



**HAL**  
open science

## Légitimité et normativité de la Constitution

Damien Fallon

► **To cite this version:**

Damien Fallon. Légitimité et normativité de la Constitution. Revue Lexsociété, 2021, 10.61953/lex.2807 . halshs-03442307

**HAL Id: halshs-03442307**

**<https://shs.hal.science/halshs-03442307>**

Submitted on 23 Nov 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



## **Légitimité et normativité de la Constitution**

in A. Cukier et H. Kassoul (dir.), *Normativité et légitimité*, Rencontres de Thémis et Sophia (1<sup>ère</sup> éd.), Université de Poitiers, 2020

**DAMIEN FALLON**

*Maître de conférences en droit public*

*IDP EA 2623*

*Université de Poitiers*

**Résumé :** Cette contribution cherche à discuter de ce qui est souvent envisagé comme une évidence, à savoir que le couple légitimité/normativité entretient des rapports réflexifs : un pouvoir politique légitime pourra édicter une Constitution normative, dont la propre légitimité viendra en retour nourrir celle du pouvoir qui l'a posée. Cet effet de miroitement est l'un des éléments qui permettent d'inscrire les Constitutions dans la durée. Derrière des considérations qui peuvent paraître très classiques, cette étude est un moyen de rappeler que le droit constitutionnel, en tant que droit de l'État, est avant tout un droit argumentatif. Les grands concepts structurants de l'État ne sont pas des qualités objectives que l'on pourrait décrire à l'aide de théories, car ce sont eux-mêmes des théories. En tant que théories, les concepts de séparation des pouvoirs, souveraineté, démocratie, représentation, État de droit... ne se réduisent jamais à une simple dimension descriptive de l'État. Ils agissent comme des prescriptions qui constituent l'État et fondent sa légitimité

**Mots-clés :** Constitution ; Normes ; Normativité ; Droit constitutionnel

« Un peuple peut vivre selon des institutions qu'il méprise — l'expérience l'a prouvé — mais non sous un pouvoir qu'il considère comme lui étant étranger ».

G. Burdeau<sup>1</sup>

Si le sujet peut paraître à première vue abstrait, voire purement spéculatif, il cache en réalité des interrogations fondamentales sur la nature des relations qu'entretiennent le droit et le pouvoir politique. S'interroger sur les liens entre les notions de légitimité et de normativité, lorsque l'on parle de Constitution, c'est s'interroger sur la fonction, l'utilité et donc la raison d'être des Constitutions. Pour un juriste, il s'agit de montrer que, de la même manière que le droit n'est jamais neutre, cela vaut *a fortiori* pour les Constitutions. Une Constitution n'est en effet rien d'autre que la mise en forme juridique du pouvoir politique. À ce titre, elle n'est que le reflet d'un certain nombre de présupposés théoriques ou philosophiques quant à la conception, à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir politique.

La question de la légitimité se dédouble alors. Il s'agit à la fois de la légitimité des Constitutions elles-mêmes : une Constitution doit-elle être légitime pour être normative ? Mais il s'agit également, par ricochet, de la légitimité du pouvoir politique juridiquement institué par les Constitutions : la normativité constitutionnelle permet-elle de légitimer l'exercice du pouvoir politique ? Instinctivement, il paraît exister une réflexivité entre légitimité et normativité constitutionnelles. Un pouvoir politique légitime pourra poser une Constitution normative, dont la propre légitimité viendra en retour nourrir celle du pouvoir qui l'a posé.

Ce sentiment premier mérite toutefois d'être précisé. En effet, la signification des termes « normativité » et « légitimité », pour familière qu'elle paraisse, n'en est pas moins problématique. Elle est non seulement flottante, mais sa détermination nécessite en outre une approche méthodologique cohérente, permettant un usage opératoire par les juristes.

---

<sup>1</sup> G. BURDEAU, « La conception du pouvoir selon la Constitution du 4 octobre 1958 », RFSP, 1959, n° 9-1, p. 87.

L'affirmation selon laquelle la légitimité serait source de normativité constitutionnelle est, selon la dénomination classique des épistémologues, un énoncé dit analytique (par opposition aux énoncés dits synthétiques ou empiriques)<sup>2</sup>. Un énoncé analytique est un énoncé considéré comme vrai ou faux en raison de sa seule signification<sup>3</sup>. Partant, la signification d'un énoncé analytique ne peut se retrouver dans sa correspondance avec une quelconque réalité empirique. Elle découle simplement de l'usage qui en est fait au sein d'un discours donné<sup>4</sup>. La signification est une convention. Elle permet de considérer un énoncé comme vrai *a priori*. Or, si l'usage du terme « légitimité » est plus ou moins fixé, celui de « normativité » reste encore assez mystérieux.

Une étude des usages du terme normativité montre en effet que, la plupart du temps, la signification qui lui en est donnée est inutile pour clarifier le discours auquel elle se rapporte. Elle est soit confondue avec des notions voisines, soit flottante, soit encore insuffisamment discriminante.

Le plus souvent, le terme normativité est utilisé pour un autre, ce qui vient brouiller sa signification. En premier lieu, la normativité peut désigner le caractère **prescriptif** d'un énoncé. L'idée est que la norme est avant tout une prescription, le plus souvent impérative. C'est ainsi qu'un énoncé qui se contenterait d'affirmer de grands principes, de constater une situation, ou de fixer des objectifs symboliques ne serait pas normatif.

Cette conception est largement véhiculée par la jurisprudence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré qu'une disposition législative non normative, c'est-à-dire non prescriptive, ne

---

<sup>2</sup> La distinction entre énoncés synthétiques et analytiques a été discutée notamment par QUINE : W. V. O. QUINE, « Deux dogmes de l'empirisme », in *Du point de vue logique : neuf essais logico-philosophique*, S. KAUGIER (dir.), Paris, Vrin, 2003, p. 46 et s.

<sup>3</sup> R. CARNAP, *Signification et Nécessité*, F. RIVENC et Ph. DE ROUILHAN (trad.), Paris, Gallimard, 1997 ; *Logical Syntax of Language*, Open Court, 2002.

<sup>4</sup> Selon la célèbre formule de WITTGENSTEIN : « la signification, c'est l'usage » : L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques*, F. DASTUR et al. (trad.), Paris, Gallimard, 2004, p. 50.

produisait aucun « effet juridique »<sup>5</sup>. Par conséquent, elle ne saurait être contraire à la Constitution en raison de son « caractère inopérant ». Partant, le législateur a pu régulièrement adopter des dispositions telles que : « l'architecture est une expression de la culture »<sup>6</sup>, « les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre »<sup>7</sup> ou encore « l'identité et les spécificités de la montagne sont reconnues par la Nation »<sup>8</sup>. En 2004, le Conseil a dégagé une obligation constitutionnelle selon laquelle « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »<sup>9</sup>. Alors même qu'une telle exigence était loin d'être intuitive, le Conseil s'est mis à censurer les dispositions dépourvues de portée normative, c'est-à-dire non prescriptives, trivialement appelées « neutrons législatifs »<sup>10</sup>. Néanmoins, cette exigence de normativité ne vaut pas pour les lois dont l'objet même est justement de ne pas prescrire de règles mais de poser des objectifs. Le défaut de normativité est ainsi inopérant à l'encontre des lois de programmation<sup>11</sup>. Le Conseil refuse donc par principe l'opérance des griefs de fond à l'encontre des lois de programmation. Il a toutefois fait évoluer sa jurisprudence en décembre 2019, mais en se limitant à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>12</sup>.

La difficulté tient ici à la détermination du caractère prescriptif ou non d'un énoncé législatif. Comme l'a montré V. Champeil-Desplats, le Conseil ne s'en

---

<sup>5</sup> CC, 27 juillet 1982, *Loi portant réforme de la planification*, n° 82-142 DC, cons. 8.

<sup>6</sup> Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

<sup>7</sup> Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

<sup>8</sup> Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne.

<sup>9</sup> CC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, n° 2004-500 DC, cons. 12.

<sup>10</sup> Selon l'expression de Jean FOYER : « Cette semaine, le ministre d'État, ministre de la recherche et de la technologie, nous présente un projet dont je dirai, ne parlant pas latin pour une fois (sourires), mais empruntant ma terminologie à la langue des physiciens, qu'il est pour l'essentiel un assemblage de neutrons législatifs, je veux dire de textes dont la charge juridique est nulle » (Assemblée Nationale, 3e séance du 21 juin 1982, compte rendu intégral des débats, p. 3667).

<sup>11</sup> Par ex. : CC, 13 août 2015, n° 2015-718 DC, cons. 12.

<sup>12</sup> CC, 20 décembre 2020, *Loi d'orientation des mobilités*, n° 2019-794 DC.

tient pas à un examen objectif de la structure des énoncés. Il s'appuie davantage sur « des critères subjectifs (connotation, degré d'abstraction) ». Ce qui laisse au Conseil « une large marge d'appréciation sur ce qui est normatif ou non »<sup>13</sup>.

La vision de la normativité comme prescription rend possible la création d'une échelle de normativité : il y aurait des énoncés moins normatifs que d'autres, selon que la prescription serait plus ou moins impérative. L'archétype de la normativité serait ici **l'impérativité**. C'est sur cette idée que s'est fondée C. Thibierge pour établir une gradation entre trois types de droit souple : le droit flou (sans précision), le droit doux (sans obligation) et le droit mou (sans sanction)<sup>14</sup>. Cette vision de la normativité graduée a pu être intégrée en partie par le juge. Le Conseil constitutionnel a par exemple écrit, dans son commentaire de la décision n° 2012-233 QPC : que le « verbe “garantir” n'est pas interprété par le Conseil constitutionnel comme conférant à lui seul une portée normative plus forte. Il ne crée pas un droit pour les partis à participer à chaque élection et notamment à l'élection présidentielle ».

Pour d'autres auteurs, la normativité renvoie au caractère **invocable** de l'énoncé. Une norme juridique non invocable par un particulier, c'est-à-dire dépourvue d'effet direct, serait non normative. La doctrine parle ici de droits ou de principes « justiciables » ou encore « opposables ». Au niveau européen, G. Braibant distingue par exemple les droits disposant d'une « justiciabilité normative » et les simples principes qui fixent des objectifs à l'État<sup>15</sup>. Cette vision de la normativité traverse l'ensemble de la doctrine relative aux droits fondamentaux. Pour mériter la qualification de fondamental, un droit doit bénéficier d'une dimension subjective. Les bénéficiaires, titulaires et débiteurs de l'obligation doivent être clairement identifiés, sous peine de faire du droit en cause un simple principe programmatique, un simple « mandat

---

<sup>13</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Cahiers du Conseil constitutionnel, janvier 2007, disponible en ligne.

<sup>14</sup> C. THIBIERGE, « Réflexion sur les textures du droit », RTDCiv., 2003, p. 599.

<sup>15</sup> G. BRAIBANT, « Conclusions », RUDH, n° 1, 2000, p. 68.

d'optimisation », pouvant ou non être mis en œuvre par les pouvoirs publics<sup>16</sup>. C'est sur ce fondement que certains auteurs soutiennent la thèse de l'absence de normativité des droits économiques et sociaux.

Pour d'autres encore, la normativité renverrait simplement au caractère **juridique** d'un énoncé. Elle ne serait rien d'autre que son appartenance à l'ordre juridique. Cette idée se retrouve notamment au sein des théories normativistes, lorsqu'elles discutent de la valeur juridique des principes. Un principe n'est normatif - c'est-à-dire juridique - que s'il est reconnu au sein d'une norme de droit positif<sup>17</sup>. Une telle vision des choses semble partagée par une partie au moins de la jurisprudence administrative. Dans ses conclusions sur la décision *Commune d'Annecy* de 2008, qui reconnaît la pleine valeur juridique de la Charte de l'environnement, le Commissaire du Gouvernement, Yann Aguila, a par exemple pu écrire : « La charte de l'environnement a une pleine valeur *normative*<sup>18</sup> et non pas simplement déclaratoire. Parmi l'ensemble de ses principes, certains peuvent recevoir une portée concrète, c'est-à-dire, bénéficier d'un effet direct ». Il semble bien qu'il assimile normativité et juridicité de la Charte, avant de distinguer quels principes bénéficient ou non d'un effet direct.

En utilisant un terme pour un autre, l'ensemble de ces usages du terme normativité n'apporte rien, sinon un obscurcissement des discours juridiques. C'est pourquoi d'autres auteurs ont tenté de construire une définition plus spécifique de la normativité juridique, distincte des notions voisines.

Dans sa théorie de l'acte administratif unilatéral, Ch. Eisenmann, s'appuyant sur les acquis de H. Kelsen, distingue ainsi les actes normateurs et non normateurs. Les actes normateurs sont assimilés aux actes juridiques. Ce sont ceux qui édictent des « dispositions portant réglementation de la conduite d'individus humains »<sup>19</sup>. Le caractère normatif est confondu avec la notion de

---

<sup>16</sup> Par ex. : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Droits et/ou normes. Les droits et libertés par-delà les énoncés : significations et structures normatives », RDLF 2019.

<sup>17</sup> S. PERERA, *Le principe de liberté en droit public français*, LDGJ, 2021, pp. 189 et s.

<sup>18</sup> Nous soulignons.

<sup>19</sup> Ch. EISENMANN, *Cours 1954-1955*, t. 1, p. 375.

réglementation. Si une telle conception a l'avantage de clarifier les définitions existantes, notamment celle de L. Duguit pour qui un acte juridique est celui qui « modifie l'ordonnement juridique », elle ne permet pas pour autant de lever toutes les ambiguïtés. Comment comprendre les actes qui posent des vœux, des recommandations ou des propositions ? Comment comprendre des actes qui ne font que réitérer un acte déjà existant ? Faut-il considérer qu'ils ne méritent pas le qualificatif d'actes juridiques, car non normateurs au sens où ils ne posent pas de décision ?<sup>20</sup> Ou faut-il distinguer le caractère normateur du caractère décisoire et considérer qu'au sein des actes juridiques normateurs, se distinguent les actes décisores et non décisores ?<sup>21</sup> Mais dans ce cas quel intérêt de conserver le qualificatif de normateur dès lors qu'il se confond avec celui de juridique ?

La tentation de résumer le caractère normatif d'un acte à sa dimension décisoire a en outre conduit certains auteurs à étendre de manière très importante la notion de normativité. Puisque derrière l'idée de normativité résonne celle de réglementation des comportements, la normativité a pu être définie tout simplement comme la faculté d'un énoncé à **avoir un effet concret** sur les comportements. Le problème est qu'une telle définition apparaît rapidement beaucoup trop large pour permettre de la comprendre. En effet, comme l'a montré F. Brunet, tout énoncé, quel qu'il soit, est nécessairement normatif en ce sens. Il est même doublement normatif. Il impose tout d'abord un accord sur la langue utilisée entre deux ou plusieurs personnes. Il impose ensuite nécessairement un accord sur la signification attachée aux termes utilisés. En ce sens, un langage ne dispose jamais d'une simple fonction de description du réel. F. Brunet relève qu'une langue « désigne moins la chose qu'elle ne donne à la penser »<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> P. DELVOLLE, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983.

<sup>21</sup> B. SEILLER, « Acte administratif », in *Répertoire Dalloz de Contentieux administratif*, fasc. I, « Identification », 3<sup>ème</sup> éd., 2015.

<sup>22</sup> F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare et Martin, 2012, p. 108.



Comment s'en sortir alors face à cet océan de significations divergentes ? Une possibilité est de revenir à la signification première du terme « norme ».

Au sens le plus général, une norme constitue avant tout un terme de comparaison. Elle désigne un modèle permettant de juger de la conformité d'un comportement ou d'une réalité donnée. P. Amselek relève par exemple que « toute règle ou norme se révèle avoir la nature d'une mesure, d'un étalon, d'un quelque chose servant de référence et auquel on est appelé à se référer. Pour être plus précis, la vocation qui lui est propre est de donner la mesure du possible de l'avoir lieu des choses, de servir d'indicateur de la marge (latitude) ou degré de possibilité de leur survenance, de leur advenir »<sup>23</sup>. La norme est l'étalon de mesure qui permet de juger un comportement. En ce sens, la normativité juridique désigne donc la faculté d'un énoncé à servir de référence pour juger d'un comportement dans le domaine du droit. C'est également la conclusion à laquelle est arrivé F. Brunet dans sa thèse, qui s'attache à définir la normativité comme la capacité d'un objet « à fournir référence dans le jugement en droit ».

Ainsi comprise, la normativité semble n'avoir *a priori* aucun lien avec la notion de légitimité. Le fait que la Constitution soit jugée ou non légitime par ceux auxquels elle s'impose n'exclut pas le fait qu'elle puisse servir de mesure à leur comportement. Il est par exemple tout à fait possible de juger en France que le recours au troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution n'est pas légitime, mais cela n'empêche pas pour autant d'en constater l'usage ou le respect.

Le sujet semble donc entendu. Si la normativité ne dispose d'aucun lien avec la notion de légitimité, s'il s'agit de deux notions parfaitement indépendantes, alors la réflexion s'arrête ici.

Ce serait toutefois oublier qu'il ne s'agit pas simplement de la normativité de manière générale, mais uniquement de la normativité juridique. Il ne s'agit pas de savoir si n'importe quel énoncé est normatif, mais si un type d'énoncé

---

<sup>23</sup> P. AMSELEK, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, A. Colin, Le temps des idées, 2012, p. 87.

particulier, l'énoncé constitutionnel, est normatif. Et cela change tout. En effet, seule une autorité légitime, ou qui paraît comme telle, pourra prétendre édicter une règle juridique. Cela ne signifie pas que les règles ainsi édictées seront nécessairement acceptées par ceux auxquels elles s'imposent. Cela signifie simplement que pour prétendre à la juridicité, une règle doit être regardée par le corps social comme celle qui s'applique effectivement. Hans Kelsen ne disait pas autre chose lorsqu'il venait lier validité et effectivité de la norme. La validité s'entend de manière formelle, comme la conformité d'une norme aux formes et procédures d'une tierce norme, qui lui est donc hiérarchiquement supérieure. C'est un mode spécifique d'existence de la norme. L'effectivité s'entend de manière matérielle. Elle désigne le cas où la norme est « suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction »<sup>24</sup>. Pour devenir valide, une norme doit être effective ou efficace. « L'efficacité de l'ordre juridique en tant que tout est condition de sa validité ; pareillement, l'efficacité d'une norme juridique en particulier est condition de sa validité »<sup>25</sup>. Or, les individus seront d'autant plus enclins à suivre une norme, que celle-ci leur apparaîtra légitime. C'est ainsi que la légitimité est un vecteur de l'efficacité, elle-même condition de la validité.

À ce titre, en tant que fondement des ordres juridiques, les Constitutions entretiennent un lien fondamental avec la problématique de la légitimité. Comprises comme mise en forme juridique du pouvoir politique, leur existence conditionne celle du pouvoir qui les a posées et qui choisit ensuite de s'y soumettre. Puisque le pouvoir s'exerce juridiquement dans le respect des formes constitutionnelles, il ne peut s'en extraire sous peine que son action ne soit jugée irrégulière et illégitime.

Le rôle de légitimation des Constitutions connaît donc un effet de miroitement. Le pouvoir politique cherche à poser des Constitutions légitimes (ce qui permet aux Constitutions d'acquérir une normativité juridique). Les Constitutions

---

<sup>24</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Ch. Eisenmann (trad.) 1962, rééd. 1999, Paris, LGDJ, p. 215.

<sup>25</sup> *Idem.*

vont en retour légitimer le pouvoir politique qui les a posées, ce qui permet son inscription dans la durée. Le pouvoir politique ainsi légitimé pourra à son tour assurer la survie juridique des Constitutions, qui elles-mêmes œuvreront à la légitimation du pouvoir qui y est soumis.

Cette légitimation réciproque des Constitutions et du pouvoir politique dont elles relèvent implique de légitimer aussi bien le principe même de l'existence du pouvoir (I), que l'existence des limites à l'exercice de ce pouvoir (II).

\*\*\*

## **I. Apparaître légitime pour faire accepter le pouvoir**

Les Constitutions sont avant tout de puissants instruments de légitimation du pouvoir. Il est bien connu que l'obéissance d'un groupe au pouvoir politique est un fait social qui repose sur un double fondement : la domination et l'autorité. La domination désigne la possibilité de recourir à la force pour se faire obéir en cas de besoin. L'autorité désigne pour sa part l'aptitude à se faire obéir lorsque l'on commande. L'un ne va jamais sans l'autre. Qu'il suffise de rappeler ici la célèbre affirmation de J.-J. Rousseau : « le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir »<sup>26</sup>. Certes, comme le relève Paul Ricoeur « on n'a jamais vu le pouvoir politique fonctionner sur la seule base d'un consentement mutuel, d'un vouloir vivre ensemble »<sup>27</sup>. Néanmoins, un pouvoir politique ne peut jamais durer de manière paisible s'il repose sur la seule contrainte physique. Il doit également construire sa propre légitimité pour asseoir son autorité. C'est ici que rentrent en jeu les Constitutions. En transformant un pouvoir de fait (le pouvoir politique) en pouvoir de droit, elles constituent l'une des raisons de son obéissance. En encadrant juridiquement le pouvoir politique, les Constitutions constituent un fondement de leur légitimité et donc, de leur possibilité de s'imposer sans recours à la force. En légitimant le pouvoir politique elles

---

<sup>26</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre I, Chap. 3.

<sup>27</sup> P. RICOEUR, « Le pouvoir politique. Fin du théologico-politique ? », *Revue Esprit*, 2019/9, p. 11.

assurent en retour leur propre normativité juridique. C'est ainsi que les Constitutions seront mobilisées par le pouvoir politique pour s'établir (A) dans la durée (B).

### **A. Légitimer l'établissement du pouvoir**

Comme toute norme juridique, les normes constitutionnelles ne sont pas politiquement ou philosophiquement neutres. Elles le sont d'autant moins qu'elles cherchent à établir les fondements juridiques du pouvoir politique. À ce titre, elles sont toujours la traduction, consciente ou inconsciente, d'un certain nombre de grands principes philosophiques. De grands auteurs comme G. Burdeau ou M. Duverger l'avaient bien compris lorsqu'ils considéraient que les Constitutions étaient toujours une retranscription de principes que le pouvoir constituant se pose à lui-même. Sans verser dans une forme de jusnaturalisme, il est possible, pour le juriste, de mettre en lumière les soubassements théoriques ou philosophiques des Constitutions.

Comme le relève le Professeur M. Troper, les grands concepts structurants de l'État ne sont pas des qualités objectives que l'on pourrait décrire à l'aide de théories, « car ce sont des théories »<sup>28</sup>. En tant que théories, les concepts de séparation des pouvoirs, souveraineté, démocratie, représentation, État de droit... ne se réduisent jamais à une simple dimension descriptive de l'État. Ils agissent comme des prescriptions qui constituent l'État et fondent sa légitimité. Les discours doctrinaux qui cherchent à décrire l'État au travers des grands concepts de la philosophie politique sont nécessairement voués à l'échec. En effet, les grands concepts structurants du droit constitutionnel ne sont rien d'autre que des procédés argumentatifs permettant de légitimer ou à l'inverse, de critiquer le pouvoir politique. La compréhension de l'État et des Constitutions ne peut se faire qu'au-delà d'une simple exégèse des textes constitutionnels. Un discours juridique qui voudrait prétendre à la description objective de l'État et de la Constitution n'a d'autre choix que de prendre

---

<sup>28</sup> M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. Leviathan, 1994.

directement ces théories comme objet d'étude, et non de simplement s'y appuyer.

C'est ainsi qu'aucune des grandes théories ou qu'aucun des grands concepts politiques justificatifs du pouvoir ne se réduit jamais à une dimension simplement descriptive. Par exemple, la théorie aristotélicienne des modes de gouvernement, qui vient faire de la démocratie le « gouvernement de tous », cherche simplement à imposer le meilleur mode de gouvernement possible et non à décrire ce que serait un gouvernement démocratique<sup>29</sup>. La théorie du pouvoir constituant exposée par Siéyès à partir de 1788, cherche à justifier l'étendue du pouvoir révolutionnaire en matière constitutionnelle et non à décrire l'établissement des Constitutions<sup>30</sup>. Les différentes théories de la séparation des pouvoirs (balance, indépendance, concours), cherchent à prescrire la meilleure organisation du pouvoir afin d'éviter la tyrannie et non à décrire le fonctionnement réel des institutions. La notion même de séparation souple des pouvoirs a été mobilisée par A. Esmein pour légitimer le régime de la III<sup>ème</sup> République française et non simplement pour rendre compte d'un mode particulier d'organisation politique<sup>31</sup>. Les exemples pourraient être multipliés.

La légitimation directe du pouvoir politique par l'usage de principes justificatifs se double en outre d'une légitimation indirecte par le simple fait que la doctrine juridique accepte de l'étudier. Pour un juriste, accepter l'étude d'une Constitution revient en effet à accepter son caractère juridique, donc sa normativité juridique et donc son aptitude à servir de fondement au pouvoir politique. Ce n'est finalement rien d'autre que l'idée de *Grundnorm* défendue

---

<sup>29</sup> Aristote, *La politique*, Livre III, chap. 5.

<sup>30</sup> « Une idée saine et utile fut établie en 1788 : c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science ; elle est due aux Français », J. E. SIEYÈS, « Discours sur le projet de constitution et sur la jurie constitutionnaire », *Moniteur* du 7 thermidor an III (25 juillet 1795).

<sup>31</sup> J. BOUDON, « Le mauvais usage des spectres. La séparation « rigide » des pouvoirs », *RFDC* 2009, n°7 8, p. 247.

par H. Kelsen, qui marque le choix épistémologique de considérer une Constitution comme valide.

Le fait d'investir un champ d'étude constitutionnel est un moyen pour le chercheur de légitimer son objet de recherche et, par ricochet, de légitimer le pouvoir politique qui l'a institué. Un exemple particulièrement parlant peut être donné avec la création, par le Doyen Favoreu, du concept de « modèle européen de justice constitutionnelle »<sup>32</sup>. En créant un nouveau concept, il justifie l'existence d'un objet (un modèle de justice constitutionnelle) et légitime par là ses recherches en la matière. Mais il vient dans le même temps légitimer le Conseil lui-même et au-delà, la Constitution qui l'a établi. Le Professeur D. Maus a ainsi pu qualifier le doyen Favoreu de « missionnaire du droit constitutionnel »<sup>33</sup>.

La question de la légitimation du pouvoir politique par le choix de la doctrine de considérer la Constitution posée comme valide, a fait l'objet de controverses célèbres sur le rôle des juristes sous le régime de Vichy<sup>34</sup>. Sans qu'il soit besoin de revenir ici sur cet épisode bien connu, la question centrale était celle de la légitimation de l'État français par les juristes se réclamant du positivisme juridique, par le simple fait que certains (et notamment M. Duverger) avaient accepté d'étudier, sans critique apparente, l'œuvre du pouvoir en place.

---

<sup>32</sup> L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », AIJC, 1990, p. 51. L. FAVOREU entend s'opposer à la conception du droit constitutionnel défendue notamment par M. DUVERGER, en restructurant la matière autour d'une approche contentieuse : « Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de la Constitution », RFDC, 1990, n° 1, p. 84.

<sup>33</sup> D. MAUS, « Louis Favoreu un missionnaire du droit constitutionnel », RFDC, 2004/3, n° 59, p. 46.

<sup>34</sup> D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 252-285 ; « Le juge doit-il appliquer une loi inique ? » in *Juger sous Vichy*, Paris, Seuil, 1994, pp. 29-40 ; « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le droit antisémite de Vichy*, Paris, Seuil, 1996, pp. 432-462 ; M. TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 286-292 ; O. CAMY, « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1997, 39, p. 1-25.

## **B. Légitimer la pérennité du pouvoir**

En légitimant l'établissement du pouvoir politique, les Constitutions s'assurent de leur normativité juridique. En effet, seul un pouvoir qui arrivera à paraître comme étant le pouvoir légitimement en place, pourra imposer juridiquement sa Constitution. C'est ce qui distingue un coup d'État ou une révolution qui fonctionne de ceux qui ne fonctionnent pas. C'est ce qui explique qu'une Constitution rédigée par un groupe d'étudiants lors de travaux dirigés à l'Université aura peu de chance d'être regardée comme la nouvelle Constitution française, à l'inverse de celle rédigée par un groupe de travail investi par le Parlement.

Mais la légitimation n'est pas un processus arrêté. Il ne s'agit pas simplement d'établir un pouvoir légitime mais également de fonder sa légitimité sur la durée. C'est ainsi qu'un auteur comme M. Hauriou, fait de la Constitution un moyen d'assurer l'inscription de l'État dans le temps. « Ce voyage à travers la durée est une perspective qui ne doit pas nous quitter lorsque nous étudions l'État » écrivait-il<sup>35</sup>. En tant que forme sociale d'exercice du pouvoir, l'État se doit de réaliser la liberté. C'est ainsi que le doyen toulousain fait de la Constitution un moyen d'assurer la liberté, donc de justifier la forme étatique comme la première des institutions sociales. C'est également ce qui justifie, pour Hauriou, le fait que la Constitution d'un État ne se réduise pas à sa Constitution politique mais comprenne également une Constitution sociale, composée d'un ensemble de droits et libertés.

L'inscription d'une forme sociale dans la durée ne saurait se satisfaire de l'immobilité. Hauriou lui-même avait bien conscience que l'institution étatique n'était pas éternelle, et qu'un État pouvait tout à fait disparaître : « il doit, comme le reste, être emporté par le mouvement de la vie »<sup>36</sup>. Pour assurer

---

<sup>35</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., 1929, rééd. Paris, Dalloz, 2015, p. 76.

<sup>36</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1<sup>ère</sup> éd. 1910, rééd. Paris, Dalloz, 2010, p. 69.

sa survie juridique sur le temps long, l'État doit nécessairement adapter les fondements de sa légitimité aux évolutions sociales. C'est pourquoi le pouvoir de révision dispose toujours de la faculté de modifier l'énoncé constitutionnel dès lors que celui-ci ne satisfait plus totalement à sa fonction légitimante. Nous pouvons penser instinctivement à la célèbre révision de 1962 en France : de Gaulle n'a jamais caché que la mise en place de l'élection du président de la République au suffrage universel direct avait pour fonction première de renforcer la légitimité de ses successeurs<sup>37</sup>.

Mais l'adaptation nécessaire des Constitutions aux évolutions de la société se double d'une adaptation constante des théories dont elle est l'incarnation. Dit autrement, sans modifier l'énoncé constitutionnel, les théories justificatives qu'il traduit peuvent également être soumises à réévaluation. Par exemple, sans modifier l'affirmation selon laquelle telle Constitution met en place un État démocratique, la notion de démocratie qu'elle sous-tend peut parfaitement être différente selon les auteurs et/ou les époques. Un même énoncé peut véhiculer plusieurs concepts différents. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, les juristes ont ainsi engagé un mouvement de redéfinition de la démocratie, qui était un concept perçu comme purement idéologique et abandonné de ce fait aux politistes et aux philosophes<sup>38</sup>. H. Kelsen a par exemple réintroduit la définition de la démocratie dans un cadre formel, en se fondant uniquement sur le mode d'édition des normes<sup>39</sup>. Plus récemment, des réflexions ont pu être menées pour concilier la définition de la démocratie avec le développement de la justice constitutionnelle. Mais ce mouvement de redéfinition de la démocratie par les juristes, s'est également accompagné d'un mouvement plus large visant à repenser les modes de gouvernements. Dans un ouvrage collectif à paraître en novembre 2021, A. Viala s'interroge par exemple sur ce nouveau mode de gouvernement qui tend à s'appuyer uniquement sur les savants :

---

<sup>37</sup> DE GAULLE, conférence de presse du 20 septembre 1962.

<sup>38</sup> S. PINON, « La notion de démocratie dans la doctrine constitutionnelle française », *Revue Politeia*, n° 10, 2006, pp. 407-468.

<sup>39</sup> H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 2<sup>ème</sup> éd. 1932, rééd. Paris, Dalloz, 2004, 142 p.



l'épistocratie<sup>40</sup>. La multiplication des restrictions aux droits fondamentaux a poussé les juristes à investir les réflexions sur la notion de « démocratie illibérale »<sup>41</sup>. Et ainsi de suite.

Nous voyons par là que la réévaluation des théories classiques de justification du pouvoir appelle presque mécaniquement de nouvelles notions ou concepts, qui restent encore insuffisamment théorisés. C'est ainsi qu'émergent aujourd'hui, en droit constitutionnel, de nouveaux principes justificatifs qui ne se satisfont pas des cadres classiques de pensée. Nous pouvons citer la notion de transparence, qui prend de plus en plus de place à la fois dans le contentieux constitutionnel, mais également d'un point de vue purement institutionnel (avec par exemple la création de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique). Nous pouvons également penser à la notion connexe de « représentants d'intérêts » pour désigner les groupes de pression qui agissent auprès des institutions et qui vient brouiller la conception traditionnelle de la représentation<sup>42</sup>. Nous pouvons encore mentionner la notion de « société civile », mobilisée pour légitimer la composition et donc l'existence de certaines institutions (telles le Conseil économique social et environnemental, ou encore la Convention citoyenne sur le climat). Cette notion n'a encore fait l'objet d'aucune étude d'ampleur spécifique au droit constitutionnel.

L'inscription d'un pouvoir politique dans la durée appelle une adaptation constante de ses principes justificatifs, quand bien même ils seraient juridiquement posés par la Constitution. Que ce soit à travers la formulation de l'énoncé constitutionnel ou plus largement au travers des théories qu'il soutient, le pouvoir politique s'appuie sur les Constitutions pour fonder sa propre légitimité. Il permet en retour d'assurer leur survie et donc leur normativité juridique.

---

<sup>40</sup> *Demain, l'épistocratie ?*, A. VIALA (dir.), Mare et Martin, novembre 2021.

<sup>41</sup> V. par exemple la journée d'étude virtuelle organisée au mois d'avril 2021 : *La démocratie illibérale en droit constitutionnel. Concept et état des lieux*, V. BARBE et Ch.-E. SENAC (dir.).

<sup>42</sup> P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Publications de l'Université de Rouen, LGDJ - Bruylant, 2004, 396 p.

\*\*\*

## II. Apparaître légitime pour faire accepter les limites à l'exercice du pouvoir

Si le pouvoir politique doit apparaître légitime aux yeux des individus pour faire accepter la Constitution, cette dernière doit en retour apparaître légitime aux yeux du pouvoir pour en faire accepter tant le principe que les modalités. La soumission à la Constitution est bien souvent perçue comme la principale source de légitimité du pouvoir politique. Pour un auteur comme H. Kelsen, la normativité juridique se confond d'ailleurs avec la légitimité de la norme. Pour lui, est légitime la norme qui est efficace c'est-à-dire qui est regardée et acceptée comme étant une norme juridique<sup>43</sup>. Si, comme l'a écrit M. Weber dans l'introduction de son maître ouvrage *Le savant et le politique*, le choix d'une source de légitimité est parfaitement subjectif, la croyance en la légalité d'une règle en fait une source objective. C'est ce qui explique que le respect (au moins apparent) des formes et procédures prenne autant d'importance aux yeux du pouvoir politique.

La difficulté est qu'en enserrant le pouvoir politique au sein d'un cadre juridique, les Constitutions lui imposent une contrainte. Condition de l'existence juridique du pouvoir politique, la Constitution est en même temps une limite à son action. Le pouvoir politique ne saurait s'affranchir de cette limite sans passer pour illégitime. C'est ainsi que les Constitutions jouent un double jeu de légitimation : celui du principe même d'une limitation du pouvoir des gouvernants (A), et celui des garanties de ces limites (B). Il faut en effet que les limitations juridiques à l'exercice du pouvoir politique soient acceptées par lui pour perdurer et conserver leur normativité juridique. Dans le cas contraire, le risque est celui d'un pouvoir politique qui s'affranchit purement et simplement de son cadre et qui redevient un simple pouvoir de fait.

---

<sup>43</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Ch. EISENMANN (trad.), 2<sup>nd</sup>e éd., Dalloz, 1962, rééd. LGDJ, 1999, p. 211.

## A. Légitimer le principe d'une limitation du pouvoir

Le respect des exigences constitutionnelles par le pouvoir est une source renouvelée de sa légitimité. À l'inverse, le non-respect de la Constitution sera généralement perçu comme illégitime. L'histoire constitutionnelle française nous en offre nombre d'illustrations. Nous pouvons penser par exemple au refus initial du général de Gaulle, à la fin du mois de mai 1958, de se soumettre à l'investiture parlementaire (au motif avoué à ses conseillers qu'il serait « agoraphobe »<sup>44</sup>), avant d'y renoncer pour ne pas être accusé de coup d'État. Aujourd'hui, et dans un tout autre registre, le respect des formes et procédures constitutionnelles est largement invoqué par le Gouvernement pour légitimer, en vrac, le recours aux ordonnances, à l'article 49-3 de la Constitution, la création et la déclaration d'un état d'urgence ou encore l'introduction d'un amendement important en séance pour ne pas avoir à demander l'avis du Conseil d'État. Il est important pour un gouvernement en place d'afficher son respect des formes et procédures. Agir en dehors du cadre constitutionnel revient pour le pouvoir politique à sortir du droit et redevenir un simple pouvoir de fait. C'est d'ailleurs l'un des arguments qui avaient été avancés par le Général de Gaulle en octobre 1940 contre le régime de Vichy, qualifié par lui de « Gouvernement de fait »<sup>45</sup>. De Gaulle estime en effet qu'en sortant du cadre de la Constitution, le Gouvernement de Vichy « qui prétend porter ce nom est inconstitutionnel et soumis à l'envahisseur »<sup>46</sup>.

Faire accepter au pouvoir politique une limite à son action, tel était déjà le projet porté par le constitutionnalisme au XVIII<sup>ème</sup> siècle. L'idée principale était que la rédaction de Constitutions formalisées permettrait un meilleur encadrement

---

<sup>44</sup> Cité par O. DUHAMEL, *La gauche et la Vème République*, Paris, PUF, 1993, p. 132

<sup>45</sup> DE GAULLE reprend pour son compte l'analyse formulée par René CASSIN, l'un des principaux conseillers juridiques de la France libre, et précisée dans un article paru en 1940 : « Un coup d'État : la soi-disant Constitution de Vichy ». Cet article, qui avait vocation à légitimer la position de de Gaulle a été réédité en 2010 à la RDP (n° 3, p. 646).

<sup>46</sup> Manifeste de Brazzaville du 27 octobre 1940.

de l'exercice du pouvoir. Mais rapidement, le constitutionnalisme s'est retrouvé confronté au problème de la justification, non du principe d'une limite à l'action du pouvoir, mais du fait que la Constitution joue effectivement ce rôle de limite. En effet, si les Constitutions sont posées par le pouvoir, qu'est-ce qui interdirait au pouvoir de les supprimer ? Un pouvoir qui serait maître de ses limites ne serait pas réellement limité. C'est d'ailleurs en ce sens que C. Schmitt définissait la souveraineté : « est souverain celui qui décide de la situation d'exception »<sup>47</sup>. En d'autres termes, est souverain celui qui décide librement de s'affranchir du jeu constitutionnel.

C'est pour répondre à ce type de critiques qu'ont émergé en Allemagne, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, les théories dites de l'autolimitation de l'État. La plus célèbre est assurément celle de Jellinek, qui explique que le droit est avant tout un système de relations. L'État doit nécessairement respecter le droit et ne peut s'en affranchir sous peine de ne plus être dans une relation de droit avec les citoyens<sup>48</sup>. Les théories de l'autolimitation ont connu un écho remarqué en France sous la plume de R. Carré de Malberg. Ce dernier considère en effet que l'État est nécessairement limité par son propre droit car ne pas le respecter serait se nier soi-même et fonder l'anarchie : « Si absolue que soit la puissance de l'État et alors même qu'il lui serait juridiquement possible de tout faire, il ne peut supprimer tout ordre juridique et fonder l'anarchie, car il se détruirait lui-même »<sup>49</sup>.

À ces théories de l'autolimitation, ont répondu, notamment dans la doctrine française, les théories dites de l'hétérolimitation de l'État. C'est le cas par exemple avec L. Duguit qui explique que la souveraineté de l'État fait par nature obstacle à toute idée de limitation de l'État par lui-même. Il s'agit donc de trouver une limite à son action qui lui soit extérieure. L. Duguit la trouve dans

---

<sup>47</sup> C. SCHMITT, *Théologie politique*, J.-L. Schlegel (trad.), Paris, Gallimard, 1988, p. 16.

<sup>48</sup> G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t.1, *Théorie générale de l'État*, Paris 1901, rééd. Panthéon-Assas, 2005, 574 p.

<sup>49</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920-1922, rééd. Paris, Dalloz, 2003, p. 229.

l'idée de solidarité sociale. M. Hauriou pour sa part, la trouve dans l'idée de liberté qui se traduit par celle de Constitution sociale.

Il ne s'agit dans tous les cas que de théories permettant de justifier et donc de légitimer le principe d'une limitation du pouvoir par le droit. Elles ne sont pas destinées à être vraies ou fausses. Elles seront simplement jugées plus ou moins convaincantes et donc plus ou moins aptes à légitimer le principe d'un respect du droit par les gouvernants. Par exemple, au sujet des théories de L. Duguit, A. Brimo relevait qu'elles échouaient à atteindre leur but<sup>50</sup>. En distinguant les gouvernants et les gouvernés, Duguit aboutit en réalité à les opposer. Si les gouvernants doivent normalement respecter l'exigence de solidarité sociale, ils sont en pratique surtout limités par la volonté des gouvernés. Si les gouvernés ne sont pas d'accord avec les gouvernants, le seul moyen dont ils disposent pour assurer la limite du pouvoir c'est de gouverner eux-mêmes. La position de Duguit aboutit donc à des coups d'État permanents en opposant deux forces : la force des gouvernants et la force des consciences individuelles.

Quoi qu'il en soit, les théories qui défendent l'idée d'une limitation de l'État par le droit contribuent *in fine* à faire du respect des Constitutions un élément de légitimité du pouvoir politique. Dit autrement, la légitimation de la normativité juridique des Constitutions contribue à la légitimation du pouvoir.

## **B. Légitimer les garanties juridiques du pouvoir**

Pour que le pouvoir accepte de se conformer au cadre juridique qu'il a lui-même posé, il faut que ce respect lui paraisse légitime. Pour ne pas laisser cette question de la légitimité évoluer au gré des caprices des gouvernements qui se succèdent, il est nécessaire que les Constitutions prévoient un certain nombre de garanties. L'idée sous-jacente ici est que si les Constitutions fondent juridiquement un certain nombre de principes justificatifs du pouvoir, les gouvernants ne sauraient y toucher sous peine de perdre le fondement même de leur légitimité. C'est pourquoi les Constitutions mettent généralement en place

---

<sup>50</sup> A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, 1978, rééd. Pedone 2018, pp. 240 et s.

un ensemble de mécanismes permettant de s'assurer de leur respect par les gouvernants. C'est principalement le rôle de la séparation des pouvoirs. Dans l'idée des grands philosophes politiques du XVIII<sup>ème</sup> siècle, organiser une séparation des pouvoirs, c'est s'assurer que chaque organe gouverne en prenant en compte les intérêts des autres et éviter qu'aucun ne gouverne simplement dans son propre intérêt<sup>51</sup>. C'est également le rôle de la rigidité constitutionnelle : prévoir une procédure de révision des Constitutions plus contraignante que pour les lois ordinaires, c'est éviter qu'elles ne soient trop facilement balayées par un nouveau pouvoir politique. Mais l'expérience a montré qu'il était illusoire de croire qu'une organisation particulière du pouvoir suffisait à s'assurer du respect de la Constitution par les gouvernants. C'est ainsi qu'a émergé l'idée de mettre en place une justice constitutionnelle, permettant de faire valoir le respect de la Constitution non seulement contre l'administration, mais contre le Parlement lui-même.

On ne compte plus aujourd'hui le nombre d'argumentations pour justifier ou au contraire s'opposer au contrôle de constitutionnalité des lois. Aux États-Unis, le raisonnement du juge Marshall qui fonde le respect de la Constitution par les gouvernants sur des principes supérieurs de *common law*<sup>52</sup> a mis le feu aux poudres. Comment admettre que neuf juges nommés à la Cour suprême puissent s'opposer à la volonté majoritaire du Congrès ?<sup>53</sup> En Europe, le débat ancien sur la légitimité de la justice constitutionnelle a ressurgi avec l'apparition des premières Cours constitutionnelles à partir des années 1930. Pour résumer les différentes thèses en faveur de la légitimité, elles se divisent en deux grands groupes. Il y a tout d'abord celles qui entendent justifier la compatibilité du contrôle de constitutionnalité des lois avec le principe démocratique (entendu comme principe de majorité parlementaire). C'est ici que s'inscrit par exemple la thèse de Ch. Eisenmann, reprise ensuite par L. Favoreu, sur le simple rôle

---

<sup>51</sup> M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, 1973, rééd. Paris, LGDJ, 2014, 250 p.

<sup>52</sup> E. ZOLLER, « Les Deux Constitutions de John Marshall : une Relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », RFDC 2020/3, n° 123, p. 521.

<sup>53</sup> I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Dalloz, 2017, 768 p.

« d'aiguilleur » du Conseil constitutionnel<sup>54</sup>. C'est également là que se situe la thèse de M. Troper, qui vient faire du Conseil constitutionnel un co-législateur<sup>55</sup>. Il y a ensuite les thèses qui prennent acte de l'incompatibilité de principe entre la justice constitutionnelle et le principe de majorité parlementaire. Elles s'attachent soit à redéfinir le concept de démocratie pour le rendre compatible avec celui de justice constitutionnelle<sup>56</sup>, soit à trouver d'autres sources de légitimité du juge constitutionnel que le principe démocratique, telles le respect des droits fondamentaux ou de la hiérarchie des normes<sup>57</sup>.

Quoi qu'il en soit, la question de la légitimité de la justice constitutionnelle est fondamentale pour faire accepter son principe par les gouvernants. En France, il existe toujours une méfiance (justifiée ou injustifiée) des gouvernants envers le Conseil constitutionnel. Cela se traduit par l'idée qu'il existerait toujours un « risque » à saisir le Conseil, et qu'un certain nombre de lois importantes au regard de leur impact sur les droits et libertés ne soient pas contrôlées avant leur entrée en vigueur. Au mois de novembre 2020, dans un entretien remarqué au journal *Le Figaro*, la présidente de la Commission des lois de l'assemblée nationale, Mme. Y. Braun-Pivet a exprimé son souhait d'une évolution du Conseil constitutionnel<sup>58</sup>. Derrière des arguments partagés par nombre de juristes sur sa nécessaire « juridictionnalisation », il s'agissait surtout de mettre la pression sur un Conseil jugé trop envahissant, après la censure quasi-intégrale d'un texte controversé<sup>59</sup>.

Ce rôle de légitimation des mécanismes de respect de leurs obligations par les gouvernants est également l'œuvre du juge constitutionnel lui-même. Le

---

<sup>54</sup> Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, 1986, p. 17.

<sup>55</sup> M. TROPER, « Sur la Constitution », *Le Débat*, 1987, n° 43, p. 51.

<sup>56</sup> Par ex. D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, L.G.D.J. Bruylant, 1995, 250 p.

<sup>57</sup> Par ex. : H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *RDP* 1928, pp. 197-257.

<sup>58</sup> Y. BRAUN-PIVET, « Le Conseil constitutionnel a tout intérêt à évoluer », *Le Figaro*, mardi 10 novembre 2020.

<sup>59</sup> CC, 7 août 2020, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*, n° 2020-805 DC.

Conseil constitutionnel a toujours en tête l'acceptabilité de ses propres décisions par le Parlement. L'étude du contentieux constitutionnel offre nombre d'illustrations de cette volonté du Conseil de ménager la susceptibilité parlementaire. C'est pour légitimer ses décisions aux yeux du Parlement que le Conseil constitutionnel estime que son pouvoir d'appréciation n'est pas de même nature que celui des parlementaires<sup>60</sup>. C'est également pourquoi il s'attache à préciser le plus possible les fondements constitutionnels de ses décisions. C'est également pourquoi il prend soin, en QPC, de laisser parfois le temps au législateur de remédier à une décision de censure. Les exemples pourraient être multipliés. Mais dans le même temps, ce ménagement apparent du Parlement par le Conseil se retourne contre lui. Outre que cela ne lui garantit pas l'acceptation à coup sûr de ses solutions, il donne prise à des critiques doctrinales qui pointent ses insuffisances en matière de garantie des droits et libertés.

Légitimité et normativité de la Constitution sont comme de deux miroirs qui se reflètent à l'infini. L'un nourrit l'autre dans un mouvement de perpétuels aller-retour. Il faut cependant faire attention de ne pas se perdre dans ce jeu de miroirs : la vérité n'est jamais ni dans le reflet, ni au-delà de lui. Elle se trouve toujours en deçà. L'homme de La Fontaine avait sans doute raison : un miroir est toujours faux<sup>61</sup>. Le pouvoir politique est là pour nous le rappeler : de la normativité ou de la légitimité, il suffit de briser l'une des deux faces pour que le miroitement s'arrête.

---

<sup>60</sup> CC, 15 janvier 1975, *IVG*, n° 74-54 DC, cons. 1.

<sup>61</sup> J. DE LA FONTAINE, « L'homme et son image », *Fables*, Livre 1, XI.