

C. MORTATI. **Le contenu et la nature de la constitution matérielle** (dans *La constitution au sens matériel*, ch.II, extraits)

1. Des considérations exposées jusqu'à présent, il est possible de déduire des éléments susceptibles de faciliter la recherche entreprise sur la source juridique primaire, qui détermine l'émergence de l'ordonnancement juridique et lui confère une unité plus large que celle que ne peut donner le système de normes.

Pour saisir les aspects essentiels de cette source, il est évident qu'on ne peut manquer de tenir compte de la nature spécifique de l'ordre particulier auquel elle se réfère, c'est-à-dire de l'État, puisque la manière de comprendre le principe ordonnateur originel, le sujet qui le met en œuvre, son contenu typique et nécessaire doit nécessairement être corrélé à la fonction spécifique de l'organisation à laquelle il est lié, à la position caractéristique de celle-ci par rapport aux autres possibles.¹

Sans nous arrêter à des démonstrations qui seraient superflues, on rappellera les notions communément admises, selon lesquelles l'État, en raison de la suprématie absolue sur tous les sujets physiques ou juridiques de son territoire qui le marque, a pour caractères non éliminables d'être : stable, autoritaire, coercitif, nécessaire et total. Il ne peut réaliser l'unité de ses éléments que par la création d'une forme d'ordre déterminée, c'est-à-dire une détermination particulière de la position des éléments eux-mêmes entre eux et par rapport au tout dont ils font partie. On ne peut se figurer une unité abstraite de l'État, c'est-à-dire une unité qui ne s'exprimerait pas à travers une forme concrète, une manière spécifique de comprendre et de réguler les relations sociales. Bref, comme on le verra mieux par la suite,

¹ À cet égard, et pour clarifier ce qui a été dit précédemment sur la théorie de l'institution, il convient de noter que les caractéristiques considérées comme nécessaires pour attribuer juridicité à un ordonnancement ne peuvent pas être évaluées de manière abstraite, mais par rapport aux figures individuelles qu'il peut assumer. En général, on peut dire qu'un groupe social devient une entité juridique seulement lorsqu'une unité est mise en œuvre dans le comportement des participants individuels pour la réalisation consciente d'un objectif considéré comme nécessaire pour le groupe lui-même. Le droit, en tant que principe régulateur des relations sociales, est à la fois la formation du groupe autour d'un objectif et l'ensemble des activités ultérieures visant à y parvenir.

En appliquant ces concepts à la nation, si l'on voulait lui attribuer un caractère juridique, il faudrait constater l'existence d'une organisation, différente de celle de l'État, adéquate pour préserver l'agrégation sociale, dotée de ces caractéristiques qui sont valables pour l'identifier et suffisant à la maintenir contre les forces de dissolution, tant internes qu'externes. Puisque cette démonstration échoue, il faut en déduire que la nation n'est pas une entité juridique, mais seulement une expression directe désignant un ensemble de sentiments ou d'idées communs à un groupe social, qui peuvent fournir le contenu de l'émergence d'un système juridique, mais ne donne pas lieu en soi à un tel système. Hypostasier ce complexe, le considérer comme une entité en soi, distincte des citoyens et le placer comme substrat de l'État, conduit à une complication inutile si l'on attribue à l'entité elle-même une valeur de facto, alors qu'il suffit de se référer simplement à l'élément personnel, qui l'exprime exclusivement et à travers lequel s'affirme l'homogénéité des sentiments ; et conduit au contraire, lorsque l'on leur attribue une nature juridique, à une duplication insoutenable en ce qui concerne l'organisation de l'État. Il est indéniable que l'action exercée par des affinités ethniques, culturelles, etc. sur plusieurs personnes vivant dans un même espace territorial, ainsi que l'exercice d'une même activité par plusieurs individus, détermine l'émergence en eux de besoins, de sentiments, d'intérêts, irréductibles à la somme des propres de chacun, car ils les transcendent et acquièrent leur propre objectivité, qui les perpétue dans le temps au-delà du destin des individus qui participent à leur formation. Mais le produit impersonnel de ces associations, ainsi classé, ne peut devenir une unité organisationnelle à part entière, ne serait-ce que dans les faits. Il ne le devient que s'il acquiert la capacité d'agir, ce qui ne peut se produire que par la formation d'un ordonnancement juridique, c'est-à-dire par la constitution d'un organe qui a le droit de définir en dernier ressort les intérêts du groupe social. La question qui peut alors se poser est de savoir si l'action de cet organe reflète ou non les intérêts eux-mêmes, mais non celle de l'établissement de relations juridiques avec l'entité idéale à laquelle ils se réfèrent.

un État particulier ne peut surgir en dehors de son propre système d'ordre, il ne peut être conçu, d'un point de vue juridique, s'il n'est pas fusionné et incorporé dans une structure spécifique, qui constitue son organisation concrète. La nécessité pour l'État de disposer de moyens externes de coercition, plus forts que ceux de tout autre organisme vivant dans son domaine, découle donc de l'existence inévitable de tendances et de forces, soit opposées de manière générique au lien associatif territorial, soit, plus spécifiquement, en contraste avec le genre particulier d'ordre établi, c'est-à-dire d'intérêts en opposition à ceux que concrétise la forme sous laquelle l'État se réalise nécessairement.

2. Il est temps maintenant d'examiner, en gardant à l'esprit ces caractéristiques essentielles de l'État, quels éléments organisationnels doivent être considérés comme nécessaires pour qu'existe l'ordre dans lequel l'État lui-même se matérialise. De toute évidence, ces éléments fourniront le contenu de la constitution que nous sommes en train de rechercher. De ce que nous avons eu l'occasion de constater dans la première partie, il semble que l'on puisse tirer des raisons suffisantes pour exclure que ce contenu puisse être déduit de la communauté sociale en tant que telle, et que l'État ne doive être considéré que comme une réglementation légale superposée à ce qui vient spontanément de la communauté elle-même et n'être efficace que dans les limites de la correspondance avec elle.

Il faut certes admettre que le droit émanant de l'État n'est véritablement tel que dans la mesure où il s'adapte à une normalité de comportements, comme cela ressortira également de la discussion ultérieure: il faut donc exclure qu'il puisse surgir avec un caractère de validité s'il ne s'adapte pas aux exigences d'une structure sociale donnée. Mais cette structure ne peut être considérée comme déterminée et née uniquement en raison de l'existence dans une communauté de facteurs de cohésion donnés, quelle que soit la manière dont on les considère, de nature naturelle ou spirituelle: ces facteurs peuvent faciliter l'émergence de cette unité totale qu'on appelle État, mais ils ne suffisent pas à la créer. C'est le caractère complexe de cette unité qui exclut la possibilité qu'elle puisse être réalisée par l'une de ces communautés que l'on a appelées « à l'état diffus », en supposant qu'un caractère juridique puisse être attribué à ces communautés. En tout cas, la nation, la *Volksgemeinschaft*, ou les autres entités sociales spontanées, quelle que soit leur dénomination, ne pourraient même pas être considérées comme dotées de ce degré minimum de juridicité qui peut être hypothétiquement attribué aux communautés que nous venons de mentionner. En effet, non seulement elles ne contiennent en elles-mêmes aucune différenciation interne, aucune de ces spécifications de pouvoirs et de fonctions qui pourraient faire penser à une organisation égalitaire, même rudimentaire, voire autoritaire, mais elles ne sont même pas concevables comme capables d'exprimer un ensemble d'objectifs unitaires, c'est-à-dire se référant aux relations sociales vues dans leur coordination et leur développement, pour fournir un critère capable de qualifier les actions pertinentes pour l'association et donc de leur attribuer une juridicité.

Sans doute, l'État ne surgit pas de rien, il présuppose un complexe de relations diverses, correspondant aux différentes directions dans lesquelles l'activité humaine peut se

dérouler.² Mais elles concernent des secteurs particuliers de la vie sociale, elles forment le contenu d'associations restreintes par le nombre des membres, ou en raison de la nature des intérêts et des finalités qui leur sont propres, associations certes juridiques, mais qui ne peuvent donner naissance, par elles-mêmes, à une unité plus vaste qui les unifie. Ces relations particulières ne peuvent constituer autre chose qu'un préalable à la naissance de l'État, alors que, pour cette naissance, il est nécessaire que les relations elles-mêmes se coordonnent les unes avec les autres et, dans la mesure où elles sont en conflit, il est nécessaire que soit donné le critère capable d'éliminer ce dernier, pour insérer les intérêts discordants dans une unité supérieure. Or, procéder à cette coordination, déterminer ce critère ne peut pas être l'œuvre de la communauté elle-même, lorsqu'elle est considérée comme un ensemble de sociétés particulières.

Si l'on voulait faire référence alors à des communautés fermées, au sens que l'on a vu soutenu par les doctrines évoquées, mettant en œuvre un ordre global concret indépendant du système normatif, une harmonisation spontanée des intérêts conflictuels, une totale normalité de la vie associée, il nous faudrait présupposer dans ces communautés non seulement l'existence de valeurs répandues parmi tous les participants, d'un sentiment commun (un sentiment qui, en tout cas, ne saurait consister seulement en une vague *affectio societatis*, en une tendance générique à vivre ensemble, mais qui devrait être si complexe et détaillé pour concerner toutes les différentes sphères de la vie associée, nécessitant une coordination), mais d'une volonté réelle, c'est-à-dire de la conscience de la nécessité d'un comportement donné, et de l'intention d'observer le comportement lui-même également pour l'avenir, sans quoi l'ordonnement, étant dépourvu du caractère de régularité et de constance, ne pourrait avoir un caractère juridique.³

Mais précisément la diversité de la manière dans laquelle l'esprit commun se manifeste et agit chez les différents participants à l'association, admise par les partisans mêmes de la thèse réfutée, nous porte à croire que l'existence d'un tel sentiment est impossible (d'ailleurs, si cela pouvait effectivement se produire, la communauté où un tel sentiment existerait serait soustraite à la sphère du droit, s'il est vrai que le droit présuppose une antithèse des intérêts qui n'arrive pas à trouver la voie d'une conciliation spontanée). Ceci étant, à moins que l'on veuille considérer le droit comme quelque chose de purement existentiel, de vouloir considérer comme juridique tout ce qui arrive, c'est-à-dire d'élever à système la force normative du fait, il faudrait déterminer la voie capable d'identifier, dans la multiplicité des manifestations de la vie associée, celles qui sont une expression de l'esprit commun des autres. Le fait même de concevoir, comme le fait la théorie organique, cette volonté comme transcendant les volontés particulières et non imputable à la somme de celles-ci, exclut la possibilité de recourir, pour sa révélation, à l'observation de moyennes,

² De ce point de vue, on dit que la réalité sociale offre la matière à laquelle l'État, avec l'appareil de ses organes, confère la forme juridique. Mais au-delà de la considération selon laquelle les diverses relations ont besoin d'une coordination, qui ne peut se réaliser que par un principe supérieur qui les transcende, il reste à constater que l'État ne se limite pas toujours à codifier les relations elles-mêmes, telles qu'elles sont proposées par l'élaboration spontanée des intéressés, mais tend à les transformer et à les développer selon ses objectifs généraux.

³ On a déjà dit qu'une communauté ne saurait exister sans normes: et pour les normes, qu'elles soient écrites ou coutumières, il faut postuler l'existence d'une volonté, consciente du caractère indispensable d'un comportement, et animée du but de l'observer.

puisque celles-ci nécessitent l'usage de facteurs avec des déterminations numériques, en contraste avec les hypothèses supposées, et, pouvons-nous ajouter, avec la réalité, qui offre l'exemple de minorités se présentant comme représentatives d'une communauté, en opposition aux intérêts et aux sentiments qui y prédominent de manière typique.

En tout cas, en supposant que, à travers cette différenciation et cette spécification au sein de la communauté, il soit possible de saisir le sentiment ou l'esprit commun du peuple, ce dernier, si l'on ne veut pas le considérer comme la simple matière de l'élaboration d'une activité juridique ultérieure, ou la limite purement factuelle de l'activité elle-même, devrait être considéré comme ayant un effet juridique direct et le sujet dont il émane devrait également être considéré comme juridique: ce qui impliquerait la détermination des relations avec le système formel des normes, né du travail de pouvoirs constitués au sein de la communauté. En effet, si l'on attribue un caractère directement juridique à la société et que l'on ne veut pas l'imaginer dans une position de duplication et d'opposition à l'État, il faut démontrer l'existence d'un rapport d'interpénétration avec ce dernier, de manière à ne pas éliminer la société elle-même en tant que facteur autonome de production juridique. Or, comme nous l'avons vu, les diverses théories, si elles n'éludent pas le problème, comme c'est le cas lorsque la communauté originelle n'est considérée active qu'au moment de la fondation de l'État ou lors des changements révolutionnaires de sa forme, se limitent à soutenir l'identification de la volonté de la communauté populaire avec la volonté de la force politique, en vertu d'un *Führerprinzip* affirmé, qui vivrait immanent à toute communauté homogène, et en vertu duquel l'activité du *Führer* serait une expression immédiate et fidèle de cette volonté, alors même qu'elle ne peut être considérée comme dérivée de celle-ci. Mais évidemment, cette tentative de légitimer le pouvoir de l'organe suprême n'offre aucun élément susceptible de rendre l'entité sociale sous-jacente à l'État effectivement pertinente au sens juridique. Il est vrai que les théories examinées affirment l'existence de limites à l'activité du *Führer*, découlant de la nécessité de correspondre au sentiment populaire, mais cette limite est en réalité comprise, à différence de ce que l'on pourrait déduire, par exemple, de la théorie de l'*Anerkennung*, comme une limite purement factuelle, puisque le caractère illicite de toute opposition contre la *Führung* est expressément affirmé; et le remplacement du titulaire de celle-ci n'est considéré comme efficace qu'en vertu du succès obtenu par un *antiführer*, qui parvient pratiquement à se mettre à la place du premier.⁴

Il ne semble donc pas que les tentatives faites pour représenter la société comme une unité fermée à côté de l'État puissent être considérées comme réussies: on ne peut imaginer comme existante une unité sociale coïncidant dans son extension avec l'État. Sa pertinence juridique ne pourrait se produire qu'à travers un organe qui, en vertu d'un statut juridique spécifique, ou du fait de son affirmation comme force dominante, se déclare son interprète: mais le renvoi, par le système juridique établi, à un droit social ne serait possible qu'en référence à des entités individuelles pour des fins particulières, et en tout cas soumis à une évaluation par ses organes, mais jamais à la société dans son ensemble.

⁴ Un précédent pour la construction de la relation entre *Volksgemeinschaft* et *Führer*, telle qu'elle est élaborée par la doctrine allemande moderne, peut être considéré la conception de Hauriou (*Précis de droit const.*, cit., p. 75 ; *Droit public*, p. 41) qui place la substance subjective d'un fondateur, comme animateur de l'individualité objective d'un automate social, lui-même déjà ordonné par une idée.

Les proclamations solennelles qui affirment la souveraineté de la nation, l'émanation du droit à partir du peuple n'ont qu'une valeur politique et visent principalement à exprimer le détachement avéré par rapport au principe organisationnel de l'État auparavant dominant, tandis que, du point de vue juridique, c'est la volonté inconditionnelle de certains organes qui vaut comme seule manifestation juridique de l'entité proclamée souveraine.

3. Si donc la communauté en tant que telle, même si elle est homogène, sous certains aspects, dans sa composition, ne peut offrir cette structure globale stable capable de former le contenu, ici recherché, de la constitution matérielle, et si, d'autre part, pour les raisons déjà soulignées, il faut remonter, pour la compréhension et l'intégration du système positif, à un ordre plus simple et plus large, qui le précède et le conditionne, il semble qu'il n'y a pas d'autre voie que de se référer à la communauté sociale elle-même, mais en la considérant non plus indifférenciée, mais ordonnée selon un minimum d'éléments organisationnels nécessaires pour pouvoir la penser comme capable d'activité. Naturellement, ces éléments, même s'ils sont moins complexes, plus rudimentaires, par rapport à ceux considérés comme spécifiques à l'État, doivent être de même nature que ceux-ci; en effet, si l'on attribue, comme il se doit, une nature juridique à l'institution originelle, il faut qu'il existe en elle ces caractéristiques irréductibles de la juridicité sans lesquelles l'institution ne pourrait pas être considérée comme apte à sa tâche: une tâche qui, dans sa substance, ne peut différer de celle de l'État puisque l'ordre originel ne doit pas être compris par opposition à lui, mais étant l'État lui-même dans sa première et plus élémentaire expression, et qui consiste dans la détermination de la mesure, susceptible en pratique d'un usage effectif, pour la qualification des activités nécessaires à la vie de l'association.

Or, il semble que les éléments recherchés soient rattachables au moment où se forme dans la communauté une force politique. Indépendamment de toute recherche, dépassant les compétences du juriste, sur les facteurs déterminants de cette force, il suffira de dire ici comment elle résulte de la production, au sein de la communauté, d'une spécification de la position de ses membres, sur la base de laquelle certains parviennent à exercer un pouvoir sur les autres de telle sorte qu'ils obtiennent l'obéissance. Mais le concept de force, pour être utilisé dans le but pour lequel il est supposé ici, doit être davantage déterminé, par une double qualification: d'une part, par sa forme, c'est-à-dire en étant constant dans son exercice, capable d'obtenir l'obéissance non pas par hasard, mais habituellement et de manière prédominante, dans le sens qu'elle s'impose aux autres; d'autre part, par son contenu, par le type d'ordre qu'elle entend créer dans la communauté, afin de réaliser une unité d'ensemble des différents intérêts qui lui sont propres. Les éléments de toute organisation, c'est-à-dire la naissance d'une autorité et le but de sa création, se trouvent nécessairement dans l'État, mais avec des caractéristiques spéciales rendues nécessaires par la nature de l'État lui-même; une nature qui, comme nous l'avons mentionné précédemment, ne permet pas d'identifier l'organisation elle-même à un ordre spontané concret, ni de la concevoir comme une superstructure formelle, créée pour assurer et garantir une structure préexistante, elle-même déjà juridique. L'État ne trouve pas à sa naissance un droit préconstitué, déterminable à partir d'un état, de nature ou autre, mais il crée l'ordre juridique, en plaçant un centre d'unification de la vie de la communauté, qui différencie et protège à l'extérieur celle-ci face aux autres, vivant dans des zones territoriales différentes, et régule intérieurement le conflit d'intérêts

contrastants, à travers la détermination et la protection, même coercitive, de ceux considérés comme prédominants.

Cette force, issue de l'organisation d'un groupe social, qui se différencie des autres en ce qu'il parvient, en triomphant sur les groupes antagonistes portant des intérêts différents et étant orientés vers une autre manière de comprendre l'unité politique, à faire valoir effectivement la forme particulière d'ordre qu'elle affirme, offre le contenu de la constitution originale et fondamentale.

En effet, lorsque la force elle-même parvient à créer un centre stable de qualification des activités sociales,⁵ à déterminer la pertinence différente de celles-ci par rapport aux fins qu'elle pose comme nécessaires, lorsqu'elle se montre capable de poser une volonté qui est à la fois valable parce que dirigée vers ces fins et normalement obéie comme la volonté de la communauté, elle donne lieu à la première organisation au sens politique du substrat social et détermine l'élévation du moi social à la conscience de soi, et, dans les cas où des éléments d'agrégation spontanée subsistent, à la transformation de l'instinct associatif en volonté consciente, de l'entité indifférenciée en un ordre organisé autour d'un pouvoir doté d'autorité, porteur d'une idée politique.

L'institution originelle ainsi constituée est déjà l'État, y compris sans une détermination plus précise des fonctions et des pouvoirs, même s'il n'existe pas encore un système formel de normes matérielles, disciplinant la conduite des associés.

Une structure plus simple, constituée par la communauté se posant comme un « ordre vivant » en dehors de la spécification au sens précisé n'est pas concevable. Si, comme on l'a déjà dit, la constitution juridique présuppose une relative homogénéité dans la composition sociale, dans les besoins, les intérêts, les sentiments, elle ne s'identifie pas à cela, elle n'est pas l'expression de cet ordre concret. D'abord parce que cet ordre, même lorsqu'il existe, n'est jamais complet et nécessite une instance coercitive pour sa mise en œuvre intégrale; mais encore et surtout, parce que l'unité politique ne surgit pas seulement pour maintenir un ordre existant, même si, en tant que force vitale, elle ne peut ignorer l'ordre lui-même, dont elle est l'interprète conscient: elle tend à son déploiement progressif, dans la mise en œuvre duquel la force politique dominante se place comme anticipatrice et préceuseure par rapport à la masse des associés.

Cette différenciation au sein des membres du groupe entre les participants à la force organisée et ceux qui en sont extérieurs est une nécessité organisationnelle de toute association étatique et se traduit par une différence de position juridique entre eux. Dans le groupe ainsi organisé, une position active est assumée non seulement par ceux à qui l'exercice effectif du pouvoir est attribué, mais aussi par les adhérents, parce que leur appartenance à la force dominante sert d'abord à lui donner la validité, au sens où elle sera déterminée, nécessaire afin qu'elle ait force juridique, et, deuxièmement, elle a une influence sur le maintien des détenteurs du pouvoir dans le cadre des finalités pour lesquelles ils l'ont assumé. Au contraire, les autres composantes, étrangères à la formation politique dominante, soit forment la masse apolitique inorganisée, soit donnent naissance, si elles sont autorisées, à des groupes représentant des idéologies opposées à la formation politique dominante: en tout

⁵ Un ordre stable, qui n'exclut pas des oscillations dans les rapports de force qui le sous-tendent, mais qui doit reposer, pour être tel, sur un point relativement ferme dans ces oscillations.

cas, ils semblent ne pas participer, ou seulement participer passivement dans la fonction de formation et de maintien de l'ordre juridique, et pour eux l'obéissance à celui-ci est l'expression de la conviction d'obéir au pouvoir le plus fort.⁶

De cela il n'en découle pas naturellement l'idée que ces derniers doivent nécessairement assumer la position d'objet de la domination étatique, car la reconnaissance des droits, même en dehors du champ des relations privées, est compatible avec leur position. Mais la concession de droits politiques, éventuellement faite en leur faveur, ne saurait être poussée jusqu'à donner lieu à une participation à l'exercice du pouvoir souverain de direction de l'Etat. Ainsi, s'ils composent l'État, non seulement en tant qu'élément personnel, mais aussi en tant que sujets de droit (l'État, en tant qu'institution globale, ne se limite donc pas aux gouvernants), ils ne peuvent cependant pas être considérés comme constitutifs de la personne réelle de l'État, comprise comme une entité effectivement active.⁷

4. D'après ce qui vient d'être dit, il faut que la force qui se présente comme le sujet de la constitution fondamentale, pour pouvoir remplir sa fonction d'unification, se présente comme une force ordonnée, c'est-à-dire avec constance et régularité des manifestations, constance et régularité qui exigent la permanence non seulement de l'organisation, à travers laquelle la volonté de l'État s'exprime, mais aussi la permanence, dans certaines limites, du contenu, de la finalité de la volonté elle-même; puisqu'une volonté qui ne veut pas ce qu'elle veut ne

⁶ On pourrait peut-être dire mieux que la masse des sujets ne participe à l'obligation personnelle des gouvernants que dans un sens négatif, c'est-à-dire dans la mesure où certains intérêts qui se réalisent en eux parviennent à s'imposer comme une limite, au-delà de laquelle la forme particulière d'ordre social affirmée par les dirigeants ne pourrait pas être mise en œuvre sans que sa validité soit compromise. Ce n'est qu'en ce qui concerne le respect de cette limite que la description par Jellinek (*Sistema*, cit., p. 257) d'une obligation assumée par les détenteurs du pouvoir envers le peuple peut être invoquée pour expliquer le fondement de son obligation juridique. Au contraire, en ce qui concerne la conception politique qui, dans cette limite, oriente positivement la vie de l'État dans une direction particulière, l'obligation en question ne peut exister qu'à l'égard de ceux qui soutiennent la conception elle-même. On pourrait observer, au contraire, que même pour d'autres objets, la raison de l'obéissance réside dans le respect de la conception politique : mais même s'il était démontré que tel est le cas, il n'y aurait aucune raison d'accorder de l'importance à ce fait, ce qui ne modifie en rien les relations entre ceux qui sont au pouvoir et leurs partisans. Contre Heller (*Staatslehre*, cit. p. 240) qui estime que, même si trois groupes peuvent être distingués au sein de la consociation étatique, à savoir le centre de force, les sympathisants et les résistants, il faut exclure que le pouvoir étatique, en tant qu'unité objective d'effets, ne puisse s'expliquer que comme le pouvoir des dirigeants, ou dans son lien avec celui des sympathisants.

⁷ Deux points de vue différents peuvent s'opposer à la manière proposée de représenter la position des non-participants au pouvoir, toujours d'un point de vue juridique et non philosophique. D'abord celle de ceux qui conçoivent le peuple, en ce qu'il est réuni dans une unité sociologique, comme une entité déjà organisée, et croient donc que chacune de ses composantes, porteuse de l'esprit commun, participe à la souveraineté. De même, les théories qui expliquent que le pouvoir des organes suprêmes de l'État est né de la délégation de la masse sociale. Mais il ne semble pas que, dans les effets pratiques concrets, la différence dans la manière de considérer la relation soit pertinente. En effet, la conception critiquée, dont les conséquences extrêmes sont très proches de celles des théories réalistes, décrit le pouvoir des dirigeants comme le pouvoir des personnes qui occupent le poste, bien qu'en présupposant le lien organique de celles-ci avec la *Gemeinschaft*. Deuxièmement, l'opinion, correspondant à l'idéologie libérale, qui reconnaît dans tout sujet la qualité de citoyen, appelé au pouvoir d'État, et considère l'existence d'une volonté collective comme résultant du jeu et de la conciliation de tous les intérêts contradictoires. Le présupposé de cette conception réside dans le fait de considérer l'État comme un pur instrument de conciliation des contrastes sociaux, un grand pouvoir d'équilibrage entre les différentes tendances : un présupposé qui ne correspond pas à la réalité, car, comme cela sera précisé plus loin, l'État se présente sous une forme particulière, qui est l'expression d'une conception politique particulière, et exclut la possibilité d'une réalisation juridique d'idéologies adverses. Leurs détenteurs, en tant que tels, ne pourraient être admis à l'exercice que des droits politiques qui n'impliquent pas des pouvoirs de commandement au nom de l'État.

pourrait pas coordonner ses actes dans l'unité, même si ceux-ci étaient toujours attribuables au même sujet. Or il peut y avoir des types d'organisation dans lesquels la fonction unificatrice est confiée davantage à l'élément subjectif de l'organisation qu'à celui du but poursuivi par son activité, et c'est ce qui arrive dans la monarchie, entendue dans sa forme pure, comme monarchie absolue, caractérisant un type d'État, plutôt que simplement l'élément de gouvernement.

Il existe cependant d'autres types dans lesquels l'expression de la volonté étatique est institutionnellement liée à un contenu donné et, par conséquent, au moins pour certaines relations, elle vaut non pas pour le simple fait d'émaner d'une instance donnée, mais en raison de sa fidélité à la fin elle-même. Le caractère représentatif, au sens indiqué, des organes de gouvernement sous cette forme, que l'on peut qualifier de république, implique précisément l'existence d'une limite objective, pertinente pour l'ordre, qui s'impose à leur travail ; de sorte que le centre d'unification de l'activité étatique n'est pas donné seulement par l'organe commun en tant que tel, mais aussi par un élément objectif, par un critère matériel, qui lui est imposé. Dans ce cas, la responsabilité, si elle a un caractère juridique, requiert un critère objectif sur la base duquel elle peut être déterminée.

5. Il semble désormais opportun d'examiner la nature et la fonction de la constitution originelle, non seulement dans ces aspects constants mais très généraux, que l'on retrouve dans toutes les formes d'État, car cela rendrait le traitement trop générique et abstrait, mais plutôt en ce qui concerne la forme organisationnelle spécifique à l'État moderne, c'est-à-dire ce type d'État qui surgit sur le continent européen avec la Révolution française, car cela permettra d'arriver à des développements qui montreront mieux la manière dont la Constitution elle-même fonctionne. Selon une opinion que l'on peut considérer comme pacifique, l'une des caractéristiques essentielles de l'État moderne est la représentativité, qui revêt cependant des aspects particuliers, par rapport à celle que l'on retrouve dans d'autres formes antérieures, également représentatives, en conséquence de la reconnaissance, opérée par la révolution elle-même et entrée dans la conscience commune, du droit, au moins potentiel, de chaque citoyen à participer aux affaires publiques, et de l'extension progressive à des masses toujours plus grandes de la population du pouvoir d'intervenir, parfois directement, mais le plus souvent indirectement, dans la formation de la volonté de l'État. Cela a nécessairement conduit, contre l'opinion même de l'inspirateur de l'idéologie sortie victorieuse de la révolution, à l'organisation de cet élément social plus large dans une structure particulière, celle du parti politique, destinée à rendre efficace son activité dans la vie de l'État.

Toute étude approfondie des différentes significations attribuables à la notion de parti, sur le domaine plus ou moins vaste à lui attribuer, sur les formes qu'il a présenté historiquement, sort du cadre de cet écrit.

Il suffira de constater comment, même si on démontre, hypothétiquement, la légitimité de désigner avec le même nom de parti du même les organisations visant à atteindre les objectifs personnels des adhérents, ou les fins limitées à des secteurs particuliers de la vie associée, le terme prend ici un sens plus spécifique, pour désigner uniquement les associations qui, en assumant en propre une conception générale, incluant la vie de l'État dans tous ses aspects, tendent à la traduire dans l'action étatique concrète, à exclusion des

conceptions contrastantes. En fonction des conditions spécifiques de l'époque moderne, dans les pays à civilisation européenne, c'est-à-dire le besoin du consensus de vastes masses, l'importance acquise par l'opinion publique, la diffusion de la culture politique, les partis sont contraints d'assumer une organisation qui, tout en tenant dûment compte de l'autonomie personnelle des dirigeants, place comme élément prédominant une idée politique générale, au sens que nous venons de voir, capable non seulement de maintenir uni le groupe qui l'assume et de le différencier des autres, mais surtout de constituer le centre d'attraction pour l'acquisition de nouveaux adhérents et pour la conquête du pouvoir d'État. Tel est au fond le caractère qui différencie le parti moderne, au sens qui vient d'être évoqué, des formations d'autres époques, désignées du même nom, mais dépourvues d'un contenu général, d'une idéologie spécifique, capables d'agir comme facteur d'unification de la vie d'une communauté dans son ensemble.

D'un point de vue analogue, les partis qui naissent, en tant que sous-espèces caractérisées par des divergences secondaires, du tronc du parti qui a laissé sa marque sur une forme d'État donnée, ne peuvent être rattachés au concept qu'on vient de voir: ils ont une importance liée au fonctionnement du régime parlementaire et la détermination de l'orientation politique. S'il est possible de penser la coexistence, dans un même ordonnancement, de plusieurs partis qui s'alternent au gouvernement de l'État (et en effet cette hypothèse est pensée comme correspondant aux besoins d'organisation d'une forme particulière d'État, libéral) cela se produit parce que le parti est entendu dans le deuxième sens, plus limité. Au contraire, une multiplicité de partis totalitaires ayant des droits égaux, chacun étant autorisé à assumer le pouvoir sous une forme légale, n'est pas concevable parce qu'une forme concrète d'État n'est rien d'autre que la réalisation d'une idée politique, et donc son ordonnancement implique une homogénéité politique, qui unit la majorité et la minorité dans une unité supérieure et constitue la condition préalable pour l'existence d'une volonté cohérente et harmonieuse de l'État lui-même.⁸

Le parti, au sens spécifique, est en somme l'élément actif de l'institution originelle, nécessaire pour qu'elle prenne une forme politique, il ne peut donc qu'être unique, tout comme le principe de toute forme politique est unique. Même lorsqu'il opère dans le sens de reconnaître et de faire prendre conscience d'une vocation existante chez le peuple, il remplit toujours une fonction créatrice, car sans son œuvre, celle-ci serait restée inactive et à l'état latent.

⁸ Il faut donc en conclure, contrairement à ce qu'affirment certains (voir par exemple Koellreuter, *Grundriss*, cit., pag. 16) que l'ordre libéral présuppose lui aussi pour son fonctionnement une communauté politique unitaire. La crise du régime libéral a commencé à se manifester lorsque, avec l'extension du droit de vote, nécessitée par la logique même du système, l'expression juridique a été permise à des idéologies contrastant avec l'idéologie bourgeoise: ce qui risquait de compromettre l'unité de l'action politique de l'État. Par rapport à ce phénomène, on constate dans les législations les plus récentes des pays régis par un régime libéral la multiplication de mesures visant précisément à garantir le système politique contre les dangers de la subversion des principes fondamentaux de ceux-ci par les nouvelles formations. Sur cette législation 17. a récemment diffusé K. Loewenstein, *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les démocraties européennes*, dans *Revue de droit public.*, 1938, pag. 294 et suiv. 702 et suiv. C'est en référence à la coexistence de plusieurs partis totaux dans un même système, avec des droits égaux, qu'il serait possible de considérer celui-ci comme un État pluraliste (voir Schmitt, *Principi del nazionalsocialismo*, cit., page 47). De même, l'antithèse *amici-hostes*, avec laquelle cet auteur figure l'essence de la politique, a de la valeur à l'égard des partis totalitaires.

Dans l'État moderne, le parti est donc le sujet dont émane la constitution fondamentale et qui se présente comme l'un des éléments, l'instrument, nécessaire pour composer son contenu, sa matière typique. L'autre élément, le matériel, est donné, comme on l'a dit, par l'idée, c'est-à-dire par une finalité, suffisamment compréhensive pour permettre d'apprécier de manière unifiée les divers intérêts qui se rassemblent autour de l'État; assez rigide qu'il agit comme un point fixe même à travers les oscillations des relations de force qui peuvent survenir au fil du temps, mais aussi assez élastique qu'il peut présider au développement de la vie associée, en permettant les adaptations requises par celle-ci.

[...]

11. Il faut maintenant examiner si la finalité fondamentale de l'ordonnement contient en elle-même les éléments qui lui permettent d'agir comme une norme, de remplir la fonction de prédétermination qui est propre de celle-ci. Le doute surgit en raison du caractère nécessairement générique de la fin elle-même, lorsqu'elle est considérée comme le principe directeur d'un ordre complexe tel que celui de l'État, et qu'elle est destinée à orienter son développement dans le temps, à travers les inévitables changements d'intérêts particuliers et des situations auxquels il est soumis. Il est évident qu'une norme n'aurait pas de caractère matériel si, directement ou indirectement, on ne pouvait obtenir d'elle un critère susceptible de valoir comme motif de l'action, sur la base duquel apprécier sa conformité. Autrement, la contrainte de la norme ne serait qu'apparente et son respect confié à la discrétion de celui qui y est obligé, ou de l'organe appelé à en vérifier lui-même le respect ; avec la conséquence que disparaîtrait le caractère substantiel de la constitution, auquel il a été fait référence, comme élément nécessaire pour ramener les activités du groupe social à l'unité du système.

Sous réserve de donner ultérieurement une explication plus large sur la fonction positive de la finalité de l'État, il sera nécessaire de procéder ici à un examen général de la difficulté proposée, afin d'en vérifier la validité. Et il faut d'abord se demander si un but, quel qu'il soit, peut se présenter comme le contenu d'un précepte juridique, ou s'il ne peut en aucun cas offrir un matériau suffisant pour une norme matérielle.

L'examen du problème est compliqué par la grande confusion dans la manière d'appréhender le concept de but, en général, et en particulier, comme nous le verrons, du but de l'État, en raison des différentes significations avec lesquelles il peut être compris, et qui ne sont pas toujours distingués lorsqu'on y fait référence. Ainsi, le but peut être assumé dans un sens subjectif, ou dans un sens objectif: comme l'intention de l'auteur d'un acte, placée comme moyen pour réaliser et mettre en œuvre concrètement le but lui-même, ou comme manifestation extérieure du but, en tant que tel, accompagné du désir d'obtenir sa réalisation, mais sans déterminer les moyens pour y parvenir.

L'intention, entendue au premier sens, peut revêtir différents aspects selon les divers degrés de celle-ci, c'est-à-dire les différents intérêts, immédiats ou médiatisés, poursuivis (intérêts incorporés à l'acte, ou seulement ultérieurs et étrangers à son contenu), dont chacun peut apparaître comme un support pour l'autre. La valeur qui doit être attribuée au but, du point de vue du droit, lorsqu'il est assumé dans ce sens, ne peut être déterminée de manière générale, mais est variable, selon les différents ordonnements et, pour un même ordonnement, selon les diverses phases de son évolution, c'est-à-dire les diverses

correspondances qu'il peut y avoir entre la structure et la fonction des différentes institutions, et, en outre, selon les diverses catégories d'actes, selon qu'il s'agit d'une contrainte pour l'auteur de l'acte quant au choix de la fin, selon la possibilité d'une détermination objective de celle-ci, selon l'ampleur variable de son incorporation dans l'acte, etc. Nous aurons l'occasion par la suite d'examiner également cet aspect de la pertinence du but dans l'activité d'application de la loi; il s'agit maintenant de rechercher s'il est légitime de considérer la seule affirmation d'un but à atteindre comme directement normative : c'est-à-dire si elle peut constituer le contenu d'une norme juridique. Ceci est contesté, comme on le sait, par ceux qui croient que le droit n'est qu'une science des moyens et placent dans ces derniers son caractère différentiel par rapport à la politique, désignée comme position de fins à atteindre.

Un examen spécifique du point soulevé n'est pas possible ici et doit être renvoyé à une étude en préparation sur le pouvoir discrétionnaire. Il suffira, en se limitant à des considérations sommaires et en rappelant des notions formulées un peu plus tôt, de souligner qu'un commandement ne peut être considéré comme ayant un caractère juridique que dans la mesure où il est lié à un précepte (même s'il est placé avec l'acte de commandement lui-même), c'est-à-dire qu'il peut être reconduit à une régularité, à une constance, qui permet de prédire le maintien d'un comportement également dans le futur, et qui a aussi la garantie d'être d'habitude obéi.

Ce précepte peut être simplement instrumental, c'est-à-dire qu'il peut se référer seulement à la persistance de l'exercice du pouvoir par un organe donné, et alors son contenu est la maxime : « obéissez au pouvoir de cet organe ». Dans cette hypothèse, la juridicité du commandement est donnée par la légitimité, au sens susmentionné, de la contrainte qui en émane pour le destinataire de celui-ci, tenu d'obéir, quel que soit son contenu. Mais la juridicité peut aussi être considérée sous l'aspect de la contrainte que le commandement engendre chez son auteur, et des effets particuliers (qui peuvent opérer séparément ou conjointement) qui en découlent, tant sous les espèces de nullité de l'acte, comme plus simplement sous l'aspect de la responsabilité de l'agent. Dans ce dernier cas, le précepte doit avoir un contenu matériel, c'est-à-dire qu'il doit non seulement conférer le pouvoir d'accomplir l'acte, mais aussi y obliger: bref, il doit contenir des éléments suffisants pour pouvoir procéder au jugement de validité ou de responsabilité. Or ce qui est intéressant est de voir en quoi doivent consister ces éléments, toutes les controverses à ce sujet se référant précisément aux différentes appréciations qui en ont été faites, alors que toutes les opinions partent d'un point de départ commun: c'est-à-dire la nécessité de soustraire la norme à la subjectivité de l'agent.

En excluant la possibilité que cela puisse se produire, comme le postule une tendance inspirée par des objectifs politiques, à laquelle nous avons déjà fait référence, uniquement dans les cas où il est possible de former un jugement sur la base d'une procédure de subsomption logique de la norme, la limite au-delà de laquelle la possibilité de détermination doit être reconnue comme supprimée a été considérée, par l'une des théories dominantes, comme dépassée chaque fois qu'on laisse à l'auteur de l'acte le choix de l'intérêt à placer pour objet, la détermination du besoin à satisfaire, et ce en considérant qu'il manque tout critère objectif capable de guider le choix lui-même (puisque le but générique de satisfaire l'intérêt public ou un autre objectif également indéterminé ne peut être considéré comme tel).

Selon une autre des théories parmi les plus significatives qui ont été formulées, la possibilité de détermination ne disparaîtrait que lorsque l'attribution du pouvoir à l'agent se produit dans l'intention de confier à l'agent exclusivement, sans référence aux règles scientifiques, aux croyances sociales ou à la réalité, la formulation de la norme du cas.

D'autres ont soutenu que l'existence du pouvoir lui-même doit être admise chaque fois que l'agent est autorisé à agir selon des considérations d'opportunité ou d'utilité (63).

Mais, au-delà de tout examen de la valeur de ces théories pour la différenciation des divers actes de l'État, selon les différentes contraintes de la loi, en vue de les soumettre à certaines formes de contrôle, il faut préciser ici qu'elles ne peuvent être acceptées si on les assume pour exclure du champ du droit les activités confiées au choix et à l'appréciation de l'agent. Si elles étaient acceptées, l'unité d'action des organes et spécialement des organes suprêmes, qui sont ceux par lesquels s'exerce le plus largement la liberté de prédétermination légale, ne pourrait être obtenue que d'un point de vue formel, tandis que, comme on l'a dit, il ne serait pas possible de reconnecter les diverses manifestations de la volonté des agents en un système sans remonter à un principe informateur qui les précède. En outre, leur activité, considérée sous l'angle de la non pertinence juridique de leur contenu, serait assimilée à celle des particuliers; une différence appréciable ne pourrait pas non plus être constituée par l'obligation de ne pas contrevenir à l'intérêt public, puisque celui-ci, compris comme une limite purement négative, suffit à discriminer les actes accomplis à des fins personnelles de l'agent, et non à les qualifier, au sens de leur correspondance avec les finalités auxquelles ils doivent être adressés.

L'insuffisance des théories énoncées réside précisément dans le fait qu'elles se sont arrêtées à souligner l'impossibilité de faire dériver une quelconque discipline de l'activité non réglementée de la seule référence à l'intérêt général, à l'utilité publique, etc., sans rechercher si et de quelle manière ces concepts génériques pourraient acquérir le degré de détermination nécessaire pour en dériver une règle de conduite. En excluant, pour les raisons déjà évoquées, que cela puisse se produire, comme le soutiennent les théories institutionnalistes, qui se réfèrent à un ordre concret entendu dans un sens sociologique et existentiel, la solution au problème ne semble pouvoir être trouvée que si l'on remonte à la finalité de l'État, quand, bien entendu, cela n'est pas compris comme le but générique propre de tout État, c'est-à-dire la création de l'ordre juridique, le maintien de la paix publique ou la promotion du bien-être ou de la puissance, etc. ni comme but idéal, au sens éthique, qui peut être formulé différemment selon la variété des idéologies prises comme base, mais plutôt comme but propre de toute forme historique d'État, c'est-à-dire l'idée fondamentale, la tendance animatrice de l'ordonnement, qui précède les activités concrètes visant à les réaliser, et conditionne leur développement unitaire.

Admettre cette finalité non seulement ne contredit pas, mais éclaire le sens de la qualification de politique attribuée à l'État, dans le but de désigner la possibilité qu'il assume toutes les finalités possibles de son action, sans que la modification de celles-ci ne détermine un changement dans sa nature. En fait, le mot fin est pris dans deux sens différents: dans le dernier cas, il est utilisé pour désigner les relations sociales prises comme objet de discipline étatique, c'est-à-dire les intérêts particuliers jugés dignes de protection, tandis que dans le premier, il désigne le critère général visant le choix de ces intérêts, de la manière de les considérer, de la forme particulière de protection à leur accorder. Cette seconde est la fin, au

sens spécifique assumé ici, à partir de laquelle s'effectue la détermination des fins particulières, qui prennent donc l'apparence de moyens ou de manières de concrétiser la première. Or l'État est une entité politique non seulement dans le sens de l'indétermination et de la mutabilité des fins particulières qu'il peut proposer, mais aussi dans le sens de la co-essentialité d'une orientation relative à la manière de considérer, dans son ensemble, la totalité des relations sociales et capable de réduire les comportements variés des organes de l'État à l'unité.

12. Or, pour montrer la pertinence autonome de la finalité, au sens spécifié, il faut démontrer comment on peut en déduire une règle matérielle qui lie les organes de l'État non seulement dans un sens négatif, les obligeant à ne pas dépasser la limite fixée par celui-ci, mais dans le sens positif d'agir pour atteindre le résultat qui peut en être dérivé: c'est-à-dire qu'il fasse surgir en eux la contrainte de mettre en œuvre des actions appropriées pour y parvenir, même si la réalisation effective de celui-ci échoue ensuite, en raison de circonstances indépendantes de l'activité des organes eux-mêmes. La contrainte en question ne saurait être constituée par l'obligation générique de l'observance de l'intérêt public puisque, car, en l'absence d'un critère objectif à partir duquel le concept lui-même peut être déterminé et compte tenu des possibilités infinies dont il peut être compris, il n'y aurait pas, comme on l'a déjà souligné, la possibilité d'une évaluation de l'acte à l'aune de principe: même la constatation d'un intérêt privé dans l'acte n'exclurait pas, en soi, sa correspondance avec l'intérêt public, pouvant à la limite n'en constituer qu'un indice.

En revanche, lorsque l'obligation qui pèse sur cet intérêt soit compris comme visant l'observance non d'un intérêt public indéterminé ni même d'une de ses branches individuelles correspondant à des finalités typiques de chaque État : ordre social, puissance, etc., mais plutôt à une manière particulière de les considérer, il semble alors que se pose la possibilité d'une appréciation relative à la correspondance positive des actes individuels avec les exigences posées comme nécessaires par l'obligation. La conception susmentionnée, telle qu'elle est comprise ici, fondée sur une discrimination des valeurs et sur la prédominance accordée à certaines d'entre elles sur d'autres, offre les premiers éléments généraux qui permettent d'orienter le processus de pensée visant à trouver les moyens de leur mise en œuvre. Cette conception aboutit essentiellement à la détermination d'intérêts qui résultent de la concrétisation des intérêts typiques, déjà évoqués, par rapport auxquels ils apparaissent comme des intérêts secondaires, nécessaires à la satisfaction des premiers. Ainsi, par exemple, le besoin générique d'ordre social dans le domaine des relations économiques peut, à un moment historique donné, se matérialiser dans le sens de considérer comme nécessaire sa réalisation à travers le libre déploiement d'intérêts contradictoires, la seule limite étant le maintien de la sécurité publique; à un autre moment, cette exigence vise à mettre en œuvre la collaboration de classe, et celle-ci peut à son tour être comprise comme se déroulant dans des conditions d'égalité ou d'inégalité, dirigée de l'extérieur ou obtenue spontanément de l'intérieur ; à un autre moment encore dans la prédominance, voire dans l'exclusivité d'une seule classe, etc.

La conception politique contient non seulement la clarification de la manière de comprendre les différentes grandes catégories dans lesquelles se distingue l'intérêt public,

mais aussi une ou plusieurs valeurs suprêmes, qui valent comme critères de gradation des différents intérêts et de discipline des relations nées de l'interférence nécessaire de celles-ci.

Pour clarifier la possibilité affirmée d'objectiver (au moins dans certaines limites, au-delà desquelles l'activité en question devient, du point de vue du droit, arbitraire), le processus de concrétisation de la finalité politique, il faut souligner comment l'uniformité de l'appréciation, sur laquelle repose l'objectivité, doit être considérée avant tout du point de vue du sujet qui l'effectue.

C'est précisément dans le domaine des relations non réglementées par des règles rigides, pour la discipline desquelles il faut se référer à des évaluations laissées à l'initiative du sujet agissant, que la qualité des sujets ainsi que le *idem sentire de republica* deviennent une condition préalable pour l'attribution de pouvoirs impliquant de telles évaluations. Cela pourrait sembler contraster avec ce qui a été exposé précédemment et apporter la preuve de l'impossibilité d'un jugement objectif en la matière: mais ce n'est au contraire que la confirmation de la diversité des procédures d'application des principes politiques, qui, dans la mesure où elles impliquent des déductions de nature non exclusivement logique, au sens formel, ou différentes de la logique qui préside à l'activité d'interprétation de règles déterminées dans leur contenu, exige chez ceux qui doivent les réaliser des compétences correspondant à la tâche.

C'est l'un des aspects de la typicité, c'est-à-dire de la considération de la réalité sociale non pas dans la multiplicité variée, et en elle-même irréductible à l'unité, des comportements humains, mais selon des schèmes, obtenus en vertu de l'abstraction à partir de tels comportements de caractéristiques communes, présentées avec un aspect de régularité et de constance. A travers cette typicité, il est possible de considérer l'activité de mise en œuvre de la finalité politique comme étant ordonnée selon des règles objectivement détectables.

La référence à la typicité, faite pour la résolution de divers problèmes juridiques particuliers, a été envisagée d'un point de vue plus général, par des auteurs qui, représentant l'ordre juridique comme un ordre concret, tendent à mettre en évidence la nécessité du lien entre cet ordre et le système normatif, ou plus précisément sa dépendance à l'égard du premier (72). Sans répéter ce qui a été dit plus haut sur la nécessité du moment normatif, et sur la fonction de celui-ci dans le sens de la formation d'un nouvel ordre concret, il peut être utile, pour éclairer le point de vue exposé ici, d'observer que la pertinence de l'institution, c'est-à-dire du système de relations effectivement en vigueur, par rapport au droit peut être comprise dans des sens différents, bien que liés. Cela peut signifier la nécessité de se référer à des figures ou à des relations typiques pour interpréter la norme ou pour compléter la pensée qui y est implicite: ou encore, cela peut exprimer la correspondance entre la norme et la réalité, qui devient pertinente pour le droit dans la mesure où elle constitue une garantie de la validité effective de la première. Là où l'on s'intéresse au moment de la formation, ou de transformation de la norme, si l'on admet, comme cela semble nécessaire, une fonction d'anticipation de celle-ci par rapport aux comportements sociaux moyens, son adhésion à la réalité doit être comprise avant tout comme un lien avec des valeurs typiques, trouvées chez les membres du parti dirigeants, valeurs sur la base desquelles il est possible d'identifier certains besoins, non perçus par les masses, mais non moins nécessaires à la réalisation de la

finalité, et dont la prise en compte conduit à la mise en œuvre d'une transformation dans la discipline des rapports donnés.⁹

De ce qui précède, nous pouvons dériver la nécessité que l'activité visant la réalisation immédiate de la finalité, pour laquelle celle-ci agit non seulement comme une limite négative, mais comme un objectif à atteindre, soit à confier à ceux qui sont porteurs des nouvelles valeurs politiques; alors que pour le reste de l'activité, qui correspond à des relations considérées comme étant de nature privée, et qui, précisément parce qu'elle est telle, n'interfère pas directement avec l'intérêt public et peut donc rester inchangé dans sa direction même à travers le changement de l'orientation politique générale, il est possible de se référer à un ordre concret, compris comme la mise en œuvre de relations nées spontanément au sein d'une société.

Revenant maintenant à la procédure d'explication immédiate de la finalité politique, il convient de noter que, contrairement à ce qui se passe dans ces cas (qui correspondent principalement à l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire dans les systèmes administratifs modernes, caractérisés par la division entre les différentes autorités d'intérêts divers, objet de protection administrative) dans lesquels la direction dans laquelle l'activité doit se dérouler est prédéterminée, il faut ici procéder, au préalable, au choix de ceux parmi les intérêts sociaux qui paraissent tellement liés à la finalité qu'ils exigent protection, et, d'autre part, en établir les modalités et les formes: ce qui nécessite une évaluation des intérêts eux-mêmes, à réaliser à travers une considération de la pertinence de chacun d'eux, considéré en lui-même et dans la relation avec les autres (étant donné les interférences et répercussions nécessaires, que chacun exerce sur les autres) dans le but de constater leur valeur différente et donc de procéder à leur gradation. Or, il ne semble pas exact de croire que cette évaluation, aussi complexe et ardue soit-elle, puisse être considérée comme incapable d'être appréciée en fonction de son degré de conformité au but à la réalisation duquel elle est subordonnée.

Il est vrai que l'évaluation en question ne peut se faire en recourant à des règles purement techniques, à des règles formulées sur la base de la loi de causalité: elle implique en fait des jugements de choix, visant à établir la prééminence à accorder à certaines valeurs par rapport à d'autres. Cela ne signifie pas pour autant que ces jugements soient confiés à l'opinion personnelle des titulaires des organes destinés à y procéder: si tel était le cas, comme on l'a dit, serait compromise la possibilité d'assurer la continuité et l'unité dans l'exécution des différentes activités constitutionnelles visant à réaliser la finalité, dont chacune doit nécessairement se dérouler en dehors des pré-déterminations légales et en recourant à l'initiative d'agents individuels. Lorsqu'on affirme qu'il est impossible de formuler des règles rigides qui puissent réglementer une telle initiative, ou de juger *ex post* son adéquation à la finalité recherchée, on dit une chose exacte, qui trouve son explication

⁹ D'une manière générale, on peut affirmer que toute finalité politique général, qui remplace une autre finalité précédente comme dominante, en tant qu'expression de nouvelles exigences, se réfère à des types sociaux différents de ceux considérés comme normaux par l'ordre préexistant: types dont ceux qui appartiennent au parti dominant sont une expression, mais qui tendent à se réaliser même en dehors de celui-ci. En effet, l'une des tâches les plus importantes du parti doit être comprise précisément comme celle qui s'accomplit en dehors du champ directement juridique et qui vise à la formation d'une nouvelle coutume. Cela signifie que les figures typiques auxquelles se réfère le droit n'ont pas seulement des caractéristiques formelles communes dans leur généralité à tous les systèmes (diligence, souci de l'intérêt public, etc.), mais des éléments de contenu, à déterminer en fonction des particularités de chaque type historique d'État.

dans la considération du lien nécessaire entre cette initiative et les situations de fait, si complexes et variées qu'elles ne permettent pas de prédire la manière particulière de leur manifestation. Mais cela n'exclut pas la possibilité d'un examen objectif de la manière dont l'initiative elle-même se déroule, mais implique plutôt, de la part de ceux qui exécutent un tel examen, la possibilité de connaître et la capacité d'apprécier les circonstances factuelles qui peuvent rendre tel comportement approprié ou pas. Or, il est possible d'obtenir une homogénéité dans cette appréciation de la consistance effective des circonstances factuelles et des raisons qui imposent de leur attribuer une importance donnée, ou une importance différente, précisément parce que ceux qui doivent y procéder sont censés se conformer, d'une part, à certaines valeurs, qui peuvent être qualifiées de politiques parce qu'elles résultent d'une manière particulière d'appréhender les exigences ultimes de l'État, vu dans son ensemble, et, d'autre part, à des règles d'expérience qui déterminent l'effet prévisible de mesures données et leur adéquation à la réalisation des objectifs donnés.

Le changement, vérifiable dans la situation factuelle, peut opérer dans deux sens: soit en déterminant un déplacement dans la cohérence objective des différents besoins et donc dans l'ordre de la pertinence entre eux, soit en produisant, du fait d'une altération du rapport entre les forces politiques, une orientation différente dans la manière d'apprécier subjectivement l'intérêt public et par conséquent une évaluation différente dans le choix des moyens visant à le satisfaire.

La possibilité, pour les raisons que nous venons d'évoquer, de révoquer une orientation politique antérieure et de la remplacer par une autre doit toujours être comprise comme contenue dans les limites de la finalité générale, et est rendue possible par le caractère générique de celui-ci, qui exige, comme on l'a dit, l'adaptation aux circonstances concrètes. Dans le cas où un seul parti est autorisé à agir dans l'État, la diversité dans l'appréciation des intérêts, possible pour les raisons que nous venons d'évoquer, se traduit par des changements, se succédant dans le temps, dans la manière de comprendre les objectifs secondaires à poursuivre. Mais cela se produit également dans l'hypothèse de l'existence de plusieurs partis: même alors, la divergence relative aux moyens les plus appropriés pour poursuivre la finalité constitutionnelle (l'hypothèse concerne en fait les partis qui évoluent dans le cadre de cette finalité et trouve son explication dans une répartition différente des forces politiques, dont chacune tend à représenter et à affirmer certains intérêts secondaires comme objectifs pertinents, de préférence à d'autres) n'opère dans l'activité de l'État que dans des moments successifs, et ne compromet donc pas l'unité d'action de l'État, liée, comme on l'a dit, à l'*idem sentire de republica*. Même lorsque le pouvoir est confié à des gouvernements de coalition, l'unité en question est garantie par le fait que la coalition fonctionne sur la base d'un accord sur les finalités à poursuivre, c'est-à-dire sur un programme commun. Les possibilités évoquées ne semblent donc pas remettre en cause le caractère objectif, au sens déjà indiqué, de l'activité de réalisation de la finalité politique.