

Constitutionnaliser d'une « main ferme » : la légistique au service de la révision constitutionnelle

Marc PITON

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit public à CY Cergy Paris Université
Doctorant à l'université Paris-Est Créteil

La formule de MONTESQUIEU selon laquelle il ne faudrait légiférer « que d'une main tremblante »¹ est suffisamment imagée pour être retenue. La maxime, également exploitée dans le domaine constitutionnel², sert régulièrement à justifier l'inopportunité politique d'un projet de révision. Mais, dès lors, que faudrait-il présenter pour pouvoir constitutionnaliser d'une « main ferme » ? Disposer d'une majorité parlementaire suffisamment importante pour revendiquer un projet de révision en tant qu'expression de la volonté générale ? D'une certaine manière oui, puisque les dispositions de l'article 89 de la Constitution permettent aux représentants de la Nation de se constituer en pouvoir constituant *dérivé* sous la forme du Congrès. Cette justification illustre cependant un grand écueil du constitutionnalisme moderne : l'utilisation de la constitution comme moyen d'action du pouvoir politique³.

Une piste de réflexion pourrait être trouvée auprès de ce qui est plus rarement cité : l'explication qui s'ensuit de la formule de MONTESQUIEU⁴. La « main tremblante » se justifie en effet par le fait qu'« on y doit observer tant de solennités et apporter tant de précautions, que le peuple en conclue naturellement que les lois sont bien saintes, puisqu'il faut tant de formalités pour les abroger⁵. » L'attention est ainsi portée sur l'assentiment du *peuple* – destinataire de la norme – qui peut être obtenu par la *solennité* et la *précaution* du législateur. La fin attendue justifiant les moyens mis en œuvre pour l'atteindre, la démarche est *conséquentialiste*⁶. Constitutionnaliser d'une « main ferme » pourrait ainsi se faire par l'adoption d'un prisme conséquentialiste ayant pour finalité le respect par

¹ Charles de SECONDAT, Baron de MONTESQUIEU, « Lettre CXXIX – Usbek à Rhédi », in *Les lettres persanes* (1721), Gustave Havard, coll. Bibliothèque pour tous, 1858, p. 48.

² V. en ce sens Bertrand MATHIEU, « Réformer sans réviser, transformer sans détruire », *Commentaire*, vol. 139 (3), 2012, p. 697 ; Gérard LARCHER, cité par Jean-Louis HÉRIN, « Le Sénat et la révision », *RFDC*, vol. 116 (4), 2018, p. 853 ; Jean-Éric SCHOETTL, « Le Conseil d'État et les révisions constitutionnelles », in *Cercle des constitutionnalistes* (dir.), *Les 60 ans de la Constitution : 1958-2018*, Dalloz, 2018, p. 189.

³ Jacky HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Michel Houdiard, coll. Le sens du droit, 2010, p. 79 ; Xavier PHILIPPE, « La légitimation constitutionnelle des démocraties », *Pouvoirs*, vol. 169 (2), 2019, p. 42-43.

⁴ Dans l'extrait susmentionné des *Lettres persanes*, la formule « il n'y faut toucher que d'une main tremblante » est suivie d'un *deux-points*, induisant donc une explication sur ce qui vient d'être énoncé (v. *Parlez mieux, écrivez mieux*, Sélection du Reader's Digest, 1974, p. 347).

⁵ Charles de SECONDAT, Baron de MONTESQUIEU, *Les lettres persanes*, *op. cit.*, p. 48.

⁶ Yun-Chien CHANG, Peng-Hsiang WANG, « The Empirical Foundation of Normative Arguments in Legal Reasoning », *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, vol. 745, 2016, p. 10.

son destinataire de la prescription normative qui lui est adressée. Le terme n'est pas explicite, mais il est bien question d'*efficacité* de la norme juridique⁷.

La recherche de l'efficacité justifierait la réforme normative. La « main tremblante » n'induit pas de légiférer moins, mais de légiférer mieux. Sous une acception contemporaine, le « mieux légiférer »⁸ est une politique qui invite à étudier les normes juridiques sous l'angle de leur qualité. Notion polysémique, la qualité peut être définie de trois manières : une *juridique* reposant sur le respect des principes issus de la sécurité juridique, une *factuelle* basée sur l'efficacité de la norme et une *rédactionnelle* se concentrant sur l'intelligibilité de l'acte normatif et sur la réduction du stock normatif⁹.

Bien que plurivoque, étudier le phénomène juridique de la révision constitutionnelle sous l'angle de sa *qualité* présente deux atouts. Le premier est d'adopter une analyse téléologique : la *qualité* est ainsi la finalité d'un objet sans défaut¹⁰. L'adoption de cette perspective permet de repositionner le destinataire au cœur du processus d'élaboration normative. En matière constitutionnelle, deux destinataires peuvent être identifiés : les pouvoirs constitués et le peuple souverain¹¹. Le second est d'appréhender la constitution en tant que norme juridique. En s'attelant à la définition kelsénienne, la norme juridique est la signification donnée à un acte de volonté par une autorité habilitée à la produire¹². La norme trouve ensuite son support normatif au sein d'un acte juridique¹³. Spécifiquement, la norme constitutionnelle se formalise au moyen de deux types d'actes juridiques¹⁴ : l'acte *constituant*, produit unique de la fiction juridique du pouvoir constituant

⁷ V. en ce sens Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République*, Montchrestien, 2001, p. 209 ; Luc HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit : analyse des mots et des concepts », in Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, n°6, 2012, p. 49.

⁸ D'origine britannique, la politique du « Better Regulation » se justifiait par une focale économique : simplifier la législation afin de « libérer la compétitivité et raffermir la croissance » (Éric van den ABEELE, « L'agenda Mieux légiférer de l'Union européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2028-2029 (23-24), 2009, p. 5).

⁹ Alexandre FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in Alexandre FLÜCKIGER, Christine GUY-ECABERT (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Schulthess, coll. Pratique du droit administratif, 2008, p. 14-15.

¹⁰ Christian DOUCET, *La qualité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 4^e éd., 2013, p. 5. L'« absence de défaut » d'une norme juridique se mesurant au regard des trois critères de la *qualité* susmentionnés.

¹¹ Sur la liaison intrinsèque des notions de constitution et de démocratie, v. Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 25.

¹² Hans KELSEN, *Théorie générale des normes* (1971), trad. fr. Olivier BEAUD, Fabrice MALKANI, PUF, coll. Léviathan, 1996, p. 2.

¹³ Denis BARANGER, « L'évanescence de la norme : essai sur l'instabilité ontologique du phénomène normatif », in Isabelle AUBERT, Élodie DJORDJEVIC, Gilles MARMASSE (dir.), *La pensée et les normes : hommage à Jean-François Kervégan*, Éditions de la Sorbonne, coll. Philosophies pratiques, 2021, p. 185.

¹⁴ Julien BOUDON, *Manuel de droit constitutionnel*, t. 2, *La V^e République*, PUF, coll. Droit fondamental, 2014, p. 278.

*originnaire*¹⁵ qui disparaît au moment même où son œuvre est achevée¹⁶ et l'acte *constitutionnel*, fruit d'un pouvoir constituant *dérivé*¹⁷ constitutionnellement habilité pour réviser l'acte constituant¹⁸. Contrairement au schéma de la validité dynamique¹⁹, l'acte constituant habilite le pouvoir constituant dérivé à adopter une norme juridique qui va directement se confondre avec l'acte initial en s'insérant en son sein²⁰. Dès lors, plus que n'importe quel autre, l'acte constitutionnel ne peut jamais être pensé de manière autonome.

Puisque la constitution est appréhendée comme une norme juridique, il est possible de lui appliquer les exigences propres au régime des actes normatifs auquel elle se prête habituellement mal, notamment celles liées à l'existence, l'opposabilité et l'application de l'acte²¹. Mais surtout, la norme constitutionnelle peut se voir appliquée la technique légistique. Destinée à améliorer la *qualité* des normes²², la légistique se présente comme un processus cyclique reposant sur trois étapes²³. La première est la *légistique matérielle prospective*. Elle s'attache aux éléments de conception de la norme en la soumettant *ex ante* à des critères téléologiques et stratégiques. La deuxième est la *légistique formelle* et repose sur la rédaction des énoncés normatifs dans le souci qu'ils soient intelligibles pour le destinataire de la norme tout en permettant la réalisation de la volonté de son auteur. Enfin, la *légistique matérielle rétrospective* prévoit une analyse *ex post* de la norme afin d'identifier si les effets attendus se sont effectivement réalisés. En cas d'inadéquation, la norme doit refaire l'objet d'une analyse *ex ante*, plongeant le travail normatif dans la boucle légistique.

¹⁵ En tant que « fiction juridique », le pouvoir constituant originnaire est une *technique justificative*. Elle accorde une légitimité aux prescriptions constitutionnelles qui ne peuvent, par elles-mêmes, être valides (v. en ce sens Pierre-Marie RAYNAL, *De la fiction constituante : contribution à la théorie du droit politique*, L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 2019, p. 41). L'auteur précité précise que la « fiction constituante » joue un double rôle. Elle est un « instrument de connaissance » en tant qu'elle permet de « justifier l'attribution d'une qualité juridique à la réalité matérielle considérée », et un « instrument de gouvernement » puisqu'elle légitime l'exercice coercitif du politique (*Ibid.*, p. 51-52).

¹⁶ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 212.

¹⁷ La distinction originelle établie par Roger BONNARD (*Les actes constitutionnels de 1940*, LGDJ, 1942, p. 35-44) était entre « pouvoir constituant originnaire » et « pouvoir constituant institué ».

¹⁸ Comme le relève Guillaume TUSSEAU (*Les normes d'habilitation*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n°60, 2006, p. 14), les énoncés habilitants : « autorisent [...] certains acteurs à produire des normes. En l'absence de tels énoncés, ces derniers ne bénéficieraient pas de cette faculté. »

¹⁹ Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* (1945), LGDJ-Bruylant, coll. La pensée juridique, 1997, p. 178.

²⁰ Il convient de préciser que, formellement, la Constitution du 4 octobre 1958 n'est qu'une révision de celle du 27 octobre 1946 (Christophe CHABROT, « Ceci n'est pas une V^e République », *RFDC*, vol. 82 (2), 2010, p. 264). Autrement dit, la Constitution du 4 octobre 1958 est un acte constitutionnel révisant entièrement l'acte constituant de 1946. Ayant fait l'objet d'une révision totale, pour les besoins de l'étude, la Constitution de 1958 sera considérée comme un acte constituant.

²¹ Pour reprendre le triptyque de Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 2, *L'action administrative*, Flammarion, coll. Champs, 8^e éd., 2021, p. 174-178. V. en ce sens Denis BARANGER, *La constitution : sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2022, p. 175-176.

²² V. en ce sens Alexandre FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Stämpfli Editions, 2019, p. 51.

²³ *Ibid.*, p. 38.

La norme constitutionnelle, tout du moins celle du 4 octobre 1958, voit sa qualité décriée²⁴. Le mouvement global semble difficile à inverser. Néanmoins, l'acte constituant présentant la spécificité d'être modifié par des actes constitutionnels qui s'insèrent en son sein, la qualité de la norme constitutionnelle peut tout autant être réduite, ou améliorée, en fonction de la qualité même de ses actes constitutionnels²⁵. Encore faut-il se donner les moyens de présenter des actes constitutionnels satisfaisants. C'est ici, à nouveau, que la technique légistique présente son utilité : une analyse consciencieuse de l'acte constitutionnel pourrait progressivement permettre de résorber la dégradation qualitative de la norme constitutionnelle.

Élaborer un acte constitutionnel ne revient cependant pas à élaborer une loi constitutionnelle. Le « regroupage sémantique »²⁶ opéré encourage à penser l'acte constitutionnel comme un acte législatif d'un genre particulier. Héritier de la tradition légicentriste française²⁷, cette association est insatisfaisante. La similitude des techniques d'élaboration n'induit pas une équivalence des notions. Au contraire, traduisant une forme de dépossession de la procédure constituante par les organes constitués²⁸, cette assimilation occulte la fonction précise d'un acte constitutionnel : protéger les individus et la souveraineté de l'État²⁹.

La qualité de l'acte constitutionnel doit être pensée de manière autonome pour tenir compte de toutes ses spécificités. L'étude se propose de contribuer à cette conception en lui appliquant la technique légistique ; technique à laquelle il se prête particulièrement bien. En effet, au sein du cycle

²⁴ Pierre PACTET, « La désacralisation progressive de la Constitution de 1958 », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République*, op. cit., p. 399 ; Pierre AVRIL, Gérard CONAC, *La Constitution de la République française : texte et révisions*, Montchrestien, 3^e éd., 2005, p. 5 ; Dmitri Georges LAVROFF, « La crise de la Constitution française », in *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 760 ; Pierre de MONTALIVET, « La dégradation de la qualité de la norme constitutionnelle sous la V^e République », *RDP*, n°4, 2012, spéc. p. 928-939.

²⁵ Jacky HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., p. 79-80 ; Pierre de MONTALIVET, « L'intelligibilité des lois constitutionnelles », *RFDC*, vol. 102 (2), 2015, spéc. p. 322-328 ; Jean GICQUEL, Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, coll. Précis Domat, 34^e éd., 2020, p. 240 ; Denis BARANGER, *La constitution : sources, interprétations, raisonnements*, op. cit., p. 207-208.

²⁶ V. Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2005, p. 192-194.

²⁷ La dénomination même de « loi constitutionnelle » n'est que le fruit « d'un usage parlementaire et administratif » (Jean-Éric SCHOETTL, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », note sous CC, n°2003-469 DC, 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *LPA*, n°70, 2003, p. 17-22). Le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 ne mentionne pas ces termes, contrairement à celui de la Constitution du 27 octobre 1946 (art. 90), renforçant l'idée de la tradition juridique de l'expression.

²⁸ En témoigne la similitude des procédures parlementaires législatives et constituantes (Constitution du 4 octobre 1958, art. 89, al. 2 : « Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 »). Mais également, dans une autre mesure, la manière dont s'exprime le Conseil d'État dans le cadre de ses attributions consultatives en matière d'examen des projets de loi constitutionnelle. Le Conseil adresse ses recommandations au Gouvernement en le mentionnant parfois explicitement, comme si, justement, le projet de révision constitutionnelle était un instrument de politique gouvernementale. V. CE, avis, n°397908, 20 juin 2019, *Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique*, point 9.

²⁹ Olivier BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p. 209.

précédemment présenté, l'acte constituant s'intègre à la fois dans l'analyse rétrospective de la norme constitutionnelle (I.) tout en présentant son propre schéma de légistique matérielle et formelle (II.).

I. L'intellectualisation de l'acte constitutionnel : l'analyse légistique rétrospective de la norme constitutionnelle

Réviser l'acte constituant, c'est chercher à l'améliorer. Mais pour cela, dans la mesure où l'acte est en vigueur, il convient de procéder à une analyse *ex post* de ce dernier afin d'identifier les dispositions qui se révéleraient inadéquates (A.). À partir de cette évaluation, il est possible de procéder à une étude *ex ante* des objectifs qui seront recherchés au moyen de l'acte constitutionnel (B.).

A. La détermination *ex post* des inadéquations constitutionnelles

L'évaluation rétrospective d'une norme juridique apprécie les effets juridiques produits afin de vérifier si ces derniers ont réalisé les objectifs qui avaient justifié l'adoption de la prescription normative³⁰. Si l'énoncé permet d'atteindre le comportement normatif attendu, l'évaluation *ex post* le considère comme adéquat, légitimant son maintien. Mais s'il n'y parvient pas, il est jugé inadéquat et doit être repensé. Une telle inadéquation peut naître de trois manières. Premièrement, l'énoncé constitutionnel peut ne pas être réceptionné et, dès lors, ne produire aucun effet. Il est alors réputé inefficace. Il peut, deuxièmement, être respecté, produire des effets de droit, mais pas ceux qui étaient attendus. Il est ici effectif, mais inefficace. Enfin, l'énoncé peut produire les effets escomptés, mais en allant trop loin. Dans cette hypothèse, il existait un moyen d'arriver à un meilleur résultat en mobilisant moins de moyens. L'énoncé est alors effectif, efficace, mais inefficace³¹. Autrement présenté, l'énoncé constitutionnel est inadéquat puisqu'il ne parvient pas à réaliser l'objectif constitutionnel préétabli. Dans les trois cas, il est observé une *lacune*, « un manque jugé néfaste »³² pour que la prescription constitutionnelle soit appliquée telle qu'initialement attendue.

³⁰ Jean-Daniel DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, coll. Laboratoire de théorie juridique, 1999, p. 94.

³¹ V. Mustapha MEKKI, « L'efficacité et le droit : essai d'une théorie générale », *Revue de l'Université de Sapporo*, 2009, p. 1-3.

³² Julien JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n°154, 2016, p. 389.

Les normes juridiques n'ont pas vocation à tout régir. Un système libéral reposant sur le primat de la liberté, les prescriptions normatives constituent des limitations minimales à respecter³³. La norme juridique ayant vocation à « constituer un modèle obligatoire »³⁴, les prescriptions peuvent être plus ou moins précises – et donc étendues – mais le principe reste celui de la liberté du destinataire de la norme de s'y conformer. Dès lors, la lacune ne doit pas nécessairement être observée comme « subjective »³⁵, mais également comme le fait que le comportement normatif minimal exigé ne s'est pas réalisé. Bien qu'il ne soit pas toujours aisé d'en tracer la frontière, un tel cas de figure peut se réaliser de deux manières : ou bien l'énoncé constitutionnel était si mal rédigé que son destinataire n'a intellectuellement pas pu s'y conformer, ou bien l'énoncé a volontairement été neutralisé par son destinataire.

La première hypothèse n'est pas un cas d'école. Elle peut naître d'une rédaction inadéquate³⁶ ou inopportunément vague de l'énoncé constitutionnel³⁷. La seconde est plus nuancable. La Constitution française sanctionne³⁸ difficilement l'irrespect à une norme de comportement. Les organes constitués disposant d'une importante liberté d'action, ces derniers peuvent neutraliser un énoncé constitutionnel par la réalisation d'une pratique contraire³⁹. La neutralisation peut en outre naître d'une interprétation juridictionnelle ; l'énoncé prend ainsi un sens qui n'aurait pas explicitement été voulu par le pouvoir constituant⁴⁰.

Dans toutes ces possibilités, l'inadéquation constatée de l'acte constituant doit être observée comme un *défaut*. N'étant pas conforme avec l'objectif préalablement établi, la prescription normative ne se voit pas réalisée. Cette constatation constitue dès lors un motif pour réviser l'acte

³³ Secrétariat général du Gouvernement, Conseil d'État, *Guide de légistique*, La Documentation française, 2017, 3^e éd., 2017, p. 13.

³⁴ Paul AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, n°2, 1964, p. 278.

³⁵ La « lacune subjective » est une disposition formellement absente de l'édifice normatif, v. Julien JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 392.

³⁶ V. Constitution française du 4 octobre 1958, article 88.

³⁷ Pierre de MONTALIVET, « L'intelligibilité des lois constitutionnelles », *loc. cit.*, p. 324.

³⁸ Entendue comme une sanction *de la constitution* qui vise « à assurer le respect des normes constitutionnelles » ; et non pas une sanction politique *prévues par la constitution* ayant « lieu dans le cadre constitutionnel » (Eleonora BOTTINI, *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n°152, 2016, p. 33).

³⁹ Henry ROUSSILLON, « Le mythe de la "VI^e République" », *RFDC*, vol. 52 (4), 2002, p. 716. Il convient de préciser que lorsque les destinataires agissent dans la marge de liberté que leur octroie l'énoncé constitutionnel, leurs actions doivent être observées comme une simple *pratique*, et non pas comme une source de droit de même valeur que la norme constitutionnelle (Lauréline FONTAINE, « La violation de la Constitution : autopsie d'un Crime qui n'a jamais été commis », *RDP*, vol. 130 (6), 2014, p. 1633). En outre, si le comportement constitutionnel observé est insatisfaisant en raison du silence du texte, le cas de figure est celui d'une « lacune subjective » et non pas celui d'une neutralisation de l'énoncé.

⁴⁰ Sur l'exemple de la décision CC, n°71-44 DC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, *Rec.*, p. 29, v. Olivier BEAUD, « Les mutations de la V^e République : ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, vol. 99 (4), 2001, p. 27.

constituant au moyen d'un acte constitutionnel. Encore faut-il, ensuite, fixer un objectif précis à l'acte constitutionnel.

B. La détermination *ex ante* des objectifs constitutionnels

Un acte constitutionnel n'existe pas en soi. Il s'insère dans la réalisation d'un *objectif* qui doit être défini de la manière la plus précise possible. Sa détermination doit cependant être précédée de celui du *problème* constitutionnel qu'il faut résoudre. Le *problème* émerge en réaction à la *lacune* préalablement identifiée par la confrontation de la *constitutio lata* à la *constitutio ferenda* : de la norme constitutionnelle telle qu'elle est face à ce qu'elle devrait être⁴¹. Il ne suffit pas en effet de chercher la négation de la lacune : il faut aller plus loin en définissant un état de fait préférable⁴². C'est à partir de la définition de ce problème que le pouvoir constituant dérivé peut se fixer un objectif à atteindre.

La tendance semble être celle de formuler les objectifs de manière vague afin d'obtenir un accord entre les intérêts divergents : l'équivocité permettant d'obtenir une adhésion de principe, là où la précision mènerait à des oppositions quant à la manière de résoudre le problème⁴³. Déterminer des objectifs ne doit pourtant pas se limiter à faire émerger des intérêts partisans qui seront repris tels quels. Il faut les dépasser afin d'« exprimer une perspective spécifique à l'État⁴⁴. » Pour cela, l'accent doit être mis sur la recherche d'une adhésion du destinataire à la norme constitutionnelle. Obtenir son adhésion, tout particulièrement en matière constitutionnelle, est primordial pour que la norme soit efficace⁴⁵. Pour y parvenir, la technique légistique invite à intégrer le destinataire à l'élaboration de la norme⁴⁶. Le bon fonctionnement du régime politique fonctionnant sur l'assentiment de ses destinataires, des moyens doivent être trouvés pour l'inciter à orienter son

⁴¹ Julien JEANNENEY, *Les lacunes constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 389.

⁴² Jean-Daniel DELLEY, Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *op. cit.*, p. 89.

⁴³ Une telle posture mène à l'adoption de « compromis dilatoires », des accords textuels qui ne résolvent pas le problème de fond (Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution* (1928), PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 159). Cette démarche octroie à l'interprète une liberté qui ne peut pas être contestée, justement car aucun principe de fond n'a été établi.

⁴⁴ Jean-Daniel DELLEY, Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *op. cit.*, p. 89.

⁴⁵ V. en ce sens Eleonora BOTTINI, « Le droit politique et le dépassement de la sanction en droit constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. XI, 2020, p. 104.

⁴⁶ V. circulaire NOR : PRMX0829202C, 9 décembre 2008 *relative à la modernisation de la consultation*, *JORF* 10 décembre 2008, p. 18777 ; Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Éric MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », in Petra HAMMJE, Laetitia JANICOT, Sophie NADAL (dir.), *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso-LEJEP, coll. LEJEP, 2013, p. 66 ; Valérie MALABAT, « Les jeux d'influence : rapport de synthèse », in Evelyne BONIS, Valérie MALABAT (dir.), *La qualité de la norme*, t. 1, *L'élaboration de la norme*, Mare & Martin, coll. Droit & Science politique, 2016, p. 86.

comportement conformément à la prescription constitutionnelle. Par voie de conséquence, la détermination du problème constitutionnel et des objectifs qui y seront assignés devrait faire intervenir les deux destinataires de la norme constitutionnelle précédemment identifiés : le peuple et les pouvoirs constitués.

En matière de participation des organes constitués à la détermination du problème constitutionnel, certains organes le font déjà. Le Conseil d'État, à l'occasion de sa fonction consultative en matière de projet de loi constitutionnelle, s'interroge sur l'opportunité des révisions. Directement impliqué dans les affaires publiques, rien ne lui interdit de développer son action dans la détermination du problème constitutionnel. Mais plus encore, c'est le Parlement qui devrait être davantage intégré. Même si ce dernier participe indirectement à ces questions au moyen des auditions parlementaires⁴⁷, cette intégration pourrait passer par un renforcement de sa fonction d'« évaluation des politiques publiques »⁴⁸. Quant à la consolidation du rôle du peuple, il semble opportun d'encourager le mouvement des « consultations citoyennes » qui permettent, au moyen du procédé délibératif, d'accentuer la participation du peuple à la détermination du problème constitutionnel⁴⁹. Il convient également de relever l'importance de mobiliser la voie du référendum dans le cadre de l'adoption des actes constitutionnels afin de revaloriser le rôle du peuple dans l'adhésion à la norme constitutionnelle⁵⁰.

Ces deux étapes concluent le processus d'intellectualisation de l'acte constitutionnel qui va ensuite se concrétiser en l'intégrant dans son propre cycle légistique.

⁴⁷ Dans cette même idée, il pourrait être opportun de penser une extension de la loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 afin d'étendre ce pouvoir d'examen des commissions parlementaires aux nominations présidentielles lorsque ce dernier institue un comité constitutionnel expertal.

⁴⁸ Constitution française du 4 octobre 1958, article 24, alinéa 1^{er}.

⁴⁹ Nora STIRN, « Le nouvel élan participatif de la Convention citoyenne pour le climat et ses répercussions sur la procédure de révision de la Constitution », *RFDC*, vol. 127 (3), 2021, p. 170. L'expertise constitutionnelle, quant à elle, pourrait avoir pour fonction d'orienter et de guider les débats, v. Xavier MAGNON, « La composition de la commission Balladur : brèves réflexions sur l'expertise en matière constitutionnelle », *RFDC*, HS n°2 (5), 2008, p. 41.

⁵⁰ Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, « Assemblée citoyenne et référendum : quelques exemples étrangers à méditer », *Pouvoirs*, vol. 175 (4), 2020, p. 77-88.

II. La amélioration de la norme constitutionnelle : le cycle légistique de l'acte constitutionnel

Une fois que le pouvoir constituant a pris conscience des imperfections de l'acte constituant et de ce qu'il cherche à résoudre au moyen de l'acte constitutionnel, il doit maintenant s'attacher à sa mise en œuvre. Il peut, dès lors, s'intéresser à la manière la plus pertinente de le faire (A.) et à la manière la plus adéquate de rédiger l'acte (B.).

A. L'analyse stratégique de la révision constitutionnelle, ou la pertinence de l'acte constitutionnel

Évaluer la pertinence de la révision constitutionnelle nécessite d'adopter une démarche stratégique : l'auteur de la norme doit s'interroger sur la manière d'orienter le comportement normatif pour que l'objectif déterminé se réalise⁵¹.

Aussi contre-intuitif que cela puisse paraître, la première question que le constituant doit se poser à l'aune des objectifs constitutionnels identifiés est celle de savoir s'il faut réellement adopter une norme juridique. À l'instar des pratiques institutionnelles qui peuvent neutraliser des énoncés constitutionnels, la norme doit aussi laisser la liberté à ses destinataires de s'exprimer dans la marge d'appréciation de principe dont ils disposent⁵². Si le problème constitutionnel peut être résolu sans texte, la nécessaire réduction de la pression normative commande de ne pas en adopter un⁵³.

Si la réponse à la première interrogation est celle de la nécessité d'adopter une norme juridique, il est ensuite question de savoir à quel rang normatif. La focale de cette étude reposant sur la légistique appliquée à l'acte constitutionnel, d'instinct, il aurait pu être pensé que la réponse normative à apporter soit nécessairement de niveau suprême⁵⁴. Mais rien n'interdit de penser que la solution à un problème constitutionnel puisse se trouver dans une autre norme juridique⁵⁵ ; et, en matière de

⁵¹ Jean-Daniel DELLEY, Alexandre FLÜCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », *op. cit.*, p. 91.

⁵² Pierre AVRIL, « Des conventions à la révision de la Constitution », *RFDC*, HS n°2 (5), 2008, p. 49.

⁵³ Secrétariat général du Gouvernement, Conseil d'État, *Guide de légistique*, *op. cit.*, p. 11-12.

⁵⁴ En fonction de la lacune qui cherche à être résorbée, l'acte constitutionnel peut prendre la forme d'un « lit de justice » constitutionnel. V. Georges VEDEL, « Schengen et Maastricht : à propos de la décision n°91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *RFDA*, vol. 8 (2), 1992, p. 180.

⁵⁵ Cette idée repose la question des difficultés liées à la « constitutionnalisation par renvoi », c'est-à-dire le fait que l'acte constituant se réfère « à une autre norme qui est soit incluse dans le texte constitutionnel, soit extérieure à celui-ci » (Agnès ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française : recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n°65, 2007, p. 4). En effet, à compter du moment où le renvoi est opéré par l'acte constituant, la norme extérieure constitue une norme de référence au contrôle de constitutionnalité. Le renvoi indique également que le problème est réglé par une autre norme. L'article 13 de la

légistique, le principe de subsidiarité invite à adopter la norme juridique la plus basse⁵⁶. Cette interrogation est d'autant plus importante dans la mesure où l'inadéquation de la solution normative choisie peut conduire à poser des difficultés dans l'insertion de la norme dans son environnement normatif⁵⁷.

Enfin, si l'adoption d'une norme constitutionnelle est essentielle, il faut maintenant se demander de quelle manière le comportement doit être prescrit : de manière coercitive, avec la menace d'une sanction, ou bien une simple incitation peut-elle suffire⁵⁸ ? De même, en matière de légistique, le souci de réduction de la pression normative impose, dès que cela se révèle possible, de ne pas lier la prescription normative à une sanction⁵⁹. Cela soulève toutefois un paradoxe : si la mesure peut n'être qu'incitative, quel intérêt y a-t-il à la constitutionnaliser ? C'est certainement la raison pour laquelle la constitutionnalisation est souvent accompagnée d'un dispositif de sanction ; induisant néanmoins davantage un respect par la menace que par l'adhésion, ce qui fait perdre l'approbation initialement recherchée.

Une fois sa stratégie adoptée, le pouvoir constituant doit s'atteler à déterminer la manière la plus adéquate de formuler l'énoncé normatif pour que son objectif se réalise.

B. La rédaction opportune de l'acte constitutionnel, ou la formalisation de la révision constitutionnelle

Tout rédacteur d'un acte normatif doit avoir en tête l'accessibilité et l'intelligibilité de son écrit⁶⁰. Ces deux principes ne sont pas que des contraintes formelles. Leur raison d'être est de sécuriser la situation juridique du destinataire de la norme : ils leur permettent d'être égaux face à la norme

Constitution du 4 octobre 1958 est assez éloquent sur ce point : quel est l'intérêt d'avoir opéré un renvoi à la loi organique et à la loi ordinaire, si ce n'est pour montrer que le problème pouvait être résolu par une autre norme que la constitutionnelle ?

⁵⁶ Catherine BERGEAL, *Manuel de légistique*, Berger-Levrault, coll. Les indispensables, 8^e éd., 2018, p. 85-86.

⁵⁷ Comme le relève Olivier PLUEN (*Constitution de la V^e République. De sa rédaction initiale à sa version aujourd'hui en vigueur : approche historique et légistique*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, n°12, 2^e éd., 2017, p. 71) : « plus préoccupant est peut-être la tendance [...] à vouloir réviser "coûte que coûte" la Constitution, jusqu'à faire abstraction, non pas du caractère utile de la réforme envisagée, mais de son incidence sur la cohérence de l'édifice constitutionnel. »

⁵⁸ Jean-Daniel DELLEY, « Penser la loi. Introduction à une démarche méthodique », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p. 103.

⁵⁹ V. Secrétariat général du Gouvernement, Conseil d'État, *Guide de légistique*, op. cit., p. 604.

⁶⁰ Sur les paradoxes pouvant advenir de la confrontation des deux principes, v. Hervé MOYSAN, « La clarté de la loi obscurcie par le technicisme formel de son écriture », *LCM Journal*, vol. 7 (1), 2020, spéc. p. 40.

puisqu'ils sont en mesure de s'en réclamer tout en étant apte à se conformer aux prescriptions normatives⁶¹.

En vue de parfaire la réalisation de ces deux principes, la légistique formelle exploite le schéma de la communication linguistique élaboré par Roman JAKOBSON⁶². Appliqué à la norme juridique, le schéma revient à s'intéresser à deux acteurs. L'émetteur, d'une part, qui énonce, exprime et encode le message. Encodé, ce message « A1 » prend la forme d'un *signifiant*, un énoncé normatif qui va tenter de rendre compte du *signifié*, le fond du message : la prescription normative. Réceptionné, d'autre part, par son destinataire, il le décode et se fait sa propre interprétation du *signifiant*. Si la compréhension « A2 » qu'il conclut du *signifié* est la même que « A1 », alors la communication est considérée comme réussie⁶³. La rédaction des énoncés normatifs étant un élément capital dans la bonne application de la prescription normative⁶⁴, la légistique formelle aspire à influencer le *signifiant* pour faire en sorte que le *signifié* émis soit identique à celui réceptionné.

Un *signifiant* adéquat est, dès lors, un énoncé rédigé de manière claire⁶⁵. La *clarté* présente néanmoins, en elle-même, un paradoxe difficilement surmontable. Cette dernière repose sur deux facettes : la lisibilité et la concrétisabilité⁶⁶. L'énoncé *lisible* est aisément compréhensible de la part de son destinataire. Il implique de recourir à des formules courtes, claires et peu précises. Mais plus l'énoncé est lisible, et moins il sera facile de l'appliquer ; au contraire, il laisse une marge de liberté plus importante à l'interprète dans la mise en œuvre de la norme juridique. À l'inverse, la *concrétisabilité* implique une grande précision du dispositif normatif. Elle entraîne des énoncés lourds et techniques réduisant la compréhensibilité de l'énoncé, mais permettant une application plus conforme au *signifié* de l'émetteur⁶⁷.

La clarté de la norme juridique est donc davantage un idéal qu'une réalité tangiblement présentable. La question de la lisibilité ou de la concrétisabilité d'un énoncé normatif ne peut être résolue que de

⁶¹ Pierre de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2006, p. 86.

⁶² Roman JAKOBSON, *Essais de linguistique générale*, t. 1, *Les fondations du langage*, Éditions de Minuit, coll. Points, 1963, p. 214.

⁶³ Charles-Albert MORAND, « Vers une méthodologie de la communication législative », *LeGes*, n°2, 1994, p. 11 ; Paul DELNOY, « La communication législative », in Charles-Albert MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, op. cit., p. 142 ; Gérard CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 26-27.

⁶⁴ Sur l'importance de la liaison entre la norme juridique et ses énoncés, v. Christophe GRZEGORCZYK, Tomasz STUDNICKI, « Les rapports entre la norme et la disposition légale », *APD*, n°19, 1974, spéc. p. 244.

⁶⁵ Pour des conseils pratiques de rédaction claire, v. Secrétariat général du Gouvernement, Conseil d'État, *Guide de légistique*, op. cit., p. 263-334 ; Catherine BERGEAL, *Manuel de légistique*, op. cit., spéc. p. 305-306.

⁶⁶ Alexandre FLÜCKIGER, « La clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *CCC*, n°21, 2007, p. 76-78.

⁶⁷ Marie-Anne COHENDET, « Légitimité, effectivité et validité », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République*, op. cit., p. 229. V. également la présentation de Denis BARANGER sur la question (*La constitution : sources, interprétations, raisonnements*, op. cit., spéc. p. 73) entre le « pôle fidélité » et le « pôle liberté » de l'interprète d'un acte.

manière casuistique en fonction de ce qui est recherché par l'auteur de la norme. L'étude estime néanmoins qu'en la matière, l'acte constitutionnel doit, par principe, être rédigé de manière lisible⁶⁸. Étant en effet, d'une part, à destination des organes constitués, mais également du peuple souverain en son entier, l'acte doit prioritairement être compris par l'ensemble de ses destinataires⁶⁹. D'autre part, la lisibilité octroie une marge d'action importante aux organes constitués pour pouvoir concrétiser la norme constitutionnelle, tout en laissant la charge au pouvoir constituant de préciser les énoncés constitutionnels faisant l'objet d'une interprétation insatisfaisante⁷⁰.

La légistique n'est donc pas une panacée. Elle ne permet pas de présenter une constitution parfaite, elle n'œuvre qu'à la parfaire⁷¹. L'analyse qualitative des actes constitutionnels pourrait permettre de résorber progressivement les défauts que présente la norme constitutionnelle. La perfectibilité de la *constitutio lata* continuera d'alimenter les commentaires : c'est là un « lieu commun de la littérature juridique à travers toutes les époques »⁷². Et même si la légistique n'est pas un remède miracle, sa méthode pourrait au moins permettre de stabiliser la « main tremblante » du pouvoir constituant.

⁶⁸ V. Philippe ARDANT, « Le contenu des Constitutions : variables et constantes », *Pouvoirs*, vol. 50 (3), 1989, p. 36.

⁶⁹ La compréhensibilité de l'acte normatif doit en effet être adaptée au destinataire auquel il s'adresse. V. CC, n°2000-437 DC, 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, *Rec.*, p. 190, cons. 3.

⁷⁰ Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, « Variabilité et contingence des exigences de qualité : quelques considérations sur la notion de qualité des normes en droit constitutionnel », in Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Laurence GAY, Joseph PINI (dir.), *Autour de la qualité des normes : actes du colloque d'Aix-en-Provence des 24 et 25 octobre 2008*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, p. 48.

⁷¹ V. en ce sens Olivier PLUEN, *Constitution de la V^e République. De sa rédaction initiale à sa version aujourd'hui en vigueur : approche historique et légistique*, *op. cit.*, p. 70.

⁷² François OST, « L'amour de la loi parfaite », in Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK, Pierre ROBERT (dir.), *L'amour des lois : la crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, L'Harmattan-PUL, 1996, p. 53.