, sous forme de questionnements d'un texte de norme qui offre des modèles historiques comparables et résulte de travaux préparatoires (interprétation historique et génétique). Elles visent par ailleurs toute élaboration d'une norme juridique : puisque, d'abord, chacune d'entre elles « possède » un texte de norme, c'est-à-dire doit lui être méthodiquement imputé — un texte changeant pour le droit

[138] On trouve une argumentation particulièrement étonnante autour d'une « disposition d'exception » à propos de l'art. 79 al. 3 LF [limitations matérielles au pouvoir de révision *(N.d.T.)*] dans le jugement sur les écoutes téléphoniques : BVerfGE 30, 1 (25). — *On ne trouve aucune interprétation méthodique* de l'art. 79 al. 3 (p. 24 et s.) : une série de formules rhétoriques vides servent d'alibis (« formellement légale », « abandonner les fondements », « en général », « pour une situation spécifique seulement », « pour des raisons objectives évidentes », « de manière immanente au système ») à la dérobade face à la tâche de l'interprétation de l'art. 79 al. 3 LF conformément aux principes normaux de la concrétisation (voir *Schlink* II). Voir au contraire, les critiques justifiées de l'opinion dissidente (*ibid.*, p. 33 et s., p. 38 et s.) (La décision était relative à la révision consititutionnelle permettant dans certaines conditions la mise sur écoute téléphonique sans contrôle judiciaire. L'art. 79 al. 3 LF interdit la révision touchant notamment aux principes des art. 1 et 20 LF. La Cour interprète « strictement » cette disposition et valide la révision (art. 10 al. 2 LF.) L'art. 79 al. 3 a pour objet « d'interdire que la loi de révision puisse supprimer l'ordre constitutionnel en vigueur par la voie *formellement légale* (...) Il interdit d'*abandonner les fondements* des principes énumérés. Ces principes ne sont pas « affectés » en tant que « principes » dès lors qu'on en tient compte *en général* et qu'ils ne sont modifiés que *pour une situation spécifique seulement* et pour des *raisons objectives évidentes*. (...) Il s'agit d'une disposition d'exception qui en tout état de cause ne saurait conduire à empêcher le législateur, par une loi de révision, de modifier *de manière immanente au système* les principes constitutionnels élémentaires eux mêmes ». Nous soulignons les expressions citées par F. Müller *N.d.T.*).

notion d'« ordre constitutionnel » doit être ici interprétée comme recouvrant l'ordre juridique conforme à la Constitution, ce qui signifie que ce droit est alors placé sous une réserve générale de loi. *(N.d.T.)*

coutumier, un texte authentiquement fixé pour le droit écrit — (interprétation grammaticale) ; puisque, ensuite, aucune norme du droit positif ne se trouve isolée pour soi, mais toujours insérée dans le contexte formé, à tout le moins, par l'ordre juridique dans son ensemble (interprétation systématique) ; puisque, enfin, chaque norme peut être questionnée sur son « sens et but » [138a]. Dans cette mesure, Savigny a effectivement formulé les éléments qui accompagnent nécessairement la tâche de concrétisation dans un système de droit écrit. Mais au-delà, toute norme qui doit être produite dans le cas concret peut être analysée d'après les éléments de son champ normatif, comme elle peut être traitée d'après les techniques de résolution de cas, jugée du point de vue de la dogmatique, de la théorie du droit et de la Constitution, appréciée du point de vue de la politique juridique et constitutionnelle. Toutes les fonctions juridiques, depuis la législation jusqu'à l'exégèse scientifique, démontrent par leur pratique que l'on ne saurait se passer de ces éléments pour la concrétisation des normes.

Nécessité et limites des canons. — L'interprétation grammaticale, historique, génétique, systématique et (de façon restreinte) téléologique sont des moyens d'interprétation des textes au service de la production des normes. Les textes qui doivent être interprétés grâce à leur aide vont largement au-delà, dans leur étendue, de la proposition de droit qui doit être interprétée. Ils comprennent aussi bien le texte d'autres normes [138b], que des textes non-législatifs significatifs pour l'explication des textes de normes « applicables ». Les opérations de pensée de type primairement non-linguistiques — c'est-à-dire non réductibles à l'interprétation textuelle —, celles qui se rapportent au champ normatif de la prescription et aux circonstances de l'espèce, ne sont certes pas théoriquement et méthodologiquement conçues en tant que telles par les modes traditionnels de l'interprétation textuelle, mais l'expérience montre qu'elles sont incorporées à la concrétisation sous des appellations diverses (« opportunité », « nature des choses », « sens et but de la disposition »). Pourtant, les règles traditionnelles restent efficientes au sein d'une méthodologie structurante fondée sur une théorie de la norme et également sur l'analyse des champs normatifs. Et elles n'y sont pas des corps étrangers. Comme on l'a montré, elles sont même un rac-

[138a] Mise en œuvre magistrale de ces éléments chez *Jeand'Heur* V (contre l'art. 23 LF et en faveur de l'art. 146 LF s'agissant de la voie juridiquement correcte de l'unification allemande).

[138b] Pour le jeu combiné de l'interprétation grammaticale et de l'interprétation systématique voir : BVerfGE 86, 148 (218 et s.)

courci pour qualifier certaines directions de recherche, certains types d'aspects objectifs de la prescription qui doit être concrétisée. Et cela s'applique aussi à l'interprétation grammaticale, qui n'est autonome qu'en apparence. Les règles de l'art ainsi héritées sont ici, comme chez Savigny, des *éléments* d'un processus de travail qui a pour tâche d'engendrer et rendre efficaces des normes juridiques de la manière la plus rationnelle possible, c'est-à-dire aussi de manière à en permettre le plus possible le contrôle. Mais ce n'en sont pas les seuls éléments. Et cela, Savigny pouvait encore l'accepter, bien qu'il se fût concentré sur l'interprétation prise comme la reconstruction de la pensée immanente à la loi et bien qu'il se fût épargné de s'engager sur le terrain du droit public et constitutionnel. Les règles de Savigny circonscrivent fondamentalement une partie des éléments nécessaires au travail juridique. Mais elles ne saisissent qu'une partie de la concrétisation, du seul fait qu'elles entendent réduire la réalisation du droit à l'interprétation, la concrétisation de la norme à l'explication du texte de norme. C'est à juste titre qu'elles sont devenues exemplaires : non pas parce qu'elles permettraient de traiter le problème concret de manière à la fois définitive et adaptée à toutes les disciplines du droit, mais plutôt parce qu'elles sont restées pendant longtemps les seules réflexions vraiment fondamentales relativement à la besogne de la concrétisation du droit.

Les règles d'interprétation formulées chez Savigny et qui sont par la suite devenues canoniques (si l'on y ajoute l'aspect téléologique) se rattachent en tout état de cause remarquablement à la forme linguistique des propositions de droit. Cela vaut également pour les éléments complémentaires, dogmatiques, techniques, théoriques ou de politique juridique et constitutionnelle. Ils s'opposent à l'analyse des composantes factuelles du cas juridique et de la norme juridique, une analyse qui doit être méthodiquement rationalisée. Ensemble, ils constituent le bloc des éléments d'interprétation au sens étroit, rapportés aux textes, qui absorbent, tout au moins en principe, la plus grande partie du processus de concrétisation. Et ils l'absorbent en particulier du fait qu'ils ne se bornent pas au texte de la disposition à concrétiser, mais qu'ils s'étendent en outre à d'autres textes, législatifs comme non-législatifs.

Principes d'interprétation de la Constitution

Vue d'ensemble

Les principes d'interprétation de la Constitution, tels qu'ils ont été élaborés par la doctrine et la jurisprudence, ne sont que pour la plus petite partie d'entre eux autonomes vis-à-vis des éléments traditionnels d'interprétation qui viennent d'être analysés pour le droit constitutionnel. Pour leur plus grande part, ils demeurent subordonnés aux aspects grammatical, historique, génétique, systématique et téléologique de la concrétisation.

Les points de vue *autonomes* sont : l'interprétation des droits fondamentaux, d'une part, comme un « système » fermé sur soi et détaché du contexte formé par les autres normes constitutionnelles et la conception du droit constitutionnel comme un « ordre ou système axiologique » ; l'impératif d'interprétation de la loi conforme à la Constitution et le critère de la correction fonctionnelle de la concrétisation de la Constitution, d'autre part. On a déjà ici rejeté des principes méthodologiques la conception des droits fondamentaux comme système et de la Constitution comme système ou ordre axiologique. L'impératif de l'interprétation conforme à la Constitution a été considéré comme acceptable — mais avec des réserves quant à certaines tendances adoptées par la jurisprudence et avec cette restriction qu'il ne devait être par principe utilisé que comme un élément d'interprétation parmi d'autres [139].

Correction fonctionnelle

Le critère de la correction fonctionnelle signifie que l'autorité appelée à décider ne saurait modifier la répartition des fonctions telle qu'elle est réglée par la Constitution. Elle ne saurait le faire ni à travers la méthode de concrétisation, ni quant au résultat de celle-ci [140]. Les aspects essentiels de ce critère de la correction fonctionnelle résident dans la différenciation rationnelle et la contrôlabilité des éléments de concrétisation qu'elle permet. Ils touchent ainsi aux tâches de la méthodologie constitutionnelle dans leur ensemble et ont déjà

[139] *Supra* p. 120 et s.
[140] Sur ce point : *Ehmke* III, p. 73 et s., qui comprend une étude des doctrines des « political questions » et du principe « preferred freedom » utilisées en droit constitutionnel américain.

été traités pour l'essentiel à l'occasion des remarques faites à propos des topiques et du droit jurisprudentiel dans le droit constitutionnel [141].

Praticabilité

Les points de vue factuels tirés des circonstances de l'espèce et du champ normatif sont souvent imputés dans la pratique et la science soit à ce qu'on désigne par la nature des choses, soit aux considérations faites dans l'orbite de l'interprétation téléologique. Certains critères tirés des circonstances de l'espèce et du champ normatif remplissent une fonction comparable et interviennent au terme de la concrétisation comme des points de vue permettant la vérification du résultat : par exemple lorsque la Cour constitutionnelle fédérale reprend à nouveau la concrétisation par ailleurs achevée à la lumière de ses « conséquences pratiques » [142], de la possibilité d'une « conséquence absurde » [143] ou bien encore du point de vue de la « réalité vécue » et des « conséquences plausibles » auxquelles on peut s'attendre [144]. Il n'y a rien à objecter contre l'introduction de tels éléments de contrôle, distingués des arguments véritables, aussi longtemps qu'ils ont pour effet de clarifier ou de confirmer le résultat. De même aussi longtemps que, en cas de contradiction, cela ne bouleverse pas le résultat dégagé conformément aux normes, mais conduit seulement à une modification éventuelle du choix entre différentes solutions possibles tout aussi justifiables du point de vue normatif dans le cas concret. Mais on ne saurait décider contre la norme juridique et la norme-décision qui en découle dans le cas concret, comme on ne saurait décider contre la fonction limitatrice du texte, et ce même si la décision imposée juridiquement apparaît inopportune [145].

Interprétation tirée du contexte historique

S'agissant de l'interprétation des droits fondamentaux en particulier, mais aussi d'autres dispositions constitutionnelles, la pratique comme la science juridiques se voient souvent obigées d'avoir recours à l'histoire de idées, aux évolutions historiques et, au sens étroit, aux évolutions de l'histoire juridique et

[141] *Supra* p. 124 et s., p. 128 et s.
[142] BVerfGE 12, 151 (171).
[143] BVerfGE 13, 261 (270).
[144] BVerfGE 7, 377 (401) ; voir en outre sur la « praticabilité » : BVerfGE 41, 126 (188) ; 42, 176 (188 et s.) ; 50, 57 (82) ; 55, 159 (169) ; 65, 325 (356 et s.) ; 71, 146 (157).
[145] Sur ce point : *Ossenbühl* I, p. 660.

constitutionnelle. Elles cherchent de la sorte à acquérir certains points de vue de concrétisation grâce à la preuve d'une continuité ou d'une discontinuité objective ou normative [146]. Si l'on peut apporter la preuve d'une tradition historique et normative non interrompue, ce procédé peut alors fournir de précieuses indications sur l'histoire d'un concept employé par le texte de norme, des indications utilisables avant tout dans le cadre de l'interprétation grammaticale et systématique. Ce procédé peut être cependant parfaitement appréhendé au moyen de l'interprétation historique au sens traditionnel et manque de ce fait de l'autonomie méthodologique qui permettrait de le reconnaître comme un principe d'interprétation de la Constitution à part entière [147].

Critère de l'effet d'intégration

Le critère de l'effet d'intégration — qui doit demeurer conforme aux normes, et guidé par la Constitution en vigueur [148] — est censé imposer, lors de la concrétisation du droit constitutionnel, de donner à chaque fois la préférence aux points de vue qui créent ou entretiennent de l'unité [149]. Il n'y a cependant pas là-dedans un principe autonome de la méthodologie constitutionnelle, mais un élément cette fois subordonné à l'interpétation systématique. En outre, ce critère trouve sa place parmi les éléments de politique constitutionnelle au sens étroit, tout comme le critère de la force normative de la Constitution.

Principe de l'unité de la Constitution

Le principe de l'unité de la Constitution est ainsi défini : la concrétisation de la Constitution ne saurait limiter son regard à la norme prise isolément, mais doit constamment s'étendre à l'ensemble du contexte au sein duquel celle-ci doit être insérée. Si seules apparraissent conformes à ce critère les solutions qui rejettent toute restriction unilatérale aux seuls aspects partiels [150], on touche alors ainsi à des points de vue déjà contenus dans le procédé de l'interprétation systématique. Le principe de l'unité de la Constitution ne possède

[146] Not. : BVerfGE 1, 167 (178) ; 10, 285 (296) ; 12, 205 (208 et s.) ; 19, 303 (314 et s.).
[147] Voir cependant : *Ossenbühl* I, p. 658 et s.
[148] Et, dans cette mesure, contre l'opinion de *Smend*, p. 190. (Pour Smend le résultat de l'intégration devait, pour être atteint, privilégier le cas échéant le « courant de la vie politique » contre la « fidélité aux paragraphes de la Constitution ». *N.d.T.*)
[149] *Hesse* II, p. 26 et s.
[150] *Hesse* II, p. 26 et s.

par contre un caractère autonome que dans la mesure où il impose d'interpréter le droit constitutionnel de telle sorte que soient évitées les contradictions avec d'autres normes constitutionnelles et, particulièrement, avec les décisions constitutionnelles fondamentales [151]. L'« unité de la Constitution », prise au sens d'un guide pour la méthodologie constitutionnelle, doit donner de la totalité de la Constitution, comme point de départ et surtout comme objectif de l'interprète, l'image d'un assemblage de normes qui certes n'est pas dépourvu de tensions et parfaitement stable, mais, en tout cas, d'un assemblage qui s'organise rationnellement.

Le discours de l'unité de la Constitution provient de l'époque de Weimar. Pour Smend, une Constitution est la réglementation d'aspects particuliers du processus global dans lequel l'Etat produit en permanence son propre processus vital. Dans ces conditions, une Constitution ne vise pas les détails, mais « la totalité de l'Etat et la totalité de son processus d'intégration ». Ce n'est pas là une refléxion seulement sur le tout, mais aussi une réflexion menée à partir du tout et de son unité. Kelsen a noté ce qu'il y avait de critiquable dans ce holisme. Pour lui, l'unité de l'Etat n'est fondé que du point de vue normatif et l'ordre juridique n'est une unité que comme ordre logique : par cette propriété de pouvoir être décrit en propositions de droit qui ne se contredisent pas les unes les autres. La « norme fondamentale », moment formel, constitue l'unité dans la multiplicité des normes. Par contre, Carl Schmitt dénote l'insuffisance d'une conception qui se limite à l'impératif isolé de façon positiviste ; et il convient d'ajouter : surtout à la forme linguistique de la norme, à savoir le texte de norme. Cependant la volonté existant à la manière du décisionnisme, celle qui ne veut qu'elle-même, submerge toute normativité objective : « la totalité de l'unité politique » (Schmitt) offre l'exemple extrême d'un *holisme* déstructuré. La totalité prise comme source d'arguments tend à la puissance et à son emploi sans entraves. A cela s'oppose, dans l'*Etat de droit* les impératifs de la soumission au droit et à la Constitution, de la précision des conditions légales, de la clarté des méthodes et de la rationalité suffisante de la motivation. Une conclusion tirée de la totalité et de son unité ne satisfait pas aux exigences de *méthodes soumises au principe démocratique et mises en forme par celui de l'Etat de droit.*

Dans la pratique juridictionnelle, la *Cour constitutionnelle fédérale* cherche à imposer, depuis le jugement rendu sur l'Etat du Sud-Ouest [152], l'image de la

[151] *Lerche* I, p. 125 et s. ; *Ehmke* III, p. 77 et s. ; *Hesse* II, p. 26 et s., p. 103 et s. ; *Müller* I, p. 115, p. 124 et s., p. 136 et s., p. 205 et s. ; *Ossenbühl* I, p. 654 et s.
[152] BVerfGE 1, 14.

Loi fondamentale comme celle d'une unité. La *Cour fédérale de justice* la suit à l'occasion, lorsqu'elle utilise des formules telles qu'« unité indivisible » ou « totalité de l'ordre axiologique ». La jurisprudence a produit ainsi un chaos où coexistent différents emplois de l'argument [153]. C'est ainsi que la Seconde Chambre de la *Cour constitutionnelle fédérale* affirme conformément à sa thèse unitariste qu'il y aurait au sein du droit constitutionnel positif une hiérarchisation générale des normes ; mais pour la Première Chambre, par contre, il découle précisément du même principe d'unité de la Constitution, depuis le jugement sur l'égalité des droits [154], que les normes de la Loi fondamentale doivent avoir en principe le même rang. L'interprétation de la Constitution conforme aux principes supérieurs, telle qu'elle est entreprise par la Seconde Chambre, n'est pas soutenable.

La pratique suivie par chacune des deux Chambres se distingue donc très nettement l'une de l'autre. L'une des deux variantes considère l'unité de la Constitution comme un donné et travaille, malgré cela, avec des normes externes, légitimatrices et directrices, prétendument supérieures en valeur et en autorité. Au contraire, pour la Première Chambre, l'idée de l'unité de la Constitution vise à adjoindre au processus de décision, en cas de résultats contradictoires lors de l'interprétation de plusieurs textes de normes appropriés, un dernier moment supplémentaire. Dans ce moment doit être posée une norme-décision concluante à l'aide de tous les éléments de concrétisation, mais au moyen, plus particulièrement encore, des éléments dogmatiques (tirés notamment de l'interdiction des mesures excessives) et systématiques. Dans l'ensemble, la Première Chambre travaille dans ce champ difficile plus sobrement et plus conformément au principe de l'Etat de droit, avec une plus grande retenue dans le langage et enfin, du point de vue méthodique et dogmatique, plus précisément [155].

[153] Le jugement sur les écoutes téléphoniques pratique une forme on ne peut plus confuse de l'« unité de la Constitution » : BVerfGE 30, 1, (19 et s.). On y parle des « principes élémentaires de la Loi fondamentale et de son ordre axiologique », du « contexte de la Constitution », de « décisions fondamentales », de « contexte de signification » *sans que*, une seule fois, on en vienne à une interprétation systématique soigneuse. A la place, on travaille sur la base de postulats « totalisants » (« Ce ne saurait être le sens de la Constitution... » : p. 20) qui surtout contribuent à un résultat insupportable également du point de vue politique et de l'Etat de droit démocratique. Pour une violente critique du jugement sur les écoutes téléphoniques : *Häberle* III, *Schlink* II. — En général sur l'« unité de la Constitution » : *Müller* XVIII.
[154] BVerfGE 3, 225.
[155] Cette appréciation s'appuie sur les décisions suivantes : pour la Première Chambre : BVerfGE 1, 5 (7) ; 1, 167 (177) ; 2, 380 (403) ; 3, 225 (232 et s.) ; 4, 294 (296 et s.) ; 7, 198, (205) ; 7, 377 (402 et s.) ; 19, 135 (138) ; 19, 206 (219 et s.) ; 28, 243 (260 et s.) ; 30, 173 (193, 195) ; 32, 98 (107 et s.) ; 34, 165 (182 et s.) ; 34, 269 (286 et s.) ; 35, 202 (225 et s.) ; 41, 29 (46 et s., 50 et s.) ; 41, 65 (77 et s.) ; 44, 37 (49 et s., 52 et s., 55 et s.) ; 44, 59 (60 et s.) ; 47, 327 (369 et s.) ; 52, 223 (246) — de la Seconde

Une étude critique des emplois de l'expression « unité de la Constitution » des points de vue formel, matériel et méthodologique conduit à des résultats clairs : la Loi fondamentale n'est ni nécessairement sans lacunes, ni eo ipso dépourvue de contradictions. Mais elle prescrit la complétude et la rigueur du *texte* et, dans cette mesure, *une unité formelle du texte constitutionnel*. Elle n'admet aucune distinction dans la valeur juridique de ses dispositions, comme elle n'isole aucun groupe particulier de normes par rapport aux autres. La Loi fondamentale connaît donc une unité de la *valeur juridique de ses sources du droit* et, abstraction faite des dispositions relatives à l'état d'urgence, une unité de sa *structure normative*. On peut certes exprimer cela au moyen de l'expression « unité de la Constitution », mais celle-ci est superflue. Ce que l'on entend ainsi résulte des propriétés générales d'une Constitution écrite et, le cas échéant, de certaines normes de la Loi fondamentale. En tout état de cause et s'agissant de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, il peut être répondu à toutes les questions relatives à l'unité de la Constitution sur la base des propriétés de sa positivité. La *positivité de la Constitution* vient à bout tant des hypothèses pour lesquelles le discours de l'unité de la Constitution échoue devant la réalité de la Loi fondamentale (absence de lacunes ou de contradictions, unité idéologique) que de celles où la thèse de l'unité est déjà fondée dans le droit positif (unité de légitimation, unité fonctionnelle, unité comme moyen de l'interprétation systématique et harmonique de la Constitution). La même chose vaut s'agissant des types déjà évoqués plus haut (unité du texte, unité de valeur juridique comme de la structure normative de la Constitution).

Au bout du compte, on peut s'en tenir à ce qui suit : l'expression « unité de la Constitution » peut être abandonnée même là où on pourrait l'employer pertinemment. Elle ne doit plus servir à effacer les limites entre les arguments guidés par des normes et les arguments de politique juridique détachés des normes. La tentative de sauvetage affectionnée depuis Smend ne mène pas plus loin en affirmant que l'unité ne doit pas être traitée comme étant faite, mais plutôt comme toujours à faire. C'est ce que fait nettement mais involontairement la pratique jurisprudentielle des juridictions suprêmes. Si l'unité en tant que donnée n'existe, ni n'est intelligible, elle ne le sera alors pas davantage à titre d'objectif à atteindre en pratique. Pour le reste on se borne à remplacer une illusion par une autre, l'illusion positiviste par l'illusion anti-positiviste.

Chambre : BVerfGE 1, 14 (32 et s.) ; 1, 208 (227 et s.) ; 6, 309 (344, 346, 361, 364) ; 15, 167 (194 et s.) ; 30, 1 (19 et s.) ; 33, 23 (27, 29 et s.) ; 36, 342 (362 et s.) ; 37, 271 (279 et s., 296) ; 39, 334 (368 et s.) ; 42, 64 (72 et s., 76 et s.) ; 44, 249 (267, 273 et s.) ; 55, 274 (300).

Mais ce qui, en revanche, mène plus loin, c'est la *structuration post-positiviste* de l'ensemble de cette problématique.

Les argument « poudre aux yeux » de l'« unité » — qu'il s'agisse de celle de l'ordre juridique dans son ensemble [156] ou de celle de la seule Constitution — ont induit en erreur. Ils fournissent l'exemple d'un holisme irrationnel introduit dans le travail juridique qui doit être abandonné dans l'intérêt du principe de l'Etat de droit et de l'action des juristes dans un tel Etat de droit.

Conception générale préconstitutionnelle

Dans quelques décisions [157], les jurisprudences constitutionnelle et administrative ont tenté de tirer d'une conception générale « préconstitutionnelle » (*vorverfassungsrechtliches, vorverfassungsmäßiges Gesamtbild*) un certain nombre de conclusions applicables à la concrétisation de certaines dispositions de la Loi fondamentale ou à l'appréciation de normes législatives par rapport aux presciptions constitutionnelles. Cette tentative se fonde sur la supposition selon laquelle, en l'absence d'une règle contraire expresse, l'auteur d'une codification, et tout particulièrement le constituant, s'est appuyé dans certains domaines particuliers sur les traits fondamentaux de l'état du droit (infraconstitutionnel) alors en vigueur [158]. Pour la Constitution dans sa totalité, cette tentative repose aussi sur l'hypothèse que le constituant s'est fondé sur « les principes généraux et idées directrices qui assurent sa cohérence », sur ces principes qui relient entre elles les normes constitutionnelles particulières et qui, précisément du fait de leur caractère principiel n'ont pas été exprimées dans des normes constitutionnelles expresses [159]. Il convient donc de distinguer deux groupes d'hypothèses. D'un côté, on cherche une « conception générale » sous forme de l'état préconstitutionnel d'un domaine particulier du droit infra-constitutionnel qui

[156] Sur la notion d'« unité de l'ordre juridique », voir : *Müller* XX.

[157] BVerfGE 2, 380 (403) ; 9, 89 (96) ; 50, 290 (315, 338) ; 56, 22 (34) ; 56, 37 (51). Voir aussi : BVerwGE 1, 159 (161).

[158] « Conception générale préconstitutionnelle du droit processuel » : BVerfGE 9, 89 (96). Voir aussi la décision « ne bis in idem » : BVerfGE 27, 180 (184 et s.) (« état préconstitutionnel du droit »), en relation avec des éléments génétiques et historiques. — Voir aussi la référence à la « conception traditionnelle » (ici de l'exécution des peines) : BVerfGE 33, 1 (12). (Dans cette dernière décision, la Cour affirme qu'au moment de l'adoption de la Loi fondamentale, « le constituant avait sous les yeux la *conception traditionnelle* de l'exécution des peines » pour en déduire qu'une loi ordinaire relative à l'exécution des peines ne devait pas être adoptée immédiatement après l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. *N.d.T.*)

[159] En ce sens d'une interprétation à partir de la conception globale inspirant la Loi fondamentale : BVerfGE 2, 380 (403).

doit être apprécié à la lumière de la Constitution. Il n'y a rien à objecter à ce procédé pour autant que son rôle demeure purement heuristique. Les critères obligatoires sont ceux du droit constitutionnel actuellement en vigueur[160]. La légalité du droit législatif doit s'établir en fonction de la Constitution qui est, ici et maintenant, obligatoire. Le recours à une conception générale préconstitutionnelle n'est donc rien autre qu'un cas particulier de l'interprétation historique (et aussi, selon les circonstances, génétique).

Dans la seconde hypothèse, il s'agit au contraire de questions touchant à la concrétisation de la Constitution en vigueur elle-même. On recherche ici, en se penchant sur une conception générale préconstitutionnelle inspirant la Loi fondamentale, des points de vue matériels qui viennent enrichir l'argumentation systématique dans la concrétisation lorsque des chaînons manquants apparaissent dans le cas particulier. Le procédé n'est pas critiquable pour autant que ces aspects demeurent contrôlables, c'est-à-dire maîtrisés à l'aide des interprétations historique, génétique et, surtout, systématique. Dans cette mesure, le recours à une « conception générale préconsitutionnelle » se révèle être lui aussi un cas particulier des règles traditionnelles d'interprétation. Cette topique ouvre cependant également la voie à une théorie de la Constitution que les « les principes généraux et idées directrices qui assurent la cohérence interne » du droit constitutionnel en vigueur permettraient d'offrir. Lorsque ce dernier procédé est utilisé dans le cas particulier, on a affaire à une concrétisation aidée d'*éléments de théorie*, qui vont au-delà de l'interprétation grammaticale, historique, génétique et systématique et qui doit normalement rester en connexion avec ces règles traditionnelles.

Lien entre les droits fondamentaux et les règles de compétence

Proche du principe de la prétendue unité de la Constitution, on trouve cette orientation qui, en s'opposant à l'idée d'un « système isolé des droits fondamentaux » et sur la base, au contraire, de la cohésion matérielle entre droits fondamentaux et normes de compétence, exige que ceux-ci puissent être concrétisés de manière interdépendante. Dans la mesure où l'on insiste sur ce principe[161], on continue de l'identifier à celui de l'unité de la Constitution.

[160] Cela est confirmé au plan du droit positif par l'art. 123 al. 1 LF. Les normes de nature « préconstitutionnelle » sont abrogées dans la mesure où elles contredisent matériellement la Loi fondamentale.

[161] Par ex. : *P. Schneider* I, p. 31 ; *Ehmke* III, not. p. 89 et *s.* ; *Ossenbuhl* I, p. 657. — Voir aussi pour les problèmes méthodologiques de la concrétisation des normes de compétence : *Pestalozza* II et III ; *Müller* VII, p. 49 et s. Pour l'analyse des champs normatifs des règles de compétence : *Müller* VII, p. 32 et s. Voir aussi *supra* : p. 262 et s. — Dans le détail sur les règles de compétence : *Stettner*.

Mais ce dernier n'intervient dans la jurisprudence que lorsque la concrétisation a conduit à une antinomie constitutionnelle. Et la réponse à la question de savoir si le résultat dénotant une contradiction normative ne restera qu'un résultat provisoire dépend entièrement de la fécondité imputée par la Cour à l'« unité de la Constitution ». Il en va tout autrement s'agissant de la cohésion existant entre la partie de la Loi fondamentale consacrée aux droits fondamentaux et sa partie organisatrice. La conception des droits fondamentaux qui ne voit pas seulement dans les droits fondamentaux des prérogatives subjectives mais aussi des principes structurels objectifs de la Constitution dans son ensemble, qui interprète une règle de compétence non pas au sens d'une répartition formelle de pouvoirs entre la Fédération et les Länder mais comme la réglementation de missions, à la fois déterminante sur le fond et légitimante au plan constitutionnel — une telle conception n'est pas à juste titre restreinte à l'hypothèse d'une concrétisation conduisant à des contradictions constitutionnelles. Dans la mesure où cette vision apporte une contribution à la concrétisation dans le cas particulier, cette contribution sera sur le fond un apport de la théorie constitutionnelle et devra ainsi être mise au compte des éléments de théorie du processus de concrétisation. D'un point de vue technique, elle sera le plus souvent essentiellement rattachée à l'interprétation systématique.

Concordance pratique

Le principe de la concordance pratique[162] se rattache lui aussi, du point de vue de la pratique, à celui de l'unité de la Constitution. Non seulement dans l'hypothèse d'une contrariété de normes, mais aussi à l'occasion de la concurrence ou de la collision de plusieurs droits fondamentaux par exemple, ou bien encore lorsque leurs domaines d'application se recoupent partiellement, ce principe impose pour tâche de fixer les limites des deux ou de tous les « biens juridiquement protégés » (par les droits fondamentaux) de manière « propor-

[162] Le concept de « concordance pratique » à été introduit par *Hesse* II (par ex. : p. 26 et s., p. 134 et s., p. 138 et s.) à la suite de *Bäumlin* I, p. 30 (« concordance pratique »), p. 34 (« concordantia disconcordantium »). On le retrouve depuis dans les textes des motifs de la Cour constitutionnelle fédérale. Par ex. : BVerfGE 41, 29 (51) ; 41, 65 (78). Voir aussi, sur ce point *Lerche* I, p. 125 et s. ; *Müller* I, p. 58, p. 160, p. 213 et s., p. 216 ; *Müller* III, p. 89 ; *Muller* XVIII, p. 196, p. 198 et s., p. 213 et s. — *Bethge* (p. 315) estime que, s'agissant des objectifs d'optimisation et de concordance, les expressions de « formules théologiques vides », « néants lyriques » et « moyens faciles de satisfactions » conviennent parfaitement.

tionnée », de telle sorte que, dans le résultat, ils contribuent tous au soutien de la décision*. On entend donc par là ce procédé d'harmonisation à la frontière entre plusieurs normes (droits fondamentaux) régissant le cas concret, appliqué par la Cour constitutionnelle fédérale, sous l'appellation assez peu heureuse d'« interaction », afin de déterminer, dans l'art. 5 LF, le rapport entre la liberté d'opinion et la loi générale restrictive [163]. On prend aussi par là position contre les techniques du « bilan axiologique » ou de la « mise en balance des biens juridiquement protégés » [164]. La délimitation dogmatique du « champ d'application » ne suffit pas à elle seule à résoudre tous les problèmes de concurrence ou de collision en droit constitutionnel. De nouveaux cas apparaissent constamment dans lesquels des prescriptions de même rang (ou devant être traitées comme ayant le même rang) se chevauchent. Le procédé de la concordance pratique ne peut toutefois exiger de manière générale que les normes en présence soient réciproquement limitées dans le sens d'un strict équilibre. Du seul fait de l'importance variable selon les cas concrets des « zones protégées » au sein de différents droits fondamentaux, du fait de l'intensité variable des restrictions aux libertés apportées par les lois, la solution ne saurait, en règle générale, être telle que les normes en présence, dans une balance équilibrée, puissent être « pareillement » réduites, qu'elles puissent être « pareillement » efficientes. L'optimisation exigée par le principe de la concordance pratique et qui touchent toutes les normes et tous les biens protégés en présence ne peut fixer l'objectif que négativement, et non pas positivement. La concrétisation *ne doit pas*, telle la procédure du « bilan », reconnaître en bloc à l'une des normes la priorité et faire céder les autres en bloc. Elle n'a pas le droit d'actualiser l'une des normes au *complet* détriment des autres puisque justement, d'après le résultat de la concrétisation, ces autres normes régissent

[163] BVerfGE 7, 198 (208 et s.) (Selon l'al. 2 de l'art. 5 LF, la liberté d'opinion trouve sa limite, notamment, « dans les prescriptions des lois générales ». Analysant la relation entre le droit fondamental et la loi générale restrictive, la Cour constate dans le jugement cité : « La relation mutuelle entre droit fondamental et « loi générale » ne peut être conçue comme une restriction unilatérale de la validité du droit fondamental par les « lois générales » ; il se produit au contraire une *interaction* en ce sens que les « lois générales » imposent certes, conformément au texte, des limites au droit fondamental, mais ces lois de leur côté doivent être interprétées en partant de la reconnaissance de la valeur essentielle de ce droit fondamental dans l'Etat démocratique et libéral et doivent donc elle-mêmes être limitées en retour dans l'effet restrictif qu'elles exercent sur ce droit fondamental ». Nous soulignons l'expression citée par F. Müller. *N.d.T.*)

[164] *Müller* I, p. 207 et s. ; *Müller* III, p. 17 et s. ; *Müller* IV, p. 22 et s.

* Le principe de concordance pratique est donc caractérisé par la nécessité d'optimiser la protection offerte par les droits fondamentaux. En cas de collision entre deux droits fondamentaux, il convient de limiter les *deux* et non seulement l'un d'entre eux qui ferait sinon seul les frais de cette collision. Il convient d'essayer que les deux droits protégés interviennent au soutien de la décision prise. *(N.d.T.)*

elles aussi le cas concret sous forme d'une norme juridique et d'une norme-décision. La solution doit pouvoir être normativement étayée et méthodiquement justifiée. Une fois encore, ce procédé dépend de l'ensemble des éléments de la concrétisation constitutionnelle. La « concordance pratique » n'offre qu'un objectif formel et, pour le reste, un appel qui doit pour l'essentiel être compris du point de vue de la politique constitutionnelle. Elle se démarque tendanciellement du bilan des biens juridiquement protégé, du bilan axiologique. Ce type de bilan court constamment le danger de faire « céder » une prescription « applicable » au cas juridique concret au profit d'une autre en utilisant des arguments aussi problématiques que ceux de la « priorité », de la « plus grande valeur » de certains biens ou « intérêts » constitutionnellement protégés. Ce genre de procédés court ainsi le risque de ne satisfaire ni, en particulier, à la situation normative concrète, ni, en général, aux exigences imposées par le principe de l'Etat de droit.

Le principe de la force normative de la Constitution

On identifie également la « force normative de la Constitution » comme l'un des critères d'interprétation de la Constitution [165]. La solution apportée aux problèmes de droit positif doit donner la priorité aux points de vue « qui permettent d'obtenir l'efficacité optimale dans les conditions propres à chaque constitution ». De la sorte, les modifications intervenues par exemple dans les champs normatifs de certaines dispositions constitutionnelles doivent être intégrées de telle manière que la prescription conserve malgré une situation changée le plus possible de sa force normatrice. Mais, s'agissant de l'orientation normative de tous les éléments de concrétisation, cela n'apporte rien de nouveau à une méthodologie qui incorpore au travail juridique la teneur factuelle des champs normatifs (constitutionnels) à titre d'élément normatif. Ce critère de la force normative de la Constitution n'offre pas lui non plus un procédé original de concrétisation. Il se ramène à un simple appel, à la représentation d'un objectif qui ne peut être nécessairement que formellement circonscrit. Envisagé ainsi, il compte moins parmi les points de vue méthodiques d'interprétation que parmi les éléments de politique constitutionnelle.

[165] *Hesse* II, p. 27 et s. (p. 28 pour la citation qui suit).

« Effectivité des droits fondamentaux » et « in dubio pro libertate ». — S'agissant des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale a tenté d'élaborer un principe d'interprétation à première vue analogue, celui de l'« effectivité des droits fondamentaux » [166]. La Cour affirme fermement que les droits fondamentaux doivent être interprétés extensivement. En cas de doute, il convient de leur reconnaître un champ d'application extensif. La jurisprudence arrive ainsi à proximité immédiate du principe « in dubio pro libertate » [167]. Celui-ci prend sa source dans une « présomption de liberté » au profit du citoyen. A l'occasion de la concrétisation du droit constitutionnel, il convient de donner la priorité à la solution qui retranche le moins aux droits concernés du citoyen. Ce principe n'est alors posé qu'au moment de conclure l'interprétation, si plusieurs solutions également soutenables et justifiables s'offrent au choix de l'interprète. On ne peut cependant pas élaborer de façon autonome une telle règle de sélection, de décision en dernier ressort, une telle présomption en faveur de la liberté. Tout comme les impératifs fondés sur le principe de l'Etat de droit, à savoir la clarté des normes, la précision des méthodes et le sécurité juridique, auxquelles les règles méthodologiques non-normatives sont subordonnées, cette présomption de liberté ne peut être fondée que sur le droit constitutionnel en vigueur. Mais on peut se demander si, en cas de conflit, les droits fondamentaux et les autres prérogatives subjectives peuvent être ainsi par principe entendus de manière individualiste sur le terrain de la Loi fondamentale [168]. Au plan du droit positif et de la théorie constitutionnelle, cette présomption en faveur de la liberté est également douteuse du point de vue de la conflictualité sociale — et spécialement entre titulaires de droits fondamentaux — et de la contrariété des intérêts et des droits. Au plan de la méthodologie et du droit constitutionnel, on ne peut pas dire de manière générale si la « priorité » doit réellement être donnée à « la » liberté sous forme d'une certaine norme en cause dans le cas juridique, ou bien au contraire à une autre disposition qui serait en jeu, ou bien encore si la solution ne doit pas emprunter une direction qui ne saurait être caractérisée au moyen de cet « ou bien-ou bien ». Par ailleurs, le principe ne peut pas être donné pour une « présomption » à précisément parler. La notion juridique de présomption est traditionnellement appliquée à des *faits* (qui ne sont pas complètement éclairés

[166] Voir par ex. : BVerfGE 6, 55 (72) ; 51, 97 (110). Sur ce point *Ehmke* III, p. 87 et s.
[167] Favorable : *P. Schneider* I, p. 31 et s. ; défavorables : *Keller*, p. 278 ; *Ehmke* III, p. 86 ; *Ossenbühl* I, p. 657 et s.
[168] Sur la « conception de l'homme mise en œuvre par la Loi fondamentale », par ex. : BVerfGE 4, 7 (15) ; 12, 45 (51).

dans le cas particulier) [169]. Cela n'exclut pas de faire appel à la fin de l'interprétation à des principes de sélection parmi plusieurs solutions également soutenables du point de vue normatif, mais cela n'engage pas à recommander l'emploi de ce concept choisi. Plus importantes, en tout état de cause, sont les objections de fond énoncées ci-dessus et en face desquelles cet argument n'a aucune consistance.

Il n'y a pas de doute que le principe dit de l'effectivité des droits fondamentaux porte à faux. La Cour constitutionnelle fédérale a manifestement mécompris un propos de doctrine qui se rapportait expressément, non pas à la question de la détermination du contenu des droits fondamentaux, mais à l'alternative « principe programmatique » ou « règle de droit actuelle » [170].

Axiomatisation possible du droit constitutionnel ?

La question, très discutée, de savoir dans quelle mesure les systèmes de traitement informatisé des données pourraient servir à la législation, à la pratique juridique en général et à la science du droit grâce à l'enregistrement de données et à la documentation, cette question fait partie du cercle des éléments de concrétisation ressortissant aux techniques de résolution de cas. En revanche, fait pleinement partie des éléments méthodologiques ce problème de fond :

[169] Sur ce point : *Ehmke* III, p. 87.
[170] *Ehmke* III, p. 87 et s. — Cette incompréhension de l'« effectivité des droits fondamentaux » se maintient de la façon la plus crasse au moment décisif du jugement sur l'interruption volontaire de grossesse, dans la motivation majoritaire : BVerfGE 39, 1 (37 et s.). Les juges écartent l'élément grammatical tiré du langage quotidien et spécialisé au moyen d'une pétition de principe générale concernant le « sens et but » du droit à la vie ainsi qu'à l'aide de l'absurdité persistante d'une soit-disant « efficacité juridique des droits fondamentaux », en renvoyant sur ce point à : BVerfGE 6, 55 (72) et 32, 54 (71). (Ce passage décisif de ce jugement célèbre et critiqué est en effet le suivant : « A l'encontre de l'objection selon laquelle « quiconque » renvoie tant dans le langage quotidien que dans le langage juridique à une personne humaine « achevée » et qu'une interprétation purement littérale interdit ainsi d'incorporer l'embryon dans le champ d'application (du droit à la vie), il convient de souligner qu'en tout état de cause les sens et but de ce droit fondamental exigent d'étendre la protection de la vie à la vie qui se développe (...) L'interprétation extensive est conforme au principe posé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, selon lequel « en cas de doute, il convient de choisir l'interprétation qui permet la plus grande efficacité du droit fondamental. » On ajoutera que l'alternative dont parle l'auteur entre principe programmatique et règle de droit actuelle renvoie à la discussion des droits fondamentaux sous la République de Weimar. La question, qui rappelle le débat français de la même époque, était de savoir si les droits fondamentaux constitutionnels n'étaient que des professions de foi philosophiques, des promesses — comme disait Esmein en France — ou de véritables normes immédiatement applicables. Il est clair que la Loi fondamentale a tranché le débat dans l'al. 3 de son art. 1 : « Les droits fondamentaux (...) lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit immédiatement applicable. » Sur la discussion sous Weimar, voir : Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, précit., p. 82 et s. *N.d.T.*)

dans quelle mesure le traitement informatique des données peut-il être introduit à titre de facteur original de la méthode juridique, au-delà de son caractère d'aide à la décision. La méthode juridique pourrait éventuellement être qualitativement modifée si le travail pratique du droit acquérait par ce moyen une nouvelle dimension.

La discussion n'a pas encore abouti, s'agissant du droit constitutionnel, à des résultats importants [171]. Sous l'expression « automation », il faut entendre cette possibilité de remplacer l'acte humain de décision par la rationalisation machinisée, dans le cadre de systèmes mécaniques et surtout électroniques, autorégulés, d'enregistrement et de traitement des données. La concrétisation au moyen de tels systèmes (ordinateurs) passe nécessairement par l'axiomatisation des prescriptions juridiques concernées. Les exigences imposées à des dispositions juridiques et administratives qui puissent être « aptes à l'automation » ont déjà été en partie étudiées [172]. Les prescriptions du droit constitutionnel s'accomodent mal de l'axiomatisation. Jusqu'à présent, les cas d'utilisation d'ordinateurs dans l'établissement de normes touchent les secteurs du droit fiscal et du droit des assurances sociales (élaboration des avis d'imposition ou des avis de pension), la fixation des salaires et traitements et autres domaines du même genre. Ces secteurs sont caractérisés par des situations quantifiables et des règles de droit qui peuvent être largement numériquement déterminées. D'après les expériences faites jusqu'à présent et dans l'état actuel de la discussion, les procédés automatisés de mise en œuvre du droit ne sont pertinents que là où le travail juridique se présente non pas sous la forme d'une concrétisation mais d'une simple subsomption [173]. Dans ces conditions il convient de ne pas trop surestimer les perspectives ou même le caractère souhaitable des procédés automatisés de mise en œuvre du droit dans le domaine du droit constitutionnel. Pour sa plus grande part, la logique juridique *ne* peut *pas* être appréhendée comme une *logique formelle* ; et cela vaut pour la logique du droit constitutionnel de part en part. Elle est une logique matérielle liée par des normes et, en conséquences, attachée aux conditions de la concrétisation des normes [174]. La structure normative et la normativité se présentent dans

[171] Pour une vue d'ensemble de ce débat ainsi que sur les précédents dans l'application des procédés automatisés en droit : *Klug*, p. 157 et s., p. 162 et s. ; *Simitis* I et II ; *Raisch* ; *Suhr*. Voir aussi : *Steinmüller* ; *Riesinger* I et II.

[172] *v. Berg*. Précurseur, eu égard aux possibilités de l'opérationalisation, le modèle fondamental proposé par *Fohmann* I.

[173] Sur les conditions d'une axiomatisation du droit : *Klug*, p. 163 et s., p. 173 et s. et les références citées.

[174] Fondamental : *Klug*. — En général, sur la « logique des normes » (déontique) : *Weinberger* ; *Kalinowski* ; *Lampe* ; *Keuth* ; *Tammelo* ; *Ravel/Brinckmann/Grimmer* I.

les disciplines juridiques particulières à chaque fois autrement, selon les différents types de normes. Une axiomatisation complète de l'ordre juridique qui ne prendrait pas en compte les fortes différences de structures et de fonctions entre les normes juridiques ne serait pas seulement illusoire : elle manquerait dès le départ les fonctions sociales du droit positif [175]. Les possibilités sans cela déjà limitées de la logique juridique formelle sont encore restreintes par la spécificité du droit constitutionnel [176]. Par là, il est possible de reconnaître les limites de l'axiomatisation avant même que soit entreprise une vaste tentative en ce sens. En dépit de tous les doutes qui peuvent être soulevés [177], pourraient voir le jour certaines possibilités d'emploi de procédures automatisées de décision qui aillent, dans certains domaines particulier du droit infra-constitutionnel, au-delà de celles déjà évoquées et les méthodologies juridiques particulières pourraient alors être en conséquence concernées.

ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION TIRÉS DU CHAMP NORMATIF ET DU CHAMP DE L'ESPÈCE

Fonction des éléments de structure

Ce qu'il faut entendre par éléments de concrétisation tirés du champ normatif et du champ de l'espèce a été présenté à l'aide d'exemples à l'occasion de l'examen de la structure de la norme juridique et du processus de concrétisation [178]. Ce n'est pas un hasard que le rôle du cas concret qui est à l'origine

[175] Voir aussi *Raisch*, p. 438 et s. et les références citées.

[176] *Müller* I, p. 40 et s.

[177] Par ex. : *Simitis* I, p. 9, p. 11 ; *Simitis* II, p. 20 et s. ; *Otto*, p. 499 et s. ; *Klug*, p. 171 et s. (avec une juste référence aux limites normatives, découlant notamment des droits fondamentaux), p. 176 et s. (sur l'élaboration de systèmes axiomatiques téléologiques complémentaires comme tâche d'une philosophie du droit bien comprise) ; *Wieacker* III, p. 398 et s.

[178] *Müller* I, p. 114 et s. ; *Müller* II, passim. Voir aussi : *Müller* IV, p. 67 et s. : exemple d'analyse d'un champ normatif d'un droit fondamental (liberté de l'art) comme fondement d'une dogmatique régionale et, par conséquent, d'une différenciation dans la concrétisation de ce droit fondamental. La Cour constitutionnelle fédérale suit cette approche dans la décision « Mephisto » : BVerfGE 30, 173 (188 et s.) — Voir aussi, *supra* p. 61 et s. — Pour des approches qui s'engagent dans la voie de l'analyse des champs normatifs : *Lautmann* II ; *Naucke* I ; *Naucke/Trappe* ; *Hagen* ; *Rottleuthner* I ; *Grimm* II ; *Denninger* II ; *Goerlich* I, p. 184 et s. ; et *Scholz*, p. 91 et s. Doit être compris comme un essai d'analyse détaillée d'un champ normatif : *Lüderssen* I, not. p. 79 et s., p. 107 et s. — Du point de vue de la théorie de la législation : *Noll*, par ex. p. 63 et s. — Pour une introduction aux problèmes méthodologiques des sciences sociales : *König*, *Albert* I et II ; *Opp* ; *Adorno et al.* ; *Topitsch* III ; *Hülst/Tjaden/Tjaden-Steinhauer*. — Sur les problèmes juridiques, voir *supra* p. 188, note 27. Outre les références citées dans cette note, suivent la théorie de la norme ici défendue s'agissant des problèmes liés à la *conception des droits fondamentaux* : *Scheuner* IV, p. 66 ; *Goerlich* I, par ex. p. 65 ; *Hesse* II, par ex.

(à côté du texte de norme) de l'élaboration de la norme juridique et de la norme-décision, comme les contributions apportées par le champ normatif à la normativité de la norme juridique et de la norme-décision furent tout d'abord perceptibles dans la pratique, et, tout particulièrement, dans la jurisprudence constitutionnelle. Par rapport à cela, le fait que celle-ci n'ait pas proprement réfléchi sur ces éléments du travail juridique qui dépassent le cadre des règles traditionnelles et de l'interprétation linguistique demeure secondaire. La distinction du champ factuel, du champ de l'espèce, du champ normatif et du programme normatif, l'approfondissement de leur différenciation selon la spécificité du cas concret à résoudre et le travail effectué à l'aide de ces concepts structurels ne peuvent ni garantir des décisions justes, ni remplacer les moyens traditionnels et récents. Ils devraient cependant désormais les compléter dans la réflexion d'une *méthodologie* juridique axée sur la pratique, puisqu'aussi bien c'est ce qu'ils font déjà *dans la pratique*. Ces aspects structurels fournissent des éléments supplémentaires de différenciation méthodique, d'argumentation et de démonstration détaillées. Ils ont déjà prouvé leur nécessité au service de la jurisprudence et de l'analyse de la jurisprudence dans le domaine de la méthodologie constitutionnelle[179]. La critique des jugements peut être plus précisément envisagée et la signification normative des décisions plus minutieusement contrôlée dès lors que sont aussi pris en considération les éléments factuels, ceux qui sont secondairement médiatisés dans l'élément du langage, c'est-à-dire les données réelles. Il s'avèrent inévitables en pratique sans pouvoir être obtenus au moyen de l'interprétation linguistique. Ces aspects pourraient être particulièrement fructueux s'agissant des concepts normatifs nécessairement orientés vers les faits que sont par exemple la « proportionnalité », la

p. 122 et s. ; *Grabitz*, p. 577, p. 578 et s. Pour une transposition détaillée aux problèmes du droit positif : *Müller* VII, par ex. p. 57 et s. ; *Muller* VIII, p. 22 et s., p. 86 et s., p. 97 et s. (s'agissant des droits fondamentaux) et concernant spécialement la concrétisation des règles de compétence : *Müller* VII, not. p. 36 et s. Pour le domaine circonscrit par le « principe d'égalité et la programmation de la politique de formation », cette approche est également défendue par *Hufen* II. La même chose chez *Rinken* II, p. 280 et s. (« analyse des champs normatifs ») et aussi p. 258 et s. — De façon minutieuse : *Grimm* VII, not. p. 39 et s., p. 43 et s.

[179] Voir, pour la justice *administrative* : BVerwGE 36, 192 (214 et s.). — Il s'agit d'une *tout autre chose* lorsque des données sociales viennent influer sur l'interprétation sans que le champ normatif soit pris en considération ; voir en ce sens : BVerwGE 39, 197 (198, 207) (qualité « artistique » d'une œuvre). — Les éléments du champ normatif sont pour l'essentiel correctement travaillés par ex. dans : BVerfGE 39, 210 (226 et s.) (loi sur la structure de la minoterie). — Sur les analyses de champs normatifs dans la jurisprudence ancienne de la Cour constitutionnelle fédérale : *Müller* I, not. p. 114 et s. ; dans le même sens à propos des deux jugements sur la télévision et des jugements « Spiegel » et « Lebach » : *Hoffmann-Riem* II. — Reprennent, à propos de la méthodologie du droit administratif, l'approche structurante : *Hoppe* ; *Hoppe /Rengeling* ; *Meyer-Hesemann*, not. p. 143 et s. ; *Scheytt*, not. p. 37 et s., p. 41 et s. (droit administratif de la culture et droit communal).

« nécessité » ou l'« aptitude », s'agissant des problèmes liés à l'« usage collectif »*, au « changement de circonstances de fait ou de droit », à propos du fondement objectif des concepts ouvrant un pouvoir discrétionnaire ou des concepts juridiques indéterminés** et d'autres problèmes du même genre. Bien qu'elle ait été élaborée, de façon inductive, sur la base du droit public et constitutionnel, la conception présentée ici, en tant qu'approche théorique du droit (de la norme juridique) assortie de conséquences méthodologiques, en tant que formulation d'une théorie structurelle générale des normes juridiques, impose aussi aux autres dispciplines juridiques particulières et, en particulier, aux droits civil et pénal cette exigence de ne plus traiter les sciences économiques et sociales, la sociologie, l'histoire, la criminologie et les autres domaines de recherche du même genre comme des « sciences auxiliaires » simplement destinées à apporter les « matériaux bruts ». Cette conception exige au contraire d'assimiler les questionnements et les résultats partiels de ces sciences sous formes de synthèses (partielles) qui doivent leur rattachement normatif comme la légitimation méthodologique de leur élaboration à la perspective sélective du programme normatif, élément essentiel de l'interprétation juridique. Même si les autres disciplines juridiques rencontrent en partie d'autres questions que celles de la méthodologie constitutionnelle, le recours aux éléments du champ normatif doit être recommandé comme un apport supplémentaire à toute pratique rationnelle. La connexion qui doit être assurée avec le travail des sciences sociales, l'emploi, au cours du processus de mise en œuvre du droit, des données sociologiques, politologiques et économiques d'ailleurs imposées par le champ normatif de la disposition à concrétiser, ce sont autant de tâches du juriste lui-même et même des tâches du juriste au premier chef. Le souhait d'une politique universitaire qui assure une initiation dans les matières fondamentales, dans l'optique à long terme d'une réforme de la formation des juristes digne de ce nom, comme la revendication d'une collaboration interdisciplinaire ne sont objectivement que trop justifiés, et ce du point de vue même de la structure de la norme juridique et de la concrétisation des normes[180].

Sur la base de la conception actuelle de la sociologie qui se décrit comme une « méthode fonctionnelle », on a proposé d'établir un lien entre l'explica-

[180] Sur la coopération entre science juridique et sciences sociales en rapport avec la formation des juristes, par ex. : *Adomeit* I ; *Leibfried*, not. p. 52 et s., p. 126 et s. Voir aussi *Naucke* I, qui exprime un scepticisme justifié (p. 34 et s., p. 48 et s., p. 55 et s., p. 71 et s.)

* Des « choses publiques ». *(N.d.T.)*

** Sur la théorie générale du pouvoir discrétionnaire et des concepts juridiques indéterminés, voir, en français : O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 333 et s. *(N.d.T.)*

tion de sens (*Sinnexplikation*) au moyen de l'analyse fonctionnelle et l'explication de sens au moyen de l'« herméneutique » juridique. Il faut cependant rappeler que toutes deux empruntent des directions opposées. L'analyse fonctionnelle rend l'acte de décision d'un cas particulier plus difficile en tant qu'il lui est caractéristique de toujours introduire de nouvelles alternatives. Elle ne se reconnaît « aucune obligation thématique envers la tradition » [181].

Cette revendication d'une répartition des tâches entre la pratique juridique (ou la science juridique) attachée à la concrétisation des normes et une science sociale qui analyse les structures effectives du monde social sans se soumettre à des normes ni à une tradition normée, cette exigence ne prescrit pas aux scientifiques et praticiens des autres disciplines les conditions de leur travail. La responsabilité méthodologique encourue du fait de l'application de la perspective régulatrice du programme normatif des prescriptions juridiques aux résultats partiels complexes des études empiriques, fonctionnalistes ou non, une telle responsabilité ne pèse jamais que sur le juriste qui résoud le problème juridique. A cet égard, et selon l'impression dégagée jusqu'à présent, la mise en jeu de la documentation mécanique ou de l'enregistrement et du traitement cybernétiques des constatations empiriques effectuées par l'histoire du droit, la sociologie du droit, la criminologie, la sociologie politique, la science politique ou la « recherche sur les faits juridiques » pourra avoir une signification décisive au plan factuel pour l'*analyse structurelle du champ normatif de lege ferenda* (politique juridique et législative) et *de lege lata* (pour la tâche de concrétisation du droit) ; elle ne pourra cependant avoir que la valeur d'un appoint au plan méthodologique [182].

Les éléments de structure comme éléments rapportés au cas concret

Les éléments du champ normatif forment des *niveaux méthodologiques intermédiaires de caractère typologique* [183]. Ils spécifient un champ structurel réellement possible pour les cas juridiques qui doivent être potentiellement

[181] *Luhmann* III, p. 18 et s. à propos de *Muller* I, p. 35 et s., p. 82 ; pour la suite du propos : *Luhmann ibid.*

[182] Voir déjà, par ex. : *Wieacker* III, p. 392. — *Fohmann* I fournit une étude intensive et fondamentale concernant les possibilités d'opérationalisation de certains éléments de concrétisation.

[183] *Müller* I, p. 184 et s. — Voir, en général, sur le rôle de la « typologique » pour la découverte du droit : *Leenen*, en part. p. 172 et s. — Sans apporter les justifications nécessaires, *Gusy* I (not. p. 97 et s.) reprend certaines des propositions faites ici. — Sur la prétention à l'égalité des méthodes : *Müller* XII, p. 65 et s. — Pour l'étude approfondie du concept structurel et ses conséquences pour la théorie et la dogmatique : *Müller* XIX, par ex. p. 250 et s., p. 314 et s., p. 381 et s.

subordonnés à la prescription normative. Une méthodologie qui intègre ces éléments médiatise le cas d'espèce par le texte de norme sur la base du niveau intermédiaire formé par la « typique de concrétisation » dessinée selon le programme normatif et le champ normatif. Le texte de norme et le cas d'espèce ne sont pas des points-limite isolés de la production de la norme ; ils sont au contraire intégralement incorporés à ce processus de production. Non seulement le texte de norme doit être médiatisé par le cas d'espèce, mais aussi, réciproquement, le cas par le texte. A travers l'élaboration du programme normatif et du champ normatif, au sens de la dogmatique régionale relative à des prescriptions particulières ou à des groupes de normes et habituellement entreprise par les commentaires, les manuels et les monographies, on ne se borne pas à développer une substance juridique qui serait donnée à l'avance dans les lois en vigueur. Cela vaut déjà du fait qu'à chaque fois la norme juridique doit avant tout être d'abord engendrée au moyen d'une *construction* concrétisante en réponse à l'incitation déclenchée par le cas juridique concret. A cette occasion, l'aménagement du programme normatif et du champ normatif (en liaison avec les autres point de vue méthodologiques auxiliaires) est à chaque fois différent en fonction de la spécificité du cas concret, de la structure des circonstances de l'espèce. Ce que la prescription juridique « pré »-scrit précisément à l'égard du cas posé, cela est seulement clarifié à partir de la confrontation avec les problèmes posés par ce cas, dans le respect du programme normatif et de la fonction limitatrice du texte (voire du programme normatif) imposée par le principe de l'Etat de droit et qui doit être dégagée en même temps que les autres éléments de concrétisation. S'il apparaît qu'un cas concret, structurellement et selon les variantes sémantiques que permet le programme normatif, ne fait pas partie du domaine réglé par la disposition en question, cela signifie que non seulement le texte de norme ne vise pas le cas, mais en même temps aussi que le cas ne vise pas davantage le texte de norme. Le fait de ne pas transposer une disposition précise son domaine de réglementation de la même manière que son application enrichit le détail de sa normativité matérielle [184]. Un tel enrichissement offre en même temps la base concrète d'une théorie relative à la norme. Une théorie constitutionnelle qui entend être théorie d'une certaine Constitution, d'une Constitution normativement valide, s'attache à éla-

[184] *Geiger*, p. 242 et s., p. 250 et s. — Par ex. : BVerfGE 29, 183 (189 et s.) (Réextradition/droit d'asile) : les interprétations grammaticale, systématique et génétique ne fournissent aucune solution ; la Cour s'aide alors de la recherche des motifs (« sens et but ») et d'un essai d'*étude du champ normatif*, d'une « observation comparative (...) des situations vécues qui doivent être appréciées » (*ibid.*, p. 191 et s.)

borer les structures factuelles des champs normatifs constitutionnels. C'est ainsi qu'en particulier l'analyse des champs normatifs des droits fondamentaux s'est révélée être non seulement utilisable pour la dogmatique régionale de certains droits fondamentaux ou même la partie générale d'une dogmatique des droits fondamentaux, mais aussi pour leur théorie constitutionnelle[185]. Ici se dévoile un lien — justifié du point de vue de la théorie (de la norme) juridique et méthodologiquement contrôlé — entre les éléments de concrétisation de la Constitution et les énoncés de la théorie constitutionnelle. A travers l'incorporation d'éléments de théorie dans la méthodologie constitutionnelle, ce lien peut à nouveau profiter au travail pratique accompli à l'aide de la Constitution.

ÉLÉMENTS DOGMATIQUES

Le rôle des éléments dogmatiques

A côté du texte de la disposition à appliquer (et du contenu matériel de son champ normatif — mais le plus souvent de manière irréfléchie), à côté d'autres textes de normes, qui lui sont comparés et traités d'un point de vue systématique, outre les textes des travaux préparatoires et des modèles normatifs constatables dans l'histoire du droit, il est courant que les juristes, à l'occasion de la résolution d'un cas présentant certaines difficultés, recourent également aux énoncés contenus dans la jurisprudence appropriée, dans la littérature des manuels, des commentaires ou des monographies. On a déjà expliqué ici que et dans quelle mesure ce procédé est objectivement fondé dans la structure même de la normativité et de la concrétisation. Les textes dogmatiques (comme par ailleurs les textes de théorie du droit et de la Constitution) ne sont pas, dans la terminologie habituelle, des sources du droit, mais bien des sources *de la connaissance* du droit. Ils sont eux aussi formulés dans l'élément du langage. De ce fait, ils sont aussi pour leur part accessibles à l'interprétation, ils ont besoin de toutes les possibilités de l'explication linguistique — en fonction du cas concret et du texte de norme. Les propositions théoriques et dogmatiques — qu'elles soient contenues dans la littérature scientifique ou la jurisprudence — sont elles aussi, comme l'est le plus souvent la rédaction des lois, « générales » et « abstraites ». Et ce, dans la mesure où l'expérience prouve qu'elles ne peuvent anticiper ni la spécificité factuelle du cas juridique qui occasionnera leur utilisation dans le travail de concrétisation, ni la norme juridique et la norme-décision qui doivent être élaborés au vu de ce cas. Les énoncés de la dogmatique et de la théorie, comme d'ailleurs ceux de la technique de résolution des cas et ceux de la politique juridique ou constitutionnelle, partagent ainsi le destin du programme normatif, du champ normatif et du texte de norme, des travaux préparatoires et des modèles normatifs historiques, celui du cas à résoudre : ils ne sont pas, sans autre élaboration, à disposition, comme des éléments achevés et applicables. Tel est le destin de l'ensemble des éléments de la concrétisation juridique. Pourquoi en est-il concrètement nécessairement ainsi (*l'« affaire concrète » de la pratique du droit et de la science du droit* est ce travail permanent de garantie, de réalisation et de développement de l'ordre juridique de la communauté humaine) ? La raison en est apparue devoir se fonder sur l'analyse structurelle de la normativité qui a été menée ici.

[185] Sur ce point : *Müller* I, p. 71 et s., p. 144 et s., p. 178 et s., p. 221 et s., p. 216 et s. ; *Muller* III et IV.

La théorie structurante du droit entend la « dogmatique » au sens technique de la science juridique ; mais pas avec cette nuance péjorative de ce qui est « doctrinaire » et qui n'est pas rarement attachée au concept de dogmatique juridique. Envisagée ainsi, c'est-à-dire comparée à la dogmatique « doctrinaire » chargée de la subjectivité des opinions qui devraient s'imposer pour des raisons (jus)politiques, la dogmatique structurante est plutôt non dogmatique. Avant même de se préoccuper du *contenu* des points de vue particuliers, il y va pour elle de la *scientificité* des énoncés : de ce que les concepts et les argumentations soient vérifiables et puissent être généralisés, de ce qu'ils aident à stabiliser la pratique d'un Etat de droit. La démarche juridico-dogmatique prise en ce sens conduit certainement elle aussi à prendre certaines positions. Cela découle déjà de la teneur du droit positif au nom duquel est élaborée une dogmatique. Cependant, le *mode d'élaboration* des propositions dogmatiques constitue un moment du travail juridique rationnel qui est proprement exigé par le principe de l'Etat de droit et auquel on ne peut renoncer dans une démocratie.

Les résultats obtenus par la dogmatique s'efforcent ainsi, à côté des autres facteurs de concrétisation, de guider les processus de réalisation du droit. Par rapport aux prescriptions du droit, dont ils essaient de présenter thématiquement la normativité, ils exercent une fonction utile. Les dogmaticiens ont cependant tendance à fixer d'une énergique mainmise les énoncés du droit positif, quels que soient par ailleurs les objectifs et les stratégies poursuivis. C'est

pourquoi il faut ici d'autant plus nettement insister sur le rôle *structurant* des propositions dogmatiques, qui doivent ainsi s'insérer parmi les autres éléments de concrétisation [186].

La *dogmatique structurante* n'organise pas d'une manière quelconque et arbitraire les énoncés matériels qui se rapportent au droit positif et aux résultats de sa concrétisation. Par sa tendance générale à rendre plus scientifique la pratique et la doctrine juridique au moyen d'une dogmatique réfléchie, elle s'accorde avec le positivisme légaliste classique. Mais pour ce dernier, il s'agissait d'« ériger un *système* scientifique dans lequel les figures particulières se présentent comme le développement d'une unique idée fondamentale » ; l'« autonomie scientifique » de la science du droit devait s'avérer dans sa propriété à établir « le fondement d'une déduction juridique certaine » [187]. Il s'agissait, pour les maîtres du positivisme juridique, de « combattre le dilettantisme » qui, d'une part, « se satisfait à rassembler machinalement lois et matériaux législatifs » et qui, d'autre part, tenait « les explications banales de la politique quotidienne, les considérations superficielles d'opportunité et les remarques historiques arrachées de leur contexte » pour des recherches de la science juridique [188]. La dogmatique positiviste devait saisir sous des concepts rationnels, systématiser dans un but d'unité et construire les réponses aux problèmes du droit en vigueur d'une manière susceptible d'être généralisée. Mais elle s'en tenait alors au cadre formé par le modèle positiviste de la norme et ne pouvait appréhender que les données linguistiques. Le programme même de ce positivisme faisait l'économie des données réelles. Il ne pouvait se les représenter que sous la forme non scientifique des « considérations historiques, politiques et philosophiques » et, sous cette forme, bien sûr, « sans valeur pour la dogmatique d'une matière juridique concrète ». La construction d'institutions juridiques, la généralisation de normes juridiques au moyen de termes généraux capables de faciliter le travail, des termes précisément dogmatiques, tout cela apparaissait comme étant le fait « de l'établissement minutieux et complet de

[186] Dans cette mesure, il s'agit là de la *fonction centrale de la dogmatique juridique*, à savoir de l'*aide apportée lors de l'opération de concrétisation des normes* du droit en vigueur. — A côté de cela, la dogmatique a aussi pour tâche de traiter la matière du droit d'un point de vue didactique. Dans ce cadre, il convient de ne pas juger trop sévèrement en principe la tentation de simplifier ; les exigences de l'autocritique méthodique des énoncés dogmatiques sont, au moins en partie, réduites par les besoins justifiés de la *didactique*. C'est tout particulièrement pour cette raison qu'il convient de ne pas voir dans la systématisation la tâche principale de la dogmatique mais plutôt dans « la facilitation et la rationalisation conforme à l'Etat de droit des décisions particulières » (*Pieroth* II, p. 625). — Réflexions non-juridiques sur la dogmatique juridique chez *Albert* V, p. 221 et s., p. 237 et s.

[187] *v. Gerber* II, chap. 5 et 6 (pour la science du droit public). (souligné dans l'original).

[188] *Laband*, t. I, p. X (pour la science du droit public) ; pour les citations qui suivent : p. IX.

la matière juridique positive en même temps que la maîtrise logique de celle-ci à travers des concepts ». Abstraction faite d'importantes désillusions relativement à la complétude et à la logique, cela n'en demeure pas moins un programme dogmatique convaincant. Toutefois le problème qui est méconnu dans ce cadre, c'est précisément de savoir ce que l'on doit entendre par « matière juridique positive ». Le positivisme n'appréhende par là que des données linguistiques parce qu'il a coutume de confondre les normes juridiques et les textes de normes. Si l'on se préserve de cette confusion, alors la *matière juridique* qu'il convient de structurer est formée de données linguistiques *et* de données réelles. Or, lorsque même au sein du positivisme a pu être reconnue la nécessité d'une prise en considération de certaines données réelles, cela s'est seulement produit — comme encore aujourd'hui habituellement — sous forme d'appels confus à la politique juridique [189].

« Structurante » désigne par contre ici la dogmatique qui se rattache au modèle de la structure normative dans la formulation des énoncés dogmatiques, qui ne prend pas en compte « la » réalité de manière indifférenciée mais façonne de façon contrôlée le champ normatif des prescriptions manipulées (par distinction d'avec leur champ factuel ou leur champ d'espèce).

Un concept plus étroit que celui de dogmatique structurante est associé à l'expression tout aussi technique de « dogmatique régionale » (*Bereichsdogmatik*) [190]. La *conception de la dogmatique régionale* a d'abord été élaborée relativement aux droits fondamentaux. Elle appréhende ceux-ci comme des garanties factuellement déterminées et leur dogmatique, comme dogmatique régionale : comme une quantité d'énoncés dogmatiques rationnellement structurés et qui doivent être élaborés pour chaque droit fondamental pris en particulier, des énoncés qui sont strictement liés par la norme spécifique du droit fondamental. La dogmatique régionale des droits fondamentaux doit en ce sens aider à rationaliser le procédé d'élaboration des normes juridiques et des normes-décisions. Il ne s'agit pas là de sonder une valeur idéale (liberté, dignité humaine, propriété, conscience) ; il s'agit de rendre concrétisable une *garantie juridiquement positivée*, et donc normative, à l'aide des données linguistiques et réelles, en empruntant la voie du programme normatif et du champ normatif de la norme juridique pour aboutir ensuite à des normes-décisions. Un concept abstrait de la liberté doit — réalisé au sein du monde individuel et social et,

[189] Voir *Rehm*, p. 261 et s.

[190] Et non : « dogmatique des champs normatifs » (*Normbereichsdogmatik*). La théorie de la dogmatique régionale est élaborée depuis *Müller* I, p. 181 et s., p. 201 et s. ; voir aussi : *Müller* III, p. 40 et s. passim ; *Müller* XVI, p. 48 et s., p. 53 et s.

pour ce faire, mis en la forme du droit positif — perdre son caractère abstrait (activités matérielles concrètes de la liberté humaine, droit fondamental à la dignité humaine, garantie de la propriété et de la liberté de conscience). Toute activité de concrétisation signifie dans la mesure où des énoncés de fond deviennent déterminables, à la fois délimitation et démarcation. En outre, les garanties de certaines libertés spécifiques sont insérées au sein du droit constitutionnel en général (autres droits fondamentaux, règles de compétence et de procédure, principes constitutionnels) et, par la voie de la réserve de loi et du droit processuel, dans l'ordre juridique général. Elles sont ainsi soutenues et mises en forme, mais aussi relativisées et, éventuellement, restreintes. Cela découle de la propriété des droits fondamentaux d'être des normes du droit positif [191].

Mais la conception ainsi abordée ne se borne pas aux droits fondamentaux. Elle concerne, dans la typologie des normes juridiques, toutes les prescriptions un tant soit peu factuellement déterminées. Leurs champs normatifs apportent en règle générale une contribution particulièrement importante au travail de décision. Cela s'applique par exemple aux normes de compétence dont les champs normatifs sont vastes. Ainsi des prescriptions relatives à la répartition des compétences législatives. Dans chaque cas, il s'agit d'établir une dogmatique spéciale normativement liée, rapportée à une disposition particulière ou à un groupe de normes étroitement corrélées. Les champs normatifs donnent à la dogmatique régionale un contour factuellement déterminé mais ne sauraient ni à eux seuls, ni de façon prépondérante, la déterminer. Comme toujours, les énoncés dogmatiques doivent être obtenus ici aussi à l'aide de tous les éléments de concrétisation et non pas seulement à partir du champ normatif [192].

La dogmatique n'offre pas la certitude d'une décision correcte. Elle n'est pas une instance supérieure aux autres moyens de la réalisation du droit, mais seulement la masse d'une certaine classe d'arguments. Ces arguments ne sont pas vérifiables avec la prétention à une validité universelle ; et les textes de normes ne le sont pas davantage, du fait des conditions qu'imposent leur caractère linguistique et leur imbrication dans la situation et l'agir humain. Une attente excessive en ce sens ne serait pas seulement déçue par la dogmatique structurante, mais par toute dogmatique. Et surtout, « structurer » ne signifie pas ici qu'on entend fixer à l'avance jusque dans les moindres détails les éléments de concrétisation, les éléments dogmatiques comme les autres : il s'agirait là d'un objectif aberrant, du fait de la propriété du travail juridique, telle qu'elle a été exposée, essentielle au processus de concrétisation, et qui consiste dans le fait d'être lié par le cas concret. « Structurer » veut dire, en revanche : établir des points de vue à partir desquels l'architecture d'une solution d'espèce peut être rationnellement conçue, à travers lesquels les données concrètes reçoivent critère et direction. Surtout, « structurer » signifie accomplir ces opérations à l'aide de moyens qui soient susceptibles de généralisation. Les démarches de concrétisation deviennent plus « égales » qu'elles ne le seraient autrement [193] ; et par ailleurs, elles peuvent être mieux contrôlées — ce qui sert les principes de l'Etat de droit et de la démocratie — parce que décomposées en différents moments plus étroitement circonscrits et plus précis.

[191] Voir à propos des effets de cette conception sur la dogmatique régionale de certains droits fondamentaux : *Müller* XIX, p. 403 et s.

[192] Voir, relativement aux droits fondamentaux, l'exemple détaillé d'une dogmatique régionale chez *Müller/Pieroth/Fohmann*.

Nécessité de l'interprétation linguistique des éléments dogmatiques

Tout comme les éléments de théorie, les facteurs de technique de résolution des cas, de politique juridique ou constitutionnelle, les éléments dogmatiques revêtent une forme linguistique. Cette forme — comme la formulation textuelle des normes, des travaux préparatoires ou des antécédents normatifs — peut être, prise en soi, « claire » ou « obscure » au sens de : facilement ou difficilement compréhensible. Eu égard au cas qui est à résoudre, et qui donc, dans cette mesure, reste encore lui-même obscur, ces éléments apparaissent (encore) « obscurs » pour les raisons étudiées — même si à l'occasion d'une lecture suivie et déchargée de la nécessité de résoudre un cas concret ils peuvent sembler encore parfaitement intelligibles. Les propos dogmatiques, mais aussi théoriques, techniques ou juspolitiques ont dans ces conditions l'habitude d'être exploités, pour autant qu'un cas concret en donne l'impulsion, fondamentalement avec les mêmes moyens d'interprétation linguistique que les textes de normes et les matériaux législatifs. Lors du recours à la jurisprudence, la comparaison avec des décisions antérieures et la recherche de raisons justifiant des énoncés divergents correspondent au travail à l'aide des points de vue historique et génétique. La nécessité de l'interprétation grammaticale est évidente. Au travail à l'aide des points de vue systématiques correspond tout d'abord le recours aux opinions doctrinales ou jurisprudentielles qui soutiennent des

[193] Sur cette nécessité formulée sous la forme d'un droit fondamental à l'égalité des méthodes, voir : *Müller* XII, p. 65 et s., p. 107.

positions autres ou divergentes. Par ailleurs, cela s'applique encore davantage s'agissant de la consultation de la littérature et de la pratique relatives à ces dispositions qui ne doivent être intégrées au travail juridique que par la voie de l'interprétation systématique. Mais malgré cela, il faut s'en tenir encore une fois au fait qu'un tel acte d'interprétation se rapporte à des textes qui ne se rattachent pas aux normes, ou plus exactement à des textes qui ne sont pas des textes de normes. Leur caractère indispensable dans la pratique n'est pas par là contestée. Ces aspects restent cependant contrôlables en ce sens qu'ils ont à prouver qu'ils constituent des contributions à la solution, contributions qui se rattachent, dans une fonction auxiliaire, à la norme-décision et à la règle de droit générale qui la justifie. L'obligation démocratique de tirer de la masse des textes utilisables seulement certains textes tout à fait déterminés (à savoir les textes de normes officiels, produits du législatif, supposés convenir) pour en faire le point de départ comme la limite des possibilités admissibles de décision, une telle obligation s'impose de la même manière à l'exploitation des éléments dogmatiques, théoriques, techniques ou juspolitiques. Le caractère démocratique de cet impératif et l'appartenance de la Loi fondamentale de Bonn au type des constitutions libérales « rigides » interdisent d'employer les moyens de la formulation rationnelle du résultat, de la motivation et de la démonstration non pas dans ces fonctions qui leurs sont propres mais à titre secondaire, comme la justification du résultat souhaité occultant les motifs réels de la décision. La description de certaines tendances de la pratique à procéder cependant de la sorte est instructive pour la nécesité d'aiguiser la conscience des possibilités et limites d'une méthodologie juridique rationnelle [194]. On ne saurait cependant s'en inspirer tant du point de vue des critères méthodiques normatifs (imposés par l'Etat de droit) voire non-normatifs que de celui de ce qui peut être admis dans une démocratie.

Eléments dogmatiques directement et non-directement rapportés aux normes

Les propositions dogmatiques de la pratique et de la science expriment le plus souvent l'opinion de leur auteur relativement à certains textes de normes ou à certaines normes juridiques [195]. Les énoncés théoriques, de la technique de résolution des cas, les énoncés de politique juridique sont moins fortement

[194] Sur ce point : *Kriele*, passim.

[195] Selon le cas, il s'agit d'un rapport des énoncés dogmatiques au texte de norme ou bien à la norme. — Les références faites par la Cour constitutionnelle fédérale dans la décision « Soraya » à certaines opinions juridiques dépourvues d'appui normatif offrent un exemple instructif d'*éléments dogmatiques non rapportés à des normes* (*nicht-normbezogene dogmatische Elemente*) : BVerfGE 34, 269 (275, 280 et s., 289 et s.) (« la plupart des auteurs civilistes »). Ces éléments n'ont pas plus de poids que ceux de politique juridique ; pourtant la Cour tente ici de s'appuyer sur eux de manière décisive. — Sur les liens entre méthodologie, dogmatique et théorie du droit : *Podlech* II. — En général sur le rôle de la dogmatique juridique : *Rittner*, p. 104 et s. ; *Esser* IV, p. 19 et s.

orientés vers la concrétisation du droit en vigueur. Par contre, les éléments dogmatiques sont plus proches des éléments méthodologiques au sens étroit comme de ceux du champ normatif. La dogmatique juridique est un sous-système des techniques de communication du monde juridique. Tradition, information, fondation d'écoles, critique et contrôle, tentatives de « construction » obligatoire, large « systématisation », et aussi, au-delà, préparation de techniques de résolution de cas, réflexion théorique et progrès de la politique juridique sont les modes de la discussion dogmatique des questions juridiques. Pour être un dogme au sens propre, il leur manque l'obligatoriété. Les contenus dogmatiques, théoriques et juspolitiques influencent significativement et de façon souvent décisive la résolution des cas juridiques, tout comme les modalités techniques de procédure. Mais cela ne produit pas déjà de l'obligatoriété au sens de l'obligation pesant sur les juristes à l'égard des textes de normes dont la masse totale forme le droit en vigueur. Le *résultat* provoqué par l'espèce, obtenu grâce aux moyens exposés de la méthodologie juridique et à travers la concrétisation de la norme juridique et son individualisation en une norme-décision, ce résultat ne doit pas être justifié d'une façon quelconque, subjectivement ou par l'appel au droit rationnel, politiquement ou par des considérations de politique juridique. Il doit l'être par la démonstration intelligible et donc critiquable du respect du texte de norme. La preuve d'une convergence entre certaines positions dogmatiques ne fonde en revanche aucune obligatoriété. Pas davantage que le fait de souscrire à tels éléments de théorie ou de politique constitutionnelle ou bien encore d'acquiescer à tel modèle de démarche pragmatique pour la technique de solution d'espèce.

Au-delà de leur légitimité à titre de mode de traitement des questions d'expression, de communication et de démonstration juridiques, les énoncés dogmatiques se forment aussi largement — et il convient de ne pas l'oublier — à partir des contenus des normes juridiques et des normes-décisions. Ceux-ci, approuvés ou amendés, sont incorporés aux matériaux de la dogmatique soit à partir de la jurisprudence, c'est-à-dire à partir des décisions antérieures ayant tranché des cas réels, soit (à titre d'expertise ou de façon « purement dogmatique ») à l'occasion de cas concrets qui se posent actuellement, soit encore suggérés par des cas juridiques imaginés. Dans la mesure donc où, à

travers les énoncés dogmatiques de la pratique et de la science, des normes juridiques et des normes-décisions concrétisées en fonction de cas particuliers sont toujours établies et transmises, la dogmatique a sa place parmi les éléments normativement orientés au sens strict [196].

Il convient pour terminer d'attirer une fois encore l'attention sur le concept non-dogmatique de dogmatique tel qu'il est ici employé [197]. La dogmatique apparaît ici comme *un* mode indispensable (parmi d'autres tout aussi indispensables) de la stylisation des points de vue juridiques : non pas comme une instance monolithique à laquelle les autres juristes, praticiens ou scientifiques, devraient si possible se raccrocher, mais comme un arsenal, ouvert à la discussion et lui-même conçu dans la discussion, d'arguments juridiques d'une certaine catégorie. Les autres groupes de points de vue (moyens de l'interprétation textuelle au sens étroit, prise en compte des données réelles, éléments de théorie, facteurs de politique juridique et constitutionnelle) se trouvent à côté des aspects dogmatiques ; lors de conflits méthodologiques, ils se situent au-dessus ou au-dessous de ceux-ci. Les éléments dogmatiques de concrétisation doivent être, dans leur rapport aux autres éléments, caractérisés, délimités et, pour le cas de conflit, leur être hiérarchiquement ordonnés (dans le sens de la préséance ou de la subordination) [198].

Les arguments de la *dogmatique structurante* trouvent donc leur place dans

[196] On trouve un exemple d'*éléments dogmatiques rapportés à des textes de normes* (*normtextbezogen*) dans BVerfGE 28, 243 (259 et s.) (objection de conscience/faute de service) (s'agissant de la différence de rang entre des droits fondamentaux et le droit infraconstitutionnel). *Ne se rapportant pas au contraire immédiatement à des textes de normes*, mais en tant qu'explications exclusives l'une de l'autre d'une norme, les propositions dogmatiques de solution s'agissant de l'art. 17a al. 1 LF dans BVerfGE 28, 282 (289 et s.) (loi sur les soldats) : l'art. 17a al. 1 LF étant lex specialis soit « déclaratoire », soit « complémentaire », soit « exclusive ». — Sur l'art. 17a al. 1 LF comme lex specialis devant refouler l'art. 5 al. 2 LF voir aussi : BVerwGE 43, 48 (52 et s.) (L'art. 17a al. 1 LF est relatif à la limitation des droits fondamentaux, notamment la liberté d'expression, qui peut être imposée aux membres des forces armées et aux objecteurs de conscience assurant un service civil de remplacement. La question est donc de savoir dans quelle relation se situe cette disposition à l'égard de l'art. 5 al. 2 LF qui est relatif aux limites qui peuvent être apportées en général à la liberté d'expression. *N.d.T.*)

[197] *Harenburg* soutient désormais une conception tout aussi « dédogmatisée » de la dogmatique. Il parle d'une crise de la dogmatique qui ne pourrait être surmontée qu'au moyen d'une amélioration des méthodes. *Harenburg* (par ex. p. 369) développe son concept de dogmatique dans le cadre d'un modèle de la production scientifique en droit conçu comme un processus de production à trois niveaux : le législateur établit« un peu » de droit — ici l'approche de *Harenburg* se révèle manifestement insuffisante du point de vue de la théorie de la norme, le législateur créant non seulement des textes de normes mais aussi, même incomplètes, des normes juridiques ; le juge établit le droit complet et se voit appuyé à cet égard par la dogmatique. La prestation de la dogmatique réside d'après cela dans la constatation du « contenu » des textes de normes *et* dans l'approvisionnement en contenus normatifs.

[198] Les propos de ce développement concernent la fonction principale de la dogmatique, à savoir son rôle pour la décision juridique orientée par des normes, pour le travail juridique pratique. — Par contre, son rôle pour l'enseignement et la formation ne soulève pas des problèmes comparables ; les questions envisagées sous cet aspect ne sont pas profondément controversées.

le cadre de la *méthodologie structurante*, comme d'ailleurs, conformément à la nature des choses, les argument de toute autre conception de la dogmatique. La dogmatique structurante avait aussi, pour sa part, appris quelque chose d'important de l'approche élaborée ici de la *théorie (de la norme) juridique*. Cela ne reste pas l'unique liaison entre la théorie structurante (de la norme) juridique, la dogmatique et la méthodologie. Au contraire, cette approche théorique de la norme dans son ensemble aide à décoder le travail juridique, à le rendre plus productif et mieux contrôlable, bref : à le structurer.

ÉLÉMENTS DE LA TECHNIQUE DE RÉSOLUTION DES CAS (voir aussi *infra* p. 339 et s.)

Le rapport méthodologique entre les facteurs de technique de résolution des cas et les autres éléments a déjà été présenté. Il faut encore préciser quelles sont les types de questions qui sont à mettre au compte de la technique de résolution des cas.

Il faut y compter la succession formelle des procédures au moyen desquelles sont formées et vérifiées les hypothèses de textes de normes qui doivent être, par étapes, précisées voire corrigées [199], par lesquelles doivent être recherchés pour la solution des cas, par la voie de l'« inventio » topique, des points de vue orientés d'après les problèmes [200] et être trouvé dans le texte de la motivation le meilleur type, selon la fonction en cause, de mise en forme de la recherche de la solution et de l'argumentation. Se concentrent sur ce dernier point, ces guides destinés à aider à la résolution des cas pratiques, ces introductions qui aident à la rédaction d'examens, de mémoires, consultations ou jugements tant en droit civil, en droit pénal qu'en droit public. Ces conseils n'appartiennent pas à la méthodologie juridique au sens employé ici. Ces compendiums en partie complètent, en partie rejoignent les conseils destinées à la pratique juridique au sens strict, les recueils de cas pratiques, la littérature de préparation aux examens d'Etat. Ils traitent des problèmes d'organisation des développements, des questions à formuler selon les circonstances de l'espèce, de l'enchaînement dogmatique entre les moyens d'une demande, du lien déterminé par le droit positif entre les questions processuelles et les questions de droit matériel, de la validité de certaines allégations de fait, et d'autres

[199] Sur ce point, sans distinguer le texte de norme et la norme : *Kriele*, p. 157 et s. ; voir aussi les remarques sur le rôle possible des préjugés : p. 243 et s, p. 269 et s.

[200] Voir les indications de *Hesse* II, p. 25 et s.

problèmes du même genre. Ils le font en posant à chaque fois ces questions centrales : « Que demande-t-on ? » et « quel est le point important ? ». Selon les cas, en fonction de ce qu'exigent les exemples pratiques traités, certains éléments tirés d'énoncés dogmatiques jurisprudentiels et doctrinaux, certains détails de la méthodologie juridique sont rattachés aux problèmes de construction et d'exposition. Dans les schémas établis pour la composition de consultations, d'exposés des faits et de motifs de décisions pour certains types de procédures se révèle nettement l'influence du droit positif (principes fondamentaux de la procédure, dispositions processuelles particulières) sur le procédé technique de résolution des cas au sens étroit. Abstraction faite de ces aspects normatifs, les conseils destinés à l'étude de cas et à la technique de résolution sont largement guidés par des considérations d'opportunité sur lesquels existe un consensus interne à la corporation suffisamment large. A titre d'exemple de question d'opportunité, on peut citer celle de savoir s'il convient d'établir la décision « sur un unique fondement » (comme le fait volontiers la jurisprudence pour des raisons faciles à comprendre) ou « sur plusieurs fondements ». Au total, ces compendiums fournissent des conseils de stratégie et de tactique destinés à assurer le succès d'une technique de résolution de cas pratique et d'un type de présentation, succès probable du fait qu'ils sont conventionnellement acceptés et souhaités parce que conformes à l'expérience. Il est évident que des points de vue de cette sorte contribuent significativement à déterminer en partie la démarche de concrétisation des normes en droit constitutionnel également. Mais, conformément à leur nature et comme les aspects théoriques, dogmatiques — non rapportés aux textes de normes — ou de politique juridique et constitutionnelle, ils doivent agir comme des *facteurs auxiliaires*. Tout aussi peu que les éléments traditionnels et récents d'interprétation et que les aspects dégagés des champs normatifs des dispositions à créer et à transposer, ils ne sauraient conduire à des suppositions et des résultats indépendants des normes ou contraires aux normes. Ils ne doivent ni contredire les directives des programmes normatifs, ni dépasser les limites tracées par les textes de normes.

La réduction à une fonction d'appoint de ces éléments de la technique de résolution des cas devient particulièrement claire dans les hypothèses d'application au travail pratique des systèmes d'enregistrement et de traitement de données. Lorsqu'elle peut recourir à ces procédés, la méthodologie juridique n'est pas qualitativement modifiée, mais améliorée quantitativement, s'agissant de l'intensité et de l'étendue de son rendement : par exemple dans la planification pour le travail législatif et administratif, dans l'enregistrement de sources

du droit et de décisions judiciaires, dans la documentation relative aux constats effectués dans les champs normatifs de dispositions déjà en vigueur ou encore à établir, dans l'« application » technique, administrative ou judiciaire du droit dans ces domaines, accessibles à l'axiomatisation, où la simple subsomption se révèle être suffisante [221].

ÉLÉMENTS DE THÉORIE

Sur la possibilité du recours aux éléments de théorie

L'origine et la nature des éléments de théorie dans la concrétisation de la Constitution ont déjà été abordés. Ils ont été mis en évidence à travers l'exemple de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale qui considère la Loi fondamentale comme un « ordre de valeurs » ou un « système axiologique » et qui voit dans les droits fondamentaux un « système de droits fondamentaux » détaché du reste du droit constitutionnel. La licéité méthodologique de l'exploitation d'énoncés des théories du droit, de l'Etat ou de la Constitution destinée à préciser la norme juridique et la norme-décision à établir dans le cas concret, cette licéité de principe ne dit cependant encore rien sur le caractère fondé au plan normatif et concluant au plan théorique de certains théorèmes particuliers introduits dans la procédure de concrétisation. Qui de la sorte reprend des positions de la théorie de l'Etat ou de la théorie de la Constitution, prend non seulement le risque de leur justifiabilité théorique, mais aussi celui de la possibilité de les fonder dans le droit positif. Ce risque est d'autant plus grand que l'unanimité ne règne toujours pas quant au jugement à porter sur le lien existant entre, d'une part, la théorie du droit public et de la Constitution et, d'autre part, la théorie générale de l'Etat. C'est ainsi qu'une théorie constitutionnelle relative à un type déterminé de communautés ou, dans le sens — défendu ici — encore plus fortement orienté vers les normes et les textes de normes, relative à une Constitution déterminée ne saurait accéder que de

[221] Premières vues d'ensemble sur l'état de la discussion et les possibilités d'application des systèmes de traitement informatisé de données, sur les problèmes de droit constitutionnel et administratif que cette application a suscités et enfin sur la fixation des limites fondamentales à l'applicabilité du procédé dans la pratique et la science juridiques : *Klug*, p. 157 et s., p. 162 et s.p. 172 et s. ; *Zeidler*, p. 13, p. 27 et s. ; *Bull* ; *v. Berg* ; *Simitis* I, p. 12, p. 14, p. 15, p. 24 et s. ; *Simitis* II, p. 8 et s., p. 13 et s., p. 17 et s. ; *Wieacker* III, p. 392 et s., p. 397 et s., p. 402 et s. ; Discussion approfondie chez : *Riesinger* I et II ; *Raisch*, p. 436 et s., p. 438 et s.

façon restreinte à une universalité au sens d'une systématique des types idéaux. Celle-ci trouve ses limites dans les règles et la légitimité spécifique de la *constitutio lata*, et ce même lorsque leurs énoncés ne correspondent par aux types idéaux présupposés. En ces points de ruptures, il est illicite de vouloir excéder les textes de normes ou les normes du droit en vigueur en invoquant l'unité ou la systématique d'une théorie constitutionnelle qui serait dans cette mesure éloignée des considérations normatives. Les énoncés de théorie constitutionnelle ou de théorie de l'Etat ont souvent une importance significative en tant qu'éléments de concrétisation des normes, tout comme les positions fondamentales qu'adopte la pensée juridique, « décisionnisme » ou « intégration », acceptation d'une « logique des normes » ou « sociologisme ». Elles ne sauraient cependant ni éliminer les difficultés de la tâche de concrétisation par le recours à des théorèmes dépourvus de caractère obligatoire, ni supposer normatifs les énoncés de théories voire les jouer contre des positions adoptées par le droit en vigueur. Dans ce cadre normatif restreint, les éléments de théorie agissent plus encore que par la reprise de certains contenus [202], par *la force prégnante de certaines positions méthodologiques fondamentales* que l'on trouve dans la théorie du droit, de l'Etat et de la Constitution.

C'est ainsi que l'*Allgemeine Staatslehre* publiée en 1900 par Georg Jellinek est représentative du positivisme juridique allemand au tournant du siècle : avec son double concept du droit comme exercice effectif du droit et ensemble de normes, avec son double concept de l'Etat (totalité des rapports de volonté dans un groupe social — institution juridique dotée de la personnalité juridique) et de la théorie de l'Etat (théorie générale de l'Etat comme théorie normative — théorie sociale générale de l'Etat comme science empirique). La réception de ses positions dans la concrétisation de la Constitution peut emporter avec elle des divergences significatives avec d'autres résultats de concrétisation pouvant justifier de leur conformité au droit positif, non seulement dans l'hypothèse où elle insèrerait une supposition contraire aux normes, mais aussi dans le cas où la supposition serait neutre du point de vue normatif, praeter constitutionem. Dans la confrontation qu'elle a menée avec le dualisme des méthodes propre à la « théorie des deux faces » de Jellinek, la systématique de

[202] Par exemple, la thèse selon laquelle dans une « démocratie libérale et représentative » la formation de la volonté politique du peuple doit être « libre par rapport à l'Etat » : BVerfGE 20, 56 (96 et s.) (Il s'agit ici de la célèbre décision relative au financement public des partis politiques (aujourd'hui révolue depuis une décision du 19 avril 1992). Les limites constitutionnelles imposées à ce mode de financement sont essentiellement tracées sur la base de ce principe de liberté à l'égard de l'Etat de la formation de la volonté politique du peuple à laquelle concourent les partis politiques aux termes de l'art. 21 LF. *N.d.T.*)

la théorie allemande de l'Etat et de la Constitution s'est divisée pour rejoindre des conceptions monistes : chez Hans Kelsen, au nom de la pureté du droit, dans l'identification, fondée sur la logique des normes, de l'ordre juridique et de l'Etat ; et dans la dissolution, tout aussi unilatérale, du dualisme de la norme et du fait au profit de l'existentialité politique dans le décisionnisme de Carl Schmitt. Des auteurs comme Erich Kaufmann, Rudolf Smend (l'Etat comme contexte d'intégration) et Hermann Heller (l'Etat comme unité organisée de décision et d'action) s'efforcèrent de surmonter les oppositions extrêmes et d'appréhender matériellement tant l'être-là étatique que l'être-constitué normatif (*staatliches Dasein wie normatives Verfaßtsein*). A côté des approches fondées sur les sciences sociales (Oppenheimer, Jerusalem, Gumplowicz, Drath), on continue de trouver des méthodes gouvernées par un concept plural de l'Etat (Laun, Nawiasky) ou des conceptions idéalistes de la « représentation » (*Repräsentation*) au sens du procès dialectique d'un groupe humain avec lui-même, procès qui doit comporter l'« auto-préparation » (*Selbstaufbereitung*) de la société à l'Etat et culminer dans les formes de la fonction officielle et de la loi [203]. Toutes ces positions fondamentales, et d'autres qui leur sont comparables [204], peuvent, comme l'on sait, tout particulièrement dans la matière complexe du droit constitutionnel — et même sans qu'on puisse exactement établir des violations du droit en vigueur — constituer des sources *extra*-normatives décisives pour les résultats de la réalisation de la Constitution.

Précompréhension théorique (de théorie constitutionnelle)

Déterminants sur le fond et pas toujours introduits consciemment dans la concrétisation, ils contribuent avant tout à la *précompréhension de théorie constitutionnelle*. A cet égard, ils ne touchent pas seulement à des aspects de détail comme, par exemple, la question de la fonction des droits fondamentaux en tant que précompréhension pour la concrétisation de ces droits. Au contraire, l'ébauche la plus générale d'une image de l'Etat contient à elle seule des tendances explicites ou implicites quant à la mise en forme et aux limites du style théorique et méthodique de pensée appliquée au cas particulier. Les images de l'Etat et les conceptions constitutionnelles fondent et préparent certains types de précompréhensions. Elles spécifient, pour autant qu'elles sont

[203] Cette dernière conception chez *Krüger* II ; Sur cet auteur : *Müller* XVI, p. 215 et s., p. 221 et s.
[204] Voir, pour une approche générale : *Badura* I.

conséquentes, l'*horizon d'interprétation* qui détermine, consciemment ou inconsciemment, les questions concrètes. Elles offrent — d'après l'opinion de la doctrine traditionnelle — une justification pour les « lacunes », c'est-à-dire pour les questions qui ne sont pas réglées au plan normatif ou pour les problèmes d'évaluation qui, à l'intérieur de ce qui est normativement réglé, ne peuvent être suffisamment rationalisés à l'intérieur du processus praticulier de décision. Assez souvent elles apportent cette justification de manière anticipée précisément là où les efforts de la méthodologie orientée vers les textes de normes pourraient être couronnés de succès mais où l'on préfère s'en écarter au profit de la mise en œuvre d'une certaine conception de l'Etat ou de la Constitution. Les *types de précompréhension théorique (de théorie de l'Etat ou de la Constitution)* tels que « positivisme » et « décisionnisme », « normativisme logique » ou « théorie de l'intégration » doivent être jugés du point de vue méthodologique essentiellement d'après la marge plus ou moins grande qu'ils ouvrent indistinctement aux arguments idéologiques, d'après la question de savoir dans quelle mesure ils exigent, admettent ou, au contraire, empêchent une mise en œuvre du processus de concrétisation indépendante et plutôt gouvernée par les textes de normes que par ces précompréhensions. C'est à proportion de cette admission ou de cette exigence d'orientation vers les textes de normes, que l'utilité méthodologique de la précompréhension théorique au bénéfice d'une pratique juridique transparente et d'un débat scientifique rationnellement contrôlé l'emporte sur la valeur qui permet à la position politique (de politique constitutionnelle) qui lui sert de base de faire école et de gagner en influence.

Les apports de la théorie du droit, de l'Etat et de la Constitution à l'entreprise de concrétisation deviennent également davantage susceptibles de critique et mieux contrôlables. La médiation, au cours du processus global de formation méthodique du droit, du champ normatif et du programme normatif peut contribuer à la mise en évidence de telles sources de précompréhension avec la perspective d'une plus grande rationalité que celle qui est offerte par les seuls moyens de l'interprétation strictement linguistique. Les données des champs normatifs comblent matériellement largement non seulement la précompréhension générale et non-juridique, mais aussi les nuances du présavoir strictement juridique. Par exemple, les constats empiriques relatifs aux partis politiques au sein de l'Etat allemand — dans le cadre de la perspective sélective des programmes normatifs de l'art. 21 LF — peuvent servir de *tertium comparationis* par rapport, d'une part, aux énoncés de la théorie de l'Etat et de la Constitution concernant l'« Etat de partis » (*Parteienstaat*) au sens moderne,

et aussi, d'autre part, par rapport à la coexistence de plusieurs solutions possibles du droit constitutionnel en vigueur, qui seraient toutes également soutenables dans les limites tracées par les textes de normes.

Sur la fécondité méthodologique des positions théoriques

Les positions théoriques sur le droit, la Constitution et l'Etat doivent être, en tant qu'éléments souvent actualisés du travail juridique (du droit constitutionnel), tout particulièrement appréciés du point de vue de leur fécondité pour la structuration rationnelle et l'évaluation critique de ce travail. Les positions dominantes ne réfléchissent que sur les éléments méthodologiques au sens strict de l'interprétation des textes. Elles n'assimilent pas les possibilités de l'analyse des champs normatifs qui mènent au-delà de l'interprétation linguistique. Les orientations positivistes ou néo-positivistes dans la théorie du droit passent à côté de ce fait que la pratique est tributaire de structures factuelles normées et que celles-ci doivent être méthodiquement déchiffrées d'après des points de vue normatifs. Cela n'est pas davantage perçu là où la différence entre la justesse quant au contenu et la compétence de décision est radicalisée en une opposition entre le sujet et le contenu de la décision, là où les obligations constitutionnelles imposées au travail juridique sont évincées par l'acte de décision et, de la sorte, la normativité matérielle abolie par la puissance historique d'une volonté existante [205]. De même, cela reste méconnu par une conception sociologique qui nie en fin de compte toute autonomie normative des prescriptions juridiques parce qu'elle ne veut concevoir le droit que comme l'expression du donné social [206]. Cependant la force normatrice du droit est davantage que la simple formulation sélective et généralisante de contenus sociaux déjà « valides ». Le probème propre à la théorie de la norme du rapport entre droit et réalité à l'intérieur de la normativité des prescriptions établies ne peut être traité que par une théorie de la pratique du droit (constitutionnel) qui ne se laisse par réduire à l'élaboration et l'aménagement des instruments méthodiques de l'interprétation des textes.

C'est pourquoi les approches générales fondées, dans la théorie du droit,

[205] Chez *Schmitt* I, par ex. p. 42. (*Théologie politique*, trad. fr. *précit.*, p. 40 et s. : « Toute décision juridique concrète contient un moment d'indifférence du contenu (...) A supposer que ce soit l'autorité compétente qui ait pris une décision, voilà qui rend la décision relativement, voire absolument, indépendante de la justesse de son contenu (...) ». Voir : O. Beaud, Préface à C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, « Léviathan », 1993, p. 41 et s. *N.d.T.*)

[206] Par ex. : *Ehrlich*.

sur les sciences de l'esprit ne peuvent pas non plus concevoir correctement ce rapport du droit et de la réalité et, partant, la totalité de la structure de concrétisation, même si, dans le principe, elles soulignent l'interdépendance de la normativité et de la facticité [207]. Dans ce type de théories médiatrices aussi, les moments sociologiques et « téléologiques » ne sont que la condition et l'objet d'une norme juridique qui devrait être (comme dans le positivisme) déjà donnée à l'avance dans le texte. Ils ne sont donc pas appréhendés comme moments constitutifs d'une normativité conçue comme un processus. Les conceptions médiatrices se laissent imposer les positions fondamentales des points de vue extrêmes (positivisme légaliste, décisionnisme, normativisme logique, sociologisme), ainsi, entre autres choses, cette opposition de l'« être » et du « devoir-être » qui disparaît au cours du processus pratique de concrétisation. Ce n'est, pour ainsi dire, qu'a posteriori qu'elles recollent l'une à l'autre dans une relation « polaire », « dialectique » ou « corrélative » les abstractions tout d'abord acceptées en tant que telles. Au contraire, pour une méthodologie qui rend justice aux tâches de la concrétisation, il convient de ne plus opposer globalement « la » réalité « au » droit. A l'inverse, dans l'optique défendue ici, la réalité sociale doit être différenciée dans son détail, d'une part, en tant qu'espace de validité du droit en général, d'autre part, en tant que secteur de réalité présupposée, reçue ou produite par un texte de norme particulier. Parce qu'elles n'accomplissent pas ce passage d'une méthodologie de l'interprétation des textes à une méthodologie de la concrétisation, tant les doctrines de la force normative du factuel [208], les essais de critique de l'idéologie [209] ou de phénoménologie du droit [210], que la proposition d'une combinaison des recherches de sociologie du droit et des techniques juridiques de décision — une combinaison qui n'est pas encore ficelée du point de vue de la théorie de la norme — [211], ces tentatives dans leur ensemble ne parviennent pas à dépasser, s'agissant de la structure effective de la formation du droit, le dualisme de l'être et du devoir-être dans sa version néo-kantienne. En fait, il s'avère que ces positions traditionnelles, si divergentes par ailleurs sur des points essentiels, ne se libèrent pas, s'agissant de la question de la méthodologie juridique (constitutionnelle), du cadre théorique tracé par le positivisme légaliste. Le fait que ces positions, comme d'ailleurs le décisionnisme ou la théorie de l'intégration, aient

[207] En ce sens : *Smend*, par ex. p. 119 ; *Heller* I et II ; *Schindler* ; *Leibholz*, p. 277 et s. ; *Hesse* I.
[208] *Jellinek*, p. 332 et s., p. 337 et s.
[209] *Topitsch* I et II.
[210] *Leibholz*, p. 262 et s., p. 277 et s.
[211] *Luhmann* I, p. 39. — Voir pour un résumé de cette discussion : *Grimmer*, p. 5 et s.

été élaborées en réaction au positivisme légaliste ne change objectivement rien à ce réultat. Schmitt comme Kelsen subjuguent les moments factuels des normes juridiques en vigueur au bout du compte de la même manière volontariste. On peut montrer chez ces deux auteurs cette réduction de la norme juridique à un dualisme abstrait de l'être et du devoir-être. Le droit comme droit positif, comme modèle d'ordre factuellement déterminé de telle manière et non de telle autre, ce concept est laissé vacant chez les deux auteurs : au profit d'un concept puriste de la science chez Kelsen ; au profit d'une philosophie existentialiste de l'histoire chez Schmitt. L'opposition tranchée entre le sujet et le contenu de la décision [212] signifie : la question de la justesse du droit quant à son contenu n'est pas envisagée du point de vue normatif, mais existentiel. S'agissant des tâches assignées à la science du droit, cela emporte le même concept factuellement vide de la norme que celui que le positivisme juridique avait introduit dans l'histoire de la science juridique. Le décisionnisme d'imprégnation schmittienne a certes une autre philosophie que celle du positivisme juridique, mais — envisagé du point de vue de la structure de la norme et de la concrétisation de la norme — le même type de théorie du droit, à savoir : il n'a aucune théorie structurelle du droit lui-même et des conditions dans lesquelles il est effectivement concrétisé, c'est-à-dire construit comme norme juridique dans le cas concret. C'est chez Kelsen seulement, et sans le détour par une théorie de l'histoire, qu'est suivie jusqu'à son terme en toute cohérence la voie qui conduit à vider le droit de ses impulsions d'ordre et à dispenser la science du droit de l'élaboration d'une méthodologie dont la rationalité et l'objectivité soit spécifique à la matière juridique.

Positivisme, normativisme logique, décisionnisme et sociologisme, pour des raisons qui ne délaissent pas l'environnement de la théorie du positivisme légaliste, ratent la normativité juridique et aussi, par voie de conséquence, la spécificité de la science juridique comme science normative. Les efforts associés à la démarche des sciences de l'esprit en vue d'assurer une médiation entre norme et réalité trouvent rapidement les limites de leur utilité juridique dans la généralité de leur problématique axée sur la philosophie du droit ou les sciences sociales. C'est justement pour cette raison que les abstractions posées par les théories mêmes qu'elle combat et qu'elle considère insuffisantes finissent par s'imposer à nouveau, contre sa propre volonté. Le *sociologisme* ne permet pas au programme normatif de trouver son compte. Avec le *normativisme logique* positiviste, c'est le champ normatif qui tourne court. Le *déci-*

[212] *Schmitt* I, p. 41 et s., p. 46 ; sur ce point : *Müller* I, p. 28 et s.

sionnisme fait disparaître ces deux champs dans l'existentialité surpuissante de la décision souveraine. Quant aux *tentatives de médiation sur le terrain des sciences de l'esprit*, elles s'en tiennent, toujours objectivement assises sur le terrain du positivisme, à une « interdépendance », « dialectique » ou « polarité » purement linéaires entre les deux grandeurs, encore une fois séparées, de l'« être » et du « devoir-être ». De la sorte, les positions fondamentales traditionnelles de la théorie ont un effet réducteur non pas seulement sur certains aspects matériels particuliers de la concrétisation mais aussi pour la compréhension du processus de concrétisation dans son ensemble. Par rapport à cela, il convient de comprendre, de différencier et intégrer dans une typologie la norme juridique comme projet obligatoire qui recouvre à la fois ce qui ordonne et ce qui doit être ordonné ; il convient de passer de la méthodologie restreinte de l'interprétation linguistique à une méthodologie systématique du processus effectif de formation et de traitement de la norme.

ÉLÉMENTS DE POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE ET JURIDIQUE

Possibilités

Les éléments de politique constitutionnelle ont déja été abordés. Le caractère propre de l'argumentation de politique juridique et constitutionnelle s'exprime à travers les considérations suivantes : la question de l'évaluation comparée des conséquences de certaines solutions alternatives, celle des effets pratiques, par exemple, sur les champs normatifs d'autres dispositions ou domaines de la Constitution qui ne sont pas immédiatement impliqués dans le cas concret, le point de vue de l'opportunité comme ceux qui sont liés à la précompréhension juridique et sur la base desquels les interprètes considèrent notamment que le législateur (constituant) prend, au moyen de ses prescriptions, des décisions opportunes ou, à tout le moins, raisonnables. La politique constitutionnelle, en tant que style de pensée, vise à l'évaluation comparative des conséquences attendues, à la réflexion évaluatrice des effets. Par contre, un tel raisonnement ne permet pas de spécifier dans leur détail les manières de procéder méthodiquement. C'est pour cette raison que les critères de « l'effet d'intégration » et de la « force normative de la Constitution » ont pu être ici désignés comme devant être plutôt rattachés à la politique constitutionnelle. Les représentations qui se rapportent à l'« ordre de valeurs », au « système

axiologique », à « la mise en balance des biens et intérêts protégés » ou au « bilan axiologique » se rattachent, par leur nature, plus fortement encore à la politique constitutionnelle. C'est-à-dire aussi : elles débordent le cadre des normes du droit en vigueur. En les rejetant, on ne prend pas purement et simplement position contre la légitimité des éléments de politique constitutionnelle et de leur introduction dans le processus de concrétisation ; on refuse par contre de les faire passer pour des procédés méthodiques — et surtout s'agissant de la mise en balance des biens et des valeurs — et de les établir *à la place* de la délimitation des éléments constitutifs des prescriptions juridiques, de l'interprétation et du travail juridique qui se justifie méthodiquement, à la place de la recherche d'une rationalité optimale. Avec cette prise de position, on trace les limites de leur possibilité légitime d'utilisation à l'occasion de la formation et de la transposition du droit constitutionnel positif. Mais on ne nie pas leur efficience. Les réflexions de politique constitutionnelle fournissent des points de vue précieux quant au contenu pour la production des normes constitutionnelles dans le cas d'espèce et la transposition pratique. Mais ces apports ne sauraient être introduits que dans des buts de comparaison, de délimitation et de clarification ; en revanche, il ne saurait être question de leur supposer une valeur quasi-normative. Dans le cas contraire, les garanties apportées par les distinctions opérée par une méthodologie rationnelle se verraient au bout du compte doublées par des appréciations subjectives de politique constitutionnelle ; on quitterait la voie du travail orienté par les textes de normes pour s'engager dans la direction du travail politique, « orienté vers l'avenir », dans le sens d'une « méthode historico-téléologique » [213]. Mais si, au contraire, les éléments de politique constitutionnelle sont honnêtement désignés comme tels et cantonnés dans leur rôle limité, ils peuvent alors contribuer dans le cadre ainsi délimité à la discussion du processus de concrétisation dans un cas déterminé et des points de vue matériels qui y sont mis en jeu.

[213] Méthode rejetée à juste titre par *Ossenbühl* I, p. 662. — Voir BVerfGE 36, 264 : où le rôle des considérations de politique juridique pour le résultat de la concrétisation est, de façon instructive, différemment apprécié par la majorité et l'opinion dissidente minoritaire (p. 271 et s., p. 276 et s.) (durée de la détention provisoire : la surcharge des tribunaux est-elle une « raison importante » au sens du § 121 al. 1 du Code de procédure pénale ?) (Aux termes de la disposition précitée, la prolongation de la détention provisoire au-delà de six mois ne peut être prononcée que si, notamment, il existe « une raison importante qui ne permet pas encore la tenue du procès ou justifie la prolongation de la détention ». *N.d.T.*). — Voir, en droit pénal, sur le rôle des aspects de la *politique criminelle* pour la concrétisation des normes : BGHSt 24, 40 (42, 43 et s.) (sur la notion de « protection de l'ordre juridique »).

Limites

Le travail effectué sur le droit constitutionnel n'offre, en un certain sens, jamais que des clichés momentanés. La situation constitutionnelle n'est jamais complètement garantie ni politiquement et socialement, ni juridiquement. En outre, les prescriptions du droit constitutionnel en vigueur elles-mêmes sont nées d'un acte d'autorité et d'une décision majoritaire, de l'établissement de compromis et de modification à partir d'évaluations politiques concurrentes. Toutefois l'acte d'établissement officiel du texte a mis un terme à la poursuite du raisonnement de politique constitutionnelle dans la mesure de l'étendue de la rédaction du texte de norme et sous réserve d'une révision constitutionnelle. Le travail du droit constitutionnel est certes imprégné de considérations de politique constitutionnelle. Mais il ne s'ensuit pas qu'on puisse mettre en question ni le caractère obligatoire du droit constitutionnel là où, au moyen des textes de normes, des décisions ont déjà été prises, ni la rationalité et l'objectivité exigée en vertu du principe de l'Etat de droit, dans la mesure où elles sont effectivement envisageables pour la science du droit. D'après ce qui a déjà été dit, il est clair que l'étude empirique des champs normatifs constitutionnels peut considérablement contribuer à la rationalisation des contenus et tendances de politique constitutionnelle dans le cadre (toujours restreint et limité par les normes) de la concrétisation de la constitution et aussi, particulièrement, *de constitutione ferenda*.

Là où[214], par contre, les possibilités de la méthodologie juridique et, par suite, de la normativité qu'elle permet de concevoir sont reléguées au rôle d'une justification *secondaire* de résultats qui devraient découler d'une mise en balance ou d'un « calcul d'intérêts » au sens de la politique constitutionnelle, on ne reconnaît pas aux normes élaborées sur la base des textes de normes de force concrètement déterminante, ordonnatrice et régulatrice. A côté de la routine facile et de l'art de la dissimulation, qui ne sont pas suffisamment clairement récusés par l'opinion précédente, on rencontre tout de même aussi, dans tous les domaines du travail juridique quotidien, cette pratique réelle du travail méthodiquement rationalisé, honnête et gouverné par le texte des normes. Il est souvent exact que les motifs « apparents » du jugement ne représentent en réalité que des constructions dogmatiques secondaires, choisies a posteriori par l'autorité de décision afin de justifier un résultat obtenu d'une autre manière[215],

[214] Chez *Kriele*, passim.
[215] Sur ce point : *Kriele*, surtout p. 218 et s.

tandis que les motifs « cachés » contiennent la direction générale du résultat intuitivement considéré comme correct, c'est-à-dire la politique juridique poursuivie à travers la décision. A l'inverse, pourtant, il n'est fonctionnellement et structurellement (il est pratiquement impossible de répondre statistiquement à une question de ce genre), pas possible, s'agissant de situations juridiques compliquées, lorsque l'évidence fait défaut à l'évaluation des intérêts, de pressentir, deviner ou esquisser « intuitivement » et « spontanément » la solution « juste », correcte au plan de la politique juridique. Il en est souvent ainsi et il s'agit même, dans la matière complexe du droit constitutionnel, des cas les plus nombreux. Dans ces hypothèses courantes donc pour la pratique constitutionnelle, la solution n'est pas rarement recherchée pas à pas, avec probité dans l'approche, la correction, la modification et une éventuelle approche nouvelle des méthodes : au moyen de réflexions juridiques tâtonnantes, à l'aide des textes de normes, de l'interprétation des textes, de figures dogmatiques, de contenus théoriques et d'éléments empiriques des champs normatifs concernés, au moyen des points de vue auxiliaires offerts par la technique de résolution des cas ou des idées juridiques générales contenues dans le complexe de normes en question, et enfin aussi, grâce à la prise en compte des conséquences et à des considérations d'opportunité qui par leur nature sont de politique juridique. Dans ce cas, les considérations gouvernées par les textes de normes ne sont pas simplement le véhicule secondaire de légitimation a posteriori d'une technique décisionnelle qui serait purement destinée à camoufler des raisons prétendument découvertes à travers des considérations de droit rationnel. Le tableau brossé de ce point de vue de l'omniprésence et surtout du rôle partout primaire de l'évaluation de politique constitutionnelle passe dans cette mesure à côté de la situation réelle dans laquelle se trouve la conrétisation de la Constitution.

Pour des raisons imposées par les principes de la démocratie et de l'Etat de droit, la méthodologie juridique ne saurait s'en tenir à des pratiques de justification tirées de la politique juridique ou constitutionnelle. Elle comporte l'étude structurelle des processus quotidiens de concrétisation et des tâches effectives de cette concrétisation. La méthodologie n'est pas normative, mais elle doit respecter les prescriptions constitutionnelles en vigueur, et surtout celles qui découlent du principe de l'Etat de droit (précision des conditions légales, clarté des normes et des textes constitutionnels, rationalité et contrôlabilité du travail juridique, etc.) La méthodologie au sens qui est ici proposé n'entend pas en outre participer à la restriction habituelle du champ de recherche à la seule jurisprudence (constitutionnelle). Elle analyse et ébauche la struc-

ture de concrétisation commune dans son principe à toutes les fonctions du travail scientifique sur le droit (y compris la science qui l'interprète et le questionne dogmatiquement ou théoriquement), pour autant que ce travail juridique s'accomplit de manière orientée par des textes de normes. Ni la doctrine, ni la pratique ne peuvent, au regard des tâches que la Constitution d'un Etat de droit démocratique leur prescrit, se laisser aller à leur propre interprétation politique (de politique constitutionnelle). Cela ne signifie pas qu'on s'accroche à cette représentation naïve que partout pourrait désormais se répandre réflexion méthodologique et probité absolue des méthodes. Cela ne veut pas non plus dire qu'il faille prendre les éléments de la démocratie et de l'Etat de droit dans la Constitution et l'ordre juridique pour le tout. Ce tout déborde matériellement l'Etat de droit et la démocratie. Il connaît aussi d'essentielles possibilités de discussion, de rationalisation et de contrôle qui ne sont ni normatives, ni judiciaires, mais de nature purement pragmatique et politique. Cependant, toutes ces considérations ne changent rien au but d'une méthodologie juridique : élaborer un modèle structurel mais aussi un modèle de déroulement pratique du travail juridique qui permette à la science du droit d'atteindre le plus haut degré possible de clarté et de probité des méthodes comme de rationalité susceptible de favoriser la communication.

HIÉRARCHIE DES ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

RÈGLES DE L'ART NON-OBLIGATOIRES ET NORMES OBLIGATOIRES SE RAPPORTANT AUX MÉTHODES

La pensée traditionnelle des méthodes ne réussit pas à établir entre les canons une hiérarchie ou une régularité perceptible dans leurs rapports[216]. Il fallait s'attendre à un tel échec. Il n'échoit aucune normativité aux moyens méthodiques. Tous les essais pour établir, dans l'hypothèse de résultats partiels contradictoires, des points d'ancrage solides en pratique en partant de la « nature des choses » devaient nécessairement capituler devant cette situation.

[216] Justifications chez *Kaufmann* I, p. 389 et *v. Pestalozza* I, p. 433 ; sur les tentatives faites pour fixer ces relations, quelques références chez *Larenz* I, p. 343 ; pour le droit constitutionnel : *Leisner*, p. 641 et s., p. 643 et s. — Contre la proposition faite ici : *Enderlein*, qui se place en vérité sur « le plan du fondement moral » (surtout p. 326 et s., p. 330 et s., p. 335 et s.).

Dans cette mesure, la définition par Savigny des éléments grammatical, logique, historique et systématique de l'interprétation touche encore de la même manière au cœur du problème : il ne s'agit pas de différents modes d'interprétation, entre lesquels faudrait arbitrairement choisir, mais il ne s'agit pas davantage de « méthodes » rapportées les unes aux autres selon un schéma fixe. Ce sont au contraire des moments partiels distincts, interdépendants, du travail d'interprétation. Ce sont des questionnements dont « tantôt l'un, tantôt l'autre sera plus important et se détachera plus nettement », « de sorte que seule est indispensable l'attention constamment dirigée vers l'ensemble de ces aspects »[217].

La discussion de l'impératif d'interprétation de la loi conforme à la Constitution a par ailleurs offert un exemple de ce que des règles méthodiques non-normatives pouvaient être touchées et subordonnées à des *normes* du droit (constitutionnel) en vigueur *se rapportant aux méthodes* : lorsque les règles méthodiques ainsi que le texte de norme dans sa fonction limitatrice fournissent dans le cas particulier deux ou plusieurs solutions alternatives toutes également soutenables et parmi lesquelles une seule se trouve en accord avec certaines dispositions constitutionnelles (qui doivent elles aussi être concrétisées au regard du cas particulier), seule cette dernière peut servir de fondement au résultat concret. Dans cette version qui n'ampute pas le travail accompli au moyen de l'ensemble des éléments de concrétisation de la méthodologie du droit (constitutionnel), mais qui introduit dans les conditions énoncées un aspect supplémentaire de sélection par le recours aux normes constitutionnelles concernées à titre de normes de fond, la figure méthodologique de l'interprétation conforme à la Constitution — qui dans cette mesure échappe non seulement à la critique mais devient même impérative — offre un exemple d'intervention active de normes du droit en vigueur au sein du processus de concrétisation qui, pour le reste, opère à l'aide de règles de l'art non-normatives. Les impératifs imposés par l'Etat de droit et déjà évoqués à plusieurs reprises, ceux de clarté et de précision, en partie écrits, en partie non-écrits, de même que la délimitation des fonctions déterminée par la Loi fondamentale vont encore plus loin en ce sens. Puisqu'ils forment du droit positif, ils revêtent un caractère obligatoire pour établir une hiérarchie des éléments de méthodologie juridique[217a].

[217] *v. Savigny* I, p. 215 ; voir aussi p. 322.

[217a] *Gern*, qui suit cette ligne, s'abstient cependant de toute référence à l'approche que nous avons développée depuis 1971 (voir, par ex., p. 435 et s.).

MODE D'ACTION DES ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

Eléments directement rapportés à des textes de normes

Les éléments méthodologiques au sens strict (interprétation grammaticale, historique, génétique, systématique et — avec des limites — téléologique) se rapportent immédiatement à des textes de normes. Orientés sur la proposition de droit (*Rechtssatz*), ils contribuent à préparer la norme juridique et la norme-décision en fonction du cas à résoudre à travers divers modes de traitement du texte des normes. Comme on l'a montré, les « principes d'interprétation de la Constitution » ne sont pas, pour leur plus grande part, autonomes. Ils représentent des cas subordonnés ou des cas particuliers de ces principales directions de l'interprétation des textes. Les principes de l'interprétation conforme à la Constitution (s'agissant de l'interprétation de textes de normes infra-constitutionnels) et de la correction fonctionnelle du résultat trouvent en revanche leur origine dans le droit positif. Ils renvoient à la normativité de la Constitution dans son ensemble, voire aux prescriptions de la Loi fondamentale relatives aux fonctions et à l'organisation. Leurs violations sont des violations de normes et, dans cette mesure, n'appartiennent pas à la problématique d'une détermination des rapports entre les éléments méthodiques.

En tant qu'ils s'orientent obligatoirement sur les textes de normes, les éléments tirés de l'analyse des champs normatifs concourent eux aussi à la concrétisation dans le cas particulier de la norme juridique et de la norme-décision avec l'aide du texte de norme. Il ne peuvent être tirés indistinctement des données factuelles du secteur de la réalité sociale qui peut être concerné, d'une façon quelconque, par la norme en question. Au contraire, ils sont prélevés des champs factuels et d'espèce à travers la perspective sélective du programme normatif formulé à l'aide du texte de norme et des éléments directement orientés sur ces textes.

Les arguments dogmatiques de la concrétisation sont aussi en partie immédiatement rapportés à des textes de normes. C'est le cas pour autant qu'ils ne contiennent que la formulation de normes juridiques déjà concrétisées et reprises de la jurisprudence, de la pratique et de la science, normes qui doivent s'inscrire dans l'espace délimité par le texte de norme qui doit être travaillé *hic et nunc*.

Eléments non-directement rapportés à des textes de normes

Dès que la dogmatique s'échappe de ce rapport immédiat aux textes de normes et contient des figures « dogmatiques » de nature originale, des constructions, des systématisations ou des concepts et systèmes conceptuels librement développés, dépourvus d'assises normatives, elle ne peut plus offrir, limitée au plan méthodologique à une simple fonction auxiliaire, que des suggestions relatives à des possibilités de précision, de délimitation ou d'explication discriminante de la norme juridique et de la norme-décision à établir.

Ce qui vient d'être dit à propos du rôle des énoncés dogmatiques qui ne sont pas immédiatement rapportés à des textes de normes vaut de la même façon s'agissant des éléments de technique de résolution des cas, des éléments de politique constitutionnelle et de théorie intervenant dans la concrétisation.

CONFLITS ENTRE LES ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

Une hiérarchisation est-elle impossible ?

En accord avec l'opinion générale traditionnelle, Schroth[218] a récemment attaqué la possibilité d'une hiérarchisation des éléments de concrétisation : une hiérarchie ne saurait être définie de manière « abstraite et générale », mais seulement eu égard aux intérêts que ces éléments garantissent, au moyen d'une pondération dans le cas d'espèce. L'idée générale sur laquelle repose cette argumentation est cependant à elle seule douteuse. Le fait, par exemple, que le texte d'une prescription aurait pour objet de protéger un intérêt de confiance des sujets de droit ne peut être justifié qu'à la condition de présupposer un langage courant homogène, également compréhensible par tous. Le fait que l'interprétation historique protègerait des « intérêts d'authenticité » du législateur présuppose à nouveau une volonté uniforme, voire une action uniforme du législateur qui jouerait le rôle de point de référence de l'interprétation. L'affirmation d'un arrière-monde d'intérêts qui soutiendrait les éléments de concrétisation conduit ainsi à placer la méthodologie juridique sous le poids d'affirmations et de preuves qu'elle pourra à peine soutenir. Une observation

[218] *Schroth* I, p. 78 et s. — *Gern* passe l'approche utilisée ici sous silence ; sa propre tentative demeure illusoire du fait qu'il part de l'idée d'« univocité ».

réaliste du travail juridique conduit, au lieu de cela, à ce résultat que les éléments de concrétisation rendent les contextes du texte de norme accessibles et peuvent être alors pondérés d'après des points de vue formels. Mais pour le reste, il ne s'agit pas non plus, pour la théorie structurante du droit, d'établir une hiérarchie abstraite indépendamment du poids des arguments dans le cas d'espèce. Cela devient clair lorsqu'on se départit de toute spéculation sur le rôle des intérêts dans la réalité des décisions juridiques pratiques. C'est seulement en tant qu'arguments pour et contre les possibilités litigieuses de compréhension du texte de norme que les éléments de concrétisation sont ou non significatifs pour chaque cas particulier. C'est précisément cette confrontation autour d'hypothèses d'interprétation, invoquant chacune différentes cohérences, qui façonne la réalité des décisions juridiques. C'est seulement avec ce litige que les contextes prennent leur importance et qu'on est amené à des conflits méthodologiques dans le cas d'espèce, conflits qui exigent des règles générales de préférence. Dans cette mesure, ces règles de préférence ne sont pas abstraites du cas d'espèce mais rapportées à ce cas particulier. Mais elles peuvent être généralisées conformément au principe de l'Etat de droit, à la différence de l'arbitraire qui caractérise une justice de cadi.

Le concept méthodologique du conflit

On ne peut parler proprement de conflit entre différents éléments de concrétisation que lorsqu'une opposition frontale apparaît ; mais non lorsque, par exemple, l'élément historique ouvre la porte à deux ou plusieurs possibilités dont l'une seulement est compatible avec l'interprétation grammaticale. Dans ce dernier cas, il n'existe de contradiction que de ce point de vue très partiel, et non pas entre « le » point de vue grammatical et « le » point de vue historique de l'interprétation.

Par ailleurs, un conflit n'existe qu'entre les éléments qui, dans le cas d'espèce et à un stade donné du processus de concrétisation, sont effectivement fructueux et capables d'apporter des éléments de solution. Dans le cas contraire, l'élément qui s'avère ne rien apporter au cas concret doit être par la suite écarté. En aucun cas — et l'expérience pratique le montre — l'ensemble des aspects de concrétisation ne doivent pouvoir être utilisés et actualisés pour chaque espèce.

Types de situations conflictuelles entre plusieurs éléments de concrétisation

Conflits entre les éléments non immédiatement rapportés aux textes de normes

A l'occasion des conflits pouvant naître entre les éléments de politique constitutionnelle, de technique de résolution des cas et de théorie ou encore cette partie des arguments dogmatiques non immédiatement rapportés aux textes de normes, il n'existe ni préséance, ni règles de préférence. Ces aspects ne sont précisément que des moyens méthodiques auxiliaires qui ne s'orientent pas directement d'après les textes de normes. Au-dedans même de leur non-obligatoriété juridique, il n'est précisément pas possible de distinguer différents degrés appréciables, plus ou moins grands, d'effet obligatoire à l'égard de l'instance de concrétisation. Toutefois, l'impératif, tiré du principe de l'Etat de droit, d'une motivation et d'une présentation complètes, *d'une part*, rationnellement contrôlables, *d'autre part*, s'applique de la même manière à ces aspects.

Ces éléments peuvent être gradués au regard du cas d'espèce en fonction de la solution qui apparaît « mieux », « plus justement », « plus plausiblement », « plus clairement » ou « plus opportunément » compatible avec les résultats partiels tirés des facteurs directement rapportés à des textes de normes ou avec la fonction limitatrice des textes de normes. Quant à ces procédures de sélection, il s'agit là d'évaluations dont le caractère détaché des normes ne peut être évité ni ne doit être dissimulé. Dans le corps de la motivation, il faut souligner et décrire chacune de ces opérations de pensée et de sélection qui sont déterminées par des évaluations de cette sorte ou comparables.

Une graduation pragmatique peut également, par exemple, découler dans le cas d'espèce du fait que tous les arguments à l'exception d'un seul désignent au fond la même direction. Cependant, de tels critères de sélection et de graduation, non-obligatoires, ne sauraient être ni méthodiquement fixés, ni généralisés de manière quasi-normative.

Conflits des éléments non directement rapportés à des textes de normes avec les éléments directement rapportés à des textes de normes

Les éléments de concrétisation immédiatement rapportés à des textes de normes (à savoir : les éléments méthodologiques au sens strict, les éléments de

champs normatifs et certains éléments dogmatiques) ont priorité, en cas de contradiction, sur ceux qui ne sont pas directement rapportés à des textes de normes (c'est-à-dire : une partie des éléments dogmatiques, les éléments de technique de résolution des cas, de politique constitutionnelle et de théorie). Cette règle de priorité est normative. Elle découle de la soumission à la Constitution et au droit de l'exercice des fonctions étatiques établie par l'ordre juridique (constitutionnel) en vigueur. En un sens plus lâche, parce que non sanctionnable en pratique sur la base du droit en vigueur, cela vaut aussi pour la science juridique pour autant qu'elle travaille au regard de textes de normes.

Conflits entre les éléments directement rapportés à des textes de normes

Arguments dogmatiques rapportés à des textes de normes, d'un côté / éléments méthodologiques et éléments de champs normatifs, de l'autre. — Dans l'hypothèse d'un tel conflit, les éléments méthodologiques et ceux des champs normatifs ont priorité dans la mesure où ils permettent de prouver que les normes juridiques précedemment élaborées par la pratique et la science et transmises par les énoncés dogmatiques utilisés ne concernent pas la norme juridique qui doit être concrétisée dans le cas actuel à l'aide du même texte de norme. L'effort de concrétisation doit être alors engagé sur des bases nouvelles, sans le soutien apporté par la production antérieure de normes.

Eléments de champs normatifs / éléments méthodologiques au sens strict. — Le premier moment qui permette de discipliner les contenus factuels des domaines de réglementation consiste dans la sélection des données empiriques offertes par le champ factuel et le champ d'espèce, une sélection opérée en fonction des circonstances de l'espèce et du texte de norme auquel il est fait recours (un texte qui peut être très largement exploité s'agissant des règles de droit précisément déterminées, ou simplement utilisé, s'agissant de règles moins déterminables, à titre d'impulsion et de limite du travail décisionnel).

Cela présuppose que les éléments des champs normatifs occupent le même rang que les éléments d'interprétation des textes en ce qui concerne la détermination positive du contenu de la norme juridique et de la norme-décision. A l'inverse, négativement, c'est-à-dire s'agissant de la détermination des limites des solutions admissibles, pour des raisons tirées du principe de l'Etat de droit, les éléments d'interprétation qui se rapportent le plus immédiatement et exclusivement aux textes de normes — à savoir les interprétations grammaticale et

systématique — ont priorité sur tous les autres, et donc même sur les éléments des champs normatifs. Dans le sens de la démarcation et de la délimitation, le programme normatif, obtenu à partir du texte officiel, gouverne non seulement la procédure de sélection des points de vue factuels qui permet de passer du champ général de réglementation de la prescription considérée (champ factuel) et du champ d'espèce au champ normatif, mais il gouverne aussi la procédure de concrétisation dans son ensemble. Pour cette raison, une collision des éléments des champs normatifs avec les données linguistiques qui fournissent le programme normatif dans le cas particulier n'est pas envisageable. Les choses ne sont pas telles que, dans les conflits entre facteurs de concrétisation, les données réelles suivraient « leurs » données linguistiques respectives, c'est-à-dire suivraient celles de ces données à l'aide desquelles elles sont sélectionnées à partir du champ factuel et utilisées dans le cadre du champ normatif en vue de la production de la norme juridique. Le programme normatif, pris dans sa formulation obligatoire, est au contraire déjà un résultat *global* obtenu à partir des éléments linguistiques de concrétisation appropriés — que ce soit par voie de convergence ou, en cas de conflit méthodologique, sur la base d'une préférence. Le champ normatif, quant à son contenu, suit alors ce résultat global, pris comme critère de qualification des données réelles. La sélection des données réelles du champ normatif se conforme à la formulation préalable des données linguistiques *dans leur ensemble*, elle suit le programme normatif.

Conflits entre éléments méthodologiques au sens strict (éléments d'interprétation). — En raison des impératifs de clarté et de précision imposés par le principe de l'Etat de droit, le texte de norme constitue, en cas de conflit, le point de référence prioritaire de la concrétisation en tant qu'il fixe la limite des possibilités licites de décision. Le texte n'est pas la loi mais, en tant que donnée de départ du processus de décision, une préfiguration (*Vorform*) de la loi. C'est toutefois en partant du texte — et malgré l'état d'inachèvement de la transposition linguistique — que le juriste élabore le programme normatif obligatoire, pris à la fois comme une directive sur le fond et une limite normative. Ainsi, dans le doute, la prépondérance revient aux éléments d'interprétation qui œuvrent sur les textes de norme (tant le texte de la prescription à concrétiser que ceux des presciption auxquelles il faut recourir du point de vue systématique). Doivent céder devant ces éléments les facteurs d'interprétation qui se rapportent à des textes qui ne sont pas des textes de normes (interprétation génétique et historique ; mais aussi éléments de technique de résolution des cas, éléments dogmatiques, éléments de politique constitution-

nelle, de théorie). Cette priorité ne résulte pas de considérations de théorie du droit ou de méthodologie, ni d'une « plus grande valeur » philosophique ou de préférences définies dans le cadre des sciences de l'esprit. Non seulement il n'existe pas de telles préférences qui atteignent au degré de précision indispensable à la concrétisation pratique, mais en outre, même si elles existaient, elles ne pourraient être transposées à la science et à la pratique du droit. Cette priorité découle bien plus des impératifs de l'Etat de droit que sont l'inviolabilité de la Constitution, la soumission à la loi et au droit, la rigidité du droit constitutionnel au sens de la clarté de son texte de norme, que sont aussi la clarté des normes et la précision des conditions légales, la clarté des méthodes, la sécurité juridique et la répartition des fonctions telle qu'elle est établie par le droit constitutionnel. Ces impératifs font partie du droit constitutionnel non-écrit reconnu circonscrit par le principe de l'Etat de droit ; ils sont aussi en partie prescrits par certaines dispositions spéciales de la Loi fondamentale (par ex. art. 19 al. 1 phrase 2, art. 79 al. 1 phrase 1, art. 80 al. 1 phrase 2 LF).

1 / Rapports des canons entre eux. — Dans le doute, les résultats partiels fournis par les interprétations grammaticale et systématique ont ainsi priorité sur les résultats offerts par les autres éléments de concrétisation. Des énoncés divergents entre les aspects historique, d'une part, et génétique, d'autre part, ne sont pas décisifs au sens d'une règle de priorité, puisque tous deux se rapportent à l'interprétation de textes qui ne sont pas des textes de normes. La décision ne saurait alors être trouvée de manière partielle sur la base de la confrontation entre les interprétations historique et génétique. Elle ne peut l'être au contraire que dans le contexte de la concrétisation globale, c'est-à-dire par l'apport des indications fournies par les autres éléments et, particulièrement, les interprétations grammaticale et systématique. Une relation de tension entre les arguments historique et génétique n'est pas, prise à elle seule, suffisamment capable de porter la décision.

Dans la mesure où, avec les moyens des interprétations historique et génétique, il est renvoyé à des éléments factuels constitutifs du champ normatif et qui rentrent en jeu par cette voie tout en déployant matériellement une signification autonome, ces éléments doivent être en général traité de la même manière que les éléments de champs normatifs déjà abordés.

2 / Le rôle de l'aspect génétique. — Ce qui vient d'être dit fait aussi la lumière sur la raison pour laquelle la doctrine dominante fait spontanément montre de tant de préventions contre l'idée de munir la « volonté subjective »

du créateur historique d'un texte de norme d'une prééminence à l'égard de la « volonté objective de la norme »[219].

Si l'on ne trouvait, dans les travaux législatifs, rien autre que le même texte de norme qui est publié au journal officiel, alors l'aspect génétique n'apporterait absolument rien au fond. Et cela vaut pour les cas féquents dans lesquels les travaux préparatoires ne s'expriment pas sur la disposition en question. Il en résulte que si et dans la mesure où les travaux préparatoires fournissent vraiment certains points de vue, ils le font à l'aide de formulations linguistiques qui s'écartent de celles du texte de norme. Si, dans le cas d'espèce, l'on donnait la préférence aux travaux préparatoires sur le texte de norme, on trancherait alors clairement — et cette clarté ne peut pas aussi facilement être acquise s'agissant des autres éléments — contre le texte de norme sur la base d'un texte qui n'est pas un texte de norme. La chose serait ici particulièrement claire puisqu'alors on aurait recours à des formulations linguistiques qui se rapportent à deux stades différents de l'histoire d'une seule et même presciption : au stade, qui n'est pas encore obligatoire, de l'histoire de sa genèse, et au stade désormais obligatoire de sa validité sous forme d'un texte de norme officiel. De la même manière, dans tout autre cas, on ne peut admettre la décision qui va à l'encontre de la fonction limitatrice du texte en invoquant des textes qui ne sont pas des textes de normes (interprétation historique, éléments dogmatiques, éléments de technique de résolution des cas, de politique constitutionnelle, de théorie).

3 / L'inutilité des théories « subjective » et « objective ». — Il s'est avéré à de nombreuses reprises que l'on ne saurait saisir les problèmes de la concrétisation et du rapport entre les éléments de concrétisation en termes d'opposition entre les théories dites subjective et objective. C'est ainsi que, en cas de contradiction, l'aspect génétique ne peut être que repoussé au profit des éléments grammatical et systématique (et il possède en cela le même rang que les autres éléments de concrétisation). La doctrine dominante, au contraire[220], part

[219] L'impression que l'on rencontre des difficultés dès que l'on se confronte aux motivations et à la « volonté » de l'auteur historique des normes est ancienne : « Pourquoi les raisons des prescriptions juridiques ne furent-elles pas divulguées ? Parce que les raisons de deux prescriptions furent divulguées, et même le plus sage parmi les hommes (le roi Salomon) déjà trébucha devant celles-ci » (*Sanhedrin* 21*b*)

[220] Suivant en cela, pour sa majeure partie, l'exemple de BVerfGE 1, 306 (312) et la jurisprudence constante qui s'ensuit. — *Plus nuancé, par contre, le jugement « Disques » de la Cour fédérale de justice* : BGHZ 46, 74 (79 et s.) : au sein de la pratique inconséquente des juridictions suprêmes, l'élément génétique serait souvent décisif ; s'agissant spécialement de la mise à jour du but de normes prises dans le contexte de leurs champs normatifs économiques, dans la loi contre les restrictions de concurrence,

de ce point de vue que l'aspect génétique propre à la « théorie subjective » devrait également, en cas de contradiction entre les résultats partiels, céder devant les interprétations historique et téléologique. Cette thèse est infondée. Le fait que les points de vue génétiques doivent, dans le doute, laisser la priorité aux éléments grammatical et systématique, ce fait est normativement et n'est que normativement étayé. Cette situation normative initiale ne concerne toutefois pas le seul aspect génétique. La conception de la doctrine dominante selon laquelle les interprétations grammaticale, systématique, téléologique et historique auraient pour objet et résultat la « volonté objectivée » de la norme même quand le facteur génétique tiré des travaux législatifs ne s'attacherait pour sa part qu'à la « volonté subjective » de l'auteur de la norme (plus exactement : de l'auteur du texte de norme), une telle conception n'est pas tenable au regard des règles dégagées ici. Il n'est pas possible de déclarer de façon générale à partir de quels éléments, dans un cas d'espèce donné et eu égard aux presciptions déterminées qui doit y être concrétisées, pourrait être dégagé ce que la doctrine comme la pratique traditionnelles hypostasient sous la forme de la teneur ou volonté objectives de la norme. Le critérium de différenciation objectif/subjectif est concrètement tout aussi peu utilisable que le fait de rapporter ces deux critères à la représentation d'une volonté donnée à l'avance et qu'il suffirait de dégager dans le cas particulier.

Quel doit être, en fin de compte, l'*objectif de la compréhension* en général : la représentation de l'auteur, ou bien une signification « objective » qui excèderait cette représentation — et où donc aller chercher cette signification ? Ou bien encore seulement la représentation de celui qui comprend (ce que, s'agissant de l'art poétique, Paul Valéry approuvait à travers l'expression de « nihilisme herméneutique ») ?

Et quel doit être, dans les conditions sensiblement plus dures d'un ordre juridique obligatoire, l'*objectif de l'interprétation juridique* : la « volonté du législateur » ou la « volonté de la loi » ? Les doctrines subjective et objective de l'interprétation, qui affirment respectivement l'un ou bien l'autre, s'affrontent de mémoire d'homme et de juriste sans aucun progrès perceptible sur le fond.

Pour la doctrine et la méthodologie structurantes du droit cette question ne se pose pas sous forme d'alternative exclusive ; plus exactement : elle ne se

l'aspect génétique commanderait souvent la solution (voir réf. cit., *ibid.*). — Mais voir, en sens contraire : BGHZ 37, 58 (60 et s.). — Sur le débat en littérature : *Windscheid*, p. 98, p. 102 ; *Kohler*, p. 1 et s., *Heck* I, p. 8 et s. ; *Wustendörfer*, p. 159 et s. ; *Larenz* I, p. 316 et s., p. 328 et s. ; *Engisch* II, p. 85 et s., p. 242 (note 82d), p. 249 et s. (note 106b) ; de façon détaillée : *Mertschen*.

pose en aucune façon sous cette forme telle qu'elle est déterminée par les sciences de l'esprit. *Le travail juridique, celui des pouvoirs exécutif et judiciaire comme celui de la science, le travail de la pratique du conseil et de la défense est acte de décision ou consiste dans la préparation* (discussion scientifique, avis, actes de procédures) *ou bien encore dans le suivi* (vérification, contrôle, critique) *de décisions. En un sens indirect* — préparation de décisions ultérieures par l'établissement de textes de normes — *cela vaut aussi pour les fonctions du pouvoir législatif*. L'objectif de toutes les procédures de travail au sein de l'exécutif et de la justice ne consiste pas dans l'une ou l'autre forme de la « compréhension » ou de la « réexécution » de quelque chose donnée à l'avance, de quelque chose déjà exécutée. Il ne s'agit pas davantage d'une « *ex*-plication » de quelque chose qui aurait été auparavant « *in*-scrit »* et qui serait, pour cette raison, à présent contenu dedans. Ce qui, à l'occasion des procédures juridiques de décision, *se passe en réalité*, c'est la chose suivante : en partant de textes de normes d'un côté, et du cas juridique de l'autre, une norme juridique est créée et la décision, qui l'individualise, tranche le cas particulier donné. Dans la mesure où l'on peut parler d'un « objectif » dans ce cadre, celui-ci réside en ce qu'une norme juridique matériellement et méthodiquement correcte doit être élaborée et le cas, correctement tranché en conséquence.

La « volonté du législateur » est une chimère. Un contenu de volonté imputable à un sujet conscient défini ne saurait exister notamment dans les conditions actuelles des procédures législatives des systèmes juridiques complexes. La « volonté de la loi » elle aussi n'est qu'un fantôme en tant qu'elle prend sa source dans cette représentation, qui n'est plus tenable pour la science linguistique, d'une signification donnée à l'avance, immanente au texte de norme et que l'on pourrait constater avec la prétention à l'exactitude.

Pour la méthodologie structurante, toutefois, ce que l'on désigne par la « volonté du législateur » demeure tout à fait important sous deux conditions. Premièrement, les considérations des participants individuels au processus législatif, consignées dans un texte, interviennent dans l'élaboration du programme normatif dans la mesure où elles peuvent être méthodiquement mises en rapport avec le texte de norme et le cas concret ; en d'autres termes : dans cette mesure, l'élément génétique fait lui aussi partie des éléments de concrétisation. Deuxièmement, les éléments génétiques co-déterminent la version définitive du programme normatif et également, en même temps, le critère de délimitation

* Jeu de mots intraduisible entre *aus-legen* (interpréter, expliquer) et *hinein-legen* (mettre dans quelque chose). On ajoutera que « *einen Sinn hineinlegen* » signifie aussi donner une interprétation et que dans le langage courant *hineinlegen* veut également dire « tromper », « duper ». *(N.d.T.)*

du champ normatif pour autant qu'ils ne sont pas mis hors-circuit par une régle de préférence à l'occasion d'un quelconque conflit méthodologique[221]. Si un tel conflit n'a pas lieu et si les autres éléments de concrétisation demeurent peu diserts, l'élément génétique peut alors jouer un rôle important sur le fond de la décision. Mais cela n'a rien à voir avec une « visée subjective de l'interprétation », et pas davantage avec une préférence pour la « théorie subjective » ; de la même façon que, à l'inverse, dans tous les autres cas pour lesquels le facteur génétique soit n'est pas à même d'apporter quoi que ce soit au fond, soit est au bout de compte mis hors-circuit par les éléments de concrétisation plus proches du texte de norme, plus forts en cas de conflit — savoir les éléments grammatical et systématique — la reconnaissance d'une telle situation n'engage en rien à une prise de position en faveur de la « théorie objective ».

4 / Priorité de la fonction limitatrice de l'interprétation grammaticale et systématique (voir aussi Müller XII). — En vérité, le critérium réside en ceci que les éléments méthodologiques de concrétisation au sens strict, c'est-à-dire les procédés d'explication de texte, se rapportent en partie aux formulations linguistiques des prescriptions juridiques en vigueur — plus exactement : aux textes de normes —, en partie à des textes qui ne sont pas des textes de normes. Cette situation justifie, en raison des impératifs de l'Etat de droit cités à plusieurs reprises, la *priorité des modes grammatical et systématique de l'interprétation dans leur fonction de limites à la formation des décisions admissibles.* Il s'est cependant en même temps avéré qu'on ne pouvait affirmer, pour le déroulement de la concrétisation pratique, l'existence d'une graduation de leur rang ou de leur obligatoriété entre les modes historique, téléologique et génétique d'interprétation. Il ne s'agit, de toute façon, jamais d'une « volonté » du législateur ou de la loi. C'est toujours des aspects objectifs de la concrétisation de prescriptions juridiques déterminées dans des cas juridiques déterminés qu'il s'agit. De tels aspects objectifs, l'élément génétique les fournit de manière tout aussi « objective », parmi les moyens d'interprétation immédiatement rapportés à des textes qui ne sont pas des textes de normes, que les points de vue historique et téléologique. Ni la « théorie subjective » ni la « théorie objective » ne mérite la préférence. Toutes deux reposent sur une problématique en partie incorrecte, en partie insuffisante. Il convient de les abandonner au profit des points de vue différenciés et des règles de préférence élaborés ici.

[221] Voir ci-dessus : p. 325.

Contradiction entre les aspects grammatical et systématique. — S'agissant des hypothèses de doute et de conflit, seule demeure ouverte la question de savoir comment il convient de procéder en cas de contradiction entre les aspects grammatical, d'une part, systématique, d'autre part.

En ce qui concerne la détermination positive de l'énoncé textuel, une telle contradiction ne peut être seulement résolue par une règle de préférence généralisable au plan méthodologique. Comme toujours, il faut recourir aux autres points de vue susceptibles d'apporter des éléments au cas d'espèce. Les décisions évaluatrices doivent à cet égard et comme toujours être caractérisées comme telles. Souvent, une décision acceptable pourra, au bout du compte, être prise au profit de l'aspect grammatical, c'est-à-dire du texte de norme utilisé en vue de la résolution du cas et au détriment d'autres prescriptions qui ne sont pas « applicables » au cas particulier mais auxquels on aura eu recours par la voie systématique. Une décision de cette sorte est impérative lorsque — comme c'est fréquent — le contexte systématique ne peut être mis en évidence avec une précision suffisante. Au sein de la matière complexe du droit constitutionnel, une mise en évidence convaincante de ce type devrait être plutôt l'exception. Pour la grande masse des espèces relevant du droit constitutionnel, et pour autant qu'il en est ainsi, l'aspect grammatical a donc en fin de compte la préférence.

Pris maintenant dans sa fonction négative, en tant que limite, l'aspect grammatical, comme *limitation des possibilités de décision s'inscrivant dans l'espace de jeu marqué par les résultats partiels*, a de la même manière la priorité en cas de conflit avec l'élément systématique. Cela vaut en tenant compte des conditions déjà précisées pour l'hypothèse d'un conflit frontal qui ne concerne que les fonctions de *limitation* des textes en cause, pris des deux côtés (texte de norme A' pris comme point de départ de la norme directement appropriée A — textes de normes B', C'... pris comme points de départ des normes B, C... qui ne sont pas directement appropriées, mais utilisées « à titre systématique »). Si, par contre, la contradiction entre les résultats partiels n'est pas aussi aiguë, si notamment l'aspect grammatical ouvre la porte à deux possibilités, le choix peut être fait entre celles-ci sans plus en fonction du point de vue systématique (qui est alors concrètement fécond). Dans ce cas, il n'y a pas conflit mais un rapport normal de complémentarité entre les éléments en présence.

La détermination de ce rapport hiérarchique éclaire à nouveau ce qui a pu être dit plus haut à l'occasion de la discussion de la limite textuelle. L'exigence que la décision soit en tout état de cause encore compatible avec le texte n'est

pas fondée d'un point de vue méthodologique mais bien dans le droit constitutionnel lui-même. Cependant, cette compatibilité ne s'apprécie pas exclusivement au regard de la fonction de concrétisation de l'élément grammatical d'interprétation. Dans le cas général, la limite posée par le « texte » est bien plus une *limite posée par le programme normatif*. Mais si, lors de conflits méthodologiques entre les divers facteurs de concrétisation, le cas exceptionnel déjà envisagé se produit que seul l'élément grammatical s'impose, dans de telles hypothèses l'interprétation grammaticale remplit à elle seule la fonction limitatrice du texte. La limite « textuelle » demeure, appréciée systématiquement, cependant dans ce cas aussi une limite posée par le programme normatif puisque ce n'est qu'après l'opération complète de concrétisation par l'utilisation des règles de conflit justement présentées que l'on peut constater qu'on est en présence d'un cas de ce type dans lequel la fonction limitatrice se fonde sur la seule interprétation grammaticale.

Il faut revenir encore une fois sur ce fait que, pour le droit constitutionnel à tout le moins, la « systématique » n'est que relativement rarement une donnée normative univoque, pour être le plus souvent une anticipation de nature théorique. Par ailleurs, le législateur (constitutionnel) peut aussi parfaitement procéder de manière « a-systématique » ou « anti-systématique » : mais pour en faire la constatation, il faut encore précisément recourir au moyen de l'interprétation systématique.

HYPOTHÈSES DE CAPACITÉ INSUFFISANTE DES ÉLÉMENTS GRAMMATICAL ET SYSTÉMATIQUE

Capacité purement limitatrice des aspects grammatical et systématique

Une prescription peut, dans le cas concret, être appropriée dans la mesure où certes — abstraction faite des autres éléments — l'aspect grammatical et systématique peuvent fonctionner *négativement* en fixant la limite des décisions alternatives possibles, sans pourtant rien apporter *positivement* quant au contenu sur les question soulevées par le cas existant. On peut prendre pour exemple l'art. 21 LF et la question du financement public des partis politiques. L'art. 21 LF ne s'exprime pas à ce sujet de façon explicite. Cependant, l'opinion selon laquelle il ne serait pas approprié au contrôle du problème du financement public des partis politiques ne serait pas tenable. Au contraire, le texte de l'art. 21 LF fournit à lui seul des points de vue indispensables pris dans sa

fonction de limite, de marquage de l'espace de jeu des normes juridiques et normes-décisions licites au regard du droit constitutionnel*.

Dans les cas identiques ou similaires, il n'existe entre les autres éléments de concrétisation aucune hiérarchie normativement obligatoire de leur influence sur la décision, tout aussi peu dans ces hypothèses que d'ailleurs dans les autres. La force de persuasion de l'un des résultats possibles doit alors être dégagée d'après les règles non-obligatoires d'évaluation posées ci-dessus (p. 323) puis le résultat ainsi évalué doit être mesuré d'après la fonction limitatrice obligatoire du texte de norme (en cas de convergence au fond des interprétations grammaticale et systématique).

Norme non directement appropriée au cas d'espèce

Il reste encore à répondre à la question de savoir comment il convient de procéder lorsque les aspects grammatical et systématique n'énonce absolument rien à propos du cas concret et ne peuvent ainsi être en aucune manière efficace, pas même dans leur fonction limitatrice. La réponse est alors la suivante : la règle de droit à laquelle il a été fait recours à titre d'hypothèse de travail pour la résolution du cas n'est aucunement appropriée à ce cas. Il faut utiliser un autre texte de norme. L'hypothèse textuelle faite jusque-là s'est ainsi avérée incorrecte ou encore — ce qui revient au même — inféconde pour opérer une concrétisation dans le cas juridique qui doit être tranché.

« Lacunes » dans le droit constitutionnel

Si, à l'occasion d'une telle démarche, on découvre qu'il n'est pas possible de justifier suffisamment clairement que la question soulevée par le cas concret est réglée par le droit (constitutionnel) en vigueur — le « problème des lacunes » au sens de la théorie traditionnelle des méthodes — ce fait n'habilite en aucune manière à substituer au défaut de réglementation une norme juridique dépourvue de tout texte de norme positivement en vigueur, en opérant pour ainsi dire de force, *praeter* et *contra legem*, grâce au comblement des lacunes,

* L'art. 21 LF dispose notamment (al. 1) : « Les partis coopèrent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit répondre aux principes démocratiques. Ils doivent rendre publiquement compte de l'origine et de l'affectation de leurs ressources ainsi que de leur situation patrimoniale. » *(N.d.T.)*

au soit-disant développement jurisprudentiel du droit (*richterliche Rechtsfortbildung*). Il faut à chaque fois en fonction du rapport concret existant entre la lacune et l'objet de la demande — et si, à défaut, seules des suppositions méthodiquement injustifiables et des productions apocryphes de textes de normes et de normes juridiques permettaient de toucher au but recherché — statuer sur la base du droit procédural. Une démarche honnête quant aux méthodes doit s'arrêter avant de se jouer de la distinction et de la répartition des fonctions de concrétisation du droit réglées par le droit constitutionnel.

Ainsi, par exemple, le financement public des partis politiques n'est explicitement ni exigé ni interdit par la Loi fondamentale. Il n'est pas possible d'affirmer de façon méthodiquement acceptable l'existence d'une norme d'obligation ou d'interdiction au moyen d'un « comblement de lacune » ou d'une autre opération du même genre. Cela ne signifie cependant pas que la Loi fondamentale, entre ces deux points extrêmes sur l'échelle de ce problème du financement public des partis politiques, n'est pas à même de fournir une série d'indices normatifs utilisables s'agissant des nombreuses autres questions en suspens.

Un coup d'œil sur la jurisprudence relative aux panneaux de signalisation routière* permet de montrer clairement de quelle manière on se sert de la notion de « lacune ». Dans sa décision du 19 novembre 1968 [222] le Tribunal administratif supérieur de Münster estime qu'une « lacune législative s'est produite » du fait « de la jurisprudence de la Cour administrative fédérale qui, à la suite de l'entrée en vigueur du Code de procédure administrative contentieuse, qualifie les panneaux de signalisation routière d'actes administratifs en forme d'injonctions générales » ; cette lacune devrait être comblée « par la voie de la découverte jurisprudentielle du droit ». Il existerait toujours une authentique lacune de la loi, que le juge serait appelé à combler, « chaque fois qu'il est justifié de conclure que le législateur aurait, s'il y avait pensé, réglé un cas en un certain sens, notamment conformément à la règle qu'il a édictée s'agissant de cas comparables du point de vue des circonstances concrètes ou du point de vue juridique » [223].

Mais un tel cas, d'après le jugement cité ne consiste pas ici dans le phénomène des « panneaux de signalisation routière » ni dans une configuration particulière des conditions de fait (groupe de cas) mais, de manière caractéristique, dans le revirement de la jurisprudence de la Cour administrative fédérale. Une décision (modifiée dans sa tendance) de la Cour administrative fédérale ne peut être que méthodiquement fondée. Mais, malgré cela, le Tribunal administratif supérieur entend lui reconnaître un caractère normatif parce que modifiant une norme. Même s'il était possible d'admettre cette affirmation, ce ne serait en tout état de cause pas une lacune qui se serait produite, mais bien son contraire : une règle supplémentaire, nouvelle sous forme de l'extension de la disposition du § 80 al. 1 du Code de procédure administrative contentieuse aux panneaux de signalisation routière. Or, d'après l'opinion du tribunal, cette *extension de la norme* conduit à une conséquence absurde s'agissant de la question d'un effet suspensif de la procédure contradictoire et de l'action en annulation au sens du § 80 al. 2 du Code de procédure administrative contentieuse. Une telle conséquence doit donc être transformée grâce à l'art judiciaire de l'interprétation en une conséquence raisonnable. L'ensemble de ce problème est présenté comme la « naissance » et le « comblement » d'une « lacune législative » (normative).

A PROPOS DE LA NORMATIVITÉ DES RÈGLES DE PRÉFÉRENCE

Pour autant que la fixation ainsi élaborée du rapport entre les éléments de concrétisation en cas de conflits acquiert la densité d'un ensemble de règles *obligatoires* de préférence, elle agit non pas sur la base de conceptions philosophiques ou méthodologiques, de conceptions des sciences de l'esprit ou de théorie du droit, mais à titre d'impératif du droit constitutionnel positif. Sans doute a-t-elle été élaborée ici à partir de la Loi fondamentale. Cependant, du

[222] *Juristenzeitung*, 1969, p. 261 et s. ; sur ce point, voir aussi la décision de la Cour fédérale de justice du 23 juillet 1969 (*Juristenzeitung*, 1969, p. 747 et s.) — Pour la discussion doctrinale sur les « lacunes » : *Canaris* I ; *Schreiber*, p. 188 et s. ; *Larenz* I, p. 370 et s. ; *Engisch* II, not. p. 138 et s. Sur la question en droit constitutionnel : *Göldner* I, p. 216 et s. Opposé — comme ici — à la doctrine des « lacunes » : *Mennicken*, p. 47, p. 101. — Pour une présentation et une critique systématiques de la doctrine et de la pratique dominantes : *Müller* XXII.

* La question, fort controversée, concerne la nature juridique des panneaux de circulation routière. Par sa décision du 9 juin 1967, la Cour administrative fédérale leur a reconnu la qualité d'actes administratif ce qui a eu pour conséquence de leur rendre applicable un certain nombre de dispositions des codes de procédure administrative contentieuse et non-contentieuse, et notamment d'ouvrir à leur encontre la voie de l'action en annulation. L'acte administratif allemand est soit l'acte individuel soit l'injonction générale (*allgemeine Verfügung*), c'est-à-dire l'acte qui soit vise un groupe déterminé ou déterminable de personne soit vise une chose concrète sans précision des destinataires. (Sur ce point : O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 18 et s.) *(N.d.T.)*

[223] Voir sur ce point aussi la jurisprudence de la Cour administrative fédérale : BVerwGE 2, 10 ; 8, 239 (245) ; 11, 263. — Pour une utilisation largement arbitraire de l'analogie et du raisonnement *a contrario* : Tribunal administratif supérieur de Münster, *DOV* 1972, p. 794, d'une part ; Cour administrative de Mannheim, *NJW* 1971, p. 2089, d'autre part.

fait de sa provenance normative et de l'obligatoriété suprême du droit constitutionnel, elle s'impose à l'ordre juridique dans son ensemble et donc aussi aux méthodologies des autres disciplines juridiques. La Loi fondamentale possède un certain nombre de traits qui permettent de la qualifier de « Constitution rigide ». Elle connaît une *rigidité formelle* de la Constitution, une *rigidité de son texte* et des *impératifs de clarté* propres à l'Etat de droit. L'interdiction qu'elle établit de toute « dérogation à la Constitution » (*Verfassungsdurchbrechung*)* (art. 79 al. 1 phrase1 LF) correspond au postulat de *complétude textuelle*. Des conditions non-écrites qui conduiraient à restreindre certains droits fondamentaux sont expressément écartées ; les lois dont il est admis qu'elle restreignent un droit fondamental sont soumises à une obligation supplémentaire de renvoi explicite (art. 19 al. 1 phrases 1 et 2 LF)**. A côté de cela, la Constitution impose encore d'autres obligations de clarté des normes et de précision des conditions qu'elles établissent [224]. Ces particularités de la Loi fondamentale, qui en font une constitution dont la rigidité formelle est prononcée, amènent à ce constat de principe selon lequel il ne s'agit pas ici d'un droit constitutionnel coutumier, mais d'un *ordre constitutionnel textualisé* de façon aussi bien détaillée qu'explicite. La *légalité* et la *légitimité* de cet ordre sont liées, avec les moyens de l'Etat de droit dont se sert la Loi fondamentale, à la complétude, à la fiabilité et à la clarté suffisante de sa mise en forme textuelle (*Vertextung*). C'est cela qui fonde, pour les cas de conflits méthodologiques, la *priorité des éléments de concrétisation qui sont à chaque fois le plus étroitement rapportés aux textes de normes*.

Toutefois, il ne faudrait pas ici retomber par mégarde dans l'erreur du positivisme légaliste et attendre de la *méthodologie juridique* qu'elle fournisse, au lieu de *propositions de règles les plus rationnelles possibles et capables de soutenir le travail juridique*, des « méthodes » qui seraient absolument sûres. Une telle attitude exagère l'étendue de la rationalité possible au nom d'un rigorisme

[224] Sur ce point : *Müller* XVIII, p. 114 et s., p. 121 et s.

* La *Verfassungsdurchbrechung* que nous avons traduit faute de mieux par « dérogation à la Constitution » renvoie à la pratique de la République de Weimar par laquelle certaines exceptions à la Constitution étaient établies dans les conditions formelles de la révision, sans que toutefois le texte constitutionnel soit formellement modifié. La procédure de révision permettait ainsi d'apporter des dérogations ponctuelles au texte constitutionnel sans que celui-ci soit amendé (voir : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* trad. fr. précit., p. 238 et s.). L'al. 1 de l'art. 79 LF interdit cette pratique en posant que « la Loi fondamentale ne peut être modifiée que par une loi qui amende ou complète expressément son texte ». *(N.d.T.)*

** Une loi qui restreint un droit fondamental, dans la mesure où cette restriction est permise, doit en outre spécifier le droit fondamental concerné et l'article qui l'énonce. *(N.d.T.)*

aveugle aux éléments d'évaluation, et rate dans le même temps la rationalité réellement possible. Les normes constitutionnelles déjà citées, qui sont tirées de l'Etat de droit et se rapportent aux méthodes, doivent elles-mêmes être tout d'abord concrétisées, comme toute prescription juridique. Les résultats de l'interprétation de leurs données linguistiques sont eux aussi sujets à interprétation — tout comme les données linguistiques de la norme qui doit être produite et appliquée dans le cas particulier concerné. Et la même chose s'applique s'agissant de la question de savoir si un conflit méthodologique existe effectivement ou non. Enfin, le programme normatif dégagé par l'interprétation doit lui-même être formulé dans le langage, ce qui signifie être textualisé par le juriste décideur ; de ce fait, il est de son côté également de nouveau sujet à l'interprétation.

En d'autres termes : *dans la mesure aussi où* les règles méthodologiques de préférence élaborées ici possèdent un caractère obligatoire du fait de leur origine — de leur rattachement à des normes de l'Etat de droit —, ces règles n'échappent pas au destin de toutes les normes : devoir être d'abord concrétisées en partant de textes de normes et des données du cas concret à résoudre. Dans ces conditions, ce qui a été dit au début de cet ouvrage (cf. p. 39 et s.) vaut aussi pour elles : même ces règles de préférence ne forment pas « un catalogue exhaustif de techniques de travail fiables et indiscutables » ; elles ne doivent pas, elles non plus, être reçues comme des règles canoniques, mais pratiquées avec une vigilance critique et améliorées en fonction de l'expérience acquise.

encore plus étroit, servent également à la transmission du savoir (d'un savoir très spécifique) ces ouvrages de « préparation à l'examen », qu'ils prennent la forme d'un catalogue de questions ou d'un compendium des « principaux problèmes posés à l'examen ».

Ni les *ouvrages scolaires*, ni les *ouvrages de préparation à l'examen* ne visent à traiter de la technique de résolution des cas ou même de la méthodologie en un sens qui puisse être généralisé et donc concrètement pertinent pour le travail juridique. La dernière des catégories citées n'a d'autre objectif que de proposer une tactique de présentation de l'argumentation qui laisse présager les meilleures chances de succès à l'examen. Par ailleurs de nombreux ouvrages de cette sorte, ces « guides » pour étudiants, contiennent des problèmes et des instructions concernant tant le droit matériel que les techniques utiles pour l'examen, mais, de façon typique, rien qui touche précisément à la méthodologie. Dans un sens enore plus large, il convient de mentionner encore à ce propos ces recueils de « cas pratiques résolus » ; il s'agit là de décisions tirées de la jurisprudence des cours supérieures, ou bien de cas pratiques construits par l'auteur. Ces auteurs s'efforcent parfois de manière plus réfléchie d'insérer dans leurs solutions des techniques de résolution des cas (directives concernant les techniques du cas pratique, de la dissertation, du mémoire, de l'étude sur dossier, etc.).

RÉPARTITION DES FONCTIONS

Les différences de fonctions entre la technique de cas et la méthodologie se laissent expliciter par l'exemple particulier qu'est le « schéma de solution ». Conformément au but poursuivi par les ouvrages de conseils pratiques, ces schémas sont établis du point de vue matériel et dogmatique et/ou du point de vue formel et conventionnel. *Ils ne le sont pas méthodologiquement*, c'est-à-dire qu'ils ne se rapportent pas à la structure détaillée de la démarche de concrétisation véritable de la norme qui doit trancher l'espèce. Les règles techniques de résolution des cas ne tiennent pas compte de l'art et la manière de former et imputer la norme-décision par rapport aux textes normatifs « qui se

France. Aussi, nous avons essayé de *transposer* (avec « mémentos », etc.) plutôt que de traduire des termes allemands qui ont d'ailleurs une fonction *publicitaire* auprès des étudiants en leur promettant toutes les facilités dans l'apprentissage. *(N.d.T.)*

trouvent à l'arrière-plan » et aux normes juridiques générales qui doivent en être tirées par le travailleur du droit et qui seules justifient la solution de l'espèce. Les règles de la technique de cas présupposent bien davantage cette démarche. Et cela même qu'elles présupposent, la problématique juridique centrale — produire les normes juridiques dans l'espèce et les « transposer » dans cette espèce à travers des procédés de décision et d'exposition —, c'est ce dont s'occupe la méthodologie juridique.

La progression « par paliers » proposée par ces « schémas de solution » présuppose à chaque fois un travail de concrétisation et entraîne en outre, jusqu'à la solution définitive de l'espèce, des concrétisations supplémentaires. Et ce, à la vérité, *sans que* les aspects techniques de la résolution du cas ne permettent d'indiquer *comment* en fait les normes appropriées peuvent être « correctement » travaillées dans le cas d'espèce, *ni* comment elles peuvent être « correctement » transformées en une norme-décision. « Correctement », cela signifie dans l'Etat constitutionnel du type de celui que nous connaissons : de telle sorte que l'opération ait des chances suffisantes d'être acceptée comme étant conforme au droit. A cet égard, un schéma technique de résolution de cas peut seulement aider à fixer, pour des raisons matérielles-dogmatiques et conventionnelles-formelles, l'enchaînement et la succession convenables des termes du problème, convenables parce qu'attendus, parce qu'acceptables ou tenues pour conformes à l'« économie » de la décision. Cet enchaînement ou cette succession aident le juriste qui doit résoudre un cas à organiser les données de ce cas : ainsi par exemple des schémas de plan applicables aux actions devant la juridiction administrative et que l'on peut ensuite différencier selon les types d'actions ; ou applicables aux différentes procédures de contrôle des normes ; aux questions de droit matérielles liées à la responsabilité de la puissance publique ; aux questions typiques du droit de la police ; pour les cas de droit pénal impliquant un ou ou plusieurs auteurs, une ou plusieures infractions ; à la construction dogmatique, en droit pénal, du délit d'omission etc. *Pour chaque point particulier* déterminé dans ces plans ainsi schématisés, il faut introduire les textes de normes appropriés et essayer de les travailler par la concrétisation à l'aide des circonstances de l'espèce. On peut conclure de la place qu'elle occupe ainsi tant dans la pratique quotidienne des instances investies de fonction que dans la formation des juristes non seulement au caractère essentiellement limité des points de vue founis par la technique de résolution des cas comme aussi à leur caractère indispensable. Ils permettent, au plan dogmatique comme au plan conventionnel et formel, tant en ce qui concerne la décision que sa motivation de *grouper* les résultats partiels de ce

qui constitue le problème central de la science du droit et la pièce centrale du travail juridique pratique : la concrétisation méthodique des normes.

Au-delà de cet exemple pratique relatif à la situation des schémas techniques de résolution des cas, les tâches respectives de la méthodologie juridique et de la technique formelle de résolution des cas peuvent être aussi formulées plus généralement : *la fonction de la méthodologie juridique consiste à se prononcer sur le mode de formation de la norme dans le cas concret ; la fonction de la technique de résolution des cas consiste dans l'organisation formelle du traitement du cas d'espèce.*

Mais que cela signifie-t-il, puisque aussi bien « norme » et « cas » sont précisément indissolublement liés l'un à l'autre dans le travail pratique des juristes ?

« *Méthodologie de la formation de la norme* », cela vise le mode :

a) de *formation des normes juridiques* (qui passe par des ébauches, la formulation d'hypothèses, la mise en jeu de tous les éléments de concrétisation) prenant son départ dans les textes de normes et le cas et débouchant sur la combinaison du programme normatif et du champ normatif ;

b) d'*imputation* (démonstrative) des *normes-décisions* formées à la suite de ce travail aux *normes juridiques générales* justifiant systématiquement les décisions particulières comme aux données de départ fournies par les textes de normes ;

et enfin

c) de la *mesure des normes juridiques de rang inférieur* au regard de celles de rang supérieur, par exemple du droit constitutionnel.

En revanche, l'« *organisation formelle du traitement du cas* » ne concerne pas la production et la transposition de normes juridiques aux regard de questions d'espèce devant être tranchées immédiatement, mais le *reste*, dogmatique et conventionnel, des problèmes pratiques concernant la disposition, la construction, les étapes, l'exposition de la solution du cas, c'est-à-dire de ses motifs comme de sa motivation [1]. Les éléments dogmatiques visés à cet égard sont à l'évidence ceux qui *ne* sont *pas* immédiatement rapportés à des textes de normes ; s'il s'agit au contraire d'éléments dogmatiques directement rapportés à des textes de normes (sur la distinction, *supra* p. 302 et s. et sur leurs effets, *supra* p. 320 et s.), c'est que sont en cause des questions méthodiques de concrétisation de la norme, c'est-à-dire que des normes générales de l'Etat de droit ou des normes procédurales particulières agissent directement au cœur des questions de construction du cas.

[1] L'accent porte sur les questions de présentation. Dans une étude de sociologie juridique consacrée aux fonctions des procédures formalisées, on a pu dire, à propos de ces « règles schématiques de rédaction des opinions et des décisions », qu'il s'agit là « d'un savoir interne à la profession, à moitié suspect, auquel on ne peut renvoyer explicitement et qui est appris et transmis de manière purement artisanale, en dehors de l'érudition universitaire proprement dite et sans grandes prétentions. (...) A eux seuls, le nombre élevé d'éditions comme le changement fréquent des rédacteurs indiquent qu'il ne s'agit pas ici de livres au sens habituel mais d'institutions » (*Luhmann* V, p. 66 et s. et note 15).

Les questions de *traitement du cas* au sens conventionnel (lorsqu'elles ne sont pas normativement prescrites) forment le *cadre* de la décision d'espèce ; les questions de *concrétisation des normes* constituent le problème principal qui, du point de vue scientifique comme au plan pratique, se trouve placé au centre de tout travail juridique. Ce problème principal embrasse la question de la possibilité de maîtriser la situation de tension existant entre le cas, les textes de normes, la norme juridique et la norme-décision et concerne, pour cette raison, ce qu'il y a de « concret » dans l'activité juridique décisionnelle orientée par les normes.

Sur la base de la différence de leurs fonctions, on peut donc clairement distinguer la méthodologie juridique de la technique de résolution des cas ; la différence de leurs *structures* découle en général de ce qui vient d'être dit et devient, dans le détail, parfaitement clair à la lecture comparée du présent ouvrage d'un côté et des ouvrages de conseils techniques de l'autre. On peut aussi exprimer ces différentes fonctions sous forme interrogative : *le thème de la méthodologie juridique est : comment puis-je résoudre des cas d'espèce conformément au droit en vigueur ?* — c'est-à-dire en partant des textes de normes appropriés et qui donc concernent le cas concret ; à l'occasion de quoi il est à l'évidence supposé que les opérations d'élaboration de la décision et de motivation du résultat sont méthodiquement suffisamment convaincante pour avoir des chances d'être acceptées comme conformes au droit.

Le thème de la technique de cas est : comment puis-je résoudre des cas, dont je peux fonder la concrétisation des normes de façon acceptable, *conformément aux conventions professionnelles dominantes parmi la corporation des juristes ?* — c'est-à-dire conformément à la forme traditionnelle et *donc* à la forme attendue des enseignants, examinateurs, formateurs, collègues ou instances supérieures à l'occasion d'un contrôle de connaissance ou d'un mémoire, pour un exercice ou un examen, dans l'enseignement ou la pratique jurisprudentielle, une forme acceptée lorsqu'on s'y tient, regrettée et réclamée dans le cas contraire (et avec des conséquences diverses).

Ces deux groupes de questions, celui des questions méthodiques et celui des questions techniques de résolution des cas, se recoupent, on l'a indiqué, là où le droit en vigueur produit directement un effet sur les questions de la

forme de la résolution d'un cas : droit de l'organisation judiciaire (organisation, compétence, composition des formations de jugement, etc.) — droit procédural — renvoi, sur le fond, d'une norme à une autre ou dépendance d'une prescription à l'égard d'une autre (effet sur l'ordre des questions à résoudre etc.).

Ce qui a été dit a été développé relativement au droit positif (écrit), mais cela vaut également de la même manière s'agissant du droit coutumier pour autant que des normes de cette source soient appropriées pour la décision d'espèce. Du fait de leur *indifférence à la norme* (et exception faite des cas de recoupement) les règles de la technique de résolution des cas ne sont pas affectées par la question de savoir si les prescriptions qui régissent le cas sont d'origine coutumière ou positive. Les règles de la méthodologie juridique sont elles aussi, en principe, les mêmes, qu'il s'agisse de la *concrétisation* de normes de qualité positive ou tirées de la catégorie « non-écrite » du droit coutumier ; la même chose vaut s'agissant de la question de la *mesure* des normes (positives ou coutumières) de rang inférieur par rapport à celles de rang supérieur. Pour les prescriptions du droit coutumier, il n'existe de particularités que dans la mesure où elles ne renvoient pas à un texte de norme fixé d'autorité dans une rédaction *unique*.

CHAPITRE V
La méthodologie juridique dans ses grandes lignes

REMARQUE PRÉALABLE — CONCEPTS

Qu'est-ce que la « méthodologie juridique » ? Elle est la méthodologie qui se rapporte au travail des juristes. Que font les juristes dans un ordre juridique du type de celui que nous connaissons ? *a*) Ils établissent des textes de normes (c'est-à-dire qu'ils les préparent du point de vue de la politique juridique et les formulent à l'intention des organes législatifs) ; *b*) ils concrétisent des normes juridiques et les mettent en œuvre (dans le cercle large du « pouvoir exécutif ») ; *c*) ils contrôlent des agissements ou d'autres normes au regard de textes de normes et des normes juridiques et normes-décisions élaborées à l'aide de ceux-ci (fonctions juridictionnelles). Il s'agit toujours de processus décisionnels qui, dans l'Etat constitutionnel fondé sur le principe de l'Etat de droit, doivent être exécutés dans le respect du droit en vigueur.

La *méthodologie juridique* est donc la *technique*, fondée sur une pratique scientifique, *des processus de décision orientés par des textes de normes ou par des normes*. Elle traite des questions de fond relatives à la production du droit et concerne ainsi le cœur même de l'activité juridique ; par opposition à cela, la technique de résolution des cas se limite aux questions formelles de la construction et de la présentation (sur ce point *supra* p. 305 et s. et p. 339 et s.).

Il est clair que les problèmes complexes de la méthodologie juridique ne sauraient être pleinement appréhendés sous une forme concise à travers des principes directeurs. La lecture de cette cinquième section ne peut remplacer l'étude approfondie de l'ensemble de cet ouvrage. Elle offre toutefois une

orientation fondamentale et un résumé concernant certains points particuliers importants.

Dans la terminologie technique de la méthodologie développée ici, on appelera « *données linguistiques* » (*Sprachdaten*) les aspects de l'interprétation fondés primairement dans le langage (par ex. les aspects grammaticaux, systématiques, génétiques) ; on désignera par « *données réelles* » (*Realdaten*) au contraire les éléments empiriques qui, en tant que faits primairement naturels ou sociaux, sont primairement non-langagiers mais qui, néanmoins, doivent être médiatisés dans l'élément du langage afin que la pratique et la science juridiques puissent travailler avec eux (éléments des champs normatifs).

On ne doit pas se méprendre concernant la notion, ici centrale, de « *concrétisation* » en y entendant à la manière du positivisme le « syllogisme », la « subsomption » (*Subsumtion*) ou encore l'« application ». Mais on ne doit pas non plus la comprendre comme la « réexécution » (*Nachvollzug*) de bilans d'intérêts ou d'évaluations préexécutés et « représentés » dans un texte législatif. Pour finir, la « concrétisation » ne signifie pas non plus qu'une norme préexistante au cas juridique particulier serait, pour ce cas, individualisée, rendue « plus concrète », pour ainsi dire rétrécie dans ses dimensions. Il s'agit au contraire, à l'occasion de la résolution juridique d'un cas, d'une *construction* de norme. La norme juridique doit à chaque fois, dans chaque espèce, tout d'abord être produite. Ce sont les instruments de travail qui deviennent alors progressivement « plus concrets » ; et la formulation de la norme juridique ainsi produite est nécessairement plus concrète que ce qu'habituellement on nomme le « texte » de la loi.

On appelera ici ce dernier, en un sens technique le « *texte de norme* » (règle de droit, texte officiel). Ce texte est la formation langagière (chaîne de signes) qui, sous forme de « paragraphes » ou d'« articles », composent les codifications. Le texte de norme est, à côté de l'espèce, la donnée de départ du processus de concrétisation. La seconde donnée de départ consiste en la version profane du cas juridique (le récit de l'espèce), dans la forme des « *circonstances de l'espèce* » (*Sachverhalt*) que lui donne le juriste professionnel.

Le juriste qui doit trancher le cas choisit, au vu des circonstances de l'espèce, les textes de normes qui, compte tenu de l'état de ses connaissances, lui semblent « appropriés » (*einschlägig*). Par le canal de ces textes de normes, se glissent dans le travail les aspects factuels des normes juridiques qui sont ainsi supposées convenir (*champ factuel*) (*Sachbereich*), aspects qui sont d'ordinaire, pour des raisons d'économie de travail, restreints à ceux qui correspondent à la particularité des circonstances de l'espèce, le « *champ de l'espèce* » (*Fallbereich*). L'interprétation de l'ensemble des données linguistiques, c'est-à-dire l'explication des textes au moyen de toutes les méthodes reconnues, dégage le « *programme normatif* » (*Normprogramm*). A l'aide de celui-ci, le décideur choisit à partir du « champ factuel », ou du « champ de l'espèce », la quantité des faits co-normatifs (*mit-normativ*) pour la solution de l'espèce, le « *champ normatif* » (*Normbereich*) ; celui-ci recouvre donc la quantité des données réelles qui sont à bon droit utilisées pour contribuer à fonder la décision.

Le programme normatif et le champ normatif composent ensemble la « *norme juridique* » qui doit être formulée de manière abstraite et générale (au sens des motifs généraux déterminants de la décision [*Leitsätze*]) (« Dans un cas tel que celui-ci vaut telle norme juridique... »). Le dernier moment du travail du juriste consiste à individualiser cette norme juridique en une *norme-décision* (*Entscheidungsnorm*) (dispositif du jugement) ; ce dernier pas est alors accompli, d'un point de vue méthodique, sous la forme d'une simple conclusion, et, dans cette mesure — mais seulement dans cette mesure ! — effectivement comme une subsomption sous la norme juridique préalablement produite (« Considérant que ces éléments sont réunis en l'espèce, la demande doit être rejetée », etc.).

La « *normativité* » n'échoit donc pas déjà au texte de norme. Aucune des données de départ du travail juridique (texte de norme, circonstances de l'espèce) n'est normative. Seuls leurs résultats sont normatifs : la norme juridique, en tant que résultat intermédiaire formulé en termes généraux ; la norme-décision, en tant que détermination obligatoire du cas individuel.

Ce qui par contre caractérise le texte de norme, c'est sa « *validité* » (*Geltung*). Celle-ci consiste d'une part dans l'obligation faite aux destinataires du texte de norme d'y conformer leur conduite ; elle consiste d'autre part dans l'obligation faite au juge ou à tout autre juriste habilité à prendre une décision d'utiliser dans leur intégralité les textes de normes appropriés au cas d'espèce et de les travailler correctement du point de vue méthodique. En conséquence, le « *droit en vigueur* », « valide » (*geltendes Recht*), est constitué de la masse des textes de normes, c'est-à-dire l'ensemble de tous les textes de normes réunis dans les codes législatifs (qui, selon les critères constitutionnels, ont « actuellement force juridique »).

POSITIVISME LÉGALISTE — PRODUCTION DU DROIT
— NORME/CAS D'ESPÈCE — NORME/RÉALITÉ

Le *positivisme légaliste* joue encore un rôle important dans le débat juridique général autour des méthodes ; pour la méthodologie du droit constitutionnel, il forme l'unique projet global traditionnel (v. Gerber, Laband). Les règles de l'art de l'interprétation dégagées par Savigny ne se rapportent pas expressément au droit constitutionnel et au droit public. C'est pourquoi dans ces domaines du droit, le fossé existant entre les dogmes traditionnels et les exigences imposées aux modalités du travail quotidien est particulièrement perceptible. Ni l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle (*supra* p. 51 et s.), ni l'état de la discussion au sein de la littérature scientifique (*supra* p. 91 et s.), non plus que les artifices méthodiques utilisés par la législation, le gouvernement et l'administration n'ont débouché sur une conception approfondie et unitaire qui dépasse celle du positivisme légaliste. Ce que la pratique et la science ont pu proposer d'approches nouvelles et qu'elles ont aussi expérimenté reste en partie contradictoire, en partie encore insuffisamment discuté et éprouvé. Tout cela ne parvient pas à s'assembler en une conception unitaire et manque de toute fondation rationnelle à travers une théorie structurelle post-positiviste de la norme juridique. Le projet esquissé ici est lui en revanche élaboré sur la base d'une telle théorie et s'efforce, à travers sa construction *systématique*, d'indiquer à la pratique juridique scientifique et décisionnelle la possibilité de rendre compte de manière globale et complète de ce qu'elle fait.

L'objectif de la théorie structurante du droit ne consiste pas dans la correction de quelques phénomènes de surface du positivisme légaliste. Elle consiste entre autres choses dans le dépassement de sa supposition fondamentale selon laquelle « la » norme juridique serait donnée à l'avance au titulaire de fonctions juridiques dans le cadre d'un ordre juridique conçu comme étant achevé, et pourrait, en conséquence, être appliquée dans la forme d'un syllogisme.

Envisagée de façon réaliste, la méthodologie juridique est une réflexion sur la *production* du droit, non une science de la justification au sens de la légitimation de l'« interprétation » des textes. « Concrétiser la norme juridique », cela ne signifie pas que la norme serait déjà disponible, donnée avant même la confrontation avec le cas concret, avant même le processus de résolution du cas que celui-ci occasionne. Cela, c'est ce qu'estiment le positivisme, le néo-positivisme et divers anti-positivismes. D'après l'opinion encore dominante, qui

se compose de l'ensemble de ces courants, la norme juridique préexistante en tant que telle ne doit plus qu'être rendue plus concrète pour le cas d'espèce, c'est-à-dire rendue plus étroite et précise, elle doit être « concrétisée » du général au particulier, de l'abstrait au concret, de l'impersonnel à l'individuel. Le juriste, selon cette conception dominante, taille pour ainsi dire la norme juridique aux dimensions de sa version miniature, celle qui convient, qui décide du cas. Par leur reconnaissance de la nécessité d'une intervention active du juriste, les écoles antipositivistes se distinguent du positivisme légaliste classique suivant lequel la norme juridique prise comme un impératif hypothétique, la norme que l'on pourrait traiter comme la majeure d'un syllogisme ne supposerait pas même une action constitutive ; elle a été au contraire envisagée comme une sorte de piège logique qui se refermerait aussitôt qu'un cas juridique « adéquat » (la mineure) viendrait à passer. Mais aussi bien, l'erreur fondamentale consistant à considérer que la norme juridique existe *avant* le cas juridique, l'illusion d'une *lex ante casum* restent jusqu'à aujourd'hui communes aux approches positivistes autant qu'anti-positivistes.

Tandis que, dans le cadre de ces doctrines de l'application du droit, la norme juridique fonctionne pratiquement comme une donnée *a priori* à partir de laquelle la solution du cas concret doit être *déduite*, la réflexion sur la production du droit qu'entreprend la théorie structurante entend, de manière inductive, prendre appui sur les problèmes pratiques du travail juridique. Retournant au postulat posé par le principe de l'Etat de droit ainsi que par d'autres normes concernant les méthodes et imposant de mettre en forme l'activité juridique décisionnelle de manière telle qu'elle soit apte à travailler et donc aussi de façon telle qu'elle adopte un déroulement qu'il soit possible de reconstruire rationnellement, la doctrine structurante du droit place l'analyse du travail juridique quotidien au centre de sa démarche [1]. Il apparaît alors doublement que la norme juridique est davantage que sa version linguistique. D'un point de vue structurel, il convient tout d'abord de rechercher jusqu'à quel point les éléments agissant au sein du processus de décision orienté par des textes de normes doivent être imputés aux domaines habituellement désignés par les expressions « droit » et « réalité ». A ce rapport *de la réalité et de la norme*, qui doit être ainsi éclairci, il faut ajouter, et c'est le second thème de l'analyse, la relation entre *la norme et le cas d'espèce*. La supposition traditionnelle selon laquelle « la » norme juridique serait déjà préalablement donnée, prête à l'application, a empêché jusqu'ici toute clarification de la question de savoir dans

[1] Sur ce point *Müller* XIX, p. 246 et s., p. 226 et s., p. 232, p. 431.

quel rapport concret au secteur de la réalité qu'elle doit régler se trouve la norme. Dans ces conditions, l'un des buts de la théorie (de la norme) juridique soutenue ici et de la méthodologie qui en découle consiste à concrétiser les prescriptions selon les deux axes problématiques norme — réalité et norme — cas d'espèce en une démarche objective et scientifiquement articulée. On n'abandonne ainsi pas seulement le positivisme, mais aussi les conceptions anti-positivistes de la norme. Ces dernières demeurent elles aussi tributaires de la prétendue opposition norme — réalité ; elles se bornent à vouloir la médiatiser *a posteriori*, à tenter pour ainsi dire de la tempérer. Au contraire, l'élément normatif comme l'élément réel sont ici dès le début travaillés en commun et rapportés l'un à l'autre au cours d'une démarche structurée de manière réaliste.

Eu égard au rapport norme — cas d'espèce, le texte de norme ne peut déjà être désigné comme étant une « norme juridique », mais seulement le résultat d'une interprétation linguistique globale. Mais du point de vue du rapport norme — réalité, cela ne suffit pas même. A ce moment, la norme juridique se compose du résultat linguistique partiel ainsi évoqué (programme normatif), d'une part, et du travail effectué à partir des structures factuelles appropriées (champ normatif). Pour le dire autrement : sur l'axe norme — réalité, le point d'entrée des *sciences sociales* dans l'activité juridique décisionnelle devient visible, tandis que l'axe norme — cas d'espèce marque l'importance de la *science du langage* pour le travail juridique[2].

GROUPES D'ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

La méthodologie juridique a affaire à des textes, d'une part, à des aspects factuels, d'autre part. La concrétisation des normes est, d'un côté, *explication de textes de normes*, interprétation (*infra* p. 352 et s.), de l'autre, *analyse de champs normatifs* (*infra* p. 354 et s.). Les moyens traditionnels de la méthodologie juridique se rapportent explicitement au seul traitement des textes. Implicitement, ils comportent déjà certaines possibilités d'intégrer à la concrétisation des éléments factuels tirés des champs normatifs, mais de manière irréfléchie au plan théorique et indifférenciée du point de vue méthodique

[2] Voir sur ces deux axes du problème : *Müller* XIX, p. 228 et s., p. 234 et s. ; *Müller* XXII, p. 43 et s.

(« opportunité », « praticabilité », « nature des choses », interprétation « téléologique », etc.). Ces possibilités doivent être complétées au moyen de facteurs méthodiques qui permettent d'exploiter dans le travail de décision des cas juridiques la teneur factuelle des champs normatifs à la fois explicitement et d'une manière qui soit rationnellement vérifiable.

Savigny avait distingué quatre éléments d'interprétation. Il convient fondamentalement de s'en tenir à ceux-ci, et ce pour cette raison que, avec eux, on retrouve des propriétés inhérentes au système formé par un ordre juridique tel que celui que nous connaissons (*supra* p. 114 et s.). Cependant, ces éléments doivent être :

a) au plan théorique et méthodologique, éprouvés et étudiés à partir des expériences contemporaines du travail juridique beaucoup plus précisément encore qu'on ne l'a fait traditionnellement, et tout particulièrement en tenant compte des divers types de structures normatives comme de la non-identité de la norme et du texte de norme. Une conséquence systématique de ce dernier point de vue consiste dans la distinction de l'interprétation des textes de normes et l'analyse des champs normatifs, c'est-à-dire des deux principaux groupes d'opérations de concrétisation de la norme ;

b) globalement et *systématiquement* explicités et analysés dans leurs modes de fonctionnement pratique ;

c) classés d'après leur effet et leur rang, une classification utilisable en général et *en partie* normativement étayée et donc, *dans cette mesure*, obligatoire (*supra* p. 318 et s.) et enfin

d) complétés, à chaque fois en fonction du domaine du travail juridique envisagé, des *éléments spéciaux de concrétisation*, comme cela a été fait ici pour le droit constitutionnel (*supra* p. 59 et s., p. 61 et s., p. 120 et s., p. 277 et s.).

La concrétisation pratique de la norme met en jeu les groupes suivants d'éléments :

1 / *éléments méthodologiques* au sens strict (interprétation grammaticale, génétique, historique, systématique et « téléologique », ainsi que certaines figures supplémentaires d'interprétation telles que l'analogie, les principes d'interprétation de la Constitution etc.),

2 / *éléments des champs normatifs*,

3 / *éléments dogmatiques*,

4 / *éléments de théorie*,

5 / *éléments techniques de résolution des cas* et

6 / *éléments de politique juridique*.

Les éléments de 1 et 2 ainsi qu'une partie de ceux de 3 se rapportent immé-

diatement à des textes de normes ou des programmes normatifs. Les éléments restants de 3 (figures dogmatiques détachées des textes de normes, essais de systématisation, etc.) ainsi que les éléments de 4 à 6 ne se rapportent pas immédiatement à des textes de normes et se limitent en conséquence à un rôle simplement auxiliaire au cours du processus de concrétisation. Une étude plus précise de chacun de ces aspects permet de comprendre de nombreux aspects de la structure du processus de la formation pratique du droit dans les cas individuels qui dépassent le positivisme légaliste, et ce également s'agissant des éléments traditionnels de 1 (*supra* par ex. p. 258 et s.).

On a déjà indiqué que le mot *concrétisation* n'était pas ici entendu au sens de l'herméneutique traditionnelle. Elle ne caractérise pas la représentation d'une norme substantiellement donnée à l'avance et qui pourrait être distribuée entre les cas individuels et en ce sens « concrétisée ». Au contraire, cette notion vise le processus décisionnel au cours duquel une norme juridique générale est formulée à l'occasion de la résolution d'un cas concret et mise en relation avec un texte de norme grâce aux techniques méthodiques d'imputation. La norme juridique *ne* découle *pas* « du » texte de norme ; *mais* la norme juridique est mesurée à l'aune du texte de norme et doit lui résister. L'approche fondamentale ainsi développée pour la science du droit est d'une certaine manière apparentée au modèle falsificationniste de l'épistémologie du rationalisme critique. Cependant, à la différence de celle-ci, des éléments essentiels de la théorie du droit et de la méthodologie soutenues ici s'appuient sur l'essai d'une analyse politico-historique de l'Etat constitutionnel moderne[2a]. La conception proposée ici ne se laisse pas ranger parmi l'une des principales écoles épistémologiques du débat contemporain, en particulier du fait qu'elle n'est pas née de ce débat abstrait en prenant partie en faveur de l'une ou l'autre de ces écoles pour ensuite en « faire application » à l'ordre juridique ; au contraire, elle a été élaborée d'un point de vue immanent à la théorie du droit et de la Constitution, à la dogmatique et la méthodologie juridiques.

[2a] *Pauly* s'étonne cependant que je ne me reconnaisse pas sans réserves en *Popper* et se demande pourquoi « la « méthodologie juridique » opère encore et toujours sans adopter l'approche falsificationniste dominante dans les sciences de la nature » (p. 612). — Mais, au bout du compte, c'est *Popper* lui-même qu'on trahit ainsi en en ayant une conception doctrinaire ; sur ce point, notamment *Christensen* VII, p. 223 et s., p. 266 et s. (et réf. cit.).

INTERPRÉTATION (EXPLICATION DE TEXTES DE NORMES)

Interprétation grammaticale : interprétation du texte de norme prise comme le début de l'élaboration d'une norme juridique. Elle se situe, en règle générale, au commencement des opérations méthodiques. Elle n'est à elle seule déterminante que dans les rares cas de subsomption authentique (s'agissant surtout des règles de droit numériquement déterminées) ; elle a alors un *effet de détermination*. Normalement, elle ne déploie au contraire, positivement, qu'un *effet d'indice* et, négativement, un *effet de limitation*. Elle est en pratique étroitement imbriquée avec les autres éléments et surtout ceux de 1. L'injonction normative n'est pas substantiellement « présente » ou « contenue » dans le texte de norme ; cette thèse fait partie des croyances erronnées du positivisme légaliste. Les concepts juridiques peuvent tout aussi peu que les autres réifier leurs énoncés. Ils ne peuvent être étudiés qu'à travers leurs usages ; ils ont valeur de signe. Dans les frontières ainsi tracées, l'aspect grammatical (qui n'est univoque qu'en apparence) contraint souvent à trancher entre plusieurs usages possibles des concepts utilisés, entre l'usage quotidien et l'usage technique et même souvent entre plusieurs usages techniques (législatifs, dogmatiques, théoriques). Cela montre immédiatement que l'interprétation grammaticale elle même ne concerne pas uniquement le texte de norme existant mais aussi la norme même qui doit être produite. A ce premier stade déjà — et abstraction faite du cas-limite des prescriptions numériques, définitivement déterminées — il faut, de manière anticipée et par-delà la saisie philologique du sens du texte, péciser *le sens possible de la norme en rapport avec le cas d'espèce qui doit être tranché*. Pour ce faire, on a inévitablement recours aux autres éléments : aux autres textes de normes qui doivent être rattachés à la prescription prise en considération pour le cas d'espèce (*interprétation systématique*), aux textes des précédents à la norme qui doit être concrétisée (*interprétation historique*) et aux travaux législatifs (constitués de textes qui ne sont pas des textes de normes) (*interprétation génétique*). Les interprétations grammaticale, systématique, historique et génétique *ne* sont *pas* pour une raison qui leur serait *substantiellement* inhérente les éléments de concrétisation qui tombe le plus évidemment sous le sens et qui s'offrent en règle générale ensemble ; elles le sont au contraire pour des raisons *fonctionnelles* dans un ordre juridique écrit (codifié) de ce type. Et s'agissant, à l'intérieur d'un tel système juridique, de l'interprétation du *droit coutumier*, les mêmes principes restent applicables. Simplement, ce droit ne dispose pas, à la différence du droit écrit, d'une ver-

sion langagière unique et authentiquement fixée (promulguée et publiée). Il ne dispose pas d'un texte de norme. Sa version textuelle (plus ou moins changeante) est contenue dans les manuels, les commentaires et surtout les décisions (de justice). Pour des raisons tirées du droit constitutionnel et particulièrement du principe de l'Etat de droit, le texte de norme constitue la *frontière de l'espace de jeu admissible de la concrétisation*. Cela ne veut pas dire que la décision devrait « découler du texte » ; comme on l'a dit, cela ne se produit que dans de rares cas-limite. Mais la norme juridique comme la norme-décision doivent être *encore compatibles* avec le texte de norme. Certes, une décision contraire au texte est méthodiquement possible ; les règles méthodiques n'ont pas de rang normatif. Elle n'est cependant pas conforme au droit — abstraction faite des hypothèses dans lesquelles il est possible de prouver que le texte est défectueux ou le produit d'une incompréhension — . De la sorte, il est tracé *une limite à la formation du droit par concrétisation* : le texte fixe ici les limites extrêmes des variantes de sens fonctionnellement (législation — jurisprudence — administration) admissibles.

ANALYSE DES CHAMPS NORMATIFS

Le processus pratique de l'élaboration de normes juridiques pour le cas concret à régler se révèle être structuré. Ce n'est que dans quelques cas-limite, relativement rares, qu'il peut être appréhendé sous forme d'« application », de « conclusion logique » ou de subsomption, malgré ce que tend à faire croire le positivisme légaliste qui y voit le cas universel. La norme juridique est davantage que le texte de norme de départ. L'interprétation du texte de norme constitue un élément important mais, le plus souvent, non exclusif de la transposition des signaux législatifs à la réalité sociale. C'est pourquoi il ne faut plus se borner à parler d'interprétation ou d'explication de texte, c'est-à-dire de traitement du *texte* de norme (*supra* p. 353), mais, globalement, de *concrétisation de la norme* (*supra* p. 350 et s.).

Le texte de norme n'est pas la loi mais une préfiguration (*Vorform*) de la loi. Les normes résultent du processus de résolution pratique des cas à titre de *modèles d'ordre factuellement déterminés* qui doivent être différenciés tant selon les disciplines juridiques particulières que, à l'intérieur de celles-ci, des

points de vue structurel et fonctionnel [3]. Selon, à chaque fois, le type de structure normative (clause générale, norme spéciale, règle matérielle, définition légale, norme de renvoi, droit fondamental, disposition procédurale, règle de forme, règle de délai, etc.) il apparaît plus ou moins nettement que la normativité pratique des prescriptions juridiques est fondamentalement *autant* co-fondée par la teneur concrète du champ normatif que par les aspects de la décision fournis par les textes, pour autant que cette teneur concrète soit *conceptuellement saisie*. A partir de l'ensemble des points de contact de la norme avec la réalité sociale, à partir du « champ factuel », voire du *champ de l'espèce* plus condensé, le *programme normatif* (dégagé au moyen de l'interprétation des textes) dégage le *champ normatif* co-constitutif de la normativité pratique. Le champ normatif est ainsi circonscrit en tant que structure fondamentale du secteur de la réalité sociale que le programme normatif « s'est » choisi et/ou souvent d'abord créé pour domaine de réglementation. Pour le dire autrement : le « champ normatif » signifie la structure fondamentale du champ factuel de la norme juridique, c'est-à-dire la somme et la cohésion des faits dont *le travailleur du droit* peut, à la lumière du programme normatif, justifier qu'ils sont compatibles avec ce programme, essentiels à la résolution du cas d'espèce mais aussi, en conséquence, (co)-normatifs [4]. Le champ normatif est-il en totalité produit par le droit (s'agissant par exemple de prescriptions relatives à des délais, des échéances, des formalités, de certaines règles institutionnelles ou procédurales, de la délimitation abstraite de compétences juridictionnelles, etc.), il n'offre alors souvent aucun point de vue supplémentaire. Dans de telles hypothèses, la concrétisation peut s'effectuer dans son

[3] C'est l'un des résultats de mon étude « herméneutique » *Normstruktur und Normativität* (1966) ; cette position a été depuis précisée du point de vue de la théorie (de la norme) juridique : *Müller* XIX, not. p. 241 et s., p. 263 et s.

[4] Le concept de champ normatif est plus étroit que ceux de domaine de réglementation ou domaine de protection d'une norme tels qu'ils sont employés par la conception dominante. Ce qui est entendu par « domaine de réglementation » (*Regelungsbereich*) se rapproche beaucoup plus du concept utilisé ici de champ factuel. « Domaine de protection » (*Schutzbereich*), par contre, est un concept dogmatiquement restreint, en tant qu'il tient compte des normes contraires et restrictives. Un point commun particulier entre le domaine de protection et le champ normatif consiste cependant en ce que la dogmatique des prescriptions restrictives comme celles des directions de la protection d'une norme déterminée appartiennent aux données linguistiques à partir desquelles est élaboré le programme normatif ; et celui-ci sert de critérium de sélection des faits du champ normatif. — D'un autre côté, le champ normatif se compose exclusivement de données empiriques — celles précisément tirées du champ factuel et sélectionnées à l'aide du programme normatif. *Le champ normatif est formé de la quantité des faits qui, à bon droit, contribuent au soutien de la norme-décision.* Par contre, l'expression « domaine de protection » n'est pas employée pour désigner une certaine quantité de données réelles, mais une certaine quantité de normes-décisions : à savoir celles des normes-décisions qui sont intervenues pour ainsi dire au profit des normes juridiques en question et qui, comme ces dernières, ont été méthodiquement rattachées à un seul et même texte de norme.

ensemble sous forme d'interprétation du texte de norme, c'est-à-dire par la détermination du programme normatif à l'aide de tous les éléments reconnus d'interprétation, depuis l'interprétation grammaticale jusqu'aux figures méthodiques propres à certains domaines particuliers du droit. Là où, au contraire, le programme normatif renvoie à des structures sociales (mariage et famille, sociétés commerciales, les domaines du droit administratif spécial, droits fondamentaux, etc.), à des ensembles d'actions et de comportements standardisables (en droit pénal, par exemple), là où il appréhende les modalités selon lesquelles se déroule l'exercice de certaines fonctions (doit procédural, normes fonctionnelles se rapportant à des institutions, branches de l'organisation judiciaire, etc.) ou encore circonscrit des matières (règles de compétence), les aspects factuels tirés de la réalité sociale — les données factuelles conceptuellement saisies —, conformément à l'expérience et légitimement, font partie des déterminants de la décision d'espèce obtenue par concrétisation de la norme. Ces facteurs factuels de la norme juridique doivent être dégagés *empiriquement* et mis rationnellement en relation avec les éléments d'interprétation des textes de normes, c'est-à-dire au moyen d'une approche méthodologique qui soit pour le moins systématique. Il dépend directement de la *formation des juristes* que ces opérations se déroulent de manière compétente ou dans le dilettantisme. La tendance empruntée par la politique universitaire en faveur d'une « efficience » permettant de faire des économies et contre la scientificité de la formation n'offre pour l'avenir que peu d'espoir. Abstraction faite de ceci, l'analyse des champs normatifs, en tant que facteur essentiel de la décision juridique, exige cependant aussi en principe une *répartition fonctionnelle du travail* entre juristes et autres spécialistes des sciences sociales — une coopération qui ne doit pas embaucher les non-juristes qui y participent pour dégager la solution de problèmes normatifs qui leur restent étrangers, mais doit au contraire laisser l'entière responsabilité méthodique et politique du processus juridique décisionnel aux juristes qui concrétisent les normes.

Il est important pour cette théorie de la norme juridique et cette méthodologie post-positivistes de ne pas retomber dans l'attitude de la réification pseudo-scientifique qui caractérise le positivisme légaliste. Il est essentiel de comprendre clairement ce qui suit : « le » programme normatif, comme « les » champs normatif, factuel ou d'espèce, ne sont rien qui serait matériellement donné d'avance et qu'il suffirait ensuite de révéler, découvrir et reconstruire correctement. Avec la conception proposée ici, ce mensonge vital d'une compréhension formaliste de l'Etat de droit est abandonné. Les concepts évoqués sont, comme tous ceux avec lesquels opère cette méthodologie, des

hypothèses de travail, ou mieux : des *exigences de travail* imposées au juriste dans la mesure où il est appelé à décider dans le respect du droit. Dans ce contexte, le concept de « champ normatif » signifie : *les faits qui doivent être mis en jeu dans un cas de décision ne sauraient devenir sans discernement (de manière purement « pragmatique » — selon qu'ils « font l'affaire » ou pas) des facteurs co-déterminants de la décision. Il ne peuvent l'être que sous une forme qui soit généralisable. Le positivisme légaliste ne peut être surmonté du côté de la prise en considération consciente de la réalité sociale si, du côté de sa technicité et de sa qualité formelle, on retombe en-deçà de ses exigences dans l'évolution constitutionnelle. Une théorie de la norme juridique post-positiviste doit s'efforcer de satisfaire à ces deux variantes de la rationalité.* La présente méthodologie juridique développe les règles relatives à la capacité de généralisation des composantes factuelles normativement pertinentes de la norme juridique à travers ses propositions concernant les éléments du champ normatif et leurs relations aux autres éléments.

L'analyse du champ normatif est un processus partiel de la concrétisation de la norme *juridique*. Elle n'est pas un procédé des sciences sociales mais de la science juridique appliquée. Elle n'apporte aucun résultat « nouveau » pour les sciences sociales, mais des éléments du travail juridique.

L'analyse du champ normatif fait partie intégrante de la *concrétisation* de la norme juridique. Elle ne peut fondamentalement modifier la concrétisation, mais elle la rend plus complète, plus précise du point de vue méthodique et, par là même, mieux contrôlable. Elle met en évidence les arguments factuels tirés du domaine concret au sein duquel la prescription juridique doit produire ses effets — des arguments qui de toutes façon interviennent toujours — et leur assigne en même temps leur place en fonction des données linguistiques telles qu'elles ont été interprétées (programme normatif). Le genre de problèmes rencontrés dans ce contexte sont typiquement à peu près les suivants : le programme normatif présuppose-t-il nécessairement l'une ou l'autre des données réelles mises en jeu au cours du processus de décision ? Le texte de norme en fait-il l'économie ou dit-il quelque chose à leur sujet, les règle-t-il, et si oui, dans quel sens ? De quelle manière les données concrètes du domaine de la prescrition qu'il convient de concrétiser sont-elles affectées par les conséquences prévisibles de la décision envisagée, et quelle signification ont-elles pour la possibilité de mettre réellement en œuvre la décision elle-même ? Cette dernière opération de pensée que constitue l'*évaluation des conséquences* peut elle aussi acquérir à travers une analyse du champ normatif méthodiquement complète, justifiée et ouvertement effectuée davantage de précision et de

contrôlabilité, plutôt que de continuer à être méthodiquement laissée à l'arbitraire des théories de la raison routinière.

CHAMP FACTUEL/CHAMP NORMATIF/PROGRAMME NORMATIF — NORME JURIDIQUE ET NORME-DÉCISION

Le champ normatif est un secteur du champ factuel voire du champ d'espèce ; le programme normatif dégagé par interprétation le « découpe ». Il ne s'agit pas là une définition quasi-ontologique, mais d'une proposition relative au déroulement d'un *processus de travail*, à savoir celui de la décision juridique. En d'autres termes : la normativité n'est pas une « propriété », mais un « processus » ; elle n'« est » pas, elle « agit ». Tous les éléments qui co-déterminent ce processus décisionnel sont formés et médiatisés dans l'élément du langage[5]. Ils se distinguent entre eux cependant d'après leur *origine*, selon qu'ils sont *constitués* en tant que *textes* ou en tant que *faits sociaux*. On les caractérisera plus précisément encore que par les qualificatifs « linguistiques » et « non-linguistiques » en distinguant les éléments « primairement linguistiques » (données linguistiques) des éléments « non primairement linguistiques » (données réelles). La méthodologie juridique traditionnelle s'est jusqu'à aujourd'hui bornée à décrire ou même prescrire des règles scientifiques applicables à l'utilisation des *données linguistiques*. La théorie de la norme et la méthodologie telles qu'elles sont ici développées s'efforcent en outre d'inclure également de manière régulière (c'est-à-dire de façon non-arbitraire ou qui ne soit pas « purement pragmatique ») les *données réelles* dans le processus juridique décisionnel, voire, le cas échéant, de les en exclure.

Cela signifie, s'agissant du « champ factuel » (ou du « champ d'espèce ») et du « champ normatif » : de même que le *programme normatif* désigne la somme des *données linguistiques* (à chaque fois) normativement pertinentes, le *champ normatif* vise la somme des *données réelles* (à chaque fois) normativement pertinentes. Ces dernières doivent être empiriquement *dégagées* et, au cours du processus décisionnel particulier qui élabore la norme juridique à partir du texte de norme et du cas d'espèce puis la norme-décision à partir de la norme juridique, *médiatisés* par les éléments de concrétisation primairement linguistiques (programme normatif).

Le *champ factuel* signifie par contre dans cette mesure la phase initiale du

[5] Sur ce point : *Müller* X.

processus de décision. Dans ce processus, le juriste part tout d'abord des *circonstances de l'espèce*. Il choisit à l'aide des critères que fournissent ces circonstances les *hypotèses de textes de normes* qui, parmi la masse des textes de ce que l'on nomme le droit en vigueur, lui apparaissent appropriés d'après l'état de ses connaissances. Partant de là, il en vient au *champ factuel* des prescriptions qu'il suppose être appropriées sur la base de la sélection qu'il a faite des hypothèses de textes de normes. Au cours de ce premier moment du travail, les prescriptions prises en considération à titre d'essai apparaissent sous la forme d'*hypothèses de textes de normes* ; la somme des hyptohèses portant sur les faits intitialement introduites dans le processus de concrétisation prend le nom de « champ factuel »[6].

Eu égard au cas d'espèce à trancher, ce champ factuel est en règle générale réduit aux dimensions du « champ d'espèce ». Par rapport à la masse plus imposante et moins précise des faits du champ factuel, le champ d'espèce constitue le filtre lié aux données de l'espèce qui réduit de manière souhaitable au plan de la technique de travail une complexité qui serait autrement excessive. L'expression « champ d'espèce » désigne en conséquence une partie des faits des champs factuels des prescriptions dont les textes de normes ont été à titre d'essai introduit par le juriste dans la procédure de résolution du cas, cette partie dont on prévoit qu'elle soit pertinente s'agissant des circonstances de l'espèce dont il est à chaque fois question. C'est donc le plus souvent à partir du champ de l'espèce que sera dégagé le champ normatif co-constitutif de la *décision* par médiatisation avec le programme normatif (= avec les données linguistiques telles qu'interprétées en considération du cas concret), une médiatisation qui soit méthodiquement mise en évidence et acceptable au regard du principe de l'Etat de droit. En d'autres termes, encore une fois : le juriste qui, à l'aide de tous les moyens de concrétisation linguistique, depuis l'interprétation grammaticale jusqu'aux facteurs de théorie et de technique de résolution des cas, met en évidence quel effet directeur les hypothèses de textes de normes peuvent avoir pour l'espéce qui doit être concrètement décidée (= qui met en évidence ce que dit le programme normatif de la norme juridique ainsi esquissée), ce juriste ne décide pas alors seulement de la pertinence de textes de normes et d'autres éléments primairement linguistiques, mais aussi nécessaire-

[6] Ce concept est donc terminologiquement réservé. Pour cette raison, on n'aboutit à aucune clarification lorsque *Hoffmann-Riem* III (p. 23 et s.) propose, sur la base de la présente théorie de la norme, de désigner préférablement le champ normatif par « champ factuel de la norme ». On pourrait tout à fait adopter cette solution sur le fond, mais cela n'est pas nécessaire suite aux définitions qui ont été données.

ment et en même temps (en tout cas dans l'hypothèse normale — il en va autrement s'agissant par exemple de simple règles de forme) de la pertinence ou de la non-pertinence normative des facteurs de la réalité sociale qui contribuent à façonner l'espèce, c'est-à-dire de la pertinence ou de la non-pertinence normative des données réelles en cause. *Cette* partie du processus de décision doit elle aussi être *méthodiquement* maîtrisée, ce qui, avant toute chose, signifie : être réfléchie, mise en évidence et exposée.

DROITS FONDAMENTAUX ET CLAUSES GÉNÉRALES

De l'analyse de la structure des droits fondamentaux il découle ce qui suit : les *droits fondamentaux ne sont pas* — contrairement à ce qui est habituellement affirmé — *des clauses générales*. Ce sont des normes dont les champs normatifs sont factuellement particulièrement riches[6a]. Leur *positivité* est une positivité structurée ; de la même manière que, généralement, la *normativité* des règles de droit s'avère elle aussi être structurée. Pour chacun des droits fondamentaux pourraient et devraient être développées des *dogmatiques sectorielles*. Plus celles-ci seront précisément conçues et différenciées en règles partielles généralisables, plus superflues apparaîtront, en pratique aussi, les doctrines et les pratiques douteuses voire inadmissibles au regard de l'Etat de droit que sont l'« ordre de valeurs », le « transfert de restrictions », la « mise en balance des biens juridiquement protégés », etc. En conséquence, est particulièrement importante la discussion des méthodes empiriques de l'analyse des champs normatifs des droits fondamentaux.

Parmi les droits fondamentaux, les *clauses générales* (du même type que celles des §§ 138, 242, 826 du Code civil, du § 1 de la loi réprimant la concurrence déloyale, du § 1 de la loi contre les restrictions à la concurrence, etc.) sont par exception et, en vérité, en raison de la formulation particulière du texte de norme, le principe général d'égalité (art. 3 al. 1 LF) et — si l'on suit l'opinion dominante — l'art. 2 al. 1 LF*. Ils possèdent, ce qui est immédiatement visible pour l'art. 3 al. 1 et — suivant la conception dominante — pour

[6a] La conception développée ici est également reprise en particulier par *Gomes Canotilho* (not. p. 645 et s.) s'agissant des droits fondamentaux ; concernant le droit constitutionnel en général : *ibid.*, not. p. 207 et s., p. 230 et s.

* Principe général de liberté selon cette opinion. *(N.d.T.)*

l'art. 2 al. 1, un texte de norme extrêmement vague et ne justifient, à première vue, absolument pas d'un champ normatif qui pourrait être factuellement déterminable. Néanmoins, dès lors que la pratique les « applique », on leur impute des *normes juridiques* et *normes-décisions normales*, c'est-à-dire réglant de manière parfaitement tangible et précise le cas individuel. Mais puisque ces normes juridiques ont besoin à la fois d'un programme normatif « normalement » maniable et d'un champ normatif qui fonctionne tout autant[6b], on a pris en pratique l'habitude constante d'avoir recours à d'autres textes de normes du droit positif : en règle générale à des règles du droit *infra*-constitutionnel sur la base desquelles doit être appréciée la pertinence des aspects factuels offerts par le cas d'espèce pour la déclaration abstraite et ambivalente « égal » ou « inégal ». La jurisprudence relative au principe général d'égalité comme celle relative au droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité (qui n'est pas interprété conformément à la « théorie du noyau dur de la personnalité »*) démontre dans son ensemble cette stratégie décisionnelle. Ce qu'il y a de correct en elle au plan méthodique, c'est la démarche suivante : il est fait recours à d'autres normes, qui peuvent être « normalement » élaborées, dont les *programmes normatifs* doivent permettre, selon l'instance de décision, de mettre en évidence au regard du cas concret (les « circonstances de l'espèce ») les faits normativement pertinents à partir du champ factuel ou du champ d'espèce qui demeurent diffus. Ces faits qui, par conséquent et par opposition aux autres faits du cas d'espèce, sont traités comme étant « égaux » ou « inégaux » en un sens *pertinent* reprennent ainsi le rôle que tient, dans le cas d'une règle qui n'est pas une clause générale, la délimitation de son champ normatif. Il en va manifestement également ainsi s'agissant de l'art. 2 al. 1 (qui, en conséquence de l'opinion dominante, n'est plus un droit fondamental, mais une clause générale) : les textes de normes auxquels il est ici fait recours sont *les* dispositions constitutionnelles et *infra*-constitutionnelles avec lesquelles et

[6b] *Sachs* II entend résoudre trop simplement le problème du champ normatif s'agissant des prohibitions de discriminations (p. 241 et s.). — La Cour constitutionnelle fédérale opère concrètement comme la conception structurante : le principe d'égalité (art. 3 al. 1 LF) doit « être appliqué selon la spécificité du domaine concerné » : BVerfGE 75, 108 (157) ; 76, 256 (329) ; 78, 249 (287) ; 84, 239 (268 et s.).

* L'auteur fait ici allusion à la théorie présentée par certains auteurs (H. Peters, J. Müller, etc.) selon lesquels l'art. 2 al. 1 garantissant le « libre épanouissement de la personnalité » ne vise pas tous les domaines de l'activité humaine (et donc une liberté générale d'agir, comme la Cour constitutionnelle fédérale l'a posé dans son célèbre jugement du 16 janvier 1957 « Elfes ») mais seulement celles de ces activités inhérentes à la personne humaine « au sens de la conception culturelle occidentale » (H. Peters) c'est-à-dire en tant que personne rationnelle et morale. L'art. 2 al. 1 ne viserait ainsi que le « cœur » ou le « noyau » de la personnalité. *(N.d.T.)*

au regard desquelles on doit constater si la norme restrictive en cause appartient ou non à l'« ordre juridique conforme à la Constitution » au sens de l'opinion dominante concernant l'art. 2 al. 1 LF*.

EXEMPLE : MÉTHODE DE CONTRÔLE DU RESPECT DU PRINCIPE GÉNÉRAL D'ÉGALITÉ

a) Les points de départs consistent dans les deux questions pratiques fondamentales :

Premièrement : Quelles situations factuelles doivent être comparées entre elles ? Comme on vient de le justifier, le champ normatif des prescriptions à contrôler (en relation, comme toujours, avec les circonstances de l'espèce, c'est-à-dire avec les faits du cas juridique à trancher) constitue la source des matériaux. Dans la mesure où, à la suite d'une longue tradition jurisprudentielle, les résultats des processus décisionnels antérieurs (transmis à travers la dogmatique) apparaissent comme formant le « contenu » de l'art. 3 al. 1 LF, cela confirme la thèse générale selon laquelle les prescriptions juridiques acquièrent, à travers la pratique de concrétisation, des champs normatifs toujours plus précisément structurés, et que cette voie seulement, en tout état de cause, permet aux clauses générales, pour leur part, d'adopter des champs normatifs délimitables.

Deuxièmement : Où faut-il chercher les critères destinés à déterminer si diverses situations de fait doivent être considérées comme étant « essentiellement égales » ou « essentiellement inégales » ?

A ce stade de l'examen, seule la Constitution offre la source de tels critères. Cela dépend donc de la question de savoir si les groupes de comparaison dégagés des champs normatifs doivent être désignés comme étant « égaux » ou « inégaux » en un sens *qui soit pertinent du point de vue du droit constitutionnel.*

On n'a cependant pas encore de la sorte répondu à la question de l'origine

* On rappelle que le jugement Elfes (précit., note précédente) après avoir interprété la liberté d'épanouissement de la personnalité humaine comme liberté générale d'agir, interprète, pour la suite de l'alinéa, la notion de « *verfassungsmässige Ordnung* » non pas comme l'ordre juridique *de la Constitution*, mais comme l'ordre juridique *conforme à la Constitution* ce qui y inclut le droit *infra*-constitutionnel. L'al. 1 de l'art. 2 LF doit donc se lire comme suit : « Chacun a droit au libre développement de sa personnalité (liberté générale d'agir) pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, *à l'ordre juridique conforme à la Constitution* ou à la loi morale ». C'est placer la garantie proclamée sous une *réserve générale de loi. (N.d.T.)*

des critères pour toutes les phases de l'examen de l'égalité. Il convient tout d'abord de présenter maintenant ces différents moments.

b) *Les trois moments de l'examen du principe d'égalité*

L'examen de la conformité au principe général d'égalité d'une réglementation étatique ou de quelconques activités publiques s'effectue selon le modèle suivant :

Cas de figure 1 :

1 — Est-on en présence d'une égalité des situations de fait constitutionnellement pertinente ?

S'il est répondu oui à cette question, vient ensuite la question :

2 — Ces situations de fait égales sont-elles inégalement traitées d'une manière qui soit constitutionnellement pertinente ?

S'il est répondu oui à cette question, vient ensuite la question :

3 — Existe-t-il pour cette inégalité de traitement de situations égales une « raison objective » (au sens de la jurisprudence dominante) ?

Si et seulement si la question (3) appelle une réponse négative, il y a réglementation arbitraire au sens de la jurisprudence constante et, partant, une violation du principe d'égalité.

Cas de figure 2 :

1 — Est-on en présence d'une inégalité des situations de fait constitutionnellement pertinente ?

S'il est répondu positivement à cette question, vient ensuite la question :

2 — Ces situations de fait inégales sont-elles également traitées d'une manière qui soit constitutionnellement pertinente par les autorités publiques ?

S'il est répondu positivement à cette question, vient ensuite la question :

3 — Existe-t-il pour cette égalité de traitement des situations inégales une « raison objective » ?

Si et seulement si il doit être répondu négativement à cette question, il y a violation du principe général d'égalité[7].

c) *Exemple de déroulement de l'examen*

Dans une espèce décidée par la Cour constitutionnelle fédérale en 1973[8], il s'agissait de contrôler la constitutionnalité du § 3 n° 9 de la loi relative à

[7] Sur ce point : *Muller* VIII, p. 97 et s., p. 100 et s., avec des exemples tirés du droit scolaire, militaire, du droit de la fiscalité des églises. — Nouvelle formulation du principe d'égalité : BVerfGE 55, 72 (88) ; 70, 230 (239 et s.) ; 75, 382 (393) ; mais comparer avec : BVerfGE 71, 39 (58 et s.) ; 76, 256 (329 et s.). (Sur cette nouvelle formulation et les débats doctrinaux qu'elle a suscités : O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, précit., p. 146 et s. *N.d.T.*)

[8] BVerfGE 35, 47 et s.

la protection de l'animal du 24 juillet 1972. Cette disposition interdit « l'expédition contre remboursement d'un animal ».

Un examen méthodiquement réfléchi se déroule de la façon suivante : du champ normatif de cette disposition, on peut obtenir deux groupes comparables de situations de fait que, de manière fort simple ici, le programme normatif (dégagé comme toujours par interprétation) met en évidence au sein du champ factuel :

— animaux/non-animaux ; c'est-à-dire les animaux, d'un côté, les autres objets susceptibles d'être expédiés, de l'autre ;
— expédition contre remboursement d'animaux/expédition d'animaux sans remboursement.

Pour la première étape, seule la Constitution peut offrir un critère de vérification applicable à ces groupes comparables résultant du champ normatif de la disposition qui doit être appréciée au regard du principe d'égalité : est-on ici en présence de situations de fait « égales » ou « inégales » en un sens constitutionnellement pertinent ?

Selon le Code civil, les animaux sont, comme les plantes et les autres objets non-vivants, de la même façon des « choses ». Pour le droit constitutionnel, en revanche, l'art. 74 n° 20 LF règle, en reconnaissant la compétence (concurrente de la Fédération) relative à la « protection des animaux », non seulement une attribution formelle, mais en même temps — comme pour toute règle de compétence — assigne sur le fond une mission au pouvoir législatif (et aux autres fonctions étatiques qui lui sont subordonnées) : à savoir la mission de traiter les « animaux » comme quelque chose qui doive être « protégé ». C'est précisément en ce sens que les groupes comparables animaux/autres objets d'expédition forment des situations « inégales » en un sens constitutionnellement pertinent.

Avec *la deuxième étape*, il apparaît que ces situations inégales sont traitées de façon « inégale » par le législateur dans le § 3 n° 9 de la loi sur la protection de l'animal. Il n'est plus nécessaire de vérifier le respect du principe d'égalité par *la troisième étape*. La même chose se produit s'agissant du second groupe d'objets de comparaison.

S'il s'était agi d'une interdiction de remboursement pour les bicyclettes, on se serait au contraire trouvé en présence d'un traitement « inégal » de situation « égales » au regard du droit constitutionnel. Il faudrait alors étudier cette *troisième étape* adoptée par la jurisprudence pour constater s'il existe une « raison objective » ou si la règle doit être considérée comme une violation de l'art. 3 al. 1 LF.

Les *critères*, au cours de cette troisième étape, ne sont ainsi plus de nature constitutionnelle. Ils doivent être recherchés dans le droit *infra*-constitutionnel, voire, d'après une jurisprudence à la fois constante et vraiment floue [9], dans la « nature des choses », c'est-à-dire le plus souvent dans des aspects de politique juridique ou constitutionnelle tels que la désirabilité de la solution, le calcul des conséquences sociales, la « raisonnabilité » entendue comme le *common sense*, etc.

NI THÉORIE « OBJECTIVE », NI THÉORIE « SUBJECTIVE » DE L'INTERPRÉTATION — HIÉRARCHIE DES ÉLÉMENTS DE CONCRÉTISATION

La théorie dite objective est dominante : « La volonté du législateur se confond avec la volonté de la loi » [10]. En conséquence, ce qui est déterminant pour l'interprétation d'une norme, c'est « la volonté objectivée du législateur qui s'y exprime, telle qu'elle découle du texte de la disposition législative et du contexte sémantique dans lequel elle est insérée » [11]. Les travaux préparatoires de la loi ne doivent pas conduire à l'erreur consistant à assimiler les représentations subjectives des instances législatives au « contenu » objectif de la loi [12]. L'histoire de la genèse d'une prescription juridique ne doit recevoir, selon l'opinion dominante, que la signification d'une confirmation pour l'interprétation ; tout au plus peut elle lever des doutes insusceptibles d'être éliminés à l'aide des autres moyens méthodiques.

Cette profession de foi en faveur de la « theorie objective de l'interprétation » s'appuie sur des prémisses erronnées. Cela s'exprime en pratique par le fait que, contrairement à la position fondamentale proclamée, une conclusion précisément tirée de l'histoire de la genèse et des travaux législatifs devient malgré tout souvent la pierre angulaire qui décide du cas d'espèce [13]. Méthodologiquement, le caractère intenable de la conception dominante tient à ce

[9] Sur ce point : *Müller* I, p. 103 et s.
[10] BVerfGE 11, 130.
[11] BVerfGE 1, 312 ; 8, 307 ; 10, 244 ; 11, 130 et s. (jurisprudence constante).
[12] BVerfGE 1, 312 ; 10, 51 (jurisprudence constante).
[13] Par ex. : BVerfGE 2, 266 (276) ; 4, 299 (304 et s.) ; 6, 309 (349 et s.) ; discussion détaillée et références dans le jugement « Disques » de la Cour fédérale de justice : BGHZ 46, 74 (79 et s.) — Voir aussi les développements de *Sachs* I.

que la problématique figée dans l'opposition entre les aspects « subjectifs » et « objectifs » ne permet aucunement de saisir les problèmes posés par la concrétisation et le rapport entre eux de ses différents éléments. On ne peut décréter par voie générale à partir de quels éléments d'une norme donnée, dans un cas individuel donné, le « contenu objectif » de la prescription pourra être mis en évidence. La distinction *objectif/subjectif* est en pratique tout aussi inutile que le fait de rapporter ces deux critères à la représentation d'une « volonté » qui existerait prétendument « dans » la norme juridique, un « contenu » qui, dans le cas individuel, devrait simplement être *re*-trouvé au moyen des techniques d'interprétation. Au contraire, il s'agit, pour le dire brièvement, de processus décisionnels, et, à vrai dire, de processus qui, conformément à la structure du système politique de l'Etat constitutionnel libéral-bourgeois, doivent être légitimés au regard des textes de normes du droit en vigueur pour n'être pas considérés comme « illégaux » et, partant, inadmissibles. *De quelle manière* doit s'effectuer l'imputation de la décision individuelle et de sa formulation linguistique (la norme-décision) à la norme juridique préalablement élaborée et l'imputation de cette dernière elle-même au texte de norme officiel d'une codification *pour que* cette opération ait des chances suffisantes d'être acceptée comme conforme au droit parce que régulière — c'est aux règles posées par la méthodologie juridique de répondre à cette question. Les aspects concrets tirés de l'histoire de la genèse et des travaux préparatoires de la loi ne sont pas, dans ce contexte, ni *plus subjectifs* ni *plus objectifs* que les autres éléments de concrétisation. C'est bien davantage la *hiérarchie* parmi ces éléments qui doit être examinée d'après les *injonctions normatives imposées par le principe de l'Etat de droit* et qui se répercutent différemment sur chacun des aspects particuliers, selon sa spécificité et sa fonction. Une telle hiérarchie est possible sous forme de règles de collision et de préférence à la fois généralisables et vérifiables. En cas de résultats (partiels) contradictoires, les éléments immédiatement rapportés aux textes de normes (éléments méthodologiques et du champ normatif, ainsi que la partie normativement étayée des éléments dogmatiques) ont priorité par rapport aux autres facteurs, ceux qui ne se rapportent pas immédiatement aux textes de normes. Puisque c'est le programme normatif qui permet de sélectionner les facteurs réels (éléments du champ normatif) contribuant à soutenir en dernière analyse la décision, il ne peut naître aucun conflit méthodologique entre ces derniers et les données linguistiques déterminant, dans le cas particulier, le programme normatif : les collisions possibles entre données linguistiques seront réglées entre elles lors de l'élaboration du programme normatif ; la sélection des facteurs du champ normatif suit donc le

résultat d'ensemble tiré des données linguistiques — le programme normatif — qui, soit sont compatibles entre elles, soit surmontent un conflit méthodologique. Dans ce cadre, parmi les éléments directement rapportés à des textes de normes, ceux des interprétations grammaticale et systématique ont priorité, parce qu'ils touchent à l'interprétation de textes de normes, tandis que les autres procédés concernent des textes qui ne sont pas des textes de normes*. La fonction *limitatrice* du texte de la prescription juridique qui doit être concrétisée (ainsi que des textes de normes d'autres prescriptions prises en compte d'un point de vue systématique) s'impose ainsi également à l'égard des résultats (partiels) empiriques tirés du champ normatif, tandis que, *de manière générale*, le programme normatif pose les termes du problème de l'analyse empirique du champ normatif et autorise à formuler des directives concernant l'évalutation de la pertinence des résultats.

PRÉCOMPRÉHENSION

Les expériences générales procurées par le travail effectué dans le domaine de l'élément langagier (*Sprachlichkeit*), telles qu'elles sont formulées par exemple dans le concept de jeu de langage chez *Wittgenstein*, dans l'approche, en termes de théorie de la communication, de la situation impérative de communication ou encore dans les propos de *Gadamer* relatifs à l'actualité et au rapport à la vie de l'herméneutique pratique, de telles expériences peuvent être observées dans les fonctions, les structures et les modes de travail de l'ordre juridique, et ce non seulement de façon immanente, mais encore de manière particulièrement nette. Ce rapport pratique de la méthodologie et de l'interprétation, saisi par la notion d'« actualité », la précompréhension qui inclut à la fois celui qui comprend et ce qui est à comprendre, ces éléments se retrouvent dans le travail juridique de façon particulièrement aiguë, eu égard à son rôle institutionnel, à sa formalisation spécifique, à son degré considérablement plus élevé d'obligatoriété comme du fait de sa pertinence pour la décision « en vigueur », perceptible dans la réalité. La *précompréhension générale* se fonde sur des intuitions, des modes de comportement, des possibilités et des barrières

* L'interprétation génétique *se rapporte* immédiatement à un texte de norme puisqu'elle concerne la genèse de l'élaboration d'un tel texte, mais les textes auxquels elle a affaire (qu'elle interprète) ne sont pas des textes de normes puisqu'il s'agit de travaux préparatoires. *(N.d.T.)*

linguistiques propres à la couche de la société qui imprègne l'individu. A cet endroit, les résultats obtenus par la sociologie de la justice et les directions de recherches du même ordre relatifs aux modèles de représentation et modes de réactions actuels du juriste typique sont directement instructifs pour la méthodologie juridique. « Devant » cette précompréhension générale se glisse une *précompréhension juridique et juridico-théorique* spécifique dont la légitimité s'appuie sur les textes de normes en vigueur — c'est-à-dire ces textes qui obligent le travailleur du droit dans son action — ainsi que sur les normes juridiques élaborées grâce à leur aide, mais aussi sur des essais scientifiques de systématisation qui se rapportent plus ou moins à ces textes et à ces normes (« théories », « écoles », « positions fondamentales »). Sur ce point, la méthodologie juridique travaille main dans la main avec la critique scientifique de l'idéologie et avec l'(auto)-critique que la théorie du droit peut développer à l'égard de positions fondamentales comme le positivisme légaliste, la théorie de l'intégration, la doctrine marxiste du droit, le décisionnisme, etc. (des positions qui ne sont ici énumérées qu'à titre d'exemples et non pas placées sur un même plan).

FONCTION DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE (voir aussi p. 340 et s.)

La méthodologie juridique au sens ici proposé doit être développée sur la base des conditions dans lesquelles s'exercent les différentes *fonctions* d'établissement de textes de normes, de concrétisation de normes et de contrôle de normes (législation, gouvernement, administration, jurisprudence, science, politique juridique). Elle analyse la propriété de la concrétisation dans le cas particulier, propriété essentiellement commune aux différents domaines d'action pratique, et complète l'analyse structurelle des processus de concrétisation d'un modèle structurel de la concrétisation (sur sa pertinence pour les diverses branches du droit, *infra* p. 370 et s.). En ce sens, elle se comprend comme une « *méthodologie structurante* ».

On ne peut parler de la *science juridique* (*Jurisprudenz*) comme d'une *science*, et pas seulement comme d'une discipline juridique faite d'accumulation et de tri, que dans la mesure où elle fait preuve d'une méthodologie scientifique. L'Etat de droit de la Loi fondamentale exige normativement du travail juridique dans son ensemble, et donc précisément de la décision pratique des

cas d'espèce, une telle méthodologie scientifique, c'est-à-dire rationnelle et contrôlable. On ne peut, par ailleurs, parler correctement de cette méthodologie que comme d'une *pratique méthodologique* ; c'est-à-dire des modes de travail quotidiens et effectifs des instances investies de fonctions juridiques : des juges, des fonctionnaires de l'administration, des membres du ministère public, des « législateurs », des « politiciens du droit », des scientifiques du droit, etc.

De la sorte, on n'a encore qu'esquissé le cadre général de la question de la fonction de la méthodologie juridique. Les problèmes de cette méthodologie ne peuvent être saisis simplement au moyen de quelques principes directeurs (*supra* p. 345 et s.). Ils ne peuvent de toutes façons pas être appréhendés à travers des principes pris en ce sens que cette méthodologie serait alors elle-même « contenue » dans de tels principes. La même chose s'applique, comme on l'a expliqué en détail, s'agissant des modes sociaux d'action des normes juridiques dans leur rapport à la rédaction des textes de normes, une rédaction qui les précède. Ni les textes officiels, ni les textes des normes juridiques (= motifs déterminants de la décision) ni, non plus, le texte d'une méthodologie scientifique sur la manière de traiter les textes de normes ou les normes elles-mêmes ne peuvent accueillir en eux-mêmes, substantiellement, les directives normatives ou les règles méthodologiques selon le cas. Les *textes de normes* donnent des points de repère et un cadre de conditions permettant de légitimer juridiquement les décisions particulières (les « normes-décisions ») ainsi que les prescriptions abstraites et générales qui, sous forme de motifs déterminants, doivent être d'abord formulées au cours de la résolution du cas concret d'après la direction indiquée par les textes de normes (les « normes juridiques »). Les *textes de méthode*, comme le *Discours de la méthode juridique*, auxquels se rapporte ce paragraphe, fournissent des règles de la pratique scientifique en vue de la mise en évidence et de la justification de ces mêmes opérations d'imputation qui soient méthodologiquement soutenables *et admissibles au regard du principe de l'Etat de droit* (et donc politiquement acceptables). Les *règles méthodologiques*, en ce sens, peuvent décrire, formaliser, systématiser les *techniques du travail juridique* ; elles peuvent les rendre discutables et (mieux) contrôlables scientifiquement, juridictionnellement ou politiquement en les obligeant à réfléchir et dévoiler la pratique effectivement mise en œuvre ; elles peuvent les compléter, les critiquer, les développer ; elles peuvent enfin, en pratiquant *systématiquement* ces modes de tavail qui doivent être ainsi développés, isoler plus précisément qu'on ne l'a fait jusqu'à présent les motivations d'une autre nature, et surtout les motivations politiques, et inviter à en rendre

compte. La *technique juridique de résolution des cas* est une *technique de la décision* qui a pour fonctions la direction et la stabilisation, la distribution et l'harmonisation du travail, et toujours aussi des fonctions de justification de situations de domination et plus généralement de justification de conditions, de contextes ou de changements sociaux. La *méthodologie juridique*, pour sa part, en tant que réflexion sur les techniques de travail portant sur la formulation et la motivation des décision, est *technique d'imputation* ; à savoir, technique de l'imputation de normes-décisions et de normes juridique à des textes de normes au sens formel, professionnel et politique. En tant que méthodologie scientifique — c'est-à-dire rationnelle, contrôlable et discutable —, d'une part, elle produit au plan instrumental la prévisibilité necéssaire à la société commerçante bourgeoise (rationalité « fonctionnelle » au sens de Karl Mannheim), d'autre part, elle est la condition de l'ouverture des processus de décision à la critique et au contrôle et, partant, à l'éventualité légitimatrice de l'approbation, du compromis et du consensus — ce à quoi prétend l'Etat constitutionnel libéral.

MÉTHODOLOGIE ET MÉTHODOLOGIES

La méthodologie juridique est une logique concrète. A titre de méthodologie du travail juridique quotidien, elle doit être largement différenciée selon les types de normes, les types de fonctions et les situations typiques de réglementation et de décision des braches particulières du droit [14]. Les méthodologies des différents domaines dogmatiques du droit ont *en commun* les facteurs suivants :

a) une théorie de la norme susceptible de généralisation en tant que théorie structurelle de la norme juridique ;

b) la soumission aux règles constitutionnelles et autres règles de droit pertinentes quant aux méthodes (les principes, tirés de l'Etat de droit, de clarté de la norme et des méthodes, de la précision des conditions légales, normes de contrôle, normes procédurales, définitions légales etc.)

c) une théorie-cadre de la concrétisation des normes au sens d'un modèle structurel pertinent et utilisable pour toutes les branches dogmatiques du droit

[14] Voir aussi désormais l'approche de *Maus* II ; voir aussi *Udke*, p. 95 et s.

d) une théorie (constitutionnelle) des différentes fonctions d'établissement des textes de normes, de concrétisation des normes, de contrôle des normes.

Les *différences* découlent des états respectifs de la codification, des domaines sociaux de réglementation, de l'histoire scientifique et de l'état de la discussion interne pour chacun des grands domaines du droit, par exemple en fonction de la valeur respective de chaque auxiliaire méthodique ou du rôle du droit matériel et du droit procédural. Par ailleurs, il existe des prescriptions spéciales, découlant du principe de l'Etat de droit et qui se rapportent aux méthodes, qui ne concernent pas l'ensemble des domaines du travail juridique : ainsi, par exemple, de l'interdiction de l'analogie en droit pénal. Enfin, les divergences nombreuses que l'on peut constater entre les grands domaines du droit concernant les types dominants respectifs de structures normatives ont pour conséquence l'émergence de figures supplémentaires d'interprétation : ainsi, par exemple, du rôle plus important en droit civil qu'en droit public de l'analogie, ou des « principes d'interprétation de la Constitution ». Le pluriel « méthodologies » *ne* signifie donc *pas* que la méthodologie propre à chacun des grands domaines du droit devrait tout reprendre à zéro. Dans la mesure où le travail juridique consiste en la concrétisation de normes, la méthodologie juridique qui est développée ici esquisse au contraire un modèle-cadre cohérent et destiné à toutes les branches du droit. Toute décision juridique orientée d'après des textes de normes doit être en principe analysée voire élaborée à l'aide des moyens qu'elle met à disposition.

Le pluriel « méthodologies » a encore une autre justification. Sont ici en jeu les méthodes qui sont développées par les *sciences sociales*. Le *champ factuel*, la base factuelle du champ normatif, doit être mis *empiriquement* en évidence : c'est-à-dire au moyen des procédés expérimentaux, scientifiques d'établissement des faits qui sont (pour chaque cas) reconnus et qui ont fait leurs preuves. Il ne doivent pas l'être à l'aide de méthodes « juridiques » spécifiques.

Les reproches souvent faits selon lesquels la méthodologie structurante serait — tout comme la théorie structurante du droit — par elle-même incapable d'expliquer comment le champ normatif (plus exactement : le champ factuel) devrait être appréhendé, sont, par une étrange réduction du regard, envoyés à la mauvaise adresse. Un fait n'est pas un texte de norme, une conséquence factuelle n'est pas une norme juridique ; l'empirie n'est pas le droit.

Le fait que la méthodologie et la théorie structurantes renvoient également à d'autres sciences et à leurs méthodes, ce fait compte précisément parmi les propriétés qui les font qualifier de *post-positivistes*. Le positivisme légaliste du

XIX^e siècle[15], toujours agissant, était resté de manière dramatique en-deçà de la complexité des processus sociaux de la production et de la mise en œuvre du droit en se targuant jusqu'à l'illusion de la « pureté juridique » de ses arguments.

Le fait que parmi les sciences sociales règne un conflit méthodologique ne doit cependant pas empêcher d'avoir recours à ce qui y est reconnu et à ce qui s'y pratique — de même que, *cum grano salis*, un conflit méthodologique non vidé dans la science du droit n'empêche pas ceux qui participent à la vie du droit d'aller, par exemple, devant les tribunaux. Il ne peut en aller autrement : dès lors qu'elles prennent honnêtement conscience de la complexité réelle de leurs tâches, la théorie et la méthodologie du droit ne peuvent que renvoyer à l'« état *actuel* des techniques » de la recherche empirique. L'imperfection et la précarité des choses humaines sont assurément aussi un argument contre cette conception ; mais, pour une fois enfin, celle-ci se trouve ainsi en la meilleure compagnie.

TEXTE DE NORME — LÉGITIMITÉ — JEU DES DIFFÉRENCES. LE TRAVAIL AVEC DES TEXTES DANS UNE INSTITUTION ÉTATIQUE

LE « JURIDIQUEMENT LICITE » (*DAS « RECHTSSTAATLICH ZULÄSSIGE »*) SUR FOND DU « MÉTHODIQUEMENT POSSIBLE » (*DAS « METHODISCH MÖGLICHE »*)

Selon la doctrine encore dominante de l'« application » du droit, les lois possèdent un *contenu* déterminé par la *volonté* de leur auteur. Cette « volonté objective du législateur »[16] est « objectivée » à travers l'acte d'écriture, à travers la codification. Introduite de la sorte dans les textes de normes, cette volonté matérielle doit et peut être extirpée, ex-pliquée par les juges et les autres fonctionnaires habilités à décider juridiquement : pour « l'interprétation d'une disposition légale », c'est, en conséquence, « la volonté objectivée de législateur telle qu'elle s'y exprime qui est décisive (...), telle qu'elle résulte du texte de la disposition légale et du contexte sémantique ». C'est donc le législateur qui

[15] Sur ce point, pour de brefs développements : *Müller* XXI, et réf. cit. — Pour une confrontation avec les reproches mentionnés : *Müller* XIX, p. 349 et s., en part. p. 351 et s.

[16] BVerfGE 1, 299 (312) ; 10, 234 (244) ; 11, 126 (130 et s.) (jurisprudence constante). Mêmes références pour la citation suivante.

parle (par la bouche du juge), non pas le juge lui-même. Certaines absurdités surgissant dans ce modèle sont traditionnellement reconnues, mais à titre de phénomènes *marginaux* (s'agissant, par exemple, des clauses générales, des dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire, des concepts juridiques imprécis). De même, on perçoit dans ce cadre même l'existence de facteurs volitifs au cœur de l'action du juge. Dans ses traits fondamentaux, malgré tout cela, le modèle demeure solide comme le roc : le cas concret ne connaît qu'*une seule* solution correcte (= l'application de la volonté objective quant à son contenu et textuellement objectivée *du* législateur voulue pour ce cas précisément) ; cette décision est transmise de manière cognitive par le texte, dégagée par un acte cognitif du juge et mise en œuvre par la sentence judiciaire.

Ce modèle familier procède de suppositions (l'unique interprétation correcte, le centre du sens, l'unité de sens objectif du texte), qui apparaissent illusoires sur le forum d'une philosophie du langage qui s'est développée depuis des décennies comme de l'actuelle théorie linguistique du texte. L'expérience juridique, là où elle avait fait l'objet d'une réflexion suffisamment lucide, avait déjà reconnu depuis longtemps, mais à un niveau toutefois très général, que « chaque sens n'est qu'un sens partiel pris dans un contexte infini de sens et qui, dans ce contexte de sens, engendre des effets incalculables »[17].

L'*impossibilité* de maîtriser « mon » sens, le centre de ce sens que je « veux » mettre dans le texte, cette impossibilité n'est pas un phénomène marginal. Elle est, au contraire, le phénomène fondamental de la textualisation ; un phénomène encore plus aigu dans le moment même de l'*écriture*. On ne peut supposer au texte écrit une unité de sens, un centre de sens (et moins encore son *unique* sens). Le texte est pris dans un *processus de sémantisation* tout aussi inévitable qu'incessant ; il est pris — et les textes juridiques aussi bien que les autres — dans des *combats sémantiques* auxquels il est tout aussi peu possible de mettre un terme, dans des luttes pratiques de langage. Ces processus et ces disputes sont cela même qui constitue *la réalité du travail juridique* ; et ce n'est pas la découverte cognitive de l'unique « sens de la norme » correct, ce n'est pas l'application fidèle de la « volonté » législative « objective/objectivée »[18].

Le discours de ce manque d'un centre de sens qui pourrait être donné

[17] *Radbruch*, p. 213.

[18] Sur la position soutenue ici : *supra* p. 176 et s., p. 204 et s. (et les réf.) ; *Müller* XIX, surtout p. 372 et s. (et les réf.). Voir en outre les contributions dans *Müller* XXIV. — Fondamental sur l'« application » judiciaire de la loi : *Christensen* V et VII ; tout aussi pénétrant sur la question de la référence à la réalité sociale dans l'activité du juge : *Jeand'Heur* IV ; dans les deux cas avec de nombreuses références à l'histoire et à l'état actuel de la discussion (interdisciplinaire).

d'avance aux textes et de cette « absence » qui est, en tout état de cause, donnée avec l'écrit, ce discours a été développé de la façon la plus conséquente et la plus radicale dans les travaux de Jacques Derrida. Avec le texte en tant qu'écrit, « le logos » court « le risque » de perdre « par écriture et sa queue et sa tête » [19].

Un texte, en ce sens, n'est plus pris comme un corpus achevé, il n'est plus le *livre** de la tradition, dans son identité à soi (et aussi à travers l'identité de son auteur) qui héberge une signification définitive ; ce livre est tombé, victime de la « disruption de l'écriture » [20]. Un texte, qui affirme un « dehors », n'est « plus le dedans calefeutré d'une intériorité ou d'une identité à soi » [21]. L'écriture fonctionne dans la répétition, sa structure est itérative : insusceptible d'être capter par un vouloir-dire *originaire*, sans contexte *contraignant* [22].

Ainsi mis en lumière, le texte apparaît comme une hétérogène trame de différences. Il ne peut être protégé du « dehors », pour la raison que *son dehors* (*i.e.* un dehors extra-textuel, soustrait une fois pour toutes au jeu des différences), un tel dehors, il n'y en a pas : et par conséquent pas davantage de sens « authentique » ou « originaire », ni origine, ni vérité du texte. Rien dans le texte n'est retiré au jeu des différences ; rien ne peut être soustrait à ce jeu dans le cadre du discours textuel/écrit — ni par un acte de violence de l'auteur, ni par celui d'une autorité (qui commente, « interprète », promulgue). La tradition métaphysique et ontologique a jusqu'à présent « rêvé la présence pleine, le fondement rassurant, l'origine et la fin du jeu » [23]. C'est de cela qu'il faut prendre congé. De ce point de vue — un point de vue développé de façon particulièrement pénétrante par Derrida depuis *De la grammatologie* (1967) —, il n'y a pas de « hors-texte ». Tout texte est ouvert à d'autres textes — inévitablement ; ou, pour le jugement de la tradition : irrécupérablement — ; tout écrit se rapporte à d'autres écrits ; les signes sont itérables, les citations, susceptibles de greffes et les contextes, nulle part fixés, définitivement ancrables : circulation infinie de textes. C'est cela que, dans le cadre essentiellement plus étroit du concept méthodique présenté ici, nous avons désigné jusqu'ici comme le « méthodiquement possible ».

[19] La pharmacie de Platon, in *Derrida* V, p. 89.

[20] *Derrida* I, p. 35. (« La fin du livre et le commencement de l'écriture », in *De la Grammatologie*, Paris, 1967, p. 31. *N.d.T.*)

[21] Hors livre, *in Derrida* V, p. 42.

[22] *Derrida* IV. (« Un signe écrit comporte une force de rupture avec son contexte, c'est-à-dire l'ensemble des présences qui organisent le moment de son inscription. Cette force de rupture n'est pas un prédicat accidentel, mais la structure même de l'écrit. » Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris, 1972, p. 377. *N.d.T.*)

[23] *Derrida* II, p. 441. (Derrida, *L'écriture et la différence*, Paris, 1967, p. 427. *N.d.T.*)

* On rappellera que Derrida distingue le livre de l'écriture : « L'idée du livre, c'est l'idée d'une totalité, finie ou infinie, du signifiant ; cette totalité du signifiant ne peut être ce qu'elle est, une totalité, que si une totalité constituée du signifié lui préexiste, surveille son inscription et ses signes, en est indépendante dans son idéalité. L'idée du livre, qui renvoie à une totalité naturelle, est profondément étrangère au sens de l'écriture. Elle est la protection encyclopédique de la théologie et du logocentrisme contre la disruption de l'écriture, contre son énergie aphoristique et (...) contre la différence en général. Si nous distinguons le texte du livre, nous dirons que la destruction du livre, telle qu'elle s'annonce aujourd'hui dans tous les domaines, dénude la surface du texte » (La fin du livre et le commencement de l'écriture, in *De la grammatologie*, Paris, 1967, p. 30 et s.). *(N.d.T.)*

Ces conditions de notre rapport à l'écrit (et plus généralement au texte), des conditions que l'on ne peut plus méconnaître grâce à *Derrida*, paraissent être démenties s'agissant du cœur même du monde juridique, des processus décisionnels juridiques [24] : et ce, tant en ce qui concerne leur point d'arrivée que s'agissant de leur *point de départ*.

Certes, d'un point de vue « purement » juridique, dans le domaine plus étroit du monde du droit, se révèle le caractère multiplement conditionné des *textes de normes* : l'histoire du droit (au moyen de l'élément historique de concrétisation) les montre souvent influencés par des précédents normatifs, comme le droit comparé décèle l'influence de prescriptions similaires d'autres systèmes juridiques. L'histoire de la genèse du texte (au moyen du facteur génétique de concrétisation) dévoile leur caractère factuellement conditionné, leur dépendance quant au fond, mais aussi, souvent, leur caractère hasardeux, leur inconsistance. Il se peut qu'un texte de norme, au moment de son entrée en vigueur, ne soit plus sérieusement envisagé par la majorité ; souvent, le débat autour de son annulation juridictionnelle, de son abrogation ou de sa révision législative a déjà commencé ; et dès ce moment aussi, débutent inévitablement, et aussi longtemps qu'il reste en vigueur, les discours, interminables en tant que tels, de l'« interprétation » et de l'« application ».

Dans le meilleur des cas, un texte de norme est un cliché momentané, sérieusement « envisagé », de la guerre de tranchées politico-juridique ; il n'est, en réalité, aucune « origine ». *Et pourtant*, l'Etat de droit exige de feindre l'origine dans le texte de norme : pris comme la fiction, appuyée par le pouvoir, d'une origine afin de pouvoir produire *un point de départ et une unité de mesure*, obligatoire au sens de l'Etat, aux processus décisionnels accomplis par l'Etat. C'est du moins ce qu'affirme le paradigme positiviste encore dominant. Selon la théorie structurante du droit, le texte de norme n'est que donnée de

[24] Il est donc question, dans ce qui suit, des textes juridiques de décisions et de motivations, des textes d'« injonction » et de « justification » au sens de la structure textuelle de l'Etat de droit (sur cette dernière : *Müller* XII, p. 80 et s., p. 95 et s. ; *Muller* XXIV, p. 205 et s., p. 215 ; et *supra* p. 184 et s.). On ne vise donc pas les textes de la science juridique, qui sont, par principe, caractérisés par les formes d'action que sont la « compréhension » et surtout l'« interprétation ».

départ, à savoir la donnée de départ d'un processus de concrétisation au cours duquel seulement la norme juridique est construite. Le positivisme légaliste, en revanche, mythifie le texte de norme en norme, feint une origine donnée d'avance.

La *violence* (*Gewalt*)* accumulée dans l'Etat, organisé par sa Constitution et ses lois, cette violence en laquelle il consiste, qui le fait, étaye cette fiction et sa sanction, en même temps, cependant, que le pouvoir est lui-même fondé, rendu compétent, légitimé et (ce n'est pas ici le moindre) dissimulé par des textes (de normes) de ce type, qui feignent et sanctionnent. La violence brise, influence, dévie, bref : « ordonne » (au sens de *Foucault*) le discours juridique de ce seul fait déjà que celui-ci pose à travers ses textes de normes « en vigueur » *le* début, *l*'origine du processus décisionnel, en tant qu'il impose de force (parce que sanctionné par la force) un « hors-texte ». Ce « hors-texte » n'est pas le texte de norme en tant que tel ; car en tant que tel, il reste texte et ne saurait échapper à sa condition d'être-texte. Ce n'est pas non plus parce que, dans le droit, outre la langue, agit aussi le pouvoir, que l'on parle d'un « dehors » ; il en est ainsi en tout état de cause, même hors de la langue juridique professionnelle, dans la langue en général. Ce « dehors » qui est imposé de force à la condition du texte de norme par l'attitude du positivisme légaliste, c'est la fiction selon laquelle ce texte serait un *texte privilégié*, un *texte* soustrait (pour la durée de sa « validité » telle que l'Etat la détermine) au jeu interminable des différences et à la circulation des textes (en tant que textes nécessairement) de même rang.

L'appareil d'Etat feint la même chose s'agissant de la *fin du discours décisionnel* (un fin impossible du point de vue de la textualité) : il peut imposer là encore de force la fiction qu'avec le texte du jugement (plus exactement : les textes de la norme juridique — motifs déterminants —, de la norme-décision et de l'ensemble des motifs qui les accompagnent) puisse être mis un *point final privilégié*, et donc que *la vérité* du cas concret puisse être mise en forme, de la même façon que le texte de norme approprié utilisé avait dû simuler *son origine* [25]. Le « dehors », ici, réside en ce que, s'agissant d'une décision insusceptible de recours, d'une décision qui, pourtant, est texte, les éléments du

[25] Ce qui vient d'être dit ne vaut, au sens strict, que pour les textes de décision « passés en force de chose jugée », ceux contre lesquels aucune voie de recours, non plus qu'aucun recours constitutionnel ou recours en violation des droits de l'homme n'est possible.

* Dans la suite du texte, le mot *Gewalt* est rendu soit par « violence », soit par « pouvoir », soit encore par « force » (notamment : *gewaltsam* = « de force »). Les choix de traduction ont tous été faits en commun avec l'auteur. *(N.d.T.)*

mélange de pouvoir et de langue se trouvent maintenant isolés, que le facteur pouvoir à lui seul doit dominer et qu'il est *inter-dit* à la langue (au discours juridique) de continuer à parler.

Pour quelle raison l'Etat moderne impose-t-il, au départ comme à l'arrivée de la décision juridique à chaque fois un « hors-texte » ? Pour le dire autrement : pour quelle raison doit-il être décidé en invoquant des textes de normes (écrits) et sous forme de textes de jugements motivés (par écrit) ?

Qu'il faille en tout état de cause décider, ce n'est pas là un phénomène de l'Etat moderne seulement ; et ce n'est pas une question de texte. C'est une question qui touche à la puissance/au pouvoir — même si elle est traitée dans des textes, accompagnée de textes — au sein des groupes humains pris dans leur réalité conflictuelle ; et c'est une question qui, à la vérité, se pose toujours là où un conflit n'a pu être résolu de manière intersubjective, interne au sous-groupe des « intéressés » [26]. Tout conflit pour ainsi dire « éclaté », c'est-à-dire dont la solution ne peut plus être recherchée que dans la légitimité de la société *globale*, un tel conflit peut naturellement être éliminé par la violence ; mais il ne s'agit pas là d'un processus *juridique* et donc d'un objet qui puisse faire l'objet de la présente recherche. La solution à un tel conflit peut aussi être trouvée dans une « résolution » (*Dezision*) silencieuse, purement performative, selon l'usage juridique non-écrit, conformément à des principes généraux traditionnellement pratiqués ou bien encore en vertu du seul charisme de la personne qui décide — mais alors par le chef de la horde, le père du clan, la mère originelle, par le chef de la tribu ou le cacique, mais pas par ce qu'on appelle un « juge », ni un autre fonctionnaire du droit au sens constitutionnel de l'Etat de droit et dont il est ici question. Le litige pourrait aussi être examiné et tranché (jus-)politiquement, sans une stricte soumission aux textes de normes voire, en cas de nécessité, contre la loi ; mais dans ce cas, nous avons affaire à une espèce de prêteur romain de l'époque classique et pas à un juge d'aujourd'hui. Le litige peut également être tranché de telle manière qu'il est certes fait référence à des textes de normes, mais que le lien entre ceux-ci et le résultat peut n'être que simplement affirmé, sans motivation — et il s'agit alors d'un système politique autoritaire et non d'un Etat de droit constitutionnellement organisé.

Depuis les débuts de l'époque moderne, en Europe d'abord, en Amérique du Nord ensuite, cet Etat de droit tire sa *légitimation* de ce qu'il doit « se

[26] Ce qu'il convient d'entendre derrière ces concepts dépend du type de socialisation et, dans son cadre, aussi en partie de prescriptions juridiques.

suffire dans la plus large mesure possible d'un pouvoir constitutionnel formalisé, contrôlable et médiatisé dans l'élément du langage, et ne mettre en œuvre que le moins possible la force « nue », c'est-à-dire le pouvoir actuel et, de ce seul fait, délégitimé »[27]. Des conditions rigoureuses pèsent, dans ce type d'Etat de droit, sur les décisions en ce que l'inquiétante équivocité[28] de ce qui se déroule réellement à l'occasion de telles décisions ne peut plus être masquée : d'un côté, l'obligation (légitimatrice) de décider qui s'impose comme « hors-texte » ; de l'autre, la donnée normative préalable (pareillement légitimatrice) selon laquelle la décision doit être prise sous forme de textes écrits rationnels, c'est-à-dire dans un medium qui ne (re)connaît pas un tel « dehors ». Face à la circulation discursive, qui ne peut être interrompue, des textes de normes, de commentaires et de décisions se trouvent les instruments qui disciplinent le discours, sous la forme, au plan normatif, d'une hiérarchie de normes fixée par le principe de l'Etat de droit et, au plan méthodologique, sous forme de limites posées par les programmes normatifs et de règles de préférence. De tels instruments sont certes illusoires du point de vue linguistique, mais néanmoins rendus nécessaires par l'*Etat* de droit.

La langue, dans tout cela, n'est pas « en elle-même » innocente ; en tant que système pré-scrit[29], elle transmet et produit inévitablement « dressage » et pré-scription. Ce n'est pas seulement comme langue juridique qu'elle est traversée de rapports de pouvoir. L'approche introduite dans *Droit — Langue — Pouvoir* (*Recht — Sprache — Gewalt*), qui fait partie intégrante de la théorie structurante, part du fait que la langue ne saurait elle-même être le royaume lumineux de la non-violence. Elle n'est pas non plus, malgré l'interminabilité du discours, le domaine anarchique d'une pure cognition qui n'aurait pas été maculée par le pouvoir. Elle est inéluctablement traversée de pouvoir social — comme système collectif ainsi que comme « dressage », au sens de Wittgenstein, durant l'apprentissage du langage chez l'enfant ; en tant que langue juridique elle est de plus imprégnée du pouvoir d'Etat et de la violence des groupes sociaux. *Derrida* parle d'une « contamination au cœur même du droit » et également de ce que la violence « n'est pas extérieure à l'ordre du droit. Elle

[27] *Müller* X, p. 31.

[28] Sur l'équivocité fondamentale des institutions juridiques bourgeoises modernes, prises entre légitimation politique et rationalité procédurale propre à l'économie bourgeoise : *Müller* X, p. 20 et s., p. 28 et s., p. 36 et s. — Sur l'ambivalence du concept de rationalité et du concept de texte des Constitutions bourgeoises : *Müller* XXVIII, p. 162 et s. ; *Müller* XXIX, p. 172 et s. ; *Müller* XXX, p. 197 et s.

[29] Au sens de *Saussure* (p. 27) : « La langue est un système propre qui ne connait que son ordre propre » (p. 43, dans l'original).

menace le droit à l'intérieur du droit »[30]. La langue porte sur elle les stigmates du pouvoir et exerce, à son tour, du pouvoir ; le droit, qui est établi de force et qui installe la force à son tour, existe inéluctablement dans la dépendance de la langue. La tâche comme la tentative de réaliser la *justice* se joue dans l'espace de ces scissions croisées.

Ni une *théorie pure du droit*, ni une *théorie pure de la langue*[31] ne sauraient délimiter cet espace dans lequel il y va, dans les conditions réelles, de la justice. La théorie structurante du droit, au contraire, s'est affichée comme étant « décidément impure »[32] : impure au regard de toutes ces polarisations qui, traditionnellement, imprègnent le travail juridique, à savoir « être et devoir-être », « norme et cas », « réalité et norme », « éléments cognitifs et éléments volitifs ». Dans sa perspective, cette « impureté » de la langue au regard du pouvoir devient particulièrement claire : en tant que détermination fondamentale au sein de l'ensemble des polarisations évoquées. Dans le champ accidenté, déchiré que forment droit, langue et pouvoir, *justesse* est condition nécessaire de *justice*[33] ; et ce que le propos de la contamination vient d'établir devient alors la tâche d'une méthodologie post-positiviste.

Sur ce plan, la question de la limite du programme normatif (traditionnellement formulée comme limite textuelle) en tant que *limite* — une question très caractéristique — recèle quelque chose de violent : pour quelle raison le jeu des arguments et des contre-points de vue des textes de commentaires et des contre-commentaires, pour quelle raison ce jeu « purement » méthodique, qui pourrait être indéfiniment poursuivi, à partir de textes et sous forme de textes, doit-il être interrompu à un certain moment ?

Dans les faits, ce moment ne résulte pas du tissu que forment les conflits sociaux ainsi traités, tout comme cette limite ne découle pas des « méthodes ». Dès le début, la conception ici défendue[34] a mis en évidence qu'il ne pouvait s'agir là de tracer une limite au-delà de laquelle commencerait l'impossibilité de toute argumentation supplémentaire ; il s'agit, au contraire, de la démarcation, conformément au code normatif, au code de l'Etat de droit démocratique,

[30] *Derrida* III, p. 84, p. 75. La notion de pouvoir, dans ce contexte, ne signifie rien qui serait seulement naturel ou physique, mais relève de l'ordre du symbolique (symbolique du droit, de la politique, de la morale) (*ibid.*, p. 70). *Force de loi*, Paris, 1994, p. 95, p. 86. *N.d.T.*)

[31] Sur ce point, voir les remarques concernant *Kelsen* et *Wittgenstein* ainsi que la définition des tâches d'une théorie du droit qui soit à la hauteur de la réalité chez *Müller* XXV, p. 98 et s.

[32] *Müller* XIX, p. 438.

[33] *Müller* XXVII, p. 38 et s. : justesse quant au fond ; justesse dans la procédure ; justesse dans la méthodologie ; honnêteté des méthodes en tant qu'éthique de travail exigée au nom de la démocratie et de l'Etat de droit.

[34] Cf. *Juristische Methodik*, 1re éd., 1971, not. p. 72 et s., p. 142 et s., p. 182, p. 188 et s.

entre « ce qui est encore autorisé » et « ce qui n'est plus autorisé ». Avant même la mise en chantier de la présente méthodologie, lorsque nous avons posé la première pierre de la théorie structurante du droit [35], nous avions déjà souligné que les « limites extrêmes d'une concrétisation *possible* » devaient s'entendre comme les « limites d'une concrétisation *licite* (*zulässig*) », comme « le domaine des résultats *légitimes* de la concrétisation ». Le champ des possibles méthodologiques est illimité ; c'est le postulat de légitimité, tel qu'adressé ici aux juristes agissant en pratique par voie de décision, qui impose des limites. Celles-ci s'expriment essentiellement, dans le cadre de la méthodologie structurante, à travers les figures suivantes :

— la distinction des données linguistiques et des données réelles ;
— la supériorité des données linguistiques lors de l'élaboration du champ normatif à partir du champ factuel (ou d'espèce) à la lumière du programme normatif ;
— la distinction des éléments dogmatiques rapportés à des (textes de) normes et des éléments dogmatiques non étayés par des (textes de) normes et, plus généralement et constamment : la distinction entre les facteurs de concrétisation qui peuvent être rattachés à des textes de normes en vigueur et ceux qui ne le peuvent pas ;
— et la supériorité des données linguistiques en tant que la préférence est donnée aux éléments à chaque fois les plus proches des textes de normes en cas de conflits méthodologiques.

Le paradoxe le plus troublant réside ici : c'est précisément cela — l'ordre juridique codifié en tant qu'écrit — qui rend impossible tout arrêt du discours, qui, d'un autre côté, doit fournir tant le fondement que les critères pratiques d'un *arrêt imposé de force*, à savoir le texte de norme (et le plus souvent une pluralité de prescriptions) en tant que texte qui régit le cas juridique concret ; ce texte qui est, de son côté, promu dans son rôle insigne pour toute décision juridiquement légitime par d'autres textes de normes de l'Etat de droit démocratique. Et à côté même des textes de normes, les textes de la norme juridique (qui doivent être produits dans le cas concret), de la norme-décision comme de la motivation sont, eux aussi, de l'*écrit* — pour des raisons constitutionnellement pré-*scrites*. Et le discours se poursuit au-delà : le dispositif de la décision, ensemble avec sa motivation, est formellement remis en question à travers le recours en appel, le pourvoi en cassation ou tout autre voie de droit ; il est retourné en tous sens par les instances supérieures, confirmé, infirmé, modifié. Le texte de la motivation, pris avec le dispositif, est reproduit, discuté, défendu, critiqué, interprété de façon « dissidente », utilisé comme le point de départ de nouveaux discours par principe illimités ; comme ceux-ci le seront à leur tour. La pratique juridique quotidienne, dans le mouvement perpétuel de son affairement, comme l'écrasante richesse des matériaux de l'histoire du droit offrent (à côté de la « théo »-logie) le plus grandiose des exemples de ce que Foucault appelle « le moutonnement indéfini des commentaires » [36] de même qu'elles fournissent en même temps d'innombrables exemples d'interventions dans le discours juridique et de toutes autres formes de raréfaction du discours.

L'*injonction de s'arrêter*, dans le discours de motivation, au critère de la proximité des textes de normes afin d'en venir à la décision (a/ en général ; b/ à cette décision-ci à l'exclusion d'une autre), cette injonction s'appuie sur le pouvoir (*Gewalt*). Envisagée du point de vue de sa justifiabilité, elle *n'est que pouvoir*, *violence* (*Gewalt*) ; elle est ce pouvoir, cette violence qui a fait éclater le cadre du discours textuel/écrit, du discours comme tel.

Le jeu interminable des différences (au sens de Derrida) domine, comme une nécessité, dans sa totalité, ces niveaux du rapport aux textes, à l'écrit que l'on a désigné plus haut [37] par « compréhension » (intuitive) et « interprétation » (élaborée) [38]. Ce jeu, en tant que jeu [39] dans le langage, domine certes encore cela même que nous avons distingué de la compréhension et de l'inter-

[35] *Müller* I, par ex. : p. 147 et s., p. 155 et s. ; pour les citations qui suivent : *ibid.*, p. 157, p. 160 (non souligné dans l'original).

[36] *Foucault*, p. 18. (Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, 1971, p. 27. *N.d.T.*). Cf. *supra*, p. 43. — Dans cet ouvrage, *Foucault* élabore les figures des systèmes d'exclusion, de la raréfaction et des procédures internes de contrôle qui régissent le discours. (Rappelons que, chez Foucault, le « commentaire » vient au premier rang de ces « procédures internes » par lesquelles « les discours eux-mêmes exercent leur propre contrôle », des procédures qui « jouent plutôt à titre de classification, d'ordonnancement, de distribution, comme s'il s'agissait cette fois de maîtriser une autre dimension du discours (tandis que les systèmes d'exclusion vise la part du discours qui met en jeu le pouvoir et le désir) : celle de l'événement et du hasard » (*ibid.*, p. 23). La « raréfaction » constitue un troisième type de contrôle du discours, qui procède de la mise en place de règles d'« accès » au discours, des règles de qualification du sujet parlant (p. 38 et s.) *N.d.T.*)

[37] Cf. p. 43 ; voir également les développements consacrés au « travail avec des textes ».

[38] A propos de quoi il faut souligner que l'interprétation d'un texte, c'est-à-dire l'action interprétatrice d'un interprète, est absolument incapable de mettre à la place des signes de ce textes leur « signification ». Il ne peut, inéluctablement, que mettre une chaîne de signes (= sa chaîne de signes « interprétatrice ») à la place d'une autre (celle du texte de départ). — Sur ce point, à l'exemple de l'action interprétatrice du juge, la discussion et les références chez *Christensen* VII.

[39] « Le jeu systématique des différences, des traces de différences, de l'espacement » (pris aussi comme « devenir-espace de la chaîne parlée ») prend, chez Derrida, le nom de « différance ». Voir : Semiologie und Grammatologie. Gespräch mit Julia Kristeva, *Derrida* VI, p. 52 et s., p. 67 et s. (*Positions*, Paris, 1972, p. 38 et s. *N.d.T.*)

prétation sous l'expression de « travail avec des textes » ; il est cependant troublé par un « dehors » : par le complexe de pouvoir de l'appareil étatique. Cette effraction du pouvoir dans l'univers de l'écrit, cet *arrêt forcé du discours discursivement inarrêtable* — au nom de la légitimité dont la décision est débitrice — offre l'exemple le plus net de ce que peut signifier *le travail avec des textes dans une institution juridique (étatique)*.

Une disposition législative (un texte de norme) n'est pas édictée afin d'être « *comprise* », au sens des sciences de l'esprit, par tout un chacun, et particulièrement des juristes. Un texte de norme est introduit dans l'univers de droit afin d'être *utilisé* par des instances de décisions institutionnellement compétentes, armées d'un pouvoir d'Etat. Les textes de normes ne s'inscrivent pas dans un « univers herméneutique » (gadamérien) ; ils s'inscrivent dans la structure textuelle de l'Etat de droit formée de chaînes de signes d'injonction et de justification par lesquelles l'Etat constitutionnel ne constitue pas tant réellement son pouvoir qu'il ne le constitutionnalise.

Le travail qu'exigent les textes de normes *doit* conduire à des décisions pratiques à l'occasion des processus qui ont été ici envisagés. Le jugement qui (*en vain* mais *en fait*) coupe court au discours, pris dans cette fonction, n'est que pouvoir : l'un des moments stratégiques au cours desquels le *pouvoir* d'Etat ôte son masque [40]. Et pourtant, cette capacité de couper court au discours, qui est donnée avec l'existence d'un appareil étatique de ce genre, existe *certes en fait*, mais demeure *vaine*. L'Etat fait violence au langage (il ne peut faire autrement, c'est sa *raison d'être**) ; mais le langage lui rend ses coups. Les textes de l'Etat *sont* pouvoir ; mais ils demeurent des textes, ils restent de l'écrit — jusqu'au Jugement dernier, de nouveaux énoncés pourront être reliés aux énoncés des jugements (même passés en force de chose jugée, même exécutés) [41].

[40] Sur la situation historique et systématique du droit, entre *pouvoir* et *parole*, dans l'Etat constitutionnel bourgeois de l'époque moderne : *Müller* X. — Sur le fait que « ce qu'il y a de spécifiquement juridique dans les systèmes de domination et dans l'emploi de la contrainte qui, en dernier ressort, sanctionne la décision juridique (...) est lié au langage et, en conséquence, aux conditions générales qu'il impose » : *ibid.*, p. 37.

[41] Qu'à l'occasion, un Etat ne survive pas à cela, c'est une autre affaire. — Sur le destin de l'enchaînement de *genres de discours* (en français dans le texte) hétérogènes : *Lyotard*. — Que l'Etat puisse atteindre, grâce à l'activité décisionnelle appuyée sur le pouvoir, à la domination des rapports sociaux mais pas à la domination du discours lui-même, le fait que les instances étatiques investies d'un pouvoir de décision demeurent elles-mêmes subjectivement prises « dans le discours », on le voit aussi dans ces cas spectaculaires d'un « revirement de jurisprudence » ou d'une « adaptation de la jurisprudence » d'un même tribunal. Pour un exemple spectaculaire de « revirement », s'agissant, ironiquement, du concept même de « violence » : *supra*, p. 251, note 118.

* En français dans le texte. *(N.d.T.)*

Les textes de décision et les textes de motivation produits par l'Etat, comme d'ailleurs ses textes de normes, ne sont rien d'autre que des piliers dressés en travers du flot du discours : mais des piliers faits de la même eau, même s'ils sont protégés par les tireurs d'élite de l'appareil d'Etat, postés sur les berges [42]. C'est seulement en ce point extrême de la *décision insusceptible de recours* que, au nom du droit, les éléments pouvoir et langue s'écartent autant l'un de l'autre, au point de s'opposer. En stoppant définitivement le discours juridique, c'est le pouvoir (de l'Etat) seul qui s'impose. Dans la totalité du processus qui précède ce moment, la langue et le pouvoir se trouvent à l'état de mélange, qui caractérise leur relation fondamentale, et, en outre, en état actuel, actif de *combat sémantique*. La poursuite des commentaires et des débats après la décision prouve que celle-ci ne peut pas, *en réalité*, mettre un terme au discours ; elle lui ôte seulement sa force juridique. Les cas de « revirement de jurisprudence » marquent — quoique seulement pour des décisions futures — la possibilité d'une répercussion du discours sur le travail juridique dans l'institution étatique.

LIMITE DU PROGRAMME NORMATIF PLUTÔT QUE « LIMITE TEXTUELLE »

Le statut de priorité des données linguistiques sur les données réelles tout comme la préférence qui doit à chaque fois être donnée, en cas de conflit méthodologique, aux éléments les plus proches des textes permettent donc de *discipliner* le travail juridique, une discipline certes contraire à la théorie du discours, mais imposée du point de vue normatif et postulée par le pouvoir étatique constitué. La même chose vaut s'agissant de la question de leur limitation : on a montré plus haut (cf. p. 238 et s.) qu'une place spécifique revient au texte de norme (sa lettre) s'agissant également de la question de savoir où se situe la limite de la motivation et de la décision juridique admissibles. Cette place particulière découle pareillement, sur fond de ce paradoxe mis en avant (ci-dessus), du caractère « positivé », c'est-à-dire ici *du caractère écrit* de ce type de *système juridique*. Mais le texte de norme ne peut porter tout le fardeau « en tant que tel », c'est-à-dire sans médiatisation. On a déjà dit ci-dessus (p. 242 et s.) que même dans les rares cas-limite envisagés, puisque l'argumentation se concentre exclusivement sur le texte, celui-ci présente un programme

[42] Le texte qui emplit ces pages est lui-même écrit ; il n'échappera pas à la condition de l'écrit.

normatif rétréci à la suite d'un processus de travail, il est donc déjà médiatisé. Dans un tel cas, ce n'est donc pas non plus ce que, par raccourci, la doctrine traditionnelle des méthodes désigne par « sens littéral possible » — lequel, au bout du compte, doit argumenter par fixation lexicale — qui aide à réaliser l'exigence normative, imposée par l'Etat de droit, de soumission à la Constitution et à la loi. Cette exigence — y compris celle d'autres normes propres à l'Etat de droit (règles de priorité, réserves de loi, règles relatives aux collisions, aux critères, aux procédures et aux contrôles) — est au contraire normalement satisfaite *à l'aide du programme normatif*, dans les cas-limite mentionnés à l'aide, au bout du compte, du texte de norme (voire : de tous les textes de normes appropriés) grammaticalement interprété(s), mais d'un texte qui soit auparavant passé par tous les stades de l'interprétation. En aucun cas « la » limite textuelle ne peut être *présupposée* à titre d'objet, ni être stratifiée de façon spécieuse en distinguant, dans le concept, le « noyau dur du concept » (*Begriffskern*) de la « ceinture du concept » (*Begriffshof*) ; cette limite n'est en aucun cas une *donnée* généralisable, pour ainsi dire « valide » (*gültige*) — et ce pour des raisons langagières/linguistiques — . L'effet limitateur n'est pas une propriété du texte de norme ni de ses énoncés particuliers (une propriété qui pourrait être d'autorité lexicalement formulée et, partant, devrait être *lue* dans le cas juridique concret). Elle est le résultat d'un travail ; un travail effectué dans un cas concret *donné*, en fonction de *ces* emplois des termes des textes de loi utilisés, emplois tels que choisis par le travailleur juridique, en fonction de *cette* référence qu'il a lui-même fixée entre données linguistiques et données réelles (éléments de fait) de son cas concret. Et ce résultat doit être correctement motivé du point de vue méthodologique, et honnêtement exposé, un résultat qui ne peut être apporté qu'au cours d'un travail de « concrétisation » soumis aux principes de l'Etat de droit et de la démocratie. Au lieu de se demander si un résultat déterminé « transgresse ou non la limite textuelle tracée par l'expression légale x » (ce par quoi on suppose alors que la « signification » de x tout comme les « limites de sa signification » sont données par principe, préexistantes et qu'on peut en apporter une preuve lexicale), on devrait, de manière plus réaliste, se demander : peut-on ou non — étant donné le recours à l'intégralité des éléments de concrétisation de ce cas concret (données linguistiques et réelles) — encore imputer de façon méthodiquement plausible le résultat proposé au(x) texte(s) de norme(s) approprié(s) ? La justification acceptable du résultat réside ici dans le processus de travail pris dans son ensemble, et c'est pourquoi il est aussi tellement important que ce processus soit complet et honnêtement présenté. Mais cette justification ne se

trouve pas dans une « propriété » rajoutée au terme x contenu dans le texte de norme (la « signification » ou la « limite de signification »). Ce n'est qu'ainsi que les textes de normes du droit en vigueur demeurent « préservés d'exigences qui ne peuvent être satisfaites dans le langage et dont il faudrait s'acquitter par un travail accompli à l'aide d'autres facteurs, objectifs ou subjectifs, du processus de découverte du droit »[43]. La méthodologie structurante ne propose donc pas seulement de congédier les polarisations dualistes être/devoir-être, norme/cas d'espèce, norme/réalité, la représentation de l'« application » du droit comme subsomption et syllogisme, la conception de la concrétisation comme un procédé qui rendrait plus concrète une norme qui existerait préalablement dans un code législatif ainsi que d'autres legs de l'histoire de la science juridique ; elle propose aussi d'évacuer la conception traditionnelle d'une limite textuelle, laquelle amènerait à assigner au texte de norme une force limitatrice *donnée d'avance*, que celle-ci soit naturellement immanente au langage, socialement déterminée par *l'*usage linguistique ou encore autoritairement fixée par l'expertise de la science du langage.

[43] Cette dernière citation chez *Gast* V, p. 556, qui envisage la conception développée ici. — Depuis le milieu des années 70, la méthodologie structurante a commencé de prendre congé de la représentation habituelle d'une « limite textuelle » : *Müller* XII, p. 77 et s., p. 80 et s., p. 82 et s. ; *Müller* XVI, p. 271 et s., p. 274 ; il convient cependant d'y corriger les déclarations concernant les éléments du champ normatif : ceux-ci ne contribuent pas à déterminer la limite puisqu'ils doivent aussi bien être eux-mêmes conformes au programme normatif (c'est-à-dire à l'interprétation d'ensemble des données linguistiques) (se rapporter à *Müller* XVI, p. 274, note 8). — Sur cet aspect « limite du programme normatif plutôt que limite textuelle » voir aussi *Müller* XIX, p. 370 et s. Sur les problèmes communs rencontrés par la science du langage et la science du droit voir les contributions in *Müller* XXIV. — Pour des études approfondies relativement à la soumission à la loi ou à la fixation de références dans l'activité juridique conçue comme *processus de travail* assujetti au principe de l'Etat de droit et dont l'argumentation est ouverte : *Christensen* VII et *Jeand'Heur* IV. — Du point de vue de la linguistique, voir *Busse* IV, p. 167 et s. à propos du « travail sur des textes », travail qui va au-delà de l'« acte de compréhension » et de l'« acte d'interprétation » ; et *Busse* III, p. 33 sur le caractère intenable au plan linguistique de la traditionnelle « limite textuelle ».

CHAPITRE VI

Littérature

CLASSEMENT ALPHABÉTIQUE

La liste qui suit est une *bibliographie scientifique sélective* relative aux problèmes centraux et marginaux de la méthodologie juridique dans son ensemble.

Elle sert en outre de *clef* pour le *mode de citation* utilisé dans les notes.

Achterberg, N. : *Probleme der Funktionenlehre*, München, 1970.

Adomeit, K. : (I) Methodenlehre und Juristenausbildung, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1970, p. 176 et s.

Adomeit, K. : (II) Juristische Methode, in *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, A. Görlitz (éd.), München, 1972, p. 217 et s.

Adomeit, K. : (III) Zur Einführung : Rechtswissenschaft und Warheitsbegriff, in *Juristische Schulung*, 1972, p. 628 et s.

Adomeit, K. : (IV) *Normlogik — Methodenlehre — Rechtspolitologie. Gesammelte Beiträge zur Rechtstheorie 1970-1985. Mit einer Einführung : Jurisprudenz und Wissenschaftstheorie*, Berlin, 1986.

Adorno, Th. W., Albert, H., Dahrendorf, R., Habermas, J., Pilot, H., Popper, K. R. : *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwied et Berlin, 1969 (cité : *Adorno et al.*)

Albert, H. : (I) Wertfreiheit als methodisches Prinzip. Zur Frage der Notwendigkeit einer normativen Sozialwissenschaft, in *Logik der Sozialwissenschaften*, E. Topitsch (éd.), Köln, Berlin, 1965, p. 181 et s.

Albert, H. : (II) (éd.) *Theorie und Realität*, Tübingen, 1964.

Albert, H. : (III) *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen, 1968.

Albert, H. : (IV) *Ökonomische Ideologie und politische Theorie. Das ökonomische Argument in der ordnungspolitischen Debatte*, Göttingen, 1972 (2e édition).

Albert, H. : (V) Erkenntnis und Recht, in du même *Konstruktion und Kritik. Aufsätze zur Philosophie des Kritischen Rationalismus*, Hamburg, 1972, p. 221 et s.

Alexy, R. : (I) *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt/Main, 1978 (trad. fr. à paraître, coll. Léviathan, PUF).

Alexy, R. : (II) Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N.F. 14 (1980), p. 181 et s.

Alexy, R. : (III) *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985.
Alexy, R. : (IV) Rechtssystem und praktische Vernunft, in *Rechtstheorie* 18 (1987), p. 405 et s.
Alexy, R. : (V) Zur Kritik des Rechtspositivismus, in *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, R. Dreier (éd.), Stuttgart, 1990, p. 9 et s.
Arndt, A. : Zur Güterabwägung bei Grundrechten, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 869 et s.
Arndt, H.-W., Olshausen, H. v. : Nochmals : Verfassunsrechtliche Fragen zur inneren Pressefreiheit, in *Juristische Schulung*, 1975, p. 485 et s.
Bachof, O. : Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem ?, in *Juristenzeitung*, 1963, p. 697 et s.
Baden, E. : (I) Zum Regelungsgehalt von Gesetzgebungsmaterialen, in *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, J. Rödig (éd.), Berlin, Heidelberg, New York, 1976, p. 369 et s.
Baden, E. : (II) *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre*, Baden-Baden, 1977.
Badura, P. : (I) *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, Erlangen, 1959.
Badura, P. : (II) Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts. Verfassungsrechtliche Überlegungen, in *Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes*, t. X, Bonn, Bad-Godesberg, 1973.
Bäumlin, R. : (I) *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich, 1961.
Bäumlin, R. : (II) Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 101 (1965), p. 81 et s.
Baeyer, A. v. : Bemerkungen zum Verhältnis von juristischer und philosophischer Hermeneutik, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1968, p. 27 et s.
Ballweg, O. : *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1960.
Ballweg, O., *Seibert*, Th.-M. (éds.) : *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Th. Vieweg*, Freiburg, München, 1982.
Bauer, W. : *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtslehrer*, Berlin, 1968.
Baumgarten, A. : *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Bern, 1939.
Bayer, W. : *Plausibilität und juristische Argumentation*, s.l., 1975 (thèse Mayence).
Bender, B. : Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, in *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1959, p. 441 et s.
Bendix, L. : *Zur Psychologie der Urteilsfähigkeit des Berufsrichters und andere Schriften, mit einer biographischen Einleitung von R. Bendix*, M. Weiss (éd.), Neuwied, Berlin, 1968.
Benjamin, H. : Kybernetik und staatliche Führung, in *Staat und Recht*, 1967, p. 1230 et s.
Benz, Chr. E. : *Die Kodifikation der Sozialrechte. Die Positivierung von sozialen Grundrechten im Verfassungsrang*, Zürich, 1973.
Berg, M. v. : *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*, Köln, Berlin, 1968.
Bergbohm, K. : *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892.
Berkemann, J. : (I) Zur Auslegung des einfachen Gesetzes im Vefahren der konkreten Normkontrolle (Art.100 Abs.1 Satz1 GG), in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 99, 1974, p. 54 et s.
Berkemann, J. : (II) Probleme der Regelbildung in der richterlichen Entscheidungspraxis, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 45, 1992, p. 7 et s.
Bertuleit, A., *Herkströter*, D. : Nötigung durch Versammlung ?, in *Kritische Justiz*, 1987, p. 331 et s.
Bethge, H. : *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, München, 1977.
Bettermann, K. A. : *Die verfassungskonforme Auslegung. Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, 1986.
Beutel, F. K. : *Die Experimentelle Rechtswissenschaft. Möglichkeiten eines neuen Zweiges der Sozialwissenschaft*, Berlin, München, 1971.
Biaggini, G. : *Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der landesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel, Frankfurt/Main, 1991.

Billing, W. : *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema « Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit »*, Berlin, 1969.
Binder, J. : *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Aalen, 1970 (Réimp. éd. Leipzig, 1927).
Bindokat, H. : Teleologie und Analogie im Strafrecht, in *Juristenzeitung*, 1969, p. 541 et s.
Blei, H. : Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1970, p. 19 et s.
Blomeyer, J. : Wechselwirkungen zwischen Rechtsnorm und Lebenswirklichkeit, in *Rechtsanwendung, Rechtsauslegung, Rechtsfortbildung durch den Rechtspfleger. Tagung vom 7. bis 9. Nov. 1977 in Bad Boll*, Bad Boll, 1978 (Protokolldienst 1977, Heft 12), p. 44 et s.
Böckenförde, E.-W. : (I) Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1529 et s.
Böckenförde, E.-W. : (II) Die Methoden der Verfassungsinterpretation — Bestandsaufnahme und Kritik, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 2089 et s.
Böckenförde, E.-W. : (III) Kritik der Wertbegründung des Rechts, in *Oikeiosis-Acta humaniora, Festschrift für Robert Spaemann*, R. Löw (éd.), Weinheim, 1987, p. 1 et s.
Böckenförde, E.-W. : (IV) Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, P. Badura et R. Scholz (éds.), München, 1993, p. 3 et s.
Böhlke, H. J., Unterseher, L. : Die Folgen der Folgenorientierung. Ein verwunderter Blick auf die juristische Methodendiskussion, in *Juristische Schulung*, 1980, p. 323 et s.
Bogs, H. : *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, Stuttgart, 1966.
Bohne, G. : *Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung*, Köln, 1948.
Bonavides, P. : (I) *Theorie der Verfassungsinterpretation nach der Methode von F. Müller*, Rio de Janeiro, 1982.
Bonavides, P. : (II) Strukturierende Rechtslehre, in *Revista de Direito Constitucional e Ciècia Política*, 1984, p. 249 et s.
Bopp, U. : *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe, 1974.
Braun, C. : Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft, in *Rechtstheorie*, 19, 1988, p. 238 et s.
Brandenburg, H.-F. : *Die teleologische Reduktion. Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht*, Göttingen, 1982.
Braunroth, M. u.a. : *Ansätze und Aufgaben der linguistischen Pragmatik*, Kronberg/Ts., 1978 (2e éd.).
Braybrocke, D., Lindblom, Ch. E. : *A strategy of decision : policy evaluation as a social process*, New York, London, 1963.
Brinckmann, H., Grimmer, K. : *Rechtstheorie und Linguistik. Referate und Protokolle der Arbeitstagung in der Werner-Reimers-Stiftung, Bad Homburg 3. und 4. Mai 1974*, Kassel, 1974.
Brink, J., Keller, R. : Politische Freiheit und strafrechtlicher Gewaltbegriff, in *Kritische Justiz*, 1983, p. 107 et s.
Broekman, J. M. : (I) Der juristische Diskurs, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosohpie*, Supplementa Vol.1 Part 2, 1982, p. 123 et s.
Broekman, J. M. : (II) Rechtsfindung als diskursive Strategie, in *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, O. Ballweg et Th.-M. Seibert (éds.), Freiburg i. Brsg., München, 1982, p. 197.
Broekman, J. M. : (III) Text als Institution, in *Rechtstheorie*, Beiheft 6, 1984, p. 145 et s.
Broekman, J. M. : (IV) Artikel « Rechtstheorie », in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, J. Ritter et K. Gründer (éds.), Darmstadt, 1992, p. 342 et s.
Brohm, W. : Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 30, 1972, Berlin, p. 245 et s.

Brüggemann, J. : *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlin, Munchen, 1971.
Bruns, R. : Methodik des Prozessrechts, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, M. Thiel (éd.), 11. Lieferung : *Methoden der Rechtswissenschaft* Teil I, München und Wien, 1972, p. 191 et s.
Buchwald, D. : *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Baden-Baden, 1990.
Bühler, Th. : *Rechtserzeugung, Rechtserfragung, Legitimität der Rechtsquellen*, Zürich, 1985.
Bülow, O. : *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885.
Bull, H.-P. : *Verwaltung durch Maschinen. Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung*, Köln, Berlin, 1964 (2e éd.).
Bund, E. : Die Analogie als Begründungsmethode im deutschen Recht der Gegenwart, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1978, p. 115 et s.
Bundesgerichtshof, Entscheidungen des – (in Zivilsachen) (Recueil des décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile), éd. par les membres de la Cour et du Ministère public fédéral, Köln, Berlin, à partir de 1951 (cité : BGHZ – numéro du tome).
Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen des – (Recueil des décision de la Cour constitutionnelle fédérale), éd. par les membres de la Cour, Tübingen, à partir de 1952 (cité : BVerfGE – numéro du tome)
Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen des – (Recueil des décisions de la Cour administrative fédérale), éd. par les membres de la Cour, Berlin, à partir de 1955 (cité BVerwGE – numéro du tome).
Burckhard, M. : *Der Richter*, Berlin, 1909.
Burckhardt, W. : *Methode und System des Rechts mit Beispielen*, Zürich, 1936 (réimp. 1971).
Burmeister, J. : *Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung (Verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung)*, Berlin, Frankfurt/Main, 1966.
Busse, D. : (I) Was ist die Bedeutung eines Gesetzestextes ?, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 93 et s.
Busse, D. : (II) *Juristische Semantik*, Berlin, 1993.
Busse, D. : (III) *Recht als Text. Linguistische Untersuchunen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*, Tübingen, 1992.
Busse, D. : (IV) *Textinterpretation*, Opladen, 1992.
Bydlinski, F. : (I) *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, 1982.
Bydlinski, F. : (II) *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, Wien, New York, 1988.
Callies, R. P. : Sitzdemonstrationen und strafbare Nötigung in verfassungsrechtlicher Sicht, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1987, p. 209 et s.
Canaris, C.-W. : (I) *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1983 (2e éd.).
Canaris, C.-W. : (II) *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1983 (2e éd.).
Cardozo, B. : *Lebendiges Recht*, München, 1949.
Cattepoel, J. : Der unbestimmte Rechtsbegriff als Problem der Rechtssprache, in *Rechtstheorie*, 10, 1979, p. 231 et s.
Christensen, R. : (I) Article « Begriff, Begriffsbildung », in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/60.
Christensen, R. : (II) Recht und Moral in Ernst Blochs Kritik der marxistisch-leninistischen Rechtstheorie, in *Recht in Ost und West*, 30, 1986, p. 299 et s.
Christensen, R. : (III) Article « Strukturierende Rechtslehre », in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1987, 2/560.
Christensen, R. : (IV) Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in *Archiv fur Rechts- und Sozialphilosophie*, 1987, p. 75 et s.
Christensen, R. : (V) Gesetzesbindung oder Bindung an das Gesetzbuch der praktischen Vernunft. Eine skeptische Widerrede zur Vorstellung des sprechenden Textes, in *Die Leistungsfähigkeit des Rechts*, von Mellinghoff/Trute (éds.), Heidelberg, 1988, p. 95 et s.
Christensen, R. : (VI) Der Richter als Mund des sprechenden Textes, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 47 et s.
Christensen, R. : (VII) *Was heißt Gesetzesbindung ? Eine rechtslinguistische Untersuchung*, Berlin, 1989.
Christensen, R. : (VIII) Richterrecht — rechtsstaatlich oder pragmatisch ?, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, p. 3194 et s.
Christensen, R., Kromer, M. : Zurück zum Positivismus ?, in *Kritische Justiz*, 1983, p. 41 et s.
Chryssogonos, K. : *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, Berlin, 1987.
Claessens, D., Klönne, A., Tschoepe, A. : *Sozialkunde der Bundesrepublik Deutschland*, Düsseldorf, Köln, 1981 (nouvelle éd.).
Clauss, H., Clauss, K. : Zum Begriff « eindeutig », in *Juristenzeitung*, 1961, p. 660 et s.
Clemens, Chr. : *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlin, 1977.
Coing, H. : (I) *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Köln, Opladen, 1959.
Coing, H. : (II) *Juristische Methodenlehre*, Berlin, New York, 1972.
Coing, H. : (III) Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, in *Juristische Schulung*, 1975, p. 277 et s.
Cornu, G. : *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990.
Dahrendorf, R. : (I) Struktur und Funktion. Talcott Parsons und die Entwicklung der soziologischen Theorie, in *Kölner Zeitschrift fur Soziologie und Sozialpsychologie*, 7, 1955, p. 491 et s.
Dahrendorf, R. : (II) Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht, in *Gesellschaft und Freiheit*, R. Dahrendorf (éd.), München, 1965, p. 176 et s.
Damm, G. : Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre, in *Rechtstheorie*, 7, 1976, p. 213 et s.
Denninger, E. : (I) Besprechung von F. Müller : « Normstruktur und Normativität », in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, 1969, p. 333 et s.
Denninger, E. : (II) *Staatsrecht I*, Reinbeck bei Hamburg, 1973.
Depenheuer, O. : *Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation*, Heidelberg, 1988.
Derrida, J. : (I) *Grammatologie*, Frankfurt/Main, 1974.
Derrida, J. : (II) *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt/Main, 1976.
Derrida, J. : (III) *Gesetzeskraft. Der « mythische Grund der Autorität »*, Frankfurt/Main, 1991.
Derrida, J. : (IV) Signatur, Ereignis, Kontext, in : *Randgänge der Philosophie*, Frankfurt/Main, Berlin, Wien, 1976, p. 124 et s.
Derrida, J. : (V) *La dissémination*, Paris, 1972.
Derrida, J. : (VI) *Positionen*, Graz, Wien, 1986.
Descombes, V. : *Das Selbe und das Andere*, Frankfurt/Main, 1981.
Deutsch, K. : (I) *The Nerves of Government*, New York, 1966.
Deutsch, K. : (II) *Politische Kybernetik*, Freiburg, 1969.
Diederichsen, U. : (I) Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 697 et s.
Diederichsen, U. : (II) Recht und Rechtswirklichkeit : Stufen der Rechtsverwirklichung, in *Justiz und Recht*, 1983, p. 57 et s.
Diesselhorst, M. : *Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Tübingen, 1968.
Dilcher, G. : Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 61, 1975, p. 497 et s.
Dolzer, R. : *Verfassungskonkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht und durch politische Ver-*

fassungsorgane. Die Geeignetheit des Entscheidungsverfahrens als Kriterium verfassungsgerichtlicher Kompetenz, Heidelberg, 1982.
Drath, M. : (I) Zur Soziallehre und Rechtslehre vom Staat, ihren Gebieten und Methoden, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für R. Smend*, Göttingen, 1952, p. 41 et s.
Drath, M. : (II) *Grund und Grenze der Verbindlichkeit des Rechts*, Tübingen, 1963.
Drath, M. : (III) Bemerkungen zur Theorie des Gesetzgebungsstaates, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 17, 1965, p. 556 et s.
Drath, M. : (IV) Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft. Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden ?, in *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, W. Böhme (éd.), Karlsruhe, 1968, p. 85 et s.
Dreier, H. : *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986.
Dreier, R. : (I) Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in *Rechtstheorie*, 2, 1971, p. 37 et s.
Dreier, R. : (II) Rechtspolitik und Ideologiekritik, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1973, p. 95 et s.
Dreier, R., Schwegmann, F. (éds.) : *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden, 1976.
Dubischar, R. : (I) *Grundbegriffe des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie*, Stuttgart, 1968.
Dubischar, R. : (II) *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 174.
Ebeling, G. : Hermeneutik, in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, K. Galling (éd.), Tübingen, 1959 (3e éd.), tome 3, p. 242 et s.
Ebsen, I. : *Gesetzesbindung und « Richtigkeit » der Entscheidung. Eine Untersuchung zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1974.
Eckardt, W. D. : *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung. Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht*, Berlin, 1964.
Eckhoff, T., Jacobsen, K. D. : *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making*, Kopenhagen, 1960.
Eckmann, H. : *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Theorie H.L.A. Harts*, Berlin, 1969.
Edwards, P. : *The Logic of moral Discours*, Illinois, 1955.
Ehmke, H. : (I) *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953.
Ehmke, H. : (II) *Wirtschaft und Verfassung*, Karlsruhe, 1961.
Ehmke, H. : (III) Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, Berlin, p. 53 et s., p. 130 et s.
Ehrenzweig, A. A. : *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*, Berlin, 1973.
Ehrlich, E. : *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig, 1913 (réimp. Berlin, 1967).
Ellwein, Th. : *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1973.
Emge, C. A. : Die Bedeutung der rechtssoziologischen Sachverhalte für die Dogmatik, in *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 11/1967, p. 182 et s.
Enderlein, W. : *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg, München, 1992.
Engisch, K. : (I) Sinn und Tragweite juristischer Systematik, in *Studium Generale*, 1957, p. 173 et s.
Engisch, K. : (II) *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1983 (8e éd.).
Engisch, K. : (III) *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, Heidelberg, 1963 (3e éd.).
Engisch, K. : (IV) *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968 (2e éd.).
Engisch, K. : (V) Methoden der Strafrechtswissenschaft, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, M. Thiel (éd.), 11e livraison, *Methoden der Rechtswissenschaft*, Teil 1, München, Wien, 1972, p. 39 et s.
Engisch, K. : (VI) *Beiträge zur Rechtstheorie*, P. Bockelmann, A. Kaufmann, U. Klug (éds.), Frankfurt/Main, 1984.

Erhardt, E. : *Kunstfreiheit und Strafrecht. Zur Problematik satirischer Ehrenverletzungen*, Heidelberg, 1989.
Esser, J. : (I) Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in *Studium Generale*, 1959, p. 97 et s.
Esser, J. : (II) *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964 (2e éd.).
Esser, J. : (III) *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil*, Karlsruhe, 1965.
Esser, J. : (IV) Methodik des Privatrechts, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, M. Thiel (éd.) 11e livraison, *Methoden der Rechtswissenschaft*, Teil 1, München, Wien, 1972, p. 3 et s.
Esser, J. : (V) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt/Main, 1972 (2e éd.).
Esser, J. : (VI) Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, J. Esser, H. Thieme (éds.), Tübingen, 1967, p. 95 et s.
Esser, J. : (VII) Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkzeugs, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 555 et s.
Esser, J., Stein, E. : *Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung*, Frankfurt/Main, 1966.
Feldmann, H. J. : *Der politische Charakter verfassungsgerichtlicher Spruchtätigkeit*, Diss. jur., Würzburg, 1971.
Fenge, H. : (I) Juristische Methodenlehre und Prozeßrechtswissenschaft, in *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag*, E. Bökelmann, W. Henckel, G. Jahr (éds.), Berlin, New York, 1975, p. 135 et s.
Fenge, H. : (II) Systemverstellungen über Begriffe, Theorien, Konzeptionen und Methoden des Rechts, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplementa, Vol. 1, Part. 2, 1982, p. 141 et s.
Fiedler, H. : (I) Rechenautomaten in Recht und Verwaltung, in *Juristenzeitung*, 1966, p. 689 et s.
Fiedler, H. : (II) Juristische Logik in mathematischer Sicht. Einige Bemerkungen und Beispiele, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1966, p. 93 et s.
Fiedler, H. : (III) Perspektiven juristischer Dokumentation, Forschung und Textbearbeitung mit Elektrorechnern, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, p. 273 et s.
Fiedler, H. : (IV) Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen, in *Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig*, U. Klug, Th. Ramm (éds.), Berlin, Heidelberg, New York, 1978, p. 129 et s.
Fiedler, H. : (V) Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre, in *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, G. Kohlmann (éd.), t. 1, Köln, 1983, p. 55 et s.
Fiedler, W. : *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, Freiburg, München, 1972.
Fikentscher, W. : *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 vol., Tübingen, 1975 et s.
Fischer, M. W., Mock, E., Schreiner, H. (éds.) : *Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts*, Stuttgart, 1984 (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 20).
Flume, W. : Richterrecht im Steuerrecht, in *Steuerberater-Jahrbuch*, Köln, 1964/1965, p. 55 et s.
Fohmann, L. H. : (I) *Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht. Studie zur Operationalisierung spezifischer Rechtsanwendungsmethoden und zur Konstruktion einer rechtsorientierten Argumentationstheorie — Erster Teil einer analytischen Theorie der Rechtsanwendung*, Berlin, 1978.
Fohmann, L. H. : (II) Konkurrenzen und Kollisionen im Grundrechtsbereich, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1985, p. 49 et s.
Forsthoff, E. : (I) Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in *Festschrift für C. Schmitt*, H. Barion, E. Forsthoff, W. Weber (éds.), Berlin, 1959, p. 35 et s.
Forsthoff, E. : (II) *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961.
Forsthoff, E. : (III) Besprechung von : M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, in *Der Staat*, 8, 1969, p. 523 et s.
Foucault, M. : *Die Ordnung des Diskurses*, München, 1974.
Fraenkel, E. : *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, Berlin, 1927.

Franssen, E. : Positivismus als juristische Strategie, in *Juristenzeitung*, 1969, p. 766.
Freihalter, G. U. : *Gewissensfreiheit. Aspekte eines Grundrechts*, Berlin, 1973.
Friedrich, M. : (I) Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102, 1977, p. 161 et s.
Friedrich, M. : (II) Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 111, 1986, p. 197 et s.
Frommel, M. : *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Joseph Esser*, Ebelsbach, 1981.
Gadamer, H.-G. : *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1975 (4e éd.).
Galbraith, J. K. : *Die moderne Industriegesellschaft*, München, 1968.
Garrn, H. : (I) *Rechtsproblem und Rechtssystem*, Bielefeld, 1973.
Garrn, H. : (II) *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart, 1986.
Garstka, H. : Generalklauseln, in *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, H.-J. Koch (éd.), Kronberg/Ts., 1976, p. 96 et s.
Gast, W. : (I) *Rechtserkenntnis und Gewaltstrukturen. Metatheorie der institutionellen Wirklichkeit*, Berlin, 1975.
Gast, W. : (II) Zur Einübung der Ungewißheit. Sprachspiele aus der Vorschule juristischen Argumentierens, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 14, 1980, p. 147 et s.
Gast, W. : (III) Recht als ius argumentandi, in *Rhetorische Rechtstheorie. Zum. 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, O. Ballweg, Th.-M. Seibert (éds.), Freiburg, München, 1982, p. 297 et s.
Gast, W. : (IV) *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*, Heidelberg, 1992 (2e éd.).
Gast, W. : (V) Besprechung von F. Müller (éd.), *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, p. 556 et s.
Geffken, R. : *Klassenjustiz*, Frankfurt/Main, 1972.
Geiger, Th. : *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1964 (2e éd.).
Geilen, G. : (I) Neue Entwicklungen zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, in *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965*, F. Geerds, W. Naucke (éds.), Berlin, 1966, p. 445 et s.
Geilen, G. : (II) Lebensgefährdende Drohung als Gewalt in § 251 StGB ?, in *Juristenzeitung*, 1970, p. 521 et s.
Geitmann, R. : *Bundesverfassungsgericht und « offene » Normen. Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse*, Berlin, 1971.
Gerber, C. F. v. : (I) *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852.
Gerber, C. F. v. : (II) *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1880 (3e éd.).
Germann, O. A. : *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Bern, 1967 (2e éd.).
Gern, A. : Die Rangfolge der Auslegungsmethoden von Rechtsnormen, in *Verwaltungs-Archiv*, 1989, p. 415 et s.
Giacometti, Z. : *Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung*, Tübingen. 1925.
Göldner, D. Chr. : (I) *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem*, Berlin, 1969.
Göldner, D. Chr. : (II) Verfassung, Rechtsfortbildung und Lücke, in *Festschrift für Karl Larenz zum. 80. Geburtstag am 23. April 1983*, C.-W. Canaris, U. Diederichsen (éds.), München. 1983, p. 199 et s.
Goerlich, H. : (I) *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundeserfassungsgerichts*, Baden-Baden, 1973.
Goerlich, H. : (II) Optimierungsaufgaben der Verfassungsinterpretation, in *Rechtstheorie*, 8, 1977, p. 231 et s.
Gomes Canotilho, J. J. : *Direito Constitucional*, Coimbra, 1991 (5e éd.)

Grabitz, E. : Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98, 1973, p. 568 et s.
Grimm, D. : (I) Recht und Politik, in *Juristische Schulung*, 1969, p. 501 et s.
Grimm, D. (éd.) : (II) *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, t. 1, Frankfurt/Main, 1973.
Grimm, D. : (III) Staatsrechtslehre und Politikwissenschaft, in *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, précit., p. 53 et s.
Grimm, D. : (IV) Verfassungsgerichtsbarkeit. Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, t. 2 : *Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, W. Hoffmann-Riem (éd.), München, 1977, p. 83 et s.
Grimm, D. : (V) Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat ?, in *Juristische Schulung*, 1980, p. 704 et s.
Grimm, D. : (VI) Methode als Machtfaktor, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, N. Horn (éd.), t. 1, München, 1982, p. 469 et s.
Grimm, D. : (VII) Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, W. Hassemer, W. Hoffmann-Riem, J. Limbach (éds.), Baden-Baden, 1982.
Grimmer, K. : *Die Rechtsfiguren einer « Normativität des Faktischen ». Untersuchungen zum Verhältnis von Norm und Faktum und zur Funktion der Rechtsgestaltungsorgane*, Berlin, 1971.
Gröschner, R. : Artikel « Rechtsfindung », in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/430.
Gromitsaris, A. : *Normativität und sozialer Geltungsgrund des Rechts. Zur Revision und Reformulierung der Normentheorie von Theodor Geiger*, Berlin, 1992.
Große-Wentrup, U. : *Juristische Methodenlehre und richterliches Entscheidungshandeln*, Münster, 1980.
Grüber, H.-B. : Zur Anwendbarkeit der Soziologie in der Jurisprudenz. Vorschlag zur Lösung der Auslegungsproblematik bei unbestimmten Rechtsbegriffen, in *Juristenzeitung*, 1974, p. 665 et s.
Grunsky, W. : Zur Bedeutung der Logik für das Verständnis des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, in *Juristenzeitung*, 1974, p. 750 et s.
Gurr, T. R. : Ursachen und Prozesse politischer Gewalt, in *Politische Systemkrisen*, M. Jänicke (éd.), Köln, 1973, p. 152 et s.
Gusy, Chr. : (I) « Wirklichkeit » in der Rechtsdogmatik, in *Antrittsvorlesungen der J. Gutenberg Universität Mainz*, 1989, p. 53 et s.
Gusy, Chr. : (II) Richterrecht und Grundgesetz, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1992, p. 461 et s.
Haag, K. : *Rationale Strafmessung. Ein entscheidungstheoretisches Modell der strafrechtlichen Entscheidung*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970.
Habermas, J. : (I) Analytische Wissenschaftstheorie und Dialektik. Ein Nachtrag zur Kontroverse zwischen Popper und Adorno, in *Logik der Sozialwissenschaften*, E. Topitsch (éd.), Köln, Berlin, 1965, p. 291 et s.
Habermas, J. : (II) Wie ist die Legitimität durch Legalität möglich ?, in *Kritische Justiz*, 1987, p. 1 et s.
Häberle, P. : (I) *Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg, 1983 (3e éd.)
Häberle, P. : (II) Allgemeine Staatslehre, Verfassungslehre oder Staatsrechslehre, in *Zeitschrift für Politik*, 12, 1965, p. 381 et s.
Häberle, P. : (III) Die Abhörentscheidung des Bundesverfasungsgerichts vom 15. 12. 1970. Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971, in *Juristenzeitung*, 1971, p. 145 et s.
Häberle, P. : (IV) Grundrechte im Leistungsstaat, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatrechtslehrer*, 30, 1972, Berlin, p. 43 et s.

Häberle, P. : (V) Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und « prozessualen » Verfassungsinterpretation, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 297 et s.
Häfelin, U. : Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in *Recht als Prozeß und Gefüge. Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag*, Bern, 1981, p. 241 et s.
Haft, F. : (I) Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, in *Juristische Schulung*, 1975, p. 477 et s.
Haft, F. : (II) Juristische Hermeneutik und Rechtsrhetorik, in *Dimension der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, W. Hassemer (éd.), Heidelberg, 1984, p. 29 et s.
Haft, F. : (III) *Juristische Rhetorik*, Freiburg, München, 1985 (3e éd.).
Haft, F., Müller-Krumbhaar, H. : Juristisches Informationssystem, Erwartungen und Perspektiven, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1973, p. 85 et s.
Hagen, J. J. : (I) *Soziologie und Jurisprudenz. Zur Dialektik von Gesellschaft und Recht*, München, 1973.
Hagen, J. J. : (II) Technologie und Recht, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, p. 286 et s.
Hagen, J. J. : (III) Zur Renaissance des Rechtsgefühls, in *Demokratie und Recht*, 1987, p. 201 et s.
Hamann, W. : *Juristische Methodik*, Essen, 1986 (3e éd.).
Hardwig, W. : Die methodologische Bedeutung von Rechtsfällen für die Behandlung rechtswissenschaftlicher Probleme, in *Juristische Schulung*, 1967, p. 49 et s.
Hare, R. : *The Language of Morals*, Oxford, 1952.
Harenburg, J. : *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1986.
Hart, H. L. A. : (I) *Recht und Moral*, Göttingen, 1971.
Hart, H. L. A. : (II) *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt/Main, 1973.
Hartmann, P. : Sprachwissenschaft und Rechtswissenschaft. Eine vergleichende Konfrontation, in *Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 45 et s.
Hassemer, W. : (I) *Tatbestand und Typus*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968.
Hassemer, W. : (II) Juristische Hermeneutik, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72, 1986, p. 195 et s.
Hassemer, W. : (III) Anmerkung zu BVerfG, Urteil v. 11. 11. 1986, in *Juristische Schulung*, 1987, p. 314 et s.
Hattori, T. : La méthodologie juridique de F. Müller (en jap.), Kyoto, 1987.
Hatz, H. : *Rechtssprache und juristischer Begriff*, Stuttgart, 1963.
Haverkate, G. : (I) Offenes Argumentieren im Urteil. Über die Darstellung der richterlichen Wertung bei kontroversen Rechtsfragen, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1973, p. 281 et s.
Haverkate, G. : (II) *Gewißheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin, 1977.
Heck, Ph. : (I) Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 112, 1914, p. 1 et s.
Heck, Ph. : (II) *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932.
Heck, Ph. : (III) *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1932 (2e éd.).
Hegenbarth, R. : *Juristische Hermeneutik und linguistische Pragmatik. Dargestellt am Beispiel der Lehre vom Wortlaut als Grenze der Auslegung*, Königstein, 1982.
Heinsheimer, K. : *Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes*, Heidelberg, 1929.
Heinz, E. : Rechtsregeln als Gegenstand sprachlicher Kommunikation, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 58, 1972, p. 29 et s.
Heller, H. : (I) Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 55, 1929, p. 321 et s.
Heller, H. : (II) *Staatslehre*, G. Niemeyer (éd.), Leiden, 1934.
Henkel, H. : (I) *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, Berlin, 1964.

Henkel, H. : (II) *Ideologie und Recht*, Tübingen, 1973.
Heringer, H. J. (éd.) : (I) *Der Regelbegriff in der praktischen Semantik*, Frankfurt/Main, 1974.
Heringer, H., et al. : (II) *Einführung in die praktische Semantik*, Heidelberg, 1977.
Herschsohn, H. : Anwendung von Methoden der exakten Wissenschaften auf juristische Probleme, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 1968, p. 177 et s.
Hesse, K. : (I) *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, 1959.
Hesse, K. : (II) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1988 (16e éd.).
Hesse, K. : (III) Grenzen der Verfassungswandlung, in *Festschrift für U. Scheuner zum 70. Geburtstag*, H. Ehmke, J. H. Kaiser, W. A. Kewenig, K. M. Meesen, W. Rüfner (éds.), Berlin, München, 1973, p. 123 et s.
Heun, W. : Original Intent und Wille des historischen Verfassungsgebers, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 116, 1991, p. 185 et s.
Höfling, W. : *Offene Grundrechtsinterpretation. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*, Berlin, 1987.
Hoerster, N. : Vorurteil, Konsens und Rechtsauslegung, in *Juristische Schulung*, 1985, p. 665 et s.
Hoffmann, G. : *Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit*, Baden-Baden, 1981.
Hoffmann, J. : (I) *Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und die Organisierung einer Mediengewerkschaft*, Köln, 1981.
Hoffmann, J. : (II) Kunstfreiheit und Sacheigentum, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, p. 237 et s.
Hoffmann-Riem, W. : (I) Beharrung oder Inovation — Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in *Der Staat*, 13, 1974, p. 335 et s.
Hoffmann-Riem, W. : (II) Sozialstaatliche Wende der Medienverantwortung ?, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 469 et s.
Hoffmann-Riem, W. : (III) Medienwirkung und Medienverantwortung. Methodisch und verfassungsrechtlich orientierte Überlegungen zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in *Medienwirkung und Medienverantwortung*, F. Kübler (éd.), Baden-Baden, 1975, p. 19 et s.
Hollerbach, A. : Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung ?, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 85, 1960, p. 241 et s.
Honsell, Th. : *Historische Argumente im Zivilrecht*, Ebelsbach, 1982.
Hoppe, W. : Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1974, p. 641 et s.
Hoppe, W., Rengeling, H.-W. : *Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform. Verfassungsrechtliche Maßstäbe zur Überprüfung von Neuliederungsgesetzen*, Frankfurt/Main, 1973.
Hopt, K. J. : Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten ?, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 341 et s.
Horn, D. : (I) *Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes*, Diss., Berlin, 1962.
Horn, D. : (II) *Rechtssprache und Komunikation. Grundlegung einer semantischen Komunikationstheorie*, Berlin, 1966.
Horn, D. : (III) Rechtswissenschaft und Komunikationstheorie, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1967, p. 573 et s.
Horn, D. : (IV) Perzeption und Komunikation. Eine Kritik der herrschenden Sprachtheorie, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1975, p. 1 et s.
Horn, N. : Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation, in *Rechtstheorie*, 6, 1975, p. 145 et s.
Hruschka, J. : (I) Rechtsanwendung als methodologisches Problem, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1965, p. 485 et s.
Hruschka, J. : (II) *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, München, 1972.

Hruschka, J. : (III) Zum Favor Traditionis bei der Anwendung von Gesetzen, dargestellt am Beispiel des 40 Abs.2 GVG, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1973, p. 181 et s.
Huber, H. : (I) Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 91/III, 1955, p. 95 et s.
Huber, H. : (II) Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 107, 1971, p. 172 et s.
Huber, H. : (III) Über die Konkretisierung der Grundrechte, in *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden*, Basel, 1972, p. 191 et s.
Hubmann, H. : Enstehen und Außerkrafttreten von Gewohnheitsrecht, in *Juristische Schulung*, 1968, p. 61 et s.
Hülst, D., Tjaden, K. H., Tjaden-Steinhauer, M. : *Methodenfragen zur Gesellschaftsanalyse. Zum Verhältnis von gesellschaftlicher Konstitution und sozialwissenschaftlicher Erkenntnis*, Frankfurt/Main, 1973.
Hufen, F. : (I) Verfassungstheorie und Systemtheorie. Ansätze amerikanischer Politikwissenschaft und ihr Ertrag für eine funktionale Verfassungstheorie, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 100, 1975, p. 193 et s.
Hufen, F. : (II) *Gleichheitssatz und Bildungsplanung. Zum Funktionswandel der Grundrechte im modernen Sozialstaat*, Baden-Baden, 1975.
Husserl, G. : *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt/Main, 1955.
Ipsen, J. : (I) *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975.
Ipsen, J. : (II) Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, p. 1102 et s.
Isay, H. : *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929.
Jaeggi, U. : *Kapital und Arbeit in der Bundesrepublik. Elemente einer gesamtgesellschaftlichen Analyse*, Frankfurt/Main, 1973.
Jeand'Heur, B. : (I) Methodische Analyse, freiheitliche und leistungsrechtliche Konsequenzen des Finanzhilfe-Urteils, in *Zukunftsperspektiven der Freien Schule — Dokumentation, Diskussion und praktische Folgen des Finanzhilfe-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, F. Müller (éd.), Berlin, 1988, p. 67 et s.
Jeand'Heur, B. : (II) Gemeinsame Probleme der Sprach- und Rechtswissenschaft aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 17 et s.
Jeand'Heur, B. : (III) Der Normtext : Schwer von Begriff oder Über das Suchen und Finden von Begriffsmerkmalen, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 149 et s.
Jeand'Heur, B. : (IV) *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Berlin, 1989.
Jeand'Heur, B. : (V) Weitergeltung des GG oder Verabschiedung einer neuen Verfassung in einem vereinigten Deutschland ?, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1990.
Jeand'Heur, B. : (VI) *Der Kindeswohl-Begriff aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Bonn, 1991.
Jeand'Heur, B. : (VII) Anmerkung zum Urteil des BGH v. 21. 6. 1990 (« Opus Pistorum »), in *Strafverteidiger*, 1991, p. 165 et s.
Jellinek, G. : *Allgemeine Staatslehre*, Darmstadt, 1960 (3e éd., 7e réimp.)
Jescheck, H. H. : Methoden der Strafrechtswissenschaft, in *Studium Generale*, 1959, p. 107 et s.
Jorgensen, S. : (I) Hermeneutik und Auslegung, in *Rechtstheorie*, 9, 1978, p. 63 et s.
Jorgensen, S. : (II) Die rechtliche Entscheidung und ihre Begründung, in *Rhetorische Rechtstheorie. Zum 75. Geburtstag Theodor Viehweg*, O. Ballweg, Th.M. Seibert (éds.), Freiburg, München, 1982, p. 337 et s.
Jost, F. : Tatsachenbehauptungen als Element juristischer Argumentation, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplementa Vol. 1, Part. 3, 1983, p. 163 et s.

Kalinowski, G. : *Einführung in die Normenlogik*, Frankfurt/Main, 1973.
Kalitass, W. : *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz. Darstellung und Würdigung*, Frankfurt/Main, 1972.
Kantorowicz, H. : Der Kampf um die Rechtswissenschaft, in *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, 1962.
Karpen, H.-U. : *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, Berlin, 1970.
Kaufmann, A. : (I) Gesetz und Recht, in *Existenz und Ordnung. Festschrift für E. Wolf*, Th. Würtenberger, W. Maihofer, A. Hollerbach (éds.), Frankfurt/Main, 1962, p. 357 et s.
Kaufmann, A. : (II) *Analogie und « Natur der Sache ». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, Hamburg, 1982 (2e éd.)
Kaufmann, A. : (III) Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 337 et s.
Kaufmann, A. : (IV) Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, N. Horn (éd.), t. 1, München, 1982, p. 537 et s.
Kaufmann, A., Hassemer, W. (éds.) : *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 4e éd., Heidelberg, 1985 (5e éd., 1989).
Kaupen, W. : (I) *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen*, Neuwied, Berlin, 1973 (2e éd.).
Kaupen, W. : (II) Klassenjustiz in der Bundesrepublik ?, in *Vorgänge*, 12, 1973, p. 32 et s.
Kaupen, W., Rasehorn, Th. : *Die Juristen zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*, Neuwied, Berlin, 1971.
Keller, A. : *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, Winterthur, 1960.
Keller, Rainer : *Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt*, Berlin, 1982.
Keller, Rudi : *Sprachwandel. Von der unsichtbaren Hand in der Sprache*, Tübingen, 1990.
Kelsen, H. : (I) *Reine Rechtslehre, mit einem Anhang : Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960 (2e éd.)
Kelsen, H. : (II) Was ist juristischer Positivismus ?, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 465 et s.
Kempski, J. v. : *Grundlegung zu einer Strukturtheorie des Rechts*, Wiesbaden, 1961.
Keuth, H. H. : *Zur Logik der Normen*, Berlin, 1972.
Kininger, E. : *Die Realität der Rechtsnorm. Eine empirische Studie*, Berlin, 1971.
Kirchheimer, O. : (I) Prinzipien der Verfassungsinterpretation in den USA, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N.F. 11, 1962, p. 93 et s.
Kirchheimer, O. : (II) *Politik und Verfassung*, Frankfurt/Main, 1964.
Kirchheimer, O. : (III) *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecken*, Neuwied, 1965.
Kirchhof, P. : Ein « Planspiel » zur Ausarbeitung eines Gesetzentwurfs. Bericht über didaktische Ergebnisse eines Lehrversuchs, in *Juristische Schulung*, 1971, p. 494 et s.
Klein, F. : *Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen*, Münster, 1966.
Klein, H. H. : *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt/Main, 1968.
Klier, G. : *Gewissensfreiheit und Psychologie zur Normbereichsanalyse des Grundrechts der Gewissensfreiheit*, Berlin, 1978.
Klug, U. : *Juristische Logik*, Berlin, Heidelberg, New York, 1982 (4e éd.).
Koch, H.-J. : (I) *Zur Analyse richterlicher Entscheidungen*, Diss. jur., Frankfurt/Main, 1971.
Koch, H.-J. : (II) Zur Rationalität richterlichen Entscheidens. J. Essers « Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung », in *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 183 et s.
Koch, H.-J. : (III) Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1975, p. 27 et s.
Koch, H.-J. (éd.) : (IV) *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg/Ts, 1976.

Koch, H.-J. : (V) *Seminar : Die juristische Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung*, Frnakfurt/Main, 1977.
Koch, H. J. : (VI) Einführung : Juristische Methodenlehre und Sprachphilosophie, in *Juristische Schulung*, 1978, p. 810 et s.
Koch, H.-J. : (VII) Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1986, p. 345 et s.
Koch, H.-J. : (VIII) Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, in *Zeitschrift für Verwaltung*, 1992, p. 1 et s.
Koch, H.-J., Rüßmann, H. : *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982.
Köbl, U. : Allgemeine Rechtstheorie. Aspekte der Gesetzesbindung, in *Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts*, éd. par le Deutschen Sozialgerichtsverband, Köln, Berlin, Bonn, München, t. 2, 1979, p. 1005 et s.
König, R. (éd.) : *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Stuttgart, 1973 et s. (3e éd.)
Kohler, J. : Über die Interpretation von Gesetzen, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 13, 1886, p. 1 et s.
Kopp, H. W. : *Inhalt und Form der Gesetze als ein Problem der Rechtstheorie*, 2 vol., Zürich, 1958.
Koppensteiner, H.-G. : Wirtschaftsrecht. Inhalts- und funktionsbezogene Überlegungen zu einer umstrittenen Kategorie, in *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 1 et s.
Kramm, M. : *Rechtsnorm und semantische Eindeutigkeit*, Diss. jur. Erlangen-Nürnberg, 1970.
Krawietz, W. : (I) *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlin, 1967.
Krawietz, W. : (II) Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, in *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 2, H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer, O. Weinberger (éds.), Düsseldorf, 1972, p. 12 et s.
Krawietz, W. (éd.) : (III) *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, 1976.
Krawietz, W. (éd.) : (IV) *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Berlin, 1979.
Krawietz, W. : (V) Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive, in *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag*, N. Achterberg et al. (éds.), Berlin, 1983, p. 347 et s.
Krawietz, W. : (VI) *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984.
Krawietz, W., Alexy, R. (éds.) : *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1983.
Krelle, W. : *Präferenz- und Entscheidungstheorie*, Tübingen, 1968.
Kriele, M. : *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1976 (2e éd.).
Krüger, H. : (I) Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1961, p. 685 et s.
Krüger, H. : (II) *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966 (2e éd.).
Kühl, K. : Sitzblockaden vor dem Bundesvarfassungsgericht, in *Strafverteidiger*, 1987, p. 122 et s.
Kühne, J. : Norm und Wirklichkeit ?, in *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis. Gedenkschrift für Fritz Schönherr*, W. Barfuß (éd.), Wien, 1986, p. 427 et s.
Kühnl, R. : *Formen bürgerlicher Herrschaft. Liberalismus-Faschismus*, Reinbek bei Hamburg, 1971.
Kunig, P. : *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Varfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986.
Kunz, K.-L. : *Die analytische Rechtstheorie : Eine « Rechts »-theorie ohne Recht ? Systematische Darstellung und Kritik*, Berlin, 1977.
Laband, P. : *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Tübingen, 1911-1914 (5e éd.)
Ladeur, K.-H. : (I) « Abwägung » — ein neues Rechtsparadigma ? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 69, 1983, p. 431 et s.

Ladeur, K.-H. : (II) Gesetzesinterpretation, « Richterrecht » und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1991, p. 176 et s.
Lampe, E.-J. : *Juristische Semantik*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970
Lang, E. : (I) *Staat und Kybernetik. Prolegomena zu einer Lehre vom Staat als Regelkreis*, Salzburg, München, 1966.
Lang, E. : (II) *Zu einer kybernetischen Staatslehre*, Salzburg, München, 1970.
Larenz, K. : (I) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1991 (6e éd.)
Larenz, K. : (II) Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, p. 1 et s.
Larenz, K. : (III) Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz, in *Juristische Schulung*
Laufer, H. : *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1968.
Lautmann, R. : (I) Rolle und Entscheidung des Richters — Ein soziologischer Problemkatalog, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 381 et s.
Lautmann, R. : (II) *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1971.
Lautmann, R. : (III) *Justiz — die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt/Main, 1972.
Lautmann, R. : (IV) Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit des Juristen ? Kritische Anmerkungen zu einer Abhandlung W. Nauckes, in *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 57 et s.
Lautmann, R., Peters, D. : Ungleichheit vor dem Gesetz, Strafjustiz und soziale Schichten, in *Vorgänge*, 12, 1973, p. 45 et s.
Leenen, D. : *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode fur die Rechtsfindung, dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971.
Leibfried, St. : *Curriculum der Rechtswissenschaft. Ein Orientierungspapier*, Berlin, 1973.
Leibholz, G. : *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1967 (3e éd.).
Leisner, W. : *Betrachtungen zur Verfassungsauslegung*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1961, p. 641 et s.
Lenk, H. (éd.) : *Normenlogik. Grundprobleme der deontischen Logik*, Pullach bei München, 1974.
Lerche, P. : (I) *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Köln, Berlin, Münster, Bonn, 1961.
Lerche, P. : (II) Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1961, p. 690 et s.
Lietzmann, H. : *Das Bundesverfassungsgericht. Eine sozialwissenschftliche Studie*, Opladen, 1988.
Llewellyn, K. N. : *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, Leipzig, 1933.
Loos, F. : Bemerkungen zur « historischen Auslegung », in *Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag*, Chr. Broda, E. Deutsch, H.-L. Schreiber, H.-J. Vogel (éds.), Neuwied, Darmstadt, 1985, p. 123 et s.
Lorenz, K. : Die Überzeugungskraft von Argumenten, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N.F. 9, 1977, p. 15 et s.
Lücke, J. : *Begründungszwang und Verfassung. Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente*, Tübingen, 1987.
Luderssen, K. : (I) *Erfahrung als Rechtsquelle. Abduktion und Falsifikation von Hypothesen im juristischen Entscheidungsprozeß. Eine Fallstudie aus dem Kartellstrafrecht*, Frankfurt/Main, 1972.
Lüderssen, K. : (II) Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, N. Horn (éd.), t. 1, München, 1982, p. 549 et s.
Lüscher, K. : Jurisprudenz und Soziologie. Die Zusammenarbeit in einem konkreten Rechtsfall, in *Medienwirkung und Medienverantwortung. Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, F. Kübler (éd.), Baden-Baden, 1975, p. 81 et s.

Luhmann, N. : (I) *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965 (3e éd. 1986)
Luhmann, N. : (II) *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin, 1966.
Luhmann, N. : (III) Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, 1969, p. 1 et s.
Luhmann, N. : (IV) Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 175 et s.
Luhmann, N. : (V) *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Neuwied, 1975 (2e éd.).
Luhmann, N. : (VI) *Rechtssoziologie* 1 & 2, Opladen, 1983 (2e éd.).
Luhmann, N. : (VII) Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in *Soziologie. Sprache — Bezug zur Praxis — Verhältnis zu anderen Wissenschaften, René König zum 65. Geburtstag*, G. Albrecht, H. Daheim, F. Sack (éds.), Opladen, 1973, p. 387 et s.
Luhmann, N. : (VIII) Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftsystems, in *Der Staat*, 12, 1973, p. 1 et s., p. 165 et s.
Luhmann, N. : (IX) Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, in *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 131 et s.
Luhmann, N. : (X) Die Geltung des Rechts, in *Rechtstheorie*, 22, 1991, p. 273 et s.
Lukacs, G. : *Geschichte und Klassenbewußtsein*, Berlin, 1923.
Lyotard, J.-F. : *Der Widerstreit*, München, 1987.
Maihofer, W. : (I) Die Natur der Sache, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1958, p. 145 et s.
Maihofer, W. (éd.) : (II) *Ideologie und Recht*, Frankfurt/Main, 1969.
Maiwald, M. : Anmerkung zum Urteil des BGH v. 21. 6. 1990 (« Opus Pistorum »), in *Juristenzeitung*, 1990, p. 1141 et s.
Majewski, O. : *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht ?*, Berlin, 1971.
Makkonen, K. : *Zur Problematik der juridischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*, Turku, 1965.
Maus, I. : (I) Zur Problematik des Rationalitätspostulats in der gegenwärtigen juristischen Methodik am Beispiel Friedrich Müllers, in Abendroth/Blanke/Preuß et al., *Ordnungsmacht ?*, Frankfurt/Main, 1981, p. 153 et s.
Maus, I. : (II) Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie oder : wider den Imperialismus in der juristischen Methodendiskussion, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1991, p. 107 et s.
Maus, I. : (III) *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986.
Meier, Chr. : *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt, Ergebnistrends, neue Forschungsperspektiven*, Berlin, 1986.
Meier-Hayoz, A. : (I) *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, 1951.
Meier-Hayoz, A. : (II) Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in *Juristenzeitung*, 1981, p. 417 et s.
Meyer-Hesemann, W. : *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Heidelberg, Karlsruhe, 1981.
Menger, Chr.-F. : Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, in *Verwaltungsarchiv*, 65, 1974, p. 195 et s.
Mennicken, A. : *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970.
Métall, R. A. (éd.) : *Dreiunddreißig Beiträge zur Reinen Rechtslehre*, Wien, 1974.
Miliband, R. : *Der Staat in der kapitalistischen Gesellschaft. Eine Analyse des westlichen Machtsystems*, Frankfurt/Main, 1972.
Mohnhaupt, H. : Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, W. Wilhelm (éd.), Frankfurt/Main, 1972, p. 243 et s.

Moritz, H. P. : *Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie*, Berlin, 1989.
Müller, Chr. : Die Bekenntnispflicht des Beamten. Bemerkungen zu § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG, zugleich Anmerkungen zur Methodologie F. Müller, in Abendroth/Blanke/Preuß, *Ordnungsmacht ?*, Frankfurt/Main, 1981, p. 211 et s.
Müller, F. : (I) *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966.
Müller, F. : (II) *Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1968.
Müller, F. : (III) *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 1990 (2e éd.)
Müller, F. : (IV) *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 1969.
Müller, F. : (V) Fragen einer Theorie der Praxis, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 95, 1970, p. 154 et s.
Müller, F. : (VI) Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, M. Thiel (éd.), 11e livraison, *Methoden der Rechtswissenschaft*, 1, München, Wien, 1972, p. 123 et s.
Müller, F. : (VII) *Strafverfolgung und Rundfunkfreiheit. Eine Fallstudie zum strafprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht der Rundfunkangehörigen* (avec B. Pieroth, F. Rottmann), Berlin, 1973.
Müller, F. : (VIII) *Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach. Eine Fallstudie zu den Verfassungsfragen seiner Versetzungserheblichkeit* (avec B. Pieroth), Berlin, 1974.
Müller, F. : (IX) *Fallanalyse zur Juristischen Methodik*, Berlin, 1989 (2e éd.)
Müller, F. : (X) *Recht — Sprache — Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, Berlin, 1975.
Müller, F. : (XI) *Entfremdung. Folgeprobleme der anthropologischen Begründung der Staatstheorie bei Rousseau, Hegel, Marx*, Berlin, 1985 (2e éd.)
Müller, F. : (XII) *Juristische Methodik und Politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, Berlin, 1976.
Müller, F. : (XIII) Entsprechungen zwischen Rechtstheorie und Sprachtheorie : Strukturierende Rechtslehre und praktische Semantik, in *Conferências do III Congresso Brasileiro de Filosofia Juridica e Social*, Paraiba, 1988, p. 1812 et s.
Müller, F. : (XIV) Thesen zur Struktur von Rechtsnormen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1970, p. 493 et s.
Müller, F. : (XV) Rechtsgefühl oder Rechtsmethodik ?, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 101, 1976, p. 270 et s.
Müller, F. : (XVI) *Rechtsstaatliche Form — Demokratische Politik. Beiträge zu öffentlichem Recht, Methodik, Rechts- und Staatstheorie*, Berlin, 1977.
Müller, F. : (XVII) *Schulgesetzgebung und Reichskonkordat*, Freiburg, 1966.
Müller, F. : (XVIII) *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III*, Berlin, 1979.
Müller, F. : (XIX) *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1994 (2e éd.)
Müller, F. : (XX) Article « Einheit der Rechtsordnung », in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/80.
Müller, F. : (XXI) Article « Positivismus » in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/400
Müller, F. : (XXII) *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, 1986.
Müller, F. : (XXIII) Richterrecht — rechtstheoretisch formuliert, in *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag, Grenzen. Festschrift der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1986, p. 65 et s.
Müller, F. (éd.) : (XXIV) *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin, 1989.

Müller, F. : (XXV) Reine Sprachlehre — Reine Rechtslehre — Aufgaben einer Theorie des Rechts, in *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, Berlin, 1990.
Müller, F. : (XXVI) Notiz zur Strukturierenden Rechtslehre, *ibid.*
Müller, F. : (XXVII) Gerechtigkeit und Genauigkeit, *ibid.*
Müller, F. : (XXVIII) Uber Verfassungen, *ibid.*
Müller, F. : (XXIX) Das Schweigen der Verfassung, *ibid.*
Müller, F. : (XXX) Gleichheit und Gleichheitssätze, *ibid.*
Müller, F., Pieroth, B., Fohmann, L. : *Leistungsrechte im Normbereich einer Freiheitsgarantie*, Berlin, 1982.
Müller, H. J. : Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Juristenzeitung*, 1962, p. 271 et s.
Müller-Dietz, H. : (I) Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs. Ein Beispiel für den Wandel von Rechtsauslegung und Rechtsanwendung, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, p. 33 et s.
Müller-Dietz, H. : (II) Zur literarischen und juristischen Hermeneutik, in *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1984, p. 157 et s.
Nakamura, M. : Die methodologische Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft. Entwurf einer von der Naturwissenschaft angeregten neuen Ordnung im System der Rechtswissenschaft, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 68, 1955, p. 401 et s.
Naucke, W. : (I) *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt/Main, 1972.
Naucke, W. : (II) Jurisprudenz und Sozialwissenschaften. Eine Entgegnung, in *Rechtstheorie*, 4, 1973, p. 64 et s.
Naucke, W., Trappe, P. (éds.) : *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*, Neuwied, Berlin, 1970.
Neumann, U. : (I) *Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*, Hamburg, 1979.
Neumann, U. : (II) Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik, in *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1984, p. 49 et s.
Neumann, V. : Besprechung des Werks von F. Müller, in *Kritische Justiz*, 1980, p. 337 et s.
Neuner, J. : *Die Rechtsfindung contra legem*, München, 1992.
Nierwetberg, R. : *Rechtswissenschaftlicher Begriff und soziale Wirklichkeit, untersucht am Beispiel der Lehre vom Vertragsschluß*, Berlin, 1983.
Noack, H. : *Sozialstaatsklauseln und juristische Methode. Probleme einer Interpretation der Art.20 Abs.1 und 28 Abs.1 des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1975.
Noll, P. : *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973.
Obermayer, K. : Über das Rechtsgefühl, in *Juristenzeitung*, 1986, p. 1 et s.
Offe, C. : Die Herrschaftsfunktionen des Staatsapparates, in *Politische Systemkrisen*, M. Jänicke (éd.), Köln, 1973, p. 236 et s.
Oksaar, E. : Sprache als Problem und Werkzeug des Juristen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1967, p. 91 et s.
Olshausen, H. v. : Die Wirksamkeit des Gesetzes und der Geltungsanspruch der Verfassung, in *Juristenzeitung*, 1967, p. 116 et s.
Opp, K.-D. : *Methodologie der Sozialwissenschaften. Einführung in Probleme ihrer Theorienbildung*, Reinbek bei Hamburg, 1970.
Opp, K.-D., Peuckert, R. : *Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung. Eine soziologische Untersuchung über das Urteil im Strafprozeß*, München, 1971.
Ossenbühl, F. : (I) Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in *Die öffenliche Verwaltung*, 1965, p. 649 et s.
Ossenbühl, F. : (II) Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 2100 et s.
Ott, E. E. : (I) *Die Methode der Rechtsanwendung*, Zürich, 1979.

Ott, E. E. : (II) Das Denken des Richters aus der Sicht der juristischen Methodenlehre, in *Schweizer Juristenzeitung*, 1981, p. 381 et s.
Ott, W. : (I) *Der Rechtspositivismus. Kritische Wurdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, Berlin, 1976.
Ott, W. : (II) Das Verhälnis von Sein und Sollen in logischer, genetischer und funktionaler Hinsicht, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 103, 1984, p. 345 et s.
Otto, H. : Methode und System in der Rechtswissenschaft, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1969, p. 493 et s.
Papier, H.-J. : Eigentumsgarantie und Geldentwertung, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 98, 1973, p. 528 et s.
Passavant, O. : Article « Norm, Normativismus », in *Ergänzbares Lexikon des Rechts*, N. Achterberg (éd.), Darmstadt, Neuwied, 1986, 2/380.
Pashukanis, E. : *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Wien, Berlin, 1929.
Pauly, W. : Besprechung von F. Müller, *Juristische Methodik*, in *Der Staat*, 1991, p. 611 et s.
Pavcuik, M. : (I) Auslegung als (Re)konstruktion « des dem Gesetze innewohnenden Gedankens », in *Rechtstheorie*, 21, 1990, p. 511 et s.
Pavcuik, M. : (II) Besprechung von F. Müller, *Juristische Methodik* (3e éd. 1989), in *Pravnik*, 1991.
Pawlowski, H.-M. : *Methodenlehre für Juristen. Theorie und Norm des Gesetzes. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, Karlsruhe, 1990 (2e éd.).
Peczenik, A. : *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien, New York, 1983.
Perelman, Ch., Kalinowski, G., Villey, M., Viehweg, Th., Fuller, L. L., Kerimov, D. A., Toumanov, V. A., Tarello, G., Ziembinski, Z. : Die juristische Argumentation, Beiheft, N.F. 7, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1972.
Pestalozza, Chr. Graf v. : (I) Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der BRD, in *Der Staat*, 2, 1963, p. 425 et s.
Pestalozza, Chr. Graf v. : (II) Der Garantiegehalt der Kompetenznorm. Erläutert am Beispiel des Art. 105 ff. GG, in *Der Staat*, 11, 1972, p. 161 et s.
Pestalozza, Chr. Graf v. : (III) Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1972, p. 181 et s.
Philippi, K. J. : *Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts. Ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsrechtlicher Entscheidungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1971.
Philipps, L. : Rechtliche Regelung und formale Logik, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1964, p. 323 et s.
Pieroth, B. : (I) *Störung, Streik und Aussperrung an der Hochschule. Ein Beitrag zur Konkretisierung von Grundrechten und zum Hochschulverwaltungsrecht*, Berlin, 1976.
Pieroth, B. : (II) Die planende Verwaltung zwischen Geheimhaltung und Öffentlichkeit, in *Juristische Schulung*, 1981, p. 625 et s.
Podlech, A. : (I) Wertungen und Werte im Recht, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 95, 1970, p. 185 et s.
Podlech, A. : (II) Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik, in *Jahrbuch fur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, p. 491 et s.
Podlech, A. : (III) *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971.
Podlech, A. : (IV) Logische und hermeneutische Probleme einer neueren Tenorierungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1974, p. 337 et s.
Podlech, A. : (V) Die juristische Fachsprache und die Umgangssprache, in *Fachsprache — Umgangssprache*, J. S. Petöfi, A. Podlech, E. v. Savigny (éds.), Kronberg/Ts., 1975, p. 161 et s.
Podlech, A. : (VI) Entwurf einer Rechtstheorie als Strukturtheorie positiver dogmatisch gefaßter Rechts-

ordnungen, in *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, A. Podlech (éd.), Berlin, 1977, p. 13 et s.
Podlech, A. : (VII) Mathematische Methoden in der Rechtswissenschaft. Ein Überblick, in *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, A. Podlech (éd.), Berlin, 1977, p. 257 et s.
Popitz, H. : (I) *Prozesse der Machtbildung*, Tübingen, 1969 (2e éd.).
Popitz, H. : (II) Über Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe, in *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, éd. par Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät Freiburg i. Brsg., Karlsruhe, 1967, p. 147 et s. (aussi : Tübingen, 1968).
Popper, K. R. : (I) Was ist Dialektik ?, in *Logik der Sozialwissenschaften*, E. Topitsch (éd.) Köln, Berlin, 1965, p. 262 et s.
Popper, K.R. : (II) *Die Logik der Forschung*, Tübingen, 1966 (2e éd.)
Poulantzas, N. A. : *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Paris, 1965.
Preuß, U. K. : *Legalität und Pluralismus. Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt/Main, 1973.
Priester, J.-M. : Rationalität und funktionale Analyse, in *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 457 et s.
Prittwitz, C. : Sitzblockaden — ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung ?, in *Juristische Arbeitsblätter*, 1987, p. 17 et s.
Prümm, H. P. : (I) « Verfassungskonforme Auslegung » — BVerfGE35, 263, in *Juristische Schulung*, 1975, p. 299 et s.
Prümm, H. P. : (II) *Verfassung und Methodik*, Berlin, 1976.
Radbruch, G. : *Rechtsphilosophie*, E. Wolf (éd.), Stuttgart, 1973 (8e éd.).
Rahlf, J. : Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH, in *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, E. v. Savigny et al. (éds.), München, 1976, p. 27 et s.
Raisch, P. : Überlegungen zur Verwendung von Datenverarbeitung in der Gesetzgebung und im Rechtsfindungsprozeß, in *Juristenzeitung*, 1970, p. 433 et s.
Raiser, L. : Die Rechtswissenschaft im Gründungsplan für Konstanz, in *Juristenzeitung*, 1966, p. 86 et s.
Ramm, Th. : Auslegung und gesetzändernde Rechtsfortbildung, in *Arbeit und Recht*, 1962, p. 353 et s.
Rasehorn, Th. : (I) Was formt den Richter ? Über den soziologischen Hintergrund des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, W. Böhme, Karlsruhe, 1968, p. 1 et s.
Rasehorn, Th. : (II) Rechtsfindung und Gerichtspraxis, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1972, p. 82 et s.
Rasehorn, Th. : (III) Politisierte Justiz ?, in *Recht und Gesellschaft*, 1973, p. 12 et s.
Rasehorn, Th. : (IV) Rechtlosigkeit als Klassenschicksal, in *Vorgänge*, 12, 1973, p. 5 et s.
Rasehorn, Th. : (V) *Recht und Klassen. Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik*, Darmstadt, Neuwied, 1974.
Rave, D., Brinckmann, H., Grimmer, K. (éds.) : (I) *Logische Struktur von Normensystemen am Beispiel der Rechtsordnung*, Darmstadt, 1971.
Rave, D., Brinckmann, H., Grimmer, K. : (II) *Paraphrasen juristischer Texte*, Darmstadt, 1971.
Rawls, J. : *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main, 1975.
Rehm, H. : *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Freiburg, Leipzig, 1896.
Reich, N. : Einleitung, in Stucka, P. J., *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Frankfurt/Main, 1969, p. 7 et s.
Reisinger, L. : (I) *Automatisierte Normanalyse und Normanwendung*, Berlin, 1972.
Reisinger, L. : (II) *Die automatisierte Messung juristischer Begriffe*, Berlin, 1973.
Reisinger, L. : (III) Juristische Begriffstheorie und Theorie unscharfer Menge (Fuzzy Sets Theory), in

Rechtsphilosophie und Gesetzgebung. Überlegungen zu den Grundlagen der modernen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, J. Mokre, O. Weinberger (dir.), Wien, New York, 1976, p. 129 et s.
Renner, K. : *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1929.
Rhinow, R. A. : *Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Basel, Stuttgart, 1979.
Richter, W. : *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968.
Ridder, H. : (I) Alles fließt. Bemerkungen zum « Soraya-Beschluß » des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, in *Archiv für Presserecht*, 1973, p. 493 et s.
Ridder, H. : (II) Probleme des Grundgesetzes und der Grundgesetzinterpretation, in *Politische Vierteljahresschrift*, 1979, p. 168 et s.
Riebschläger, K. : *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, 1968.
Riehle, E. : Zum Sitzblockade-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in *Demokratie und Recht*, 1987, p. 9 et s.
Rinck, H. J. : Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache, in *Juristenzeitung*, 1963, p. 521 et s.
Rinken, A. : (I) *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wohlfahrtsverbände*, Berlin, 1971.
Rinken, A. : (II) *Einführung in das juristische Studium*, München, 1991 (2e éd.)
Ritter, E. H. : Verfassungswirklichkeit — Eine Rechtsquelle, in *Der Staat*, 7, 1968, p. 352 et s.
Rittner, F. : (I) Verstehen und Auslegen als Probleme der Rechtswissenschaft, in *Freiburger Dies Universitatis*, 14, 1967, p. 43 et s.
Rittner, F. : (II) Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften, in *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, éd. par Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg i. Brsg., Karlsruhe, p. 97 et s.
Rodingen, H. : (I) Ansätze zu einer sprachkritischen Rechtstheorie, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1972, p. 166 et s.
Rodingen, H. : (II) *Pragmatik der juristischen Argumentation. Was Gesetze anrichten und was rechtens ist*, Freiburg, München, 1977.
Rodingen, H. : (III) Rechtstheorie als Kritik des juristischen Sprachgebrauchs, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, N.F. 9, 1977, p. 51 et s.
Rödig, J. : (I) *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, Berlin, Heidelberg, New York, 1969.
Rödig, J. : (II) Zum Begriff des Gesetzes in der Rechtswissenschaft, in *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, J. Rödig (éd.), Berlin, Heidelberg, New York, 1976, p. 369 et s.
Rödig, J., Baden, E., Kindermann, H. : *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, St Augustin, 1975.
Roellecke, G. : (I) Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Chr. Starck (éd.), t.2, Tübingen, 1976, p. 22 et s.
Roellecke, G. : (II) Zum Einfluß der öffentlichen Meinung, in *Öffentliche Meinung und sozialer Wandel. Public opinion and social change. Festschrift für Elisabeth Noelle-Neumann*, H. Baier et al. (éd.), Opladen, 1981, p. 71 et s.
Röhl, K. F. : *Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung*, Tübingen, 1974.
Rosenbaum, W. : *Naturrecht und positives Recht. Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluß der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts*, Neuwied, 1972.
Ross, A. : *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, Kopenhagen, Leipzig, 1933.
Rossen, H. : *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG*, Baden-Baden, 1988.

Rotter, F. : Rechtssoziologie und Psychoanalyse. Neun Thesen in rechtspolitischer Absicht, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1973, p. 535 et s.
Rottleuthner, H. : (I) *Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt/Main, 1973.
Rottleuthner, H. : (II) *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt/Main, 1973.
Rottleuthner, H. : (III) Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N. F. 13, 1980, p. 97 et s.
Rottleuthner, H. : (IV) Plädoyer für eine empirische Argumentationstheorie, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N. F. 14, 1980, p. 87 et s.
Rottmann, F. : *Der Beamte als Staatsbürger*, Berlin, 1981.
Rüßmann, H. : (I) Die Begründung von Werturteilen, in *Juristische Schulung*, 1975, p. 352 et s.
Rüßmann, H. : (II) : Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung, in *Rechtsdogmatik & praktische Vernunft. Festschrift für Wieacker*, O. Behrends, M. Dießelhorst, R. Dreier (éds.), Göttingen, 1990, p. 35 et s.
Rüthers, B. : *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, Heidelberg, 1988 (3e éd.).
Rupp, H. H. : (I) Zum « Mephisto-Beschluß » des Bundesverfassungsgerichts — Ein methodologischer Nachtrag, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1972, p. 66 et s.
Rupp, H. H. : (II) *Grundgesetz und « Wirtschaftsordnung »*, Tübingen, 1974.
Ryffel, H. : (I) *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen*, Neuwied, Berlin, 1969.
Ryffel, H. : (II) Besprechung von : M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, und : F. Müller, *Normstruktur und Normativität*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1971, p. 83 et s.
Ryffel, H. : (III) Zum « politischen » Charakter der juristischen Argumentation, in *Die juridische Argumentation. Akten des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie*, H. Hubien (éd.), Bruxelles, 1971, p. 571 et s.
Ryffel, H. : (IV) *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied, Berlin, 1974.
Sachs, M. : (I) Die Enstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, p. 73 et s.
Sachs, M. : (II) *Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Art. 3 Abs.2 und 3 Grundgesetz*, München, 1987.
Säcker, F.-J. : Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis. Rechtsquellentheoretische und methodologische Bemerkungen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1972, p. 215 et s.
Saussure, F. de : *Grundfragen der allgemeinen Sprachwissenschaft*, Berlin, 1967.
Savigny, E. v., *et al.* : *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, 1976.
Savigny, F. K. v. : (I) *System des heutigen Römischen Rechts*, t. 1, Berlin, 1840.
Savigny, F. K. v. : (II) *Juristische Methodenlehre*, G. Wesenberg (éd.), Stuttgart, 1951.
Schack, F., Michel, H. : Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, in *Juristische Schulung*, 1961, p. 269 et s.
Schapp, J. : *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre*, Tübingen, 1983.
Scheffler, G. : *Staat und Kirche. Die Stellung der Kirche im Staat nach dem Grundgesetz*, Frankfurt/Main, 1973 (2e éd.)
Schefold, D. : Normenkontrolle und politisches Recht, in *Juristische Schulung*, 1972, p. 1 et s.
Schelling, F. W. v. : *Werke*, M. Schröter (éd.), 5e vol., *Schriften zur geschichtlichen Philosophie. 1821 bis 1854*, München, 1928.
Schenke, W.-R. : Verfassung und Zeit — von der « entzeiteten » zur zeitgeprägten Verfassung, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 103, 1978, p. 566 et s.
Scheuerle, W. : (I) *Rechtsanwendung*, Nürnberg, Düsseldorf, 1952.
Scheuerle, W. : (II) Formalismusargumente, in *Archiv für civilistische Praxis*, 172, 1972, p. 396 et s.

Scheuner, U. : (I) Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für R. Smend*, K. Hesse, S. Reicke, U. Scheuner (éds.), Tübingen, 1962, p. 225 et s.
Scheuner, U. : (II) Normative Gewährleistung und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext. Ein Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes, in *Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für H. U. Scupin zum 70. Geburtstag*, N. Achterberg (éd.), Berlin, München, 1973, p. 323 et s.
Scheuner, U. : (III) Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1971, p. 505 et s.
Scheuner, U. : (IV) Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit, in Scheuner, *Schriften zum Staatskirchenrecht*, J. Listl (éd.), Berlin, 1973, p. 65 et s.
Scheytt, O. : *Die Musikschule. Ein Beitrag zum kommunalen Kulturverwaltungsrecht*, Stuttgart, 1989.
Schiffauer, P. : *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie*, Berlin, 1979.
Schindler, D. : *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, 1950 (3e éd.).
Schlink, B. : (I) Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen ?, in *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 2, H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer, O. Weiberger (éds.), Düsseldorf, 1972, p. 322 et s.
Schlink, B. : (II) Das Abhör-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in *Der Staat*, 12, 1973, p. 85 et s.
Schlink, B. : (III) Die Wissenschaftsfreiheit des Bundesverfassungsgerichts, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1973, p. 541 et s.
Schlink, B. : (IV) Juristische Methodik zwischen Verfassungstheorie und Wissenschaftstheorie, in *Rechtstheorie*, 7, 1976, p. 94 et s.
Schlink, B. : (V) Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, in *Der Staat*, 19, 1980, p. 75 et s.
Schlothauer, R. : *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit. Neuere Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation. Untersucht am Beispiel Horst Ehmke, Peter Haberle, Konrad Hesse, Martin Kriele, Friedrich Müller*, Frankfurt/Main, 1979.
Schmalz, D. : (I) *Die juristische Fallösung. Gedankengang, Aufbau, Darstellung*, Karlsruhe, Heidelberg, 1976.
Schmalz, D. : (II) *Methodenlehre für das juristische Studium*, Münster, 1986.
Schmid, M. : *Leerformeln und Ideologiekritik*, Tübingen, 1973.
Schmidt, E. : *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, Karlsruhe, 1952.
Schmidt, F. : *Zur Methode der Rechtsfindung*, Berlin, 1976.
Schmidt, J. : (I) Einige Bemerkunen zur Präzision der Rechtssprache, in *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 2, H. Albert, N. Luhmann, W. Maihofer, O. Weinberger (éds.), Düsseldorf, 1972, p. 390 et s.
Schmidt, J. : (II) Das Denken in Standards, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1973, p. 257 et s.
Schmidt, J. : (III) Zur « Bedeutung » von Rechtssätzen, in *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, A. Kaufmann, E.-J. Mestmäcker, H. F. Zacher (éds.), Frankfurt/Main, 1988, p. 433 et s.
Schmidt, R. : Einige Bemerkungen zu den Methoden der Rechtswissenschaft, der Naturwissenschaften und der technischen Wissenschaften, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 1984, p. 1 et s.
Schmidt-Aßmann, E. : *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967.
Schmitt, C. : (I) *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 1934 (2e éd.).
Schmitt, C. : (II) *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934.
Schmitt, C. : (III) *Verfassungslehre*, Berlin, 1965 (4e éd.).
Schmitt, C. : (IV) *Gesetz und Urteil*, München, 1969 (2e éd.).

Schmitt Glaeser, W. : Die Freiheit der Forschung, in *Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung*, 7, 1974, p. 107 et s.
Schneider, H. J. : *Pragmatik als Basis von Semantik und Syntax*, Frankfurt/Main, 1975.
Schneider, H.-P. : (I) *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht*, Frankfurt/Main, 1969.
Schneider, H.-P. : (II) Rechtstheorie ohne Recht ? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, A. Hollerbach, W. Maihofer, Th. Würtenberger (éds.), Frankfurt/Main, 1972, p. 108 et s.
Schneider, H.-P. : (III) *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T.1 : *Grundlagen*, Frankfurt/Main, 1974.
Schneider, H.-P. : (IV) Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung. Zur Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1975, p. 443 et s.
Schneider, L. : *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, Berlin, 1983.
Schneider, P. : (I) Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, Berlin, p. 1 et s., p. 133 et s.
Schneider, P. : (II) *Pressefreiheit und Staatssicherheit*, Mainz, 1968.
Schnur, R. : Der Begriff der « herrschenden Meinung » in der Rechtsdogmatik, in *Festgabe für E. Forsthoff zum 65. Geburtstag*, K. Doehring (éd.), 1967, p. 43 et s.
Schöneborn, Chr. : Zum Stellenwert juristischer Dogmatik im Rechtsfindungsgang, in *Rechtstheorie*, 7, 1976, p. 169 et s.
Schöpf, H. : *Die Wechselbeziehung zwischen Sachverhalt und Normenordnung bei der Rechtsanwendung*, Diss. jur. Erlangen, Nürnberg, 1971.
Scholz, R. : *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München, 1971.
Schreiber, R. : (I) *Logik des Rechts*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1962.
Schreiber, R. : (II) *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin, Heidelberg, New York, 1966.
Schroth, U. : (I) *Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht*, Berlin, 1983.
Schroth, U. : (II) Philosophische Hermeneutik und interpretationsmethodische Fragestellung, in *Dimension der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, W. Hassemer (éd.), Heidelberg, 1984, p. 77 et s.
Schünemann, B. : Kognition, Einstellung und Vorurteil bei der Rechtsprechung, in *Beiträge zur Rechtsanthropologie. Vorträge auf der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in der Bundesrepublik Deutschland, 10. bis 13. Oktober 1984*, E.-J. Lampe (éd.), Stuttgart, 1985, p. 68 et s.
Schumann, E. : Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 81, 1968, p. 79 et s.
Schumann, K. F. : *Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen*, Freiburg, 1968.
Schwäble, U. : *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*, Berlin, 1975.
Seibert, C. : Besprechung von R. Lautmann : *Justiz — Die Stille Gewalt*, 1972, in *Juristenzeitung*, 1974, p. 39 et s.
Seibert, Th.-M. : (I) Von Sprachgegenständen zur Sprache von juristischen Gegenständen. Sprachkritische Thesen zum Verhältnis von Eigenzeichen zu juristischen Zeichen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1972, p. 43 et s.
Seibert, Th.-M. : (II) Topik als Problematisierung von Aussagesätzen, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1973, p. 37 et s.
Seibert, Th.-M. : (III) Zeichen und Gesetzesbindung. Arbeiten zur Rechtssprache aus der Strukturierenden Rechtslehre, in *Rechtstheorie*, 22, 1991, p. 470 et s.
Seibert, Th.-M. : (IV) *Aktenanalyse. Zur Schriftform juristischer Deutungen*, Tübingen, 1981.
Sendler, H. : Richterrecht — rechtstheoretisch und rechtspraktisch, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 3240 et s.

Simitis, S. : (I) *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme*, Tübingen, 1966.
Simitis, S. : (II) *Automation in der Rechtsordnung — Möglichkeiten und Grenzen*, Karlsruhe, 1967.
Smend, R. : *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1968 (2e éd.).
Sobota, K. : Rhetorisches Seismogramm — eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in *Juristenzeitung*, 1992, p. 231 et s.
Soell, H. : Zur Methodik der Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts (Unter besonderer Berücksichtigung seiner bisherigen Entscheidungen auf arbeitsrechtlichem Gebiet), in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1980, p. 509 et s.
Sokolowski, M. : *... Im Kampf mit der Sprache... Zur praktischen Semantik kompetitiven Handelns als Grammatik politischen Sprechens* (en préparation)
Starck, Chr. : (I) Empirie in der Rechtsdogmatik, in *Juristenzeitung*, 1972, p. 609 et s.
Starck, Chr. : (II) *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff*, Baden-Baden, 1970.
Starck, Chr. : (III) *Staatsbürger und Gericht*, Baden-Baden, 1975.
Starck, Chr. : (IV) Anmerkung zu BVerfG JZ 1987, 138, in *Juristenzeitung*, 1987, p. 145 et s.
Stegmüller, W. : (I) *Das Universalienproblem einst und jetzt*, Darmstadt, 1965 (réimp. éd. 1956).
Stegmüller, W. : (II) *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, t. 1 : *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, Berlin, Heidelberg, New York, 1969 ; t. 2 : *Theorie und Erfahrung*, Berlin, Heidelberg, New York, 1970.
Stein, E. : (I) *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tübingen, 1986 (10e éd. ; 11e éd. : 1989).
Stein, E. : (II) Juristische Auslegungslehren und wissenschaftliche Methodik, in *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel zum 65. Geburtstag am 21. Januar 1976*, J. Delbrück, K. Ipsen, D. Rauschning (éds.), Berlin, 1975, p. 3 et s.
Stein, E. : (III) Verfassungsgebung, Verfassungsanwendung und soziale Wirklichkeit, in *Lebendige Verfassung — Das Grundgesetz in Perspektive*, A. Klönne *et al.* (éds.), Neuwied, Darmstadt, 1981, p. 1 et s.
Steinmüller, W. (éd.) : (I) *Systemanalyse als Hilfsmittel für den Entwurf von Informationssystemen*, Berlin, 1973.
Steinmüller, W. (éd.) : (II) *ADV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung*, Berlin, 1976 (2e éd.).
Steinwedel, U. : *« Spezifisches Verfassungsrecht » und « einfaches Recht »*, Baden-Baden, 1976.
Stephanitz, D. v. : *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluß von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriß*, Berlin, 1970.
Stern, K. : Interpretation — eine existentielle Aufgabe der Jurisprudenz, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1958, p. 695 et s.
Stettner, R. : *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlin, 1983.
Stevenson, Ch. L. : *Ethics of Language*, New Haven, 1944.
Stolleis, M. : *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, 1974.
Strache, K.-H. : *Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologik*, Berlin, 1968.
Stranzinger, R. : *Der Normbegriff in der heutigen Rechtsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung des Sein-Sollen-Problems*, Salzburg, 1974 (Phil. Diss.).
Stratenwerth, G. : Das rechtstheoretische Problem der « Natur der Sache », Tübingen, 1957.
Struck, G. : (I) *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt/Main, 1971.
Struck, G. : (II) Dogmatische Diskussion über Dogmatik, in *Juristenzeitung*, 1975, p. 84 et s.
Struck, G. : (III) Interessenabwägung als Methode, in *Dogmatik und Methode. Joseph Esser zum 65. Geburtstag*, R. Dubischar, H. Folkers *et al.* (éds.), Kronberg/Ts., 1975, p. 171 et s.
Struck, G. : (IV) *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977.
Stucka, P. J. : *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Frankfurt/Main, 1969.

Suhr, D. : Ansätze zur kybernetischen Betrachtung von Recht und Staat, in *Der Staat*, 6, 1967, p. 197 et s.
Tammelo, I. : *Rechtslogik und materiale Gerechtigkeit*, Frankfurt/Main, 1971.
Teubner, G. : (I) Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, in *Rechtstheorie*, 6, 1975, p. 179 et s.
Teubner, G. : (II) Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, W. Hassemer, W. Hoffmann-Riem, M. Weiss (éds.), Baden-Baden, 1978, p. 13 et s.
Thaler, M. : *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*, Wien, New York, 1982.
Tillmann, H. G. : Zur Theorie der sprachlichen Kommunikation, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft N.F. 9, 1977, p. 13 et s.
Tomuschat, Chr. : *Verfassungsgewohnheitsrecht ? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1972.
Topitsch, E. : (I) Sachgehalte und Normsetzung, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1958, p. 189 et s.
Topitsch, E. : (II) Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik, in *Juristenzeitung*, 1963, p. 1 et s.
Topitsch, E. (éd.) : (III) *Logik der Sozialwissenschaften*, Königstein/Ts., 1984 (11e éd.).
Traute, K.-H. : Methodologie des marxistisch-leninistischen Rechtswissenschaft, in *Staat und Recht*, 1984, p. 421 et s.
Troller, A. : *Grundriß einer selbstverständlichen juristischen Methode und Rechtsphilosophie*, Basel, Stuttgart, 1975.
Tsatsos, Th. : *Zur Problematik des Rechtspositivismus. Für und Wider einer Denkmethode in der Staatsrechtslehre*, Stuttgart, 1964.
Udke, G. : Systemwechsel und juristisches Methodenverständnis, in *Rechtstheorie*, 23, 1992, p. 87 et s.
Uebersohn, G. : *Effektive Umweltpolitik. Folgerungen aus der Implementations- und Evaluationsforschung*, Frankfurt/Main, 1990.
Varga, C. : Recht und Rechtsverwirklichung : « Juristisches Weltbild », Subsumption und Manipulation, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 70, 1984, p. 173 et s.
Venzlaff, F. : *Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung*, Frankfurt/Main, 1973.
Viehweg, Th. : *Topik und Jurisprudenz*, München, 1974 (5e éd.).
Vogel, K. : Ein studentischer Entwurf zur Neuregelung des Versammlungsrechts, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1972, p. 293 et s.
Vogel, Th. : *Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat*, Berlin, 1969.
Vollmer, O. : *Auslegung und « Auslegungsregeln »*, Berlin, 1990.
Waechter, K. : Forschungsfreiheit und Fortschrittsvertrauen, in *Der Staat*, 1991, p. 19 et s.
Wagner, H. : (I) *Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur juristischen Systematik und Terminologie*, Berlin, 1967.
Wagner, H. : (II) Die Theorie in der Rechtswissenschaft, in *Juristische Schulung*, 1963, p. 457 et s.
Wagner, H. : (III) Monismus und Dualismus : eine methodenkritische Betrachtung zum Theorienstreit, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 89, 1964, p. 212 et s.
Wagner, H. : (IV) Interpretation in Literatur- und Rechtswissenschaft, in *Archiv für civilistische Praxis*, 165, 1965, p. 520 et s.
Wagner, H. : (V) Kontinuitäten in der juristischen Methodenlehre am Beispiel von Karl Larenz, in *Demokratie und Recht*, 1980, p. 243 et s.
Walz, R. : Was heißt Gesetzesbindung ?, in *Steuer und Wirtschaft*, 1991, p. 77 et s.
Wank, R. : *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*, Berlin, 1978.
Wassermann, R. : (I) *Erziehung zum Establishment*, Karlsruhe, 1968.
Wassermann, R. : (II) *Justizreform*, Neuwied, 1970.

Wassermann, R. : (III) *Der politische Richter*, München, 1972.
Waterkamp, R. : *Herrschaftssysteme und Industriegesellschaft, BRD und DDR*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1972.
Weber, F. : Methodik des Prozeßrechts, in *Studium Generale*, 1960, p. 183 et s.
Weber, M. : (I) Der Sinn der « Wertfreiheit », in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J. Winckelmann (éd.), Tübingen, 1951 (2e éd.).
Weber, M. : (II) *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1956 (4e éd.).
Weimar, R. : (I) *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Basel, Stuttgart, 1969.
Weimar, R. : (II) Rechtstheoretische und methodologische Aspekte zur richterlichen Entscheidung, in E. Mock, R. Jakob (éds.), *Auslegung, Einsicht, Entscheidung*, Frankfurt/Main, Bern, New York, 1983, p. 81 et s.
Weimar, R. : (III) Von der Gesetzesanwendung zur Rechtsfortschreibung, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 20, 1984, p. 155 et s.
Weimar, R. : (IV) Rechtswissenschaft als Weltbild, in *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart — Festgabe für A. Troller zum 80.Geburtstag*, Berlin, 1987.
Weinberger, O. : (I) *Rechtslogik*, Berlin, 1989 (2e éd.).
Weinberger, O. : (II) Topik und Plausibilitätsargumentation, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1973, p. 17 et s.
Weinberger, O. : (III) *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*, Berlin, 1974.
Weinberger, O. : (IV) Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts, in *Rechtsgeltung. Ergebnisse des ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1985*, C. Varga, O. Weinberger (éds.), Stuttgart, 1986, p. 109 et s.
Weinberger, O. : (V) Typen der Rationalität in der juristischen Argumentation, in *Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Wien, 1992, p. 365 et s.
Welck, V. : Rechtstatsachenuntersuchungen zum Verwaltungsermessen, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1973, p. 732 et s.
Weldon, T. D. : *Kritik der politischen Sprache. Vom Sinn politischer Begriffe*, Neuwied, 1962.
Weyrauch, W. O. : *Zum Gesellschaftsbild des Juristen. Eine vergleichende Studie über die subjektiven Faktoren im Recht*, Neuwied, Berlin, 1970.
Wieacker, F. : (I) *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956.
Wieacker, F. : (II) *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958.
Wieacker, F. : (III) Recht und Automation, in *Festschrift für E. Böttcher*, K. A. Bettermann, A. Zeuner (éds.), Berlin, 1969, p. 383 et s.
Wieacker, F. : (IV) *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967.
Wiethölter, R. : *Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, 1968.
Wilhelm, W. : *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, 1958.
Willke, H. : *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin, 1975.
Wimmer, N. : *Materiales Verfassungsverständnis. Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien, New York, 1971.
Wimmer, R. : (I) *Referenzsemantik*, Tübingen, 1979.
Wimmer, R. : (II) Bemerkungen zum Exposé von Christensen/Jeand'Heur, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 13 et s.
Wimmer, R., Christensen, R. : Praktisch-semantische Probleme zwischen Linguistik und Rechtstheorie, in *Untersuchungen zur Rechtslinguistik*, F. Müller (éd.), Berlin, 1989, p. 27 et s.
Windscheid, B. : *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, Frankfurt/Main, 1906 (9e éd.).
Winckler, G. : (I) Sein und Sollen. Betrachtungen über das Verhältnis von Sein und Sollen im Hinblick auf das Verhälnis von sozialer Wirklichkeit und Recht, mit methodologischen Orientierungen für

eine kritische und gegenstandsgebundene Theorie vom postiven Recht, in *Rechtstheorie*, 10, 1979, p. 257 et s.
Winckler, G. : (II) *Rechtstheorie und Erkenntnislehre*, Wien, New York, 1990.
Winter, G. : *Sozialer Wandel durch Rechtsnormen*, Berlin, 1969.
Wissmann, P. : *Rechtsnorm und reale Geltung*, Diss. jur. Köln, 1967.
Wittgenstein, L. : *Logisch-philosophische Abhandlungen, Schriften*, t. 1, Frankfurt/Main, 1960.
Wittig, P. : Politische Rücksichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in *Der Staat*, 8, 1969, p. 138 et s.
Wittkämper, G. W. : *Theorie der Interdependenz. Ein Beitrag zur Reform der Rechtsgewinnung durch Öffnung der Rechtswissenschaft zu den übrigen Sozialwissenschaften*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1971.
Wolffers, A. : *Logische Grundformen der juristischen Interpretation*, Bern, Stuttgart, 1971.
Würtenberger, Th. : (I) Strafrechtsdogmatik und Soziologie, in *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, éd. par Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg i. Brsg., Karlsruhe, 1967, p. 123 et s.
Würtenberger, Th. : (II) Die irrationalen Elemente bei der Strafmessung, in *Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung*, W. Böhme (éd.), Karlsruhe, 1968, p. 57 et s.
Würtenberger, Th. : (III) Methodik der Kriminologie, in *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, M. Thiel (éd.), 11e livraison : *Methoden der Rechtswissenschaft*, München, Wien, 1972, p. 81 et s.
Wüstendörfer, H. : *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung. Zwei systematische Abhandlungen*, éd. par M. Rehbinder, Berlin, 1971.
Zäch, R. : Tendenzen der jurisitischen Auslegungslehre, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 96, 1977, p. 313 et s.
Zeidler, K. : *Über Technisierung der Verwaltung*, Karlsruhe, 1959.
Zielcke, A. : Zur Rationalität des modernen Rechts, in *Rechtstheorie*, 11, 1980, p. 85 et s.
Zippelius, R. : (I) *Juristische Methodenlehre*, München, 1985 (4e éd.)
Zippelius, R. : (II) Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 69, 1983, p. 406 et s.
Zöbeley, G. : Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, p. 254 et s.
Zwingmann, K. : *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1966.

CLASSEMENT PAR MATIÈRES

Le classement suivant n'a pas la prétention d'être exhaustif. Il offre une liste de titres au lecteur qui souhaite approfondir l'un des thèmes envisagés ci-dessous. Le mode de citation correspond à la bibliographie générale.

Il n'y est pas tenu compte du texte du présent ouvrage. Il convient à cet effet de se reporter tant à la table des matières qu'à l'index.

MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE (EN GÉNÉRAL)

Baumgarten
Bydlinski I
Christensen VI
Coing II
Engisch II, IV
Esser V
Fikentscher
Germann
Hamann
Heck I, II, III
Koch/Rüßmann
Larenz I
Mennicken
Müller, F. I, V, IX, XXI
Ott, E. E. I
Pawlowski
Perelman et al.
v. Savigny II
Schapp
Schmalz II
Schmidt, F.
Troller
Zippelius I

MÉTHODOLOGIE DU DROIT CIVIL

Brandenburg
Canaris I, II
Esser I, II, III, IV
Frommel
Heck I, II, III
Honsell
Larenz III
Nierwetberg
Pawlowski
Rahlf
Vollmer
Wieacker I, II

MÉTHODOLOGIE DU DROIT PÉNAL

Bindokat
Engisch
Haag
Haft
Jescheck
Schroth I
Würtenberger I

MÉTHODOLOGIE DU DROIT PUBLIC

Böckenförde II
Dreier/Schwegmann
Ehmke I, III
Lohmann I
Forsthoff I, II, III
Häberle V
Hesse II, III
Huber II
Kriele
Kruger I
Müller, F.VI, XVIII
Müller, H. J.
Prümm II
Ossenbühl I
Ridder II
Sachs I
Schlink V
Schneider, P. I
Wimmer, N.

JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

Billing
Chryssogonos
Dolzer
Feldmann
Grimm IV
Hoffmann-Riem I
Klein, F.
Klein, H. H.
Laufer
Lietzmann
Schefold
Schlothauer
Wittig

TRAITEMENT MÉTHODIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX

Alexy III
Bethge
Böckenförde I
Fohmann II
Freihalter
Häberle I
Höfling
Hoffmann, J.
Hoffmann-Riem III
Huber III
Jeand'Heur I

Koch VII
Majewski
Müller, F. II, III, IV, VII, VIII
Müller/Pieroth/Fohmann
Osterbühl II
Rossen
Schneider, L.
Scholz
Schwabe
Zäbeley

INTERPRÉTATION CONFORME À LA CONSTITUTION

Bender
Bettermann
Bogs
Burmeister
Eckhardt
Hafelin
Prümm I
Schack/Michel
Schiffauer

MÉTHODOLOGIE DU DROIT PROCESSUEL

Bruns
Enge I
Weber, F.

MÉTHODOLOGIE ET DIDACTIQUE

Adomeit I
Leibfried
Lux
Wassermann I

RÔLE DES TOPIQUES

Bäumlin
Ballweg/Seibert
Diederichsen I
Limke III
Gadamer
Gast IV
Haft III
Haverkate I, II
Ladeur
Larenz I, p.140 et s.
Lüderssen
Müller, F. I, p.56 et s.
Seibert II
Sobota
Struck I, III, IV
Viehweg
Weinberger II

NATURE DES CHOSES

Ballweg
Diesselhorst
Kaufmann II
Larenz I, p.131, p.401 et s.
Maihofer I
Müller, F. I, p.175 et s.
Poulantzas
Rinck
Stratenwerth

DROIT JURISPRUDENTIEL

Badura II
Biaggini
Christensen IV
Coing III
Esser II, III, VI
Ipsen I
Larenz II
Meier-Hayoz II
Müller, F. XXII, XXIII
Schneider, H.-P. I, IV
Sendler
Wank
Wieacker II

SOCIOLOGIE DE LA JUSTICE

Dahrendorf II
Kaupen II
Lautmann/Peters
Richter
Wassermann III
Zwingmann

ÉLÉMENTS PSYCHOLOGIQUES DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE — SCIENCE JURIDIQUE ET PSYCHANALYSE

Bendix
Bohne
Ehrenzweig
Hagen II
Meier
Rotter
Weimar I

MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET THÉORIE DU DROIT

Baden II
Broekman I
Christensen III
Dubischar II
Engisch II
Kaufmann/Hassemer
v. Kempski
Koch IV
Krawietz II
Krawietz/Alexy
Müller, F. I, X, XII, XVIII, XIX, XXV, XXVI
Neumann, U. I
Ott, W. I
Passavant
Podlech II
Rhinow
Weimar II
Zippelius II

RÔLE DE LA RATIONALITÉ DANS LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE

Alexy I
Clemens
Eckhoff/Jacobsen
Esser V, VII
Harenburg
Koch II
Krawietz IV
Maus
Muller, F. V, X, XII, XV, XIX
Peczenik
Priester
Thaler
Zielcke

VALEURS, JUGEMENTS DE VALEUR

Adorno, Albert et al.
Albert I
Bauer
Goerlich I
Habermas I
Larenz I, p.205 et s.
Podlech I
Rüßmann
Weber, M. I

NORME ET RÉALITÉ SOCIALE; RÉALISATION DES NORMES

Grimmer
Kininger
Müller, F. I, II, IV, X, XII
Philippi
Popitz II
Ritter
Röhl
Scheuner II
Schöpf
Spittler
Starck I
Winter
Wissmann

ASPECTS MÉTHODOLOGIQUES DU RAPPORT ENTRE SCIENCE DU DROIT ET SCIENCES SOCIALES

Blomeyer
Damm
Ehrlich
Emge
Geiger
Grüber
Hagen I
Henke
Hopf
Hufen I, II
Lautmann II, IV
Lüscher
Luhmann I, III, VI, VII
Müller, F. X, XII, XIX
Naucke I, II
Naucke/Trappe
Rittner II

Rottleutner II
Ryffel IV
Wittkämper
Wüstendörfer

RELATIONS ENTRE LE TRAVAIL JURIDIQUE ET LE SYSTÈME SOCIAL ET POLITIQUE

Ehrlich
Galbraith
Geiger
Grimm II, III, V
Gusy
Haverkate II
Heller II
Hesse I
Jaeggi
Kühnl
Luhmann I, III, IV, V, VI, VII
Miliband
Müller, F. X, XII
Naucke/Trappe
Nierwetberg
Offe
Opp/Peuckert
Pashukanis
Popitz II
Preuß
Rasehorn III, IV, V
Richter
Rottleutner I, II
Rüthers
Scheuner I
Schindler
Schluchter
Stein III
Stucka
Wassermann III
Waterkamp
Weber, M. II
Weldon
Zwingmann

MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET THÉORIE DU LANGAGE

Braunroth et al.
Brinckmann/Grimmer
Busse I, II, III
Christensen I, VII
Cörna
Eckmann
Fleiner
Hartmann
Hegenbarth
Heinz
Heringer et al. II
Horn I, II, III
Jeand'Heur II, III, IV
Koch III
Kramm
Lampe
Larenz I, p.193 et s.
Müller, F. X, XIX, XXIV
Oksaar
Podlech V
Rave/Brinckmann/Grimmer II
Rodingen I, III
Schiffauer
Schmidt, J. I
Seibert I, III
Wagner, H. IV
Wimmer, R. I, II

MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET LOGIQUE FORMELLE

Engisch III
Fiedler, H. II
Fohmann I
Haag
Horn I
Klug
Philipps
Podlech VII
Rödig
Schreiber I
v. Stephanitz
Wolffers

MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE ET INFORMATIQUE JURIDIQUE

Benjamin
Deutsch, K. I, II
Fiedler, H. III
Fohmann I
Haft/Müller-Krumbhaar

Kerkan
Lang
Reisinger I, II
Schlink I
Simitis I, II
Suhr
Steinmüller I, II
Wieacker II

LOGIQUE DES NORMES (LOGIQUE DEONTIQUE)

Kalinowski
Kanb
Lenk
Weinberger I, III

CHAPITRE VII
Index

(Les renvois aux passages principaux sont indiqués *en italiques*. Les noms de personnes, *en italiques*, ne sont repris dans cet index que dans la mesure où ils sont mentionnés dans le texte ou les notes à propos de thèmes particulièrement importants.)

Alexy, Robert, 154 et s., 206 et s.
Analogie, 272 et s.
Analyse sémantique (voir aussi : sémantique), 150 et s.
Antipositivisme, 221.
Application (voir : subsomption, syllogisme).
Argument a contrario, 272.
Argumentation (voir aussi : topique), *136 et s.*, 148, 207, 211, 253.
Arguments
— directement rapportés à des textes de normes, 320.
— non directement rapportés à des textes de normes, 321.
— conflits entre ces arguments, 323 et s.
Axiomatisation de l'ordre juridique, 258, 291.
Axiomatisation possible du droit constitutionnel, 289 et s.

Berkemann, Jörg, 166.
Blumtschli, Johann Caspar, 101.
Bonavides, Paulo, 221, 226.
Bourgeoisie, 172.

Canons (voir aussi : interprétation, éléments de concrétisation)
— conception de Savigny, 114 et s.
— rôle effectif, 200.
— nécessité et limites, 275 et s.
— rapports des c. entre eux, 326.
Cas d'espèce, 214, 295.
Champ de réglementation, 355.
Champ d'espèce (voir aussi : champ factuel, champ normatif), 45, 146, 195, 199, *225 et s.*, 240, *291 et s.*, 324 et s., 346, 355, 358, 359.
Champ factuel (voir aussi : champ normatif, champ d'espèce), 45, 66 et s., 71 et s., 106, 146, 161, 195, 199, *225 et s.*, 229, 240, 248, *324 et s.*, 346, 355, 358 et s., 371.
Champ normatif (voir aussi : champ d'espèce, champ factuel)
— analyse, 76, 78 et s., 81, 85, 94, 154, 197, 202, 275, 311, 320, 350, *354 et s.*
— notion, 46, 106, 190 et s., *195 et s.*, *354 et s.*
— des clauses générales, 360 et s.
— des droits fondamentaux, *66 et s.*, *85 et s.*, 192, 270.
— et institution, 141 et s.
— en tant qu'élément de concrétisation, 44, 67, 72, 76, 320, 366.
— et nature des choses, 138 et s.
— non-produit par le droit, 71, 191.
— produit par le droit, 177, 191.
— et politique juridique, 154, 314 et s.

— en tant que limitation concrète à l'exercice des droits fondamentaux, 94 et s.
— et Savigny, 115, 200.
— et précompréhension, 310.
— structure (voir : structure de la norme).
— modification (voir : changement normatif, champ factuel).
Chryssogonos, Kostas, 199.
Circonstances de l'espèce, 45, 107, 149 et s., 187, 195, 226, 229, 324, 346, 361.
Clarté des méthodes, 40, 92, 96, 130, 151, 158, 185, 215 et s., 238, 280, 288, 318, 326.
Clarté des normes (voir aussi : univocité), 40, 95 et s., 101, 111, 130, *238*, 288, 317, 326.
Clauses générales, 64, 73, 150, 159 et s., 201, 204, *245 et s.*, 360 et s.
Collision de textes, 285 et s., 366.
Communication, 40, 185.
— théorie de la c., 175 et s.
— histoire de la c., 180.
— modèle communicationnel, 177, 179.
— situation impérative de c., 176, 367.
— système de c., 176.
— techniques de c. du monde juridique, 176, 303.
Compétence fédérale en vertu d'une cohérence matérielle, 262 et s.
Concepts (voir aussi : signification)
— usages juridiques, 105, 264.
— juridiques, 104, 177, 263.
— comparatifs (c. et types), 189 et s.
— intention et extension, 195 et s.
— conceptualisation, 39.
Concordance pratique, 145, 285 et s.
Concrétisation (voir aussi : interprétation, éléments de concrétisation)
— notion, 32 et s., 35, 37, 45, *220 et s.*, 226.
— des normes (de la norme), 28, 36, 75, 134, 141 et s., 147, 149, *151 et s.*, 208, *223 et s.*, 229, 350.
— de la norme juridique en une norme-décision, 210, 222 et s.
— modèle de déroulement de la c., 226 et s.
— processus de c., 35, 86, 168, 187, 195, 214 et s., 224, 276, 285, 322, 366.
— sujet de la c., 227 et s.
— données de départ de la c., 223 et s.
— limites de la c., *238 et s.*
— et application, 58, 112 et s.
— et réexécution, 222 et s.
— et fonctions (titulaires de fonctions), *47 et s.*, *163 et s.*, 234, 368.
— et droit en vigueur, 134 et s., *317 et s.*
— et doctrine de la volonté, 58, 211 et s.
— comme objet de la méthodologie juridique, 106, 205, *234 et s.*, *340 et s.*, 350 et s.
— des droits fondamentaux, 111, 261 et s., 278 et s., 284 et s., 288 et s.
— factuellement déterminée, *61 et s.*, 138 et s., 142.
Condition légale
— doctrine de la c. l., 176.
— précision de la c. l., 130, 280, 317, 326.
Conflit méthodologique, *322 et s.*
Conséquences (évaluation des), 147 et s., 314 et s., 357.
Constitution (voir aussi : droit constitutionnel, théorie de la Constitution)
— unité (voir aussi : interprétation de la Constitution, unité de la Constitution), 59.
— forme législative, 119.
— actualisation de la c., 165.
— conception de la c., 229 et s.
— concrétisation de la c. (voir : interprétation de la Constitution, concrétisation)
— rigidité de la c., 95, 336.
— force normative de la c., 145, 287 et s.
— soumission à la c., *129 et s.*, 244, 280.
— volonté de c., 164.
— comme norme de contrôle, 60.
— comme norme de fond, 60.
— en tant que système de valeurs, 95 et s., 277.
— impératifs constitutionnels de clarté, 336.
Constitutionnalisme libéral allemand, 230.
Contrôlabilité
— en tant que tâche de la méthodologie juridique, 35, 146, 148 et s., 317.
— du travail juridique, 128, 317, *368 et s.*
— de la pratique juridique et de la science, 165 et s.
— et topique, 132.
Contrôle des normes, 96, 120, 123, 161.
Correction fonctionnelle, 59, 277 et s.
Critique de l'idéologie, 216, 312, 368.

Décision (voir aussi : décisionnisme, concrétisation, résolution)
— construction formelle, 340 et s.
— motivation, 51 et s., 64.

— conséquences, 32.
— justification, 303.
— et dogme de la volonté, 212 et s.
— et technique de résolution des cas, 342.
— contraire aux normes, 64.
— de politique juridique, 227.
— formation de la d., 167.
— processus de d., 38, 129, 148, 224, 329.
— science de la d., 1699 et s.
— technique de d., 37, 369.
Décisionnisme (voir aussi : *Schmitt*), 104, 210, 212 et s., 235, 244, *309 et s.*, *312 et s.*
Déduction, 39.
Démocratie
— principe démocratique et méthodologie, 32, 48, 121 et s., *127 et s.*, 136 et s., 165, 208, 218, *231 et s.*, 243, 301, *317 et s.*
— représentative et parlementaire, 230.
Derrida, Jacques, 178, 184, 221, 222, 374 et s., 378 et s., 381.
Déterminisme juridique, 111.
Didactique, 298.
Dignité humaine, 66 et s., 71.
Discrimination (prohibition), 64.
Disposition d'exception, 271 et s.
Doctrine des méthodes, 41, 158 et s.
Dogmatique (voir aussi : éléments de concrétisation)
— notion (notion non dogmatique de la dogmatique), 296 et s., 304 et s.
— juridique, 304.
— positiviste, 298 et s.
— rationnelle, 234.
— structurante, 298 et s.
Dogmatique régionale, 70 et s., 94, 270, 291, 296, *299 et s.*, 360.
Données de départ du processus de concrétisation, de décision (voir aussi : concrétisation, texte de norme), 186 et s.
Données linguistiques, 44, 106, *190 et s.*, 195, 243, 299, 325, 357, 359.
Données réelles (voir aussi : champ normatif), 44, 66, *70 et s.*, 81, *195*, 292, 299, 325, 346, 359.
Drath, Martin, 309.
Droit
— en vigueur (voir aussi : validité, normativité), 47, 347.
— en tant qu'instrument de domination, 184 et s.
— en tant qu'instrument de contrôle social, 175.
— en tant que système sans lacunes, 103, 157.
— d. positif, 103 et s., 110, 185, 221.
— de l'Etat de droit, *184 et s.*
— et réalité, 105, 112, 140, *145 et s.*
Droit administratif, 256, 292.
Droit constitutionnel (voir aussi : droits fondamentaux)
— coutumier, 160, 259 et s.
— fonction, 113, 231 et s.
— spécificité, 114, 116 et s., 135 et s., *231 et s.*
— soumission au d. c., 129 et s., 134 et s., 316 et s.
— typique formelle, 119.
— et droit législatif, 120 et s.
— lacunes, 333 et s.
— structures et fonctions, 231 et s.
Droit civil
— et interprétation traditionnelle, 101, 156, 158 et s.
— et théorie marxiste du droit, 174 et s.
— et approche topique, 128 et s.
— méthodologie, 192, 202, 371.
Droit coutumier (voir aussi : droit prétorien, droit populaire), 37, 127, 170 et s., 259 et s., 263, 344, 353 et s.
Droit du plus fort, 36.
Droit jurisprudentiel, 120, 124 et s., 278.
Droit naturel, 173.
Droit pénal, 36, 158 et s., 250 et s.
Droit populaire (voir aussi : droit prétorien), 127 et s.
Droit prétorien (voir aussi : droit coutumier, droit populaire), 127 et s.
Droit rationnel, 147 et s.
Droits fondamentaux
— dogmatique, 70 et s., 98, 360 et s.
— restrictions, 65, 88, *93 et s.*, 111, 360 et s.
— en tant que droits individuels, 141 et s.
— en tant que droit objectif, 88 et s., 141 et s.
— théorie institutionnelle des d. f., 120, 141 et s.
— et normes de compétence, 144, 284 et s.
— concurrence de d. f., 285.
— abus de d. f., 97 et s.
— substance, 87, 97.
— effectivité des d. f., 144, 288 et s.
— éléments factuels des, 66 et s., 86 et s., 360.
— et théorie de la norme juridique, 360 et s.

— et typologie des normes, 203 et s., 355.
— et jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, 66 et s., 86 et s.
— et système, 277, 284.
— et valeurs, 88 et s., 112, 154 et s.
ualisme de la norme et du fait, 309.
ualisme des méthodes, 217, 308.
ebischar, Roland, 196.

cole du droit libre, 131, 158 et s., 235.
rit, écriture, 372, *373 et s.*, 380.
galité
— principe général d'é., 64, 73, *360 et s.*
— examen de la conformité à l'é., *362 et s.*
— égalité des droits, 65, 74.
éments de concrétisation (voir aussi : interprétation, canons)
— dogmatiques, *258 et s.*, *296 et s.*, 300 et s., 320 et s.
— tirés du champ d'espèce (voir aussi : champ d'espèce), 291 et s.
— génétiques, 258 et s., *265 et s.*, *326 et s.*, 351.
— grammaticaux, 52 et s., 58, 116 et s., *258 et s.*, *330 et s.*, 351.
— groupes, 161, *257 et s.*, *350 et s.*
— historiques, 258 et s., *265 et s.*, 351.
— conflits, *321 et s.*
— é. de technique de résolution des cas, *305 et s.*, *339 et s.*
— é. tirés du champ normatif, voir : champ normatif.
— méthodologiques, 258 et s.
— directement rapportés aux normes, *302 et s.*, 366.
— non directement rapportés aux normes, *302 et s.*
— hiérarchisation, 54, 268, *318 et s.*, 366 et s.
— de politique juridique et constitutionnelle, 297, 298, *314 et s.*
— systématiques, 52 et s., *265 et s.*, 270 et s., 279 et s.
— de théorie, 307 et s.
— mode d'action, 320 et s.
léments factuels (voir aussi : champ normatif, champ factuel), 61 et s., 66 et s., 85 et s., 145 et s.
sser, Joseph, 131, 269.
tat de droit (voir aussi : contrôlabilité, rationalité)
— bourgeois, 174.
— démocratique, 32, 185.
— formalisme, 175, 356.
— libéral, 230.
— matériel, 185.
— modèle d'un Etat de droit libéral, 142, 172.
— impératifs normatifs de l'é. de d. et méthodes, 40, 111, 153, 186, *235 et s.*, 240 et s., 280, 325, 336.
— rationalité, 48, 208.
— structure textuelle, 127, 184 et s.
Etat fédéral, 230.
Ethos politique, 31.
Etre et devoir-être, 105 et s., 145 et s.
Evidence, 109, 138, 208 et s.

Falsificationnisme (voir aussi : rationalisme critique), 166, 352.
Feuerbach, Ludwig, 210.
Fohmann, Lothar H., 290, 294.
Force normative de la Constitution, 145, 287, 314.
Force normative du factuel, 312.
Forme de l'Etat de droit, 32, 184 et s., 336 et s.
Foucault, Michel, 43, 376, 381.

Gadamer, Hans-Georg, 219, 237, 367, 382.
Garantie institutionnelle, 75.
Gast, Wolfgang, 157, 385.
Genèse des textes (voir aussi : éléments de concrétisation), 53, 56, *265 et s.*, 365.
Gerber, Carl Friedrich v., 100, 101, 104, 115, 158, 213, 238, 348.
Gröschner, Rolf, 105.
Gumplowicz, Ludwig, 309.

Habermas, Jürgen, 207.
Harenburg, Jan, 304.
Heller, Hermann, 309.
Herméneutique, *41 et s.*, 58, 108 et s., 143, 149, 169, 235, 237, 367 et s.
— cercle herméneutique, 58, 219.
Hoffmann, Gerd, 107.
Holisme, 280, 283.
Hypothèses normatives, 107, 120, *147 et s.*

Ihering, Rudolf v., 101, 115, 158.
In dubio pro libertate, 144, 274, 288 et s.
Informatique juridique, 201 et s.
Institution, 141 et s.
Intégration (critère de l'effet d'), 279, 314.

Intégration (théorie de l'), 235, 309, 312.
Intérêt de connaissance, 39, 211, 214.
Intérêt de décision, 211, 214 et s., 329.
Interprétation (voir aussi : concrétisation, éléments de concrétisation, subsomption)
— notion, 44.
— extensive, 58, 114, 115 et s., 288.
— restrictive, 114, 115 et s.
— par différenciation des fonctions, 116, 254 et s.
— grammaticale, 53 et s., 114, 117 et s., *259 et s.*, *267*, 275 et s., 279, 320, *326*, 332 et s., 353.
— génétique, 53 et s., 57, 258 et s., *265 et s.*, 284, *326 et s.*, 353.
— historique, 53 et s., 114, 258, 259, *265 et s.*, 284, 326, 353.
— systématique, 53 et s., 114, 117, 124, 258, 259, 265, 269, *270 et s.*, 275, 279, 325, 326, 332 et s., 353.
— téléologique, 53 et s., 116, *118*, 242, 258, *269 et s.*, 278, 330.
— traditionnelle, 61, 92, 108 et s., 116 et s., 212.
— conforme à la Constitution, *59 et s.*, *120 et s.*, 320.
— objectif de l'i., 328 et s.
Interprétation de la Constitution
— comme « postulat de la raison pratique », 142 et s.
— comme théorie pratique de la Constitution, 142 et s.
— comme réalisation de l'autonomie, 142 et s.
Interprétation de la Constitution (principes d'), 138, 144 et s., *277 et s.*

Jellinek, Georg, 308.
Jerusalem, Franz, 309.
Jugement « aide financière », 57, 75.
Jugement « avortement », 269, 289.
Jugement « Brockdorf », 77.
Jugement « Cogestion », 81 et s.
Jugement « Concordat », 56, 268.
Jugement « des gravières », 80 et s.
Jugement « disques », 53, 213, 327 et s., 365.
Jugement « écoutes téléphonique », 274, 281.
Jugement « égalité des droits », 281.
Jugement « Elfes », 255 et s.
Jugement « état du Sud-Ouest », 280.
Jugement « Lebach », 69.
Jugement « Lüth », 88 et s.
Jugement « Mephisto », 70 et s., 93, 147.
Jugement « Soraya », 36, 55, 108, 302.
Jurisprudence
— de la Cour fédérale de justice, 138 et s.
— de la Cour constitutionnelle fédérale, *52 et s.*, 59 et s., 122 et s., 278, 280 et s., 288 et s.
— de la Cour administrative fédérale, 66, 80, 84, 86, 87, 335.
— des Cours constitutionnelles régionales, 52.
— des tribunaux administratifs, 333 et s.
— comme objet de la méthodologie juridique, 52 et s., 163 et s.
— comme élément de concrétisation, 296 et s.
Jurisprudence des concepts (*Begriffsjurisprudenz*) (voir aussi : positivisme légaliste), 115, 132.
Jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*), 159.
Justice (*Gerechtigkeit*), 148 et s., 153, 250, 253.
Justice constitutionnelle, 123, 230, 232.

Kant, Immanuel, 142.
Kaufmann, Erich, 309.
Kelsen, Hans, 99, 104, 157, 227, 280, 309, 313.
Koch, Hans-Joachim, 195 et s., 207.
Kriele, Martin, 27, 147 et s., 151 et s., 221.

Laband, Paul, 99, 100, 101, 104, 105, 115, 158, 213, 238, 348.
Lacunes, 333 et s.
Ladeur, Karl-Heinz, 187.
Langage/langue, 143, 179 et s., *180 et s.*, 184 et s., 207, 376, *378 et s.*
— critique du langage, 180 et s.
— jeu de langage, 155, *179 et s.*, 367.
— règle de langage, 155, 182 et s.
— conception ontologico-réaliste du langage, 179.
— système, 184.
— usage, 105, 181, 241, 251 et s.
Langage spécialisé, 118, 132 et s., 289, 353.
Langage quotidien, 106, 289, 321, 353.
Larenz, Karl, 189 et s.
Laun, Rudolf v., 309.
Law in action, 146.
Légalité (*Legalität*),
— du droit législatif (*Gesetzesrecht*), 284.
— structures et fonctions, 231 et s.
— de l'ordre constitutionnel, 232, 336.

Législateur
— apocryphe, 32.
— démocratique, 143.
— et monopole de donation de sens, 178.
Législation
— et autres fonctions, 47, 51, 134, *163 et s.*, 345, 368.
— pouvoir d'appréciation, 89.
— et droit coutumier, 260.
— comme élément de concrétisation, 156.
— et pouvoir constituant, 233.
— et jurisprudence constitutionnelle, 59, 86, 121 et s., 136 et s., 143, 150.
— et mode de travail scientifique, 165.
— théorie de la l., 194 et s.
Légitimité
— structures et fonctions, 231 et s.
— de l'Etat constitutionnel, 48, 377 et s.
— de l'ordre constitutionnel, 232, 336.
— impératif de l., 125.
Lénine, Vladimir I., 172, 174.
Liberté d'association, 78 et s.
Liberté de conscience, 68.
Liberté de l'activité professionnelle, 82 et s.
Liberté de la presse, 69.
Liberté de l'art, 70 et s., 93, 198.
Liberté de l'audio-visuel, 69 et s., 198.
Liberté de manifestation, 77 et s.
Liberté d'opinion, 69.
Liberté syndicale, 78 et s.
Limite textuelle (voir aussi : éléments de concrétisation, programme normatif, texte de norme), *238 et s.*, 332 et s., 383 et s.
Linguistique (voir aussi : sémantique pratique), 37, *180 et s.*, 195 et s., 350.
Logique
— formelle, 258, 290.
— moderne, 190.
— traditionnelle, 190.
Logique juridique formelle (voir : subsomption, syllogisme).
Loi
— abstraite et générale, 134 et s.
— progressive, révolutionnaire, 174 et s.
— inconstitutionnelle, 59 et s.
— soumission à la l. (voir aussi : texte de norme), 184, 242 et s.
— but de la l., 114, 116.
— concrétisation de la l. (compétence de), 123.
— contenu de la l., 52 et s., 60.
— lacunes de la l., 333 et s.
— réserves de l., 96.
Loi fondamentale (voir aussi : droits fondamentaux, droit constitutionnel)
— comme ordre axiologique, 230.
— comme constitution rigide, 336.
— positivité de la l.f., 282.
Loyauté (envers la Fédération), 260.
Luhmann, Niklas, 231, 240, 294.
Lukacs, Georg, 173.

Mannheim, Karl, 48, 370.
Marx, Karl, 172 et s.
Méthodes de travail des juristes, 128, 165.
Méthodologie (voir aussi : structurante)
— juridique, 33, 35 et s., 49, 145, 164, 265, 289 et s., 304, 329, 350 et s.
— notion, 41, 345.
— traits fondamentaux de la m. juridique, *345 et s.*
— autonomie de la m. juridique, 237 et s.
— du positivisme légaliste, 175, 204.
— post-positiviste, 32, 356.
— du droit constitutionnel, 108 et s., 153, 155, 158 et s., 232, 241, *277 et s.*
— en tant qu'interprétation de textes, 107.
— comme technique de décision, 221.
— comme technique d'imputation, 221.
— fonctions de la m. juridique, 37 et s., 318, 336 et s., 340 et s., *368 et s.*
— et théorie de la norme, 160 et s.
— et théorie des fonctions, 164.
— et théorie de la communication, 175 et s.
— et politique, 48 et s.
Mise en balance (bilan) des biens et intérêts, 65, 71, *88 et s.*, *95 et s.*, *147 et s.*, 151, 154, 269, 286.
Mohl, Robert v., 101.
Monisme méthodologique, 121.
Motif déterminant, 46, 214, 265, 369.
Motivation
— rationnelle, 165, 280.
— déficit, 155.
— obligation, 51, 185.

Nature des choses, 61 et s., 64, 75, 120, *138 et s.*, 269, 275, 278, 318.
Nawiasky, Hans, 309.
Néopositivisme, 221.

Normativité
— notion, 46, 66, *145 et s.*, 159, 170, *186 et s.*
— et soumission à la loi, 311.
— en tant qu'objet de la méthodologie juridique, 186 et s.
— en tant que processus structuré, 186, 223, *234 et s.*
— et pouvoir constituant, 233 et s.
Norme (voir aussi : norme juridique)
— et fait, 146.
— et cas d'espèce, 151 et s., 204, 208, 349.
— comme piège logique, 227.
— se rapportant aux méthodes (voir aussi : Etat de droit, impératifs normatifs), 318 et s.
— non-identité avec le texte de norme, 45 et s., 151, *168 et s.*, *186 et s.*, *204 et s.*, 349.
— et normativité, *168 et s.*
— identification positiviste avec le texte de norme, 105 et s., 204 et s.
— structure de la n., 263.
Norme-décision (voir aussi : texte de norme, norme juridique)
— notion, *46*, *193*, 197, 226.
— et dogmatique, 297, 299, 303.
— comme résultat final de la concrétisation, *193*, 225.
— production, 37, 193.
— et clauses générales, 361.
— et norme juridique, 46, 167, *185 et s.*, 196 et s., *226 et s.*, 229, 240, 272 et s., 297, 299, 303, 307, 320, 347, 366, 370.
Norme fondamentale, 104, 280.
Norme juridique (voir aussi : champ normatif, normativité, norme, ordre, programme normatif, structure de la norme, texte de norme)
— générale et abstraite, 171 et s.
— production, 107 et s., 134 et s., 182 et s., *220 et s.*, 274.
— et cas d'espèce (voir : norme).
— comme système impératif de communication, 175 et s.
— construction, 45, 134 et s., 274.
— modèle structurel, 161, 226.
— typologie, 201 et s.
— obligatoriété, 130 et s., *316 et s.*
— distinction d'avec la norme-décision (voir : norme-décision).
— et réalité (voir : norme).
Objectivité, 40, 125, *215 et s.*
Oppenheimer, Franz, 309.
Ordre (la norme comme modèle d'ordre concrètement déterminé) (voir aussi : champ normatif, norme juridique, théorie de la norme juridique), 76, 187, 201.
Ordre constitutionnel
— légalité et légitimité, 233 et s., 335 et s.
— portée normative, 150.
— textualisé, 184 et s., 336.
Ordre juridique (voir aussi : éléments de concrétisation – systématiques -)
— archaïque, 165.
— bourgeois, 173.
— de l'Europe moderne, 171.
— comme système clos, 117, 280.
— comme système de communication, 176.
— et élément langagier, 184.
— structure textuelle, 184 et s.

Pashukanis, Eugen, 172 et s.
Pauly, Walter, 352.
Phénoménologie du droit, 312.
Philosophie du droit, 145 et s.
Politique
— démocratique, 32, 185.
— et méthodologie juridique, 48 et s., 100, 101 et s., 310, 314 et s., 366, 369.
Politique juridique (voir aussi : éléments de concrétisation), *150 et s.*, *152 et s.*, 282, 294, *314 et s.*
Popper, Karl R., 236.
Positivisme légaliste
— présentation, *99 et s.*, *348 et s.*, 371 et s.
— et systèmes de traitement informatisé des données, 201.
— et décisionnisme, 212, 214, 308 et s., 311, 313 et s.
— et théorie marxiste du droit, 175.
— et objectivité, 40, 217.
— et politique, 49, *101 et s.*
— et théorie de la norme juridique, 105 et s., 115, 137, 139, 157 et s., 194, 196, *204 et s.*, *312 et s.*
— et jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, 91.
— dépassement du p. l., 36, 98 et s., 157 et s., 204 et s., *234 et s.*, 348, 356 et s.
Pouvoir
— et Etat, 376, 382 et s.

— et langue/langage, *378 et s.*, *381 et s.*
Pragmatique (voir : linguistique, science du langage), *180 et s.*
Praticabilité, 269, 278.
Précision (obligation de) (voir aussi : clarté), 137, 202, 263, 319, 326.
Précompréhension, 42, 143 et s., *215 et s.*, *218 et s.*, 237, *262*, *309 et s.*, *367 et s.*
Préférence (règles de), 335 et s.
Production du droit, 33, 183, 221, *348 et s.*
Programme normatif (voir aussi : texte de norme, norme juridique, théorie de la norme juridique)
— notion, 45, 72, 73 et s., 81, *106 et s.*, 115, 140 et s., 146, 161, 168, 187 et s., 194, 358 et s.
— et champ normatif, 187, *358 et s.*
— limite du programme normatif (voir aussi : limite textuelle, texte, texte de norme), 243 et s., 332, *383 et s.*
Proportionnalité, 292.
Propriété, 80 et s., 174.
Puchta, Georg-Friedrich, 115.
Purisme, 101 et s.

Quasi-texte de norme, 126.

Radbruch, Gustav, 373.
Rationalisme critique (voir aussi : falsificationnisme), 236.
Rationalité
— en tant que tâche de la méthodologie juridique, 30, 35, 39, 105, 109, 125, 148, 184, 208, *215 et s.*, *218*, 236.
— fonctionnelle, 48, 370.
— substantielle, 48.
— en tant qu'exigée au nom de l'Etat de droit, 316 et s.
Réalisme conceptuel, 219.
Réalité (voir aussi : éléments factuels), 30, 41 et s., 61, 64 et s., 80, *105 et s.*, 112, 147, 187 et s., 204 et s., 349.
Réalité (modèle de), 138, 196, 199, 204.
Règle de droit (*Rechtssatz*, proposition de droit), 117, 211 et s., 247, 275, 346.
Règles
— concept, 182.
— concept platonicien de r., 155.
— sémantiques, 207.
— linguistiques, 182.
Renner, Karl, 173.
Réserves de loi, 96.
Résolution (au sens de la décision purement subjective), 31, 160, 186, *242 et s.*, 248, 252, 377.
Résolution de cas, 41, 52, 107.
— technique de r. de c., 305 et s., *339 et s.*
Rhétorique, 36, 132, 157.

Savigny, Friedrich Karl v., 62, 100 et s., *108 et s.*, 138, 156, *158 et s.*, 200, 205, 213, 235, 236, 239, 242, 257, 275, 276, 319, 348, 351.
Schmitt, Carl, 212, 280, 309, 311, 313.
Schroth, Ulrich, 266, 321.
Sciences de l'esprit, 39, 110 et s., 215, 315.
Science du droit
— comme science, 169, 368 et s.
— comme science de la décision, 169 et s.
— comme science normative, 146, 169 et s.
— comme science de l'esprit normative, 216.
— comme science pratique, 146, 218.
— sociologique, 235.
— modes de travail, 166.
— tâches, 165 et s.
— du XIX^e^ siècle, 58.
— comme élément de concrétisation, 296 et s.
Science du langage (voir : linguistique).
Sciences sociales, 37, 293, 350, 371.
Sécurité juridique, 56, 92, 96, 111, 130, 136, 143, 241, 288, 326.
Sémantique
— logique, *206 et s.*
— pratique, 155, *179 et s.*, 205, 207.
— de l'agir compétitif, *266 et s.*
— du mot, 195.
— sémantisation, combats sémantiques, 207, *373*, 383.
Sendler, Horst, 193.
Sens commun, 150.
Sens littéral (voir aussi : éléments de concrétisation, texte de norme)
— possible, 239, 244.
— comme contenu donné d'avance de la norme, 251.
Séparation des pouvoirs, 127, 135.
Signification (voir aussi : texte de norme, concept), 181, 222, 264.
— théorie, 177 et s., 181.
— objectivisme, 183.
— constitution de la s., 254.
— changement de s., 63.
Smend, Rudolf, 280, 282, 309.
Sobota, 36.
Sociologie de la justice, 367.
Sociologie du droit, 175, 311.
Sociologisme, 210, 311 et s.
Sources du droit, 114, 282, 296.
— théorie des s. du d., 263.
Staline, Joseph, 174.
Standards, 202, 248, 263.
Stein, Ekkehart, 196.
Structurante
— dogmatique s., 29, 42, 298, 300, 304.
— méthodologie s., 27, 35 et s., 42, 137, 140, 154, 160 et s., *234 et s.*, 305, 328, 329, *368 et s.*, 371, 385.
— théorie s. de la norme juridique, 43, 140, 146 et s., 160 et s., 176, 305.
— théorie s. du droit, 29, 42, 100, 134 et s., 154 et s., 177, 180, *182 et s.*, *206 et s.*, 220 et s., 227 et s., 322, 328, *348 et s.*, 371, 375.
Structure de la norme
— analyse, *145 et s.*, 159 et s.
— conception, 154, 299 et s.
— n'est pas identique à la structure du texte de norme, 159.
— et normativité, 129, 290.
— typologie, 119, 201 et s., 203 et s., 261 et s.
Stucka, Piotr I., 174 et s.
Subsomption
— et positivisme légaliste, 45, 58, 103, 105, 110, 111, *135 et s.*, 150, 151, 183, 221, 227.
— et théorie de la communication, 175 et s.
— et précompréhension, 209.
— possibilité d'y recourir, 111 et s., 157 et s., 243.
— dans la littérature scientifique, 110.
Syllogisme, 45, 58, 102, 111, 221, 227.
Système
— notion, 103 et s., 112, 128 et s.
— du droit en vigueur, 103.
— « ouvert », 128 et s.
— sans lacunes, 103, 112.
— mobile, 159.

Texte, 180 et s.
— d'injonction, 184 et s.
— de justification, 184 et s.
— travail avec des, 44, 207, 382.
— structure textuelle de l'ordre juridique, 184 et s.
— et philosophie du langage, *373 et s.*
— et livre, 374.
— et hors-texte, *374 et s.*, 376, *377*.
— et origine, 375, 376.
— impossibilité de maîtriser le centre de sens du t., 179, 373.
— linguistique du t., 373.
Texte de norme (voir aussi : interprétation, éléments de concrétisation, programme normatif, règle de droit)
— distinction d'avec la norme juridique, 151, 159, 168, 170 et s., 177 et s., 182, *204 et s.*, 223, 245, 349.
— validité, 27 et s., 137, 168, 187, 188 et s., 347.
— effet de détermination, 159, 239, 243.
— effet d'indice, 239, 243, 245, 264.
— effet de signal, 37, 177 et s., 190, 222.
— soumission au t. de n., 130 et s., 136, 137, 377.
— fonction limitatrice, 37, 55, 137, 159 et s., 168 et s., *238 et s.*, 261, 323, 325, 354.
— hypothèses de t. de n., 195, 210, 225 et s., 229, 305, 333, 359.
— comme donnée de départ de la résolution du cas, 46, *187 et s.*, *221 et s.*
— comme instance de sélection, 55.
— destinataires, 46, 188.
— histoire des concepts, 279.
— imprécision, 201.
— contenu, 169, 177 et s.
— univocité, 205.
— référent, 180, 190.
— révision de t. de n., 48, 161.
— systématique, 270.
— sous-t.de n., 246.
— en tant que chaîne de signes, 45, 196, 253.
Théorie de la Constitution (voir aussi : éléments de concrétisation, éléments de théorie, précompréhension)
— et restrictions aux droits fondamentaux, 96 et s.
— et méthodologie, 156, 295 et s., *307 et s.*
— et principes d'interprétation de la Constitution, 144.
— et droit jurisprudentiel, 124 et s.
Théorie de la norme juridique, 42, *44*, 112, 140, 148, 152, 160 et s., 176, 183 et s., *204 et s.*, 238, 356 et s.

Théorie de l'Etat
— du premier positivisme, 213.
— marxiste, 174 et s.
Théorie des actes de langage, 182.
Théorie des fonctions, 135, 165.
Théorie des pactes, 266.
Théorie du dépérissement de l'Etat, 174.
Théorie du discours, 154, 207.
Théorie du droit (voir aussi : éléments de concrétisation, éléments de théorie, théorie de la norme juridique)
— et méthodologie juridique, 160 et s.
— marxiste, 171 et s.
Théorie du « type », 189 et s.
Théorie narrative du droit, 221.
Théorie nominale de la signification, 180.
« Théorie objective », 56, 212, 267 et s., *327 et s.*, 365 et s.
Théorie pure du droit (voir aussi : *Kelsen*), 227, 309, 379.
Théorie pure du langage, 379.
« Théorie subjective », 56, 267 et s., *327 et s.*, 365 et s.
Topique (approche t. du droit), *128 et s.*, 159, 177, 235, 240, 241, 278.
Traitement informatique de données, 289 et s., 294, 307.
Travail avec des textes, 44, 382, 385.
Travail humain, 172.
Travail juridique (voir aussi : interprétation, concrétisation, technique de résolution des cas)
— notion, 36, 43, 318, 321 et s., 329, 385.
— et méthodologie juridique, 31, 32, 36, 40, 152 et s., *234 et s.*, *368 et s.*, 385.
— éléments normatifs du, 225.
— pratique, 33, 276, 290.
— rationalité, 30, 297.
Travailleur du droit, 184, 190, 193, 226, 227 et s.
Travaux législatifs préparatoires (voir : éléments de concrétisation, génétique).
Types de normes, 107, 146, 261 et s., 291.

Udke, Gerwin, 370.
Unité de la Constitution, 144 et s., 231, *279 et s.*, 285.
Univocité (voir aussi : limite textuelle, limite du programme normatif), 58, 175.

Valéry, Paul, 328.
Valeurs
— ordre, 88, 155, 231.
— philosophie des v., 110.
— jurisprudence des v., 159.
— système de v., 88 et s., 95, 96, 97, 108, 111, 231.
— mise en balance des v., 88 et s., *95 et s.*, 111, 154, 155.
— neutralité axiologique de la science juridique, 216.
— valorisation/évaluation, 31, 45, 89, *215 et s.*, 269.
Validité (voir aussi : droit en vigueur, normativité), 40, *46 et s.*, *186 et s.*, 347.
Viehweg, Theodor, 132.
Violence (voir aussi : pouvoir), 250 et s., 376, 378, 381, 382.
Volonté (doctrine de la), 56, *211 et s.*, *213 et s.*, 327 et s., 365 et s.

Weber, Max, 171, 173, 217.
Weimar (Constitution de), 266.
Wittgenstein, Ludwig, 180, 181, 367, 379.

Zachariä, Heinrich A., 101.
Zöbeley, Günther, 93.

TABLE

Présentation du traducteur, 5

Préface à l'édition française, 25

Préface à la cinquième édition allemande, 27

Introduction, 35

Tâche d'une méthodologie juridique, 35
Thème d'une méthodologie juridique, 35
Méthodologie et méthodologies, 36
Fonctions d'une méthodologie juridique, 37

CHAPITRE I — POSITION DU PROBLÈME, 39

Préalables, 39
Concepts, 41
Fonctions, 47
Fonctions, procédure, rationalité, 48
Méthodologie et politique, 48

CHAPITRE II — SUR L'ÉTAT ACTUEL DE LA MÉTHODOLOGIE EN DROIT CONSTITUTIONNEL, 51

La jurisprudence, 51

La jurisprudence comme matériau de l'analyse méthodologique, 51

La réflexion méthodologique dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, 52

A propos de la pratique méthodologique de la Cour constitutionnelle fédérale, 55

Traitement des règles traditionnelles, 55
Raisons d'un tel traitement des règles traditionnelles, 57
Nouvelles règles d'interprétation, 59
Aspects de la concrétisation factuellement déterminés, 61
La nature des choses, 61
Autres éléments factuels, 62
Sur le rôle des éléments factuels, 64
Eléments factuels des droits fondamentaux, 66
Article 5 de la Loi fondamentale, 69
Article 6 de la Loi fondamentale, 72
Article 7 de la Loi fondamentale, 75
Article 8 de la Loi fondamentale, 77
Article 9 de la Loi fondamentale, 78
Article 14 de la Loi fondamentale, 80
Article 12 de la Loi fondamentale, 82
Sur le rôle des éléments factuels dans la concrétisation des droits fondamentaux, 85
Spécialité des libertés publiques (*Freiheitsrechte*), 86
Spécialité des droits à l'égalité, 87
Les droits fondamentaux considérés comme « valeurs » et comme « système de valeurs », 88

Vue d'ensemble de la méthodologie de la jurisprudence constitutionnelle, 90

La méthodologie du droit constitutionnel dans la littérature scientifique, 91

A propos de la pratique méthodologique, 91

Le traitement déformalisé des droits fondamentaux, 92
Transfert des restrictions à l'exercice des droits fondamentaux, 93
« Mise en balance » des « biens » et « valeurs » protégés par les droits fondamentaux, 95
Théorie de l'« abus » de droit fondamental, 97
Appréciation générale, 98

Réflexion méthodologique dans la science contemporaine du droit constitutionnel, 99

Permanence du positivisme légaliste, 99
La méthode de travail du positivisme en droit constitutionnel, 100
Fondements et origine, 100
Purisme, 101
Notion de système, réification des grandeurs juridiques, 103
« Etre et devoir-être », 105
Retour à Savigny ?, 108

Critique des méthodes des « sciences de l'esprit », 108
Sur la métacritique des méthodes des « sciences de l'esprit », 110
A propos de l'arrière-plan théorique des règles établies par Savigny, 114
Les canons et les questions de méthode actuelles, 116
Sur la forme législative de la Constitution, 119
Nouvelles approches méthodologiques en droit constitutionnel, 120
Nature de ces approches, 120
L'interprétation conforme à la Constitution, 120
Le droit jurisprudentiel dans le droit constitutionnel, 124
L'approche topique en droit constitutionnel, 128
Un « système ouvert » ?, 128
La soumission aux textes de normes en droit constitutionnel, 129
Primat de la soumission au texte de norme, 130
Exemple : le topos de l'« autonomie », 132
Limites de la topique en droit constitutionnel, 134
Autres approches d'une méthodologie concrète, 138
Nature de ces approches, 138
La « nature des choses », 138
La pensée institutionnelle en droit constitutionnel, 141
L'interprétation de la Constitution comme réalisation de l'autonomie ou comme théorie constitutionnelle pratique, 142
Principes de l'interprétation de la Constitution, 144
L'analyse de la structure de la norme comme tâche de la concrétisation pratique, 145
Le procédé de la formation d'hypothèses normatives, 147
1 / « Droit rationnel » et évaluation des intérêts, 147
2 / Politique juridique et concrétisation, 150
3 / Politique juridique et méthodologie, 152
La dissolution des droits fondamentaux en principes ou valeurs, 154

Remarques sur l'état de la discussion, 155

Les tâches actuelles, 155
La normativité concrète, 157
Particularités de la méthodologie du droit constitutionnel, 158
Les canons en droit constitutionnel, 158
Sur la nouvelle réflexion à propos des canons, 159

Méthodologie et théorie de la norme, 160

CHAPITRE III — ÉBAUCHE D'UNE MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE, 163

Fondements de la méthodologie juridique, 163

Méthodologie et théorie des fonctions, 163

Concrétisation de la norme, respect de la norme, 163
Fonctions et tâches de travail, 165
Normativité, norme et texte de norme, 168
Sur le caractère limité du rôle du texte de norme, 168
La science du droit comme science normative (science de la décision), 169
L'exemple du droit coutumier, 170
La critique scientifique du droit comme critique de la forme du droit : approches de la théorie marxiste du droit, 171
L'approche d'E. Pashukanis, 172
La permanence des formes bourgeoises du droit et de la Constitution, 174
Méthodologie juridique et théorie de la communication, 175
Le texte de norme comme expression d'un « contenu » ou comme signal, 177
Méthodologie juridique et critique du langage, 180
Structure textuelle de l'Etat de droit, 184
Norme, texte de norme, structure de la norme, 186
La normativité comme processus structuré, 186
Programme normatif, champ normatif, norme juridique et norme-décision, 189
Exemple : la structure du plan, 194
Champ normatif, 195
Sur le rôle effectif des canons, 200
Typologie des structures de norme, 201
Facteurs d'une typologie, 203
Concrétisation plutôt qu'interprétation, 204
A propos de l'identification de la norme juridique au texte de norme, 204
« Evidence », « clarté », norme et cas d'espèce, 208
Sur l'arrière-plan de la doctrine de la « volonté », 211
Sur l'inutilité de la doctrine de la « volonté », 213
L'intérêt de décision, 214
Précompréhension, valorisation, objectivité, rationalité, 215
Fonction de la précompréhension juridique, 218
Précompréhension et « choix des méthodes », 220
Concrétisation, 220
Déroulement de la concrétisation, 226
Le sujet de la concrétisation, 227
Droit constitutionnel et méthodologie structurante, 229
Conception de la Constitution, 229
Structures et fonctions du droit constitutionnel, légalité et légitimité, 231
Normativité et pouvoir constituant, 233
Méthodologie structurante, 234
« Eléments » de concrétisation, 235
Autonomie de la méthodologie juridique, 237

Eléments de la concrétisation de la norme, 238
Le texte comme limite de la concrétisation de la norme, 238
Sur la place particulière du texte, 238
La texte comme délimitation de l'espace de jeu d'une concrétisation régulière, 239
La violation par une « résolution » de la fonction limitatrice du texte, 242
La fonction limitatrice du texte : le cas des clauses générales, 245
Exemples de la fonction limitatrice du texte, 249
But de la norme contre texte de norme ?, 249
Justice matérielle contre texte de norme ?, 250
Interprétation par différenciation des fonctions, 254
Groupes d'éléments de concrétisation, 257
Eléments méthodologiques au sens étroit, 258
Vue d'ensemble, 258
Règles traditionnelles de l'interprétation, 259
Interprétation grammaticale, 259
Droit constitutionnel codifié, 259
Le texte du droit coutumier, 259
Interprétation grammaticale et types de structure normative, 261
Interdépendance de l'interprétation grammaticale et des autres éléments, 264
Eléments historiques, génétiques, systématiques et téléologiques, 265
Démarcation de l'interprétation historique par rapport à l'interprétation génétique, 265
Sur le rôle des points de vue génétique et historique, 267
Flou des délimitations fonctionnelles, 268
L'interprétation téléologique : résumé, 269
Sur la concrétisation systématique en général, 270
Structures de l'interprétation systématique, 270
« Raisonnements circulaires », « dispositions d'exception », 273
Aspects d'un processus unitaire du point de vue fonctionnel, 274
Nécessité et limites des canons, 275
Principes d'interprétation de la Constitution, 277
Vue d'ensemble, 277
Correction fonctionnelle, 277
Praticabilité, 278
Interprétation tirée du contexte historique, 278
Critère de l'effet d'intégration, 279
Principe de l'unité de la Constitution, 279
Conception générale préconstitutionnelle, 283
Lien entre les droits fondamentaux et les règles de compétence, 284
Concordance pratique, 285
Le principe de la force normative de la Constitution, 287
« Effectivité des droits fondamentaux » et « in dubio pro libertate », 288
Axiomatisation possible du droit constitutionnel ?, 289

Eléments de concrétisation tirés du champ normatif et du champ de l'espèce, 291

Fonction des éléments de structure, 291
Les éléments de structure comme éléments rapportés au cas concret, 294

Eléments dogmatiques, 296

Le rôle des éléments dogmatiques, 296
Nécessité de l'interprétation linguistique des éléments dogmatiques, 301
Eléments dogmatiques directement et non-directement rapportés aux normes, 302

Eléments de la technique de résolution des cas, 305
Eléments de théorie, 307

Sur la possibilité du recours aux éléments de théorie, 307
Précompréhension théorique (de théorie constitutionnelle), 309
Sur la fécondité méthodologique des positions théoriques, 311

Eléments de politique constitutionnelle et juridique, 314

Possibilités, 314
Limites, 316

Hiérarchie des éléments de concrétisation, 318

Règles de l'art non-obligatoires et normes obligatoires se rapportant aux méthodes, 318
Mode d'action des éléments de concrétisation, 320

Eléments directement rapportés à des textes de normes, 320
Eléments non-directement rapportés à des textes de normes, 321

Conflits entre les éléments de concrétisation, 321

Une hiérarchisation est-elle impossible ?, 321
Le concept méthodologique du conflit, 322
Types de situations conflictuelles entre plusieurs éléments de concrétisation, 323
Conflits entre les éléments non immédiatement rapportés aux textes de normes, 323
Conflits des éléments non directement rapportés à des textes de normes avec les éléments directement rapportés à des textes de normes, 323
Conflits entre les éléments directement rapportés à des textes de normes, 324
Arguments dogmatiques rapportés à des textes de normes, d'un côté / éléments méthodologiques et éléments de champs normatifs, de l'autre, 324
Eléments de champs normatifs / éléments méthodologiques au sens strict, 324
Conflits entre éléments méthodologiques au sens strict (éléments d'interprétation), 325
1 / Rapports des canons entre eux, 326
2 / Le rôle de l'aspect génétique, 326
3 / L'inutilité des théories « subjective » et « objective », 327

4 / Priorité de la fonction limitatrice de l'interprétation grammaticale et systématique, 330
Contradiction entre les aspects grammatical et systématique, 331

Hypothèses de capacité insuffisante des éléments grammatical et systématique, 332

Capacité purement limitatrice des aspects grammatical et systématique, 332
Norme non directement appropriée au cas d'espèce, 333
« Lacunes » dans le droit constitutionnel, 333

A propos de la normativité des règles de préférence, 335

CHAPITRE IV — A PROPOS DE LA TECHNIQUE FORMELLE DE RÉSOLUTION DES CAS, 339

Remarque préliminaire, 339

Répartition des fonctions, 340

CHAPITRE V — LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE DANS SES GRANDES LIGNES, 345

Remarque préalable — concepts, 345

Positivisme légaliste — production du droit — norme/cas d'espèce — norme/réalité, 348

Groupes d'éléments de concrétisation, 350

Interprétation (explication de textes de normes), 353

Analyse des champs normatifs, 354

Champ factuel/champ normatif/programme normatif — norme juridique et norme-décision, 358
Droits fondamentaux et clauses générales, 360
Exemple : méthode de contrôle du respect du principe général d'égalité, 362

Ni théorie « objective », ni théorie « subjective » de l'interprétation — hiérarchie des éléments de concrétisation, 365

Précompréhension, 367

Fonction de la méthodologie juridique, 368

Méthodologie et méthodologies, 370

Texte de norme — légitimité — jeu des différences. Le travail avec des textes dans une institution étatique, 372

Le « juridiquement licite » (*Das « rechtsstaatlich Zulässige »*) sur fond du « méthodiquement possible » (*das « methodisch Mögliche »*), 372
Limite du programme normatif plutôt que « limite textuelle », 383

CHAPITRE VI — LITTÉRATURE, 387

Classement alphabétique, 387

Classement par matières, 414

CHAPITRE VII — INDEX, 421

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Février 1996 — N° 41 552

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE LETTRES