

MASSIMO LUCIANI*

*Rapport italien***

Sommaire

1.- *Les questions.*

1.1.- *Le titre de légitimation du contrôle de constitutionnalité.*

1.2.- *Le titre de légitimation de la juridiction constitutionnelle.*

2.- *La légitimation de la juridiction constitutionnelle : activisme et déférence.*

3.- *La légitimation de la juridiction constitutionnelle : l'auto-interprétation des Cours.*

4.- *La légitimation de la juridiction constitutionnelle : les techniques décisives.*

5.- *Construire et préserver la légitimation de la juridiction constitutionnelle.*

* Massimo Luciani, professeur émérite de la Faculté de droit de La Sapienza romaine, académicien des Lincéens, est juge à la Cour constitutionnelle. Les opinions exprimées ici sont entièrement personnelles et n'engagent en rien la Cour.

** Rapport à la XLI Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle (« La légitimité de la justice constitutionnelle ») – Aix-en Provence, 12-13 septembre 2025.

1.- Les questions.

La question de la légitimité de la justice constitutionnelle se pose sous des formes différentes dans les modèles de la *Staatsgerichtsbarkeit* et de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Dans le premier, qui ne coïncide évidemment pas avec la simple justice rendue par les juridictions étatiques (c'est-à-dire la « von Staatsgerichtshöfen ausgeübte Gerichtsbarkeit », comme l'avait déjà précisé Triepel dans son rapport à l'historique congrès des publicistes allemands en 1928)¹, la justice constitutionnelle a pour fonction de maintenir l'équilibre du système des pouvoirs, en veillant à ce que chacun d'entre eux respecte les limites qui lui sont assignées par la Constitution. Par conséquent, la question est la suivante : pourquoi un certain pouvoir spécifique est-il légitimé pour régler d'éventuels conflits ? Dans le second, la justice constitutionnelle a pour fonction de veiller à ce que la loi, acte du Parlement, respecte la Constitution. Dès lors, le problème est le suivant : comment justifier un contrôle de constitutionnalité sur l'acte de l'organe qui représente la volonté du peuple ?

Les deux modèles sont conçus pour remplir la même fonction : rétablir la légalité constitutionnelle violée. Néanmoins, dans le modèle de la *Staatsgerichtsbarkeit* on se situe au niveau de la forme de gouvernement (ce qui compte, c'est qu'elle fonctionne bien, dans le respect de la Constitution), tandis que dans le modèle de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* on se situe au niveau de la forme d'État (ce qui compte, c'est que la formule politique fondamentale et les relations entre les pouvoirs publics et les citoyens fonctionnent bien, toujours dans le respect de la Constitution)². D'où la diversité des nœuds problématiques qui s'y entrecroisent.

i) Le modèle de la *Staatsgerichtsbarkeit* est aujourd'hui récessif en tant que modèle exclusif de justice constitutionnelle, mais il existe des systèmes – et l'ordonnancement juridique italien est parmi eux – qui confient la juridiction sur les conflits entre les pouvoirs de l'État à un tribunal constitutionnel également compétent pour juger de la légitimité constitutionnelle des lois. La légitimité du pouvoir appelé à trancher les conflits se déduit aisément de la logique même du principe de la séparation des pouvoirs : puisqu'il impose le respect réciproque des attributions constitutionnelles et qu'un débordement des frontières respectives entre les pouvoirs est toujours possible, la mise en place d'un organe chargé de les faire respecter n'est rien d'autre qu'un remède (à une pathologie) conforme au principe.

¹ H. TRIEPEL, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Erster Beratungsgegenstand*, in *VVDStRL 5* (1929), Berlin u. Leipzig, De Gruyter, 3.

² Les syntagmes « forme de gouvernement » et « forme d'État » – il faut bien l'éclaircir au lecteur étranger – sont depuis longtemps utilisés de façon différente par la doctrine italienne. Avec le premier on identifie « l'ensemble des règles juridiques des rapports entre les pouvoirs et les organes constitutionnels titulaires d'attributions décisionnelles de nature politique » (M. LUCIANI, *Governo (forme di)* in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Vol. III, Milan, Giuffrè, 2009, 540) ; avec le second on identifie le « principe politique, qui informe le rapport fondamental d'une organisation étatique » (V. GUELI, *Il regime politico*, Rome, R. De Luca, 1939, maintenant in *Scritti vari*, Milan, Giuffrè, 1976, 409).

Il est évident que le fait qu'un certain organe soit compétent pour régler les conflits constitutionnels signifie qu'il se qualifie à son tour comme un pouvoir de l'Etat, distinct de tous les autres et doté d'une sphère de compétence spécifique. Il est tout aussi évident qu'une fois ce nouveau pouvoir établi et son domaine de compétence défini, le problème de la résolution des conflits qui l'opposent aux autres pouvoirs de l'Etat se pose. Excluant l'hypothèse de l'institution d'un pouvoir supplémentaire appelé à se prononcer sur de tels conflits pour la simple raison que – suivant cette logique – on finirait par multiplier les pouvoirs à l'infini, la réponse la plus convaincante est celle qui consiste à confier la compétence relative au « nouveau » pouvoir lui-même, en lui permettant d'être à la fois juge et partie dans les conflits constitutionnels. Cette solution, diversement débattue en doctrine³, est effectivement pratiquée en Italie, où la jurisprudence a admis à plusieurs reprises que la Cour constitutionnelle soit partie aux conflits qu'elle est appelée à trancher⁴.

Il est clair, cependant, que le fait d'être à la fois juge et partie constitue un sérieux problème pour l'image de la Cour⁵ et en perspective – donc – pour sa légitimation : ce n'est pas un hasard si la doctrine la plus attentive n'a pas exclu la possibilité de conflits entre pouvoirs auxquels la Cour est partie, mais l'a considérée comme un « recours de nature extraordinaire, comme une sorte de soupape de sécurité que seul l'organe de justice constitutionnelle pourrait actionner dans des situations exceptionnelles [...] pour garantir ses propres attributions [...] »⁶. Nonobstant ce caractère exceptionnel de l'institut, on peut néanmoins se demander quels sont les remèdes contre les abus que le « nouveau » pouvoir, chargé de résoudre les conflits, pourrait commettre, et à cette question on ne peut que répondre que la garantie réside dans l'indépendance qui lui doit être assurée,

³ V., pour tous, G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milan, Giuffrè, 1988, 583 sgg.

⁴ Sent. n° 62 de 1971 et ordonnances n° 77 de 1981 et 261 de 2016.

⁵ Une autre faculté de la Cour constitutionnelle italienne qui a fait discuter est celle du soi-disant « auto-renvoi », c'est-à-dire de la promotion des questions de constitutionnalité par la même Cour (qui est ensuite appelée à les décider). Une très récente doctrine déplore l'absence d'une « base légale explicite » de cette attribution (P. FARAGUNA, *La Corte costituzionale e l'autorimessione. Teoria, pressi, prospettive*, Turin, Giappichelli, 2025, 209), mais elle se trouve quand même dans la combinaison du principe de suprématie de la Constitution avec la nature juridictionnelle de la Cour (qui me semble indéniable) et avec la qualification comme « jugement » de la procédure devant elle. Deux caractéristiques qui complètent les conditions posées par l'art. 1 de la l. const. n° 1 de 1948 pour l'accès à la Cour constitutionnelle (« *La question de la légitimité constitutionnelle d'une loi ou d'un acte ayant force de loi de la République, relevée d'office ou soulevée par l'une des parties au cours d'un jugement et non jugée manifestement infondée par le juge, est renvoyée à la Cour constitutionnelle pour sa décision* »).

⁶ V. encore G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte*, cité, 608. Il est évident que, dans cette perspective, les conflits dans lesquels la Cour n'est pas demanderesse mais défenderesse devraient en principe se déclarer irrecevables, toutefois, il ne peut être exclu que même dans des cas de ce genre, il puisse être nécessaire de se prononcer sur le fond du conflit toujours dans le but de protéger les attributions de la Cour constitutionnelle.

dans la spécificité de sa composition⁷ et dans sa localisation en dehors du circuit de la direction politique.

ii) Le modèle de la *Verfassungsgerichtsbarkeit* est celui qui a eu manifestement le plus de succès. Contrairement à ce que pensent certains constitutionnalistes (qui, accablés par le poids de l'autoréférence, surestiment la force de la doctrine)⁸ la raison n'en est pas le succès culturel des thèses kelséniennes qui l'ont défendue, mais sa correspondance avec les besoins socio-politiques des ordres juridiques issus des expériences totalitaires du XXe siècle, qui ont forcé l'abandon de l'idée que le droit – comme autrefois le monarque antique – *can do no wrong*. C'est précisément en référence à ce modèle que le problème de la légitimité s'est posé avec une force particulière, car déclarer inconstitutionnelle la loi, traditionnellement considérée comme l'expression de la volonté générale⁹, est une démarche très délicate.

Même ainsi délimité, le problème de la légitimité n'est cependant pas unitaire et se divise en deux sous-questions : a) quel est le titre légitimant du contrôle de constitutionnalité, quelle que soit la forme sous laquelle il est exercé ; b) sous quel titre le contrôle de constitutionnalité peut-il éventuellement être exercé par un organe juridictionnel. Ces deux questions sont clairement liées, mais l'étude de la seconde n'a de sens que si l'on trouve une solution convaincante à la première, et c'est donc de là qu'il faut partir. Non sans avoir formulé une mise en garde, étant donné que cette contribution est destinée à une discussion en langue française.

Ce n'est que récemment que les usages linguistiques des juristes francophones semblent avoir commencé à adopter le lemme « légitimation », alors que « légitimité » était et est normalement utilisé à sa place. Dorénavant, je profiterai de la tendance récente et j'utiliserai « légitimation » pour indiquer le fondement ultime d'un pouvoir¹⁰, car cet usage linguistique constitue, à mon avis, un progrès certain. En effet, les juristes francophones ont jusqu'à présent été obligés à distinguer entre légitimité et légalité, plaçant à juste titre la première dans la sphère axiologique et la seconde dans la sphère juridico-normative¹¹. Cependant, il ne s'agit pas d'une paire, mais d'un trio conceptuel :

⁷ Dans le sens que ces deux premières caractéristiques sont essentielles, M. COSULICH, *Quis custodiet ipsos custodes? L'organizzazione della Corte costituzionale quale strumento di garanzia della sua indipendenza*, in *Federalismi*, n° 25/2024, 87 s.

⁸ Nous verrons plus loin, en reconstruisant l'histoire des soi-disant « normes programmatiques », que la doctrine peut influencer significativement l'évolution de l'ordonnement juridique, mais il est illusoire de penser qu'elle puisse se substituer aux grands mouvements politico-sociaux qui – effectivement – en déterminent le sort.

⁹ On ne peut que renvoyer, sur ce point, à R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, *passim*.

¹⁰ Quand on parle de « légitimation » on parle du problème posé au texte : ainsi, récemment, aussi Q. CAMERLENGO, *Ritratto costituzionale della legittimazione politica*, in *Rivista AIC*, n° 2/2016, 1 (on peut le lire *en ligne*).

¹¹ V., pour tous, M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2024, 28 : « Se déplacer du pôle de la légalité à celui de la légitimité, c'est se transporter de l'ordre normatif à la sphère axiologique ».

« légitimation » ; « légitimité » ; « légalité ». La légitimation renvoie au *fondement ultime* du pouvoir ; la légitimité renvoie à la *conformité substantielle* d'une institution ou d'un acte à une source supérieure ; la légalité renvoie à leur *conformité formelle*. Bien que les trois concepts se recoupent souvent sur le plan linguistique (pensez à ce qui se passe lorsque le principe de légalité est entendu dans un sens substantiel, à l'instar du *substantive due process*), leur différence logique est évidente. Et, à mon avis, il est bon que les usages linguistiques l'enregistrent.

1.1.- *Le titre de légitimation du contrôle de constitutionnalité.*

Même si nous sommes aujourd'hui habitués à une modalité différente (la référence même à la *Verfassungs-gerichts-barkeit* tient pour acquis le choix en faveur d'un tribunal constitutionnel), il est clair que le contrôle de constitutionnalité pourrait également être effectué par des organes non juridictionnels. La position de Carl Schmitt¹², même si elle a été battue en brèche par l'histoire, reste à l'arrière-plan et il faut donc préciser qu'aujourd'hui il n'est pas du tout unimaginable que la garantie de la constitution soit confiée au chef de l'État, à un organe parlementaire spécifique, etc. C'est-à-dire : à une entité politique. La question préalable porte donc sur la légitimation du contrôle de constitutionnalité en soi, indépendamment du sujet institutionnel appelé à l'exercer.

La réponse semble simple et repose sur un argument essentiellement logique : s'il existe une constitution et si cette constitution a été conçue pour être rigide, une fois qu'elle se trouve en conflit avec la loi, il faut choisir entre l'une et l'autre, puisqu'il n'y a pas de solution intermédiaire viable. Cela est clair depuis plus de deux cents ans, depuis que le juge en chef Marshall a écrit dans l'affaire *Marbury v. Madison* que « between these alternatives there is no middle ground »¹³. C'est une observation irréprochable. Deux profils doivent toutefois être pris en considération.

Le premier est que cet argument se situe essentiellement au niveau des sources du droit, en utilisant pleinement l'application du principe hiérarchique : si une source est supérieure à l'autre, elle doit prévaloir, et des mécanismes juridiques appropriés doivent être identifiés pour assurer l'effectivité de cette prévalence. Le caractère essentiellement formel de l'argument constitue à la fois sa force et sa faiblesse. Sa force, parce qu'en se déplaçant sur le terrain *logique*, il échappe à toute objection *idéologique* ; sa faiblesse, parce qu'il ne tient pas compte du fait que la tenue des systèmes politico-institutionnels exige non seulement une cohérence logique, mais aussi le soutien de solides principes substantiels de légitimation. Et, comme Weber l'a déjà montré, ce n'est que dans certaines phases historiques que les mécanismes de légitimation juridico-formels sont capables de soutenir efficacement le système. Un pouvoir n'est légitime que s'il est reconnu comme tel (« als legitim angesehen ») et les fondements légitimant du pouvoir (les «

¹² Exposée de façon organique, on le sait, par C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931.

¹³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.

Legitimitätsgründe einer Herrschaft ») qui produisent ce résultat sont généralement très complexes¹⁴.

Le deuxième profil à considérer est que, comme justement le démontre la discussion juridique italienne¹⁵, le caractère rigide de la constitution n'est pas une *condicio sine qua non* du contrôle de constitutionnalité des lois. Bien que le Statut de 1848 soit une charte octroyée de type souple, modifiable par la procédure d'adoption d'une loi ordinaire, la différence entre le Statut et la loi (source laquelle était l'objet principal de la réglementation imposée par le Statut)¹⁶ était largement reconnue, à tel point qu'une partie de la doctrine avait soutenu que les juges pouvaient écarter l'application de la loi ordinaire à cause de son contraste avec la Charte fondamentale. En effet, ils pouvaient avant tout faire valoir les vices de forme des actes législatifs (une loi adoptée par une procédure autre que celle prévue par le statut devait être considérée comme une non-loi), mais dans certains cas particulièrement frappants, ils pouvaient également faire valoir les vices concernant le fond, puisque la primauté du Statut sur la loi, bien que n'étant pas accompagnée par la rigidité, devait être considérée comme fondé sur un principe de cohérence logique du système si rigoureux que, au moins face aux vices concernant le fond les plus évidents, les juges auraient pu déclarer l'inconstitutionnalité des actes normatifs primaires¹⁷. L'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité envisagée n'était pas l'annulation, mais plutôt la simple désapplication dans le cas concret objet du procès, néanmoins ce n'était rien d'autre que la conséquence logique (une fois de plus) de l'absence d'un tribunal constitutionnel et de la nature « diffuse » du système de contrôle de constitutionnalité.

Cette position doctrinale s'appuyait également sur quelques précédents jurisprudentiels, mais il s'agissait vraiment d'exceptions : la plus connue est probablement la sentence des Sections Unies civiles de la Cour de cassation, 16 novembre 1922 (qui affirma la possibilité de contrôler la constitutionnalité d'un décret-loi), mais une ligne ferme des juges italiens en faveur du contrôle de constitutionnalité des lois dans le régime statutaire ne s'est jamais affirmée, et il a fallu attendre l'avènement de la Constitution républicaine pour qu'elle se développe, d'abord dans les termes prévus par

¹⁴ On sait bien que cette doctrine, qui aura ses développements plus complets en *Wirtschaft und Gesellschaft*, est anticipée, de forme synthétique, en *Politik als Beruf*, München u. Leipzig, Duncker & Humblot, 1919, *passim*.

¹⁵ Dans l'approche classique de Franco Pierandrei, par exemple, la rigidité n'est qu'une des trois raisons qui auraient suggéré le choix en faveur d'une Cour constitutionnelle : le passage d'une Constitution souple à une Constitution rigide ; la richesse et la complexité de contenu des normes constitutionnelles ; l'avènement des autonomies régionales, dotées d'une fonction législative. Tout cela exigeait qu'il y ait quelqu'un capable de faire valoir le primat de la Constitution sur la loi, de donner une voix concrète aux principes constitutionnels, d'arbitrer les différends entre l'État et les Régions (F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milan, Giuffrè, 1962, 876 ss.)

¹⁶ Ce correct remarque on le trouve en R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milan, Giuffrè, 1996, 96 ss.

¹⁷ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milan, Giuffrè, 1964 (réimpression inaltérée de l'éd. de 1934), 49 ss.

la 7^{ème} disposition transitoire et finale (« *Jusqu'à l'entrée en fonction de la Cour constitutionnelle, la décision sur les litiges visés à l'article 134 a lieu dans les formes et dans les limites des règles qui existaient avant l'entrée en vigueur de la Constitution* »), puis dans celles prévus par les articles 134 et suivants de la Constitution, avec l'entrée en fonction, en 1956, de la Cour constitutionnelle et l'avènement d'un système centralisé de contrôle de constitutionnalité (qui n'avait auparavant trouvé qu'une manifestation partielle dans l'institution de la Haute Cour pour la Région sicilienne)¹⁸. Lorsque Costantino Mortati écrivait que la Cour constitutionnelle était une institution « absolument étrangère aux traditions du pays », donc, il n'avait pas tout à fait raison¹⁹.

Soit dans les systèmes de contrôle centralisé soit dans les systèmes de contrôle diffus, partant, et indépendamment du caractère rigide ou souple de la constitution, le contrôle de constitutionnalité des lois supprime le principe de la primauté de la loi, qui avait caractérisé l'expérience de l'État de droit libéral. Et il s'agit là d'un problème très grave, en raison du lien entre la loi, la représentation et le peuple.

Au cours de la procédure qui a conduit à l'approbation de la Constitution italienne, la question a été largement traitée, même dès le *Rapport de la Commission d'études sur la réorganisation de l'État*, instituée auprès du ministère pour l'Assemblée constituante en application de l'article 5 du décret législatif n° 435 du 31 juillet 1945, et chargée de fournir à l'Assemblée des documents d'étude et un premier schéma raisonné de discussion. C'est précisément au sein de la Commission Forti²⁰ que l'on a estimé que le contrôle de constitutionnalité remettrait en cause la primauté de la loi, en maintenant en outre la loi dans une condition d'incertitude avant la décision sur sa constitutionnalité²¹.

¹⁸ De l'affaire du contrôle juridictionnel des décrets-lois en période statutaire donne compte N. LUPO, *I decreti-legge nel primo dopoguerra, nelle letture dei giudici e dei giuristi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n° 2/2014, 6 s.

Il est nécessaire de signaler au lecteur étranger que l'art. 24 du r. d. lgs. (décret législatif royal) 15 mai 1946, n. 455 (source antérieure donc à l'élection de la Constituante), par lequel le statut spécial de la Région sicilienne avait été approuvé, avait créé une Haute Cour pour la Région sicilienne, qui, conformément à l'art. 25, avait la tâche de syndiquer la constitutionnalité des lois siciliennes et de celles de l'État dans la mesure où elles étaient applicables à la Sicile. Déjà avant l'avènement de la Cour constitutionnelle, donc, le système juridique italien avait connu une expérience partielle de contrôle centralisé de la constitutionnalité des lois.

Après plusieurs événements, les normes sur la Haute Cour ont été déclarées illégitimes par la même Cour constitutionnelle, avec la sent. n° 6 de 1970, qui a ainsi mis fin à une « cohabitation » inconfortable entre deux garants différents (général l'un, particulier l'autre) de la Constitution.

¹⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^{ème} éd., II, Padoue, Cedam, 1976, 1367.

²⁰ Il est bon de préciser, pour le lecteur étranger, que la dénomination « Commissione Forti » vient de son président, le très autorisé professeur de droit administratif Ugo Forti.

²¹ *Rapport (Relazione)* de la Commission pour des études relatives à la réorganisation de l'État du Ministère pour la Constituante (Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato del Ministero per la Costituente), Rome, Stab. tip. Fausto Failli, 1946, vol. I, 10. Il peut être intéressant de noter que la Commission est partie d'une prémisse opposée à celle qu'on a tenté d'argumenter dans le texte, à savoir que « La rigidité de la Constitution pose le problème du contrôle sur la constitutionnalité des lois » (ibid., 8).

Pour légitimer pleinement le contrôle de constitutionnalité, il faut donc quelque chose de plus qu'un simple argument logique. Ce « quelque chose » ressortira de ce qui sera dit maintenant sur la question spécifique de la légitimation du choix de confier le contrôle de constitutionnalité à un organe juridictionnel.

1.2.- *Le titre de légitimation de la juridiction constitutionnelle.*

La conjonction de la rigidité constitutionnelle et de l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité centralisé, bien qu'elle ne soit pas *logiquement* conditionnelle, est *historiquement* un trait caractéristique du constitutionnalisme du XXe siècle et forme le cadre de ce que l'on a appelé l'État de droit constitutionnel. Comme c'est généralement le cas pour les catégories et les institutions du droit constitutionnel, ici aussi les racines sont très anciennes : il est évident, en particulier, que la rigidité de la constitution, en tant qu'attribut qui la distingue de la loi, présuppose la doctrine de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, qui, dans sa formulation la plus claire, remonte à la période révolutionnaire française et qui, au-delà des précédents historiques, a été affirmée grâce à la réflexion (et à l'action) de l'abbé Sieyès. Un pouvoir, le pouvoir constituant, dans lequel se résout désormais la souveraineté ; un pouvoir de générer un nouvel ordre constitutionnel en renversant le précédent ; un pouvoir indispensable pour donner un fondement légitimant à la subversion blasphématoire d'un régime qui prétendait être enraciné dans la volonté divine. Une nouveauté révolutionnaire, certes, mais qui renvoyait elle-même au passé et récupérait non seulement certains concepts politiques propres à l'ancien régime honni²², mais, en postulant un exercice de la volonté souveraine « libre et indépendant de toute forme civile »²³, rejoignait même l'idée d'un pouvoir inconditionnel et illimité qui s'était déjà manifesté à Rome sous la forme du concept d'*imperium*, entendu comme « pouvoir souverain, originel, qui n'est pas attribué ou conféré par d'autres organes de la constitution, qui a en lui-même son propre fondement de légitimité » et qui est « exerçable dans tous les domaines et dans toutes les directions »²⁴.

Racines lointaines donc, mais lorsque les idées politico-constitutionnelles réapparaissent, elles ne restent jamais égales à elles-mêmes et subissent les mutations imposées par la phase historique dans laquelle elles renaissent. Ainsi, dans l'après-guerre, la rigidité ne sert pas tant à valider l'idée du caractère illimité du pouvoir révolutionnaire qu'à mettre en évidence, au contraire, le double conditionnement de tout pouvoir :

²² B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Paris, Génin, 1955, trad. it. par E. Sciacca, *La sovranità*, Milan, Giuffrè, 1971, 212.

²³ J.E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, s.l., 1789, trad. it. *Che cos'è il Terzo Stato?*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, t. I, *Scritti editi*, curé par G. Trosi Spagnoli, Milan, Giuffrè, 1993, vol. I, 258.

²⁴ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, Rome, Bulzoni, 1970 (réimpression inaltérée de la 1^{ère} éd.), III, t. I, 30 s. (mais v., déjà auparavant, ID., *L'eredità del diritto romano nell'organizzazione degli Stati moderni*, in *Atti Congr. Int. Dir. Romano*, Pavie, 1934, 1 ss., maintenant in ID., *Scritti scelti*, curés par L. Capogrossi Colognesi et L. Garofalo, Naples, Jovene, 2023, t. II, 681).

conditionnement juridico-légal pour le pouvoir constitué ; conditionnement historique pour le pouvoir constituant²⁵.

Comme l'écrit lucidement Walter Benjamin, « le souverain représente l'histoire. Il tient l'événement historique dans sa main comme un sceptre »²⁶. Ce qui signifie que non seulement il *peut*, mais qu'il *doit* faire l'histoire, et qu'il peut et doit la faire dans les limites que la contingence historique elle-même lui – fatalement – assigne. La rigidité devient donc, dans le nouveau scénario de l'après-Seconde Guerre mondiale, un instrument non seulement de l'aspiration de toute constitution à être valable « pour l'éternité » en tant que pacte fondateur de toute une communauté politique²⁷, mais aussi et surtout de l'intention de poser une limite (non pas seulement au pouvoir exécutif) au pouvoir législatif, qui, bien que légitimé (au moins initialement) par la volonté du peuple, s'était révélé capable de détruire la vie, la liberté et les biens de millions d'individus.

Au choix de l'après-guerre en faveur de la rigidité de la Constitution est donc sous-tendu non seulement par le changement profond du besoin de garanties de la Constitution, qui exige désormais une protection « ordinaire » et non plus « exceptionnelle », telle que celle fournie par un « defensor majestático vocacionado para uma defesa política da ordem constitucional, realizada extraordinariamente em conjunturas de ofensa crítica contra essa mesma ordem »²⁸, mais aussi par une méfiance évidente à l'égard de la capacité du principe démocratique à satisfaire pleinement les aspirations d'égalité et de liberté dont le constitutionnalisme avait été imprégné dès le début. Et cette méfiance s'accroît encore lorsque la rigidité s'accompagne d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité. Ici, cependant, le niveau de méfiance varie selon le modèle de contrôle pour lequel on opte.

Comme on l'a de manière aiguë observé²⁹, le contrôle diffus implique une dévalorisation de la loi bien plus importante que celle impliquée par le contrôle centralisé. En Italie précisément, le choix en faveur d'un contrôle centralisé était largement dû au fait que l'idée de la primauté de la loi était encore vivante chez les constituants et que si la loi pouvait être contrôlée par n'importe quelle autorité judiciaire, elle resterait à la

²⁵ J'ai cherché de mettre en exergue le caractère intrinsèquement limité du même pouvoir constituant dans mon *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n° 1/1996, 124 ss.

²⁶ W. BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Berlin, Rowohlt, 1928, trad. it. par E. Filippini, *Il dramma barocco tedesco*, Turin, Einaudi, 1980, 47.

²⁷ Sur la signification politico-constitutionnelle de cette aspiration, je me permets encore une fois de renvoyer à un de mes écrits : *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n° 1/2013 (1^{er} mars 2013), et in *Dalla Costituzione « inattuata » alla Costituzione « inattuale » Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, n° 103 des *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milan, Giuffrè, 2013, 31 ss.

²⁸ « Un défenseur souverain dévoué à une défense politique de l'ordre constitutionnel, prêté à titre extraordinaire dans les moments d'attentat critique contre ce même ordre ». En ce sens, C. BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, t. I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2^{ème} éd., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 95.

²⁹ Par C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Rome, Tipografia Veneziana, 1984, 126 ss.

merci de chaque juge particulier : il était donc beaucoup plus conforme à la sauvegarde d'un minimum de prestige de la loi de confier le contrôle de la constitutionnalité à un organe spécial, distinct des juges ordinaires.

Dans le cas spécifique de l'Italie, les constituants s'en sont donc méfiés : ils n'avaient pas la tradition du système américain, qui était « *producto vivo de una historia perfectamente singular y propia* »³⁰ ; la pluralité des lignes jurisprudentielles aurait pu conduire à la fragmentation de l'ordre normatif constitutionnel³¹ ; la culture juridique des magistrats s'était formée au cours du fascisme et c'était pendant le fascisme qu'ils avaient commencé leur carrière professionnelle, de sorte qu'il était bien permis de douter qu'ils auraient pleinement compris la grande nouveauté représentée par la Constitution, si différente des sources qu'ils avaient dû appliquer jusqu'à son entrée en vigueur. Une méfiance qui s'est avérée fondée, s'il est vrai que pendant plusieurs années, le pouvoir judiciaire a affirmé que bon nombre des normes constitutionnelles les plus intéressantes (y compris celles relatives aux droits) ne seraient que « *grammaticales* », c'est-à-dire dépourvues de « *caractère préceptif de valeur actuelle, ne contenant que des principes directeurs et grammaticales qui doivent être concrétisés et complétés par d'autres lois ordinaires* »³², avec pour conséquence que si une loi les avait violés, elle n'aurait pas pu être déclarée inconstitutionnelle³³. Et ce n'est que grâce aux travaux de la doctrine constitutionnaliste, en particulier ceux de Vezio Crisafulli³⁴, que cette thèse a perdu du terrain et a fini par être rejetée par le tout premier arrêt de la Cour constitutionnelle, qui a déclaré que même une règle dite « *grammaticale* » doit être respectée, parce qu'elle « *a un caractère concret qui ne peut pas ne pas lier immédiatement le législateur et affecter l'interprétation de la législation antérieure et le maintien de l'efficacité de certaines de ses parties* »³⁵.

³⁰ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Tribunal Constitucional español como legislador positivo*, in *Estudios de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, vol. I, maintenant in ID., *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2013, 1335 s.

³¹ Pour cette observation, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, I, *Le ideologie del Costituente*, Milan, Giuffrè, 1979, 95.

³² Ainsi la très connue sent. Cass., Sect. unies pén., 15 avril 1950, *Bonazzi*, in *Sinossi giuridica*, mars-mai 1950, n° 644.

³³ Il est intéressant de noter que dans certaines expériences, la Constitution elle-même a distingué les normes constitutionnelles au sens propre et celles qui ne sont que formellement telles, mais sont modifiables par la loi ordinaire. Que l'on pense à l'art. 178 de la Constitution de l'Empire du Brésil de 1824 (selon lequel « *É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias* » – « *Seul est constitutionnel ce qui concerne les limites et les attributions respectives des pouvoirs politiques et des droits politiques et individuels des citoyens. Tout ce qui n'est pas constitutionnel peut être modifié sans les formalités prévues par les législatures ordinaires* »), dont l'importance est soulignée par G. FERREIRA MENDES, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, 29.

³⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan, Giuffrè, 1952, *passim*.

³⁵ Corte cost., sent. n° 1 de 1956.

Mais au-delà du cas spécifique italien, le fait d'avoir constaté que le choix du contrôle juridictionnel de constitutionnalité cachait un désenchantement vis-à-vis du principe démocratique a conduit à accentuer le caractère contre-majoritaire des juridictions constitutionnelles (ou du pouvoir judiciaire lui-même, dans les systèmes de contrôle diffus), sollicitant ainsi à leur encontre des objections et des réserves, toutes liées à l'absence présumée de leur légitimation démocratique. C'est ce qu'Alexander Bickel a appelé *countermajoritarian difficulty*³⁶ et qui est devenue la véritable épine dans le pied de la spécifique forme juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité.

C'est justement dans la perspective de la *countermajoritarian difficulty* qu'on se demande si, dans les régimes démocratiques, il est possible de tolérer qu'un pouvoir substantiellement aristocratique invalide les décisions des pouvoirs démocratiquement légitimés et la question devient particulièrement délicate lorsque celles-ci prennent la forme de la loi.

Pour éliminer le doute il ne suffit pas de souligner que toutes les formes contemporaines de gouvernement mêlent des éléments démocratiques, aristocratiques et même monarchiques. Cela arrive à la fois pour des raisons historico-sociales (la tripartition montesquivienne des pouvoirs correspondait harmonieusement à l'organisation de la société française de l'époque) et pour la mémoire (plus ou moins consciente) de l'idéal de la forme de gouvernement mixte, parrainé par Polybe prenant comme modèle la constitution de la Rome républicaine, à la fois pour l'inertie de certaines traditions : d'origine monarchique est, par exemple, le pouvoir de grâce, largement reconnu aux chefs d'État, et d'origine aristocratique est, dans une certaine mesure, le principe représentatif lui-même, principe qui est autre chose du principe « purement » démocratique³⁷. Néanmoins, bien qu'il soit tout à fait normal que les instituts cohérents avec le principe démocratique soient flanqués d'autres qui évoquent l'aristocratie ou le monarchique, on ne peut pas se contenter d'une simple constatation statistique et il faut rechercher un fondement positif de la juridiction constitutionnelle en tant que trait caractéristique de l'État constitutionnel de droit.

À cet égard, bien que les réponses les plus diverses aient été données, il suffit de dire que le problème est posé de façon erronée, car la rigidité des constitutions et le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois non seulement ne sont pas contradictoires, mais sont parfaitement cohérents avec le principe démocratique lui-même. Dans le pacte constitutionnel, en effet, se manifeste – et au plus haut niveau – une volonté elle-même démocratique, et le contrôle de constitutionnalité ne fait que préserver cette manifestation

³⁶ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven – London, Yale Univ. Press, 1986 (1^{ère} éd. 1962), 16 sgg.

³⁷ Parler de « démocratie représentative », en effet, est désormais usage consolidé, mais sur le plan théorique « représentation » et « démocratie » se distinguent nettement. Je me permets de renvoyer à M. LUCIANI, *Articolo 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, curé par G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna – Rome, Zanichelli – Il Foro Italiano, 2005, spéc. 14 ss.

suprême de la volonté des distorsions que peuvent lui faire subir les manifestations contingentes de la volonté législative.

Il s'agit donc de la prévalence d'une volonté sur l'autre et celle qui prévaut est toujours une volonté démocratique : nous ne sommes pas en présence de la superposition d'une prétendue « souveraineté constitutionnelle » à la « souveraineté populaire »³⁸. Contrairement à ce qui se passe normalement dans la succession des sources du droit (phénomène dans lequel s'applique le principe général *lex posterior derogat legi priori*), ici la volonté antérieure l'emporte sur la volonté postérieure parce que – comme nous l'avons dit – les constitutions ont une irrésistible aspiration à l'éternité et parce que le pouvoir constituant, ayant une nature différente de celle du pouvoir constitué, peut bien compter sur des mécanismes de garantie également différents³⁹. Même dans les limites de l'indispensable survie d'un espace constitutionnellement indifférent⁴⁰, les constitutions rigides, non kelsésiennes, imprégnées de préceptes matériels, entendent opérer la constitutionnalisation maximale de l'ensemble du droit et cela n'est pleinement possible que s'il existe un système de contrôle (juridictionnel) de la constitutionnalité des lois elles-mêmes⁴¹.

La seule objection plausible serait celle qui, reprenant la position schmittienne, contesterait non pas tant le contrôle de la constitutionnalité que son attribution à un juge. Mais cette conception, d'une part, s'appuyait sur le rôle pénétrant du Président du *Reich* qui, reconstruit comme un pôle politique alternatif au circuit Parlement-Gouvernement, finissait par en être potentiellement destructeur ; d'autre part, elle traduisait en politisation absolue et immédiate ce qui – au contraire – était et est une exigence de rationalité du système.

Pour justifier le contrôle de la constitutionnalité des lois, il n'est donc pas nécessaire de théoriser le dépassement de la conception traditionnelle de la démocratie, pour la remplacer par une conception qui intègre la soumission du pouvoir législatif à la Constitution et à son garant⁴². Il n'est pas nécessaire d'idéaliser les juridictions constitutionnelles, en opposant la raison (des Cours constitutionnelles) à l'opinion (des Parlements), allant jusqu'à affirmer que les premières seraient une « île de la raison dans

³⁸ Au sens critiqué, en revanche, P. PASSAGLIA, *Le juge constitutionnel et le Législateur. L'expérience italienne*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011, 12.

³⁹ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, cit., 28, au contraire, estime que « Pour démontrer la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle, il ne suffit pas de rappeler que la Constitution est, comme la loi, le produit d'une volonté démocratique [...] ». Le lien, opéré dans le texte, avec la doctrine du pouvoir constituant montre pourquoi cette objection ne peut être partagée.

⁴⁰ L'exigence de le préserver est soulignée surtout par V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padoue, Cedam, 1995, spéc. 8 s. ; 147.

⁴¹ Dans ce sens, L. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit*, in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1999, maintenant in ID., *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1087.

⁴² Il s'agit d'une stratégie argumentative diffuse, à laquelle fait référence, par exemple, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisprudizione*, Bologne, BUP, 2016, 69 sg.

le chaos des opinions »⁴³ et qu'elles seraient essentielles afin d'éviter la dégénérescence des systèmes démocratiques. Il n'est pas nécessaire d'adhérer aux suggestions de la doctrine luhmannienne de la légitimation procédurale (« Legitimation durch Verfahren ») des institutions⁴⁴, qui ne considère pas qu'en règle générale, à la fin de toute procédure il y a toujours une décision (de surcroît à la majorité, lorsqu'elle est prise par un organe collégial)⁴⁵, pour la légitimation de laquelle la simple participation procédurale n'est jamais perçue comme décisive par ceux qui y sont soumis. Il n'est pas nécessaire de réduire la légitimation des Cours constitutionnelles à un simple problème fonctionnel⁴⁶, ni de faire l'hypothèse tautologique d'une « légitimation par fonction » dérivant – précisément – de la fonction exercée, reprenant implicitement le modèle wébérien de la « légitimation par rapport à la finalité » : le fait que les Cours constitutionnelles soient « utiles » ne suffit nullement à légitimer leur existence dans un système fondé sur les principes de la démocratie représentative. Il n'est pas nécessaire de lire la juridiction constitutionnelle comme un complément à la démocratie, en soutenant qu'elle reposerait sur certaines conditions préalables (élections libres et débat public libre) qui ne pourraient être assurées par les constitutions qu'à travers la reconnaissance de droits fondamentaux spécifiques protégés par les tribunaux constitutionnels⁴⁷, tentant à nouveau de résoudre le problème de la légitimation démocratique dans une démocratie libérale en ne considérant que ce qu'il y a de libéral en elle et non pas ce qu'il y a de démocratique. Il n'est surtout pas nécessaire de recourir à d'improbables arguments de droit naturel (comme le font certains représentants importants du néo-constitutionnalisme)⁴⁸, la

⁴³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milan, Giuffrè, 1970, XI.

⁴⁴ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, réimpression inaltérée de la 3^{ème} éd., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, 73 sg., lequel se contente de l'ouverture de « einen Spielraum für alternativenreiches, Komplexität reduzierendes Verhalten der Beteiligten » (« une marge de manœuvre pour des comportements alternatifs et réducteurs de complexité tenus par l'intéressé »), comme si le procédé (même essentiel dans d'autres doctrines de la démocratie : que l'on pense à Popper, Schumpeter, Dahl) épuisait les nécessités liées aux instances démocratiques et comme si sa fonction était seulement de les gérer, les tempérer, les gouverner. La thèse de la légitimation procédurale des Cours constitutionnelles comme protagonistes de la régénération continue du débat démocratique, en vertu de leur « aptitude à générer une constance démocratique, dans le cadre d'une vision dynamique de la démocratie » est reprise par M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, cité, 37.

⁴⁵ Il va sans dire que celui-ci est un problème exactement pour les Cours constitutionnelles, au sein desquelles, pas par hasard, la recherche du maximum du consensus dans le collège est estimée obligatoire (v., pour tous, G. ZAGREBELSKY, *Discorso à la rencontre sur Cinquanta anni di attività della Corte costituzionale*, Rome, 2006, 18 s., qui peut être lu en ligne : [ebhttps://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/Zagrebelsky_22_aprile_2006_2.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/Zagrebelsky_22_aprile_2006_2.pdf)).

⁴⁶ La position critiquée au texte est celle de L. FAVOREU, *La légitimité du juge constitutionnel*, in *Rev. int. dr. comp.*, vol. 46, n° 2, 1994, spéc. 567 ss. (elle me semble partagée, en Italie, par E. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Turin, Giappichelli, 2010, 141).

⁴⁷ C'est l'observation – en revanche – de D. GRIMM, *Recht oder Politik? Die Kelsen – Schmitt – Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020, maintenant in ID., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, Suhrkamp, 2^{ème} (1^{ère} éd. 2021), 130.

⁴⁸ V., par exemple, C. S. NINO, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, 811 ss.

référence (beaucoup plus ferme) à l'histoire et à la réalité politique du fonctionnement des formes de gouvernement étant tout à fait suffisante.

L'histoire des concepts et l'histoire politique se réfèrent précisément à la doctrine du pouvoir constituant et à sa matrice démocratique. Toutefois, il ne faut pas simplifier : cette doctrine n'a pas seulement la matrice démocratique mentionnée ci-dessus, qui est liée à l'exercice réussi de la souveraineté populaire dans les conventions et les assemblées constituantes américaines⁴⁹, mais a aussi une matrice libérale-constitutionnelle⁵⁰. Il ne s'agit pas seulement du lien entre la doctrine du pouvoir constituant, les constitutions et les chartes des droits (les déclarations des droits sont l'ambition première des révolutionnaires américains)⁵¹, mais aussi – et peut-être surtout – de quelque chose de plus profond. En fait, elle opère une scission entre le constituant et le constitué⁵² grâce à laquelle, certes, la sphère du constitué est confiée à la loi (et donc aux majorités politiques contingentes qui la déterminent), mais la sphère du constituant est assignée à une instance historiquement plus solide, ce qui a pour conséquence d'engendrer un effet de garantie évident : les libertés sont gardées par la représentation (d'où les idées de la primauté de la loi, du principe de légalité, de la réserve de la loi), mais la représentation ne peut décamper du pacte fondateur originel, qui délimite ses espaces discrétionnaires et règle, une fois pour toutes, les positions des participants au pacte. Cela signifie que si le contrôle de constitutionnalité ne souffre pas d'un *déficit* de légitimation démocratique puisqu'il renvoie à la doctrine du pouvoir constituant, la matrice aussi libérale de cette doctrine fait que démocratie et libéralisme trouvent dans le contrôle de constitutionnalité un point de rencontre précis. Ce n'est qu'ainsi, me semble-t-il, que les deux composantes (libérale – justement – et démocratique) de la démocratie libérale peuvent être pleinement appréhendées (sans oublier toutefois que le modèle qui s'était imposé dans l'Europe du XXe siècle était celui de la démocratie libérale *et* sociale).

Une dernière remarque sur ce point. Bien qu'elles souvent se superposent *de facto*, la controverse sur l'émergence et la consolidation du contrôle de constitutionnalité des lois n'a pas de lien logique nécessaire avec celle de la soi-disant « juristocracy »⁵³, sur le passage éventuel de l'État de droit (*Rechtsstaat*) à l'État judiciaire (*Richterstaat*)⁵⁴, sur le

⁴⁹ E. ZWEIG, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Tübingen, Mohr, 1909, 1 ; R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922, t. II, 512 s. ; plus récemment, P. PASQUINO, *Il pensiero di Sieyès*, in J.E. SIEYÈS, *Opere e testimonianze politiche*, t. I, vol. I, *Scritti editi*, curés par G. Troisi Spagnoli, Milan, Giuffrè, 1993, 4 sg.

⁵⁰ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution*, cit., t. II, 518.

⁵¹ E. ZWEIG, *Die Lehre*, cité, 2.

⁵² On trouve des réflexions aiguës (quoique pas complètement partageables) en V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito*, cité, 69.

⁵³ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.) & London, Harvard Univ. Press, 2004.

⁵⁴ B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Tübingen, Mohr, 2014-2016, trad. it. di G. Stella, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modène, Mucchi, 2018.

« gouvernement des juges »⁵⁵ ou sur les « jurisprudences usurpatrices »⁵⁶. Les deux questions peuvent, le cas échéant, se croiser de manière pragmatique, en particulier dans les nombreux systèmes qui connaissent un accès à la justice constitutionnelle de type (aussi) incident. Dans ces systèmes (qui tendent à se répandre : la France elle-même, qui a longtemps résisté, a relativement récemment rejoint le groupe en introduisant la question prioritaire de constitutionnalité), le juge qui reconnaît une violation de la constitution, par exemple un manque de protection législative d'un droit, n'a pas du tout le *pouvoir* de procéder à la « invention »⁵⁷ de la norme nécessaire, mais a au contraire le *devoir* de promouvoir une question de constitutionnalité. Ce n'est qu'ainsi que le principe de la suprématie de la constitution, la primauté de la loi sur les autres sources et la soumission du juge à la loi sont sauvegardés en même temps, dans une conception où il n'y a pas lieu de poser la question de la *countermajoritarian difficulty*⁵⁸. Lorsque, en revanche, le juge ne promeut pas le contrôle de constitutionnalité et prétend résoudre tout seul les doutes de constitutionnalité, on assiste à un exercice dénaturé de la juridiction et des éclats de « gouvernement des juges » parcourent les cieux du droit.

Lorsque tous les acteurs institutionnels récitent correctement le *script* qui leur est assigné par la Constitution, la juridiction constitutionnelle n'empêche pas la réparation du lien entre l'État et la constitution ; au contraire, elle réaffirme le principe selon lequel les droits et les devoirs, en tant que patrimoine identitaire d'un groupe social, doivent être déterminés avant tout par des décisions politiques collectives conscientes, tout en maintenant une instance juridictionnelle capable de vérifier que l'activité (ou l'inertie) de la politique respecte les préceptes constitutionnels. C'est dans cette perspective qu'il est important de trouver un équilibre entre l'idée, il y a quelques années, soutenue par Ely selon laquelle les juridictions constitutionnelles sont principalement chargées de « clear the channels » du processus pluraliste de prise des décisions politiques⁵⁹, par l'application du principe de coopération loyale entre les niveaux de gouvernement et du principe de

⁵⁵ S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Rome – Bari, Laterza, 2022, qui reprend, dès le titre, l'étude classique de É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1821.

⁵⁶ M. BARCELONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Modène, Mucchi, 2022, spéc. 16 ss.

⁵⁷ Très connue est la thèse de Paolo Grossi, lequel – en jouant sur l'ambiguïté du terme – parle de la « invention » judiciaire de la norme nécessaire, dans le sens qu'incomberait au juge son *invenire*, c'est-à-dire, comme il est suggéré par l'origine latine (étant donné que « invenire », en latin, signifie « trouver »), « trouver-la » dans la conscience sociale, dans le droit produit « d'en bas ». Sur ce point, v. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Rome – Bari, Laterza, 2017, *passim*.

⁵⁸ Sur les questions qui précèdent, je fais renvoi, en tout cas, à mes écrits : *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Vol. IX, Milan, Giuffrè, 2016, 391 ss. ; *Ermeneutica costituzionale e « massima attuazione della Costituzione »*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, curé par P. Perlingieri e S. Giova, Naples, ESI, 2018, 37 ss. ; *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milan, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, *passim*.

⁵⁹ J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1980, *passim*.

subsidiarité, et l'idée que la juridiction constitutionnelle ne peut cependant pas se soustraire à la tâche de rétablir la légalité constitutionnelle une fois qu'elle a été violée. La « unité dans la multiplicité », qui est l'objectif des démocraties pluralistes⁶⁰, exige en effet non seulement l'expansion maximale de la confrontation pluraliste, mais aussi la stricte garantie *substantielle* du contenu du pacte constitutif originel, entendu comme un contrat d'assurance stipulé par les forces politico-sociales fondatrices de l'ordre constitutionnel.

2.- La légitimation de la juridiction constitutionnelle : activisme et déférence.

L'existence d'un fondement de la juridiction constitutionnelle (je me limiterai désormais à celle de type centralisé, telle qu'elle a été choisie en Italie) qui ne contredit pas, mais au contraire confirme, le principe démocratique ne suffit pas à résoudre le problème de la légitimation, dont la solution ne se contente pas d'un fondement adéquat, mais exige également une pratique cohérente. Ce n'est donc pas un hasard si les doutes sur la légitimation des juridictions constitutionnelles sont soulevés par ceux qui, précisément dans la pratique, estiment d'avoir constaté un excès d'activisme ou un excès de déférence (c'est-à-dire, si l'on préfère, de *self restraint*). L'excès d'activisme – dit-on – entraînerait l'atteinte aux prérogatives du législateur, tandis que l'excès de déférence entraînerait l'inutilité substantielle de l'organe.

Il s'agit de deux positions basées sur des prémisses conceptuelles qui ne me convainquent pas, car toutes les tentatives de définir l'activisme judiciaire et la déférence avec la précision juridique nécessaire ont échoué. Ni cela pourrait être autrement⁶¹.

Ce qu'est l'activisme judiciaire est à vrai dire inconnu. L'idée s'est probablement répandue grâce à un article d'Arthur Schlesinger sur l'idéologie des juges de la Cour Suprême publié en 1947⁶², mais elle n'est pas précise, car l'activisme « is defined in a number of disparate, even contradictory, ways »⁶³, aucune desquelles ne saurait être convaincante.

La question est simplifiée à l'extrême par la thèse selon laquelle pour distinguer les Cours activistes des Cours déférentes, il faudrait se référer à la quantité de déclarations d'illégitimité constitutionnelle, comme si la « loi » de matrice hégélienne de la transformation de la quantité en qualité s'appliquait automatiquement dans ce domaine⁶⁴.

⁶⁰ M. LUCIANI, *Giustizia costituzionale e ideale democratico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, quad. n° 2 (Seminaire 1991), Milan, Giuffrè, 1992, 29. Beaucoup de choses dites alors sur les rapports entre valeurs et Constitution, je ne les signerais pas aujourd'hui.

⁶¹ Je reprends, au texte, certaines des réflexions faites dans mon *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 29 décembre 2020, que l'on peut lire *en ligne*.

⁶² Dans ce sens, parmi les autres, K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of « Judicial Activism »*, in *Cal. L. Rev.*, 2004, Vol. 92, n° 5, 1446.

⁶³ K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings*, cité, 1443.

⁶⁴ Comme on le sait, cette « loi » a été élaborée sur la base d'une suggestion hégélienne (G.W.F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, Schrag, Nuremberg, 1812, p. 20: « die Quantität ist die schon negativ gewordene

Également tout à fait primitive est la thèse selon laquelle les tribunaux soucieux des droits seraient activistes (et ils seraient « de gauche ») et les tribunaux moins sensibles aux droits seraient déferents (et ils seraient « de droite »). Il s'agit d'une thèse primitive à la fois parce que, dans la jurisprudence constitutionnelle, ce ne sont certainement pas seulement les droits qui comptent et parce qu'elle considère comme une physiologie ce qui est plutôt une pathologie, c'est-à-dire qu'au sein d'un collège de juges constitutionnels digne de ce nom on s'organise réellement le long de l'axe droite-gauche. D'ailleurs, comme le montrent les événements aux États-Unis, on peut très bien être juge activiste progressiste⁶⁵ et juge activiste conservateur⁶⁶, au grand dam des partisans de la thèse ici critiquée.

Dépourvue de tout fondement théorique est la thèse selon laquelle l'on pourrait qualifier d'activistes les Cours qui ne se soumettent pas à la politique et déferentes celles qui s'y plient, cela pour la simple raison que la politique n'est pas seulement la politique contingente, mais également celle qui s'est objectivée dans les normes constitutionnelles (dans lesquelles, en effet, la politique s'est exprimée au plus haut niveau). Des normes que les Cours sont obligées à respecter.

Déconcertante, enfin, est la thèse selon laquelle il faudrait qualifier d'activiste le juge qui s'écarte du texte, tandis que le juge qui s'y conforme serait déferent, alors que le respect du texte n'est pas du tout un signe de déférence, mais d'exercice correct de la juridiction, puisqu'une juridiction qui méconnaîtrait le texte ne serait plus une juridiction.

En somme : l'activisme et la déférence ne sont que des catégories sociologiques, marquées par un haut degré d'idéologisme et n'ayant pas la précision qui, au contraire, devrait caractériser les catégories conceptuelles des juristes. Elles ne constituent donc pas des instruments analytiques utiles.

3.- *La légitimation de la juridiction constitutionnelle : l'auto-interprétation des Cours.*

Nous devons à l'un des plus brillants constitutionnalistes italiens de la seconde moitié du XXe siècle, Carlo Mezzanotte, une application originale des catégories wébériennes à la question de la légitimation de la juridiction constitutionnelle. Correspondant à la logique des orientations rationnelles de l'action humaine⁶⁷, action qui peut être rationnelle par rapport à la finalité (*zweckrational*) ou rationnelle par rapport à la valeur

Qualität; die Größe ist die Bestimmtheit, die nicht mehr mit dem Sein eins, sondern schon von ihm unterschieden, die aufgehobene, gleichgültig gewordene Qualität ist » – « La quantité est en effet qualité devenue négative ; la grandeur est la détermination qui n'est plus une avec l'être, mais qui en est déjà différenciée, c'est qualité renversée, devenue équivalente », par Friedrich Engels dans le *Antidürring* et dans d'autres écrits (F. ENGELS, *Antidürring* (1878), trad. it. par G. De Caria, Rinascente, Rome, 1950, 132 ss.).

⁶⁵ V., parmi les arrêts de la Cour Suprême USA, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁶⁶ V., parmi les arrêts de la Cour Suprême USA, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

⁶⁷ Celles qui ne sont pas rationnelles sont, on le sait, l'orientation charismatique et l'orientation traditionnelle.

(*wertrational*)⁶⁸, la légitimation d'une institution peut également être formelle et orientée par la finalité ou matérielle et orientée par la valeur. Dans le premier cas, la légitimation est liée à la capacité de l'institution à atteindre le but pour lequel elle a été créée ; dans le second, elle est liée à sa capacité à plier son action vers la mise en œuvre de la valeur qui donne l'orientation. Bien, selon Mezzanotte, les deux formes de légitimation coexistent dans les Cours constitutionnelles et en particulier – compte tenu du type de Constitution dont il s'agit – dans la Cour italienne, car l'une ne peut être considérée comme excluant l'autre⁶⁹. C'est une position qui peut être partagée, mais seulement avec des précisions non négligeables.

Dans l'orientation vers la finalité, il est évident que l'attention portée aux conséquences de l'action est la plus élevée. En revanche, elle est la plus faible dans l'orientation vers la valeur, dans laquelle, au contraire, on agit précisément sans tenir compte des conséquences (« ohne Rücksicht auf die vorauszusehenden Folgen »)⁷⁰. Or, la particularité de la position d'une Cour constitutionnelle réside dans le fait qu'elle ne peut déterminer elle-même ni la valeur ni la finalité vers lesquelles s'orienter, puisqu'elles sont toutes prédéfinies par la Constitution, de laquelle le juge constitutionnel a pour tâche de faire application (sa mise en œuvre étant du ressort du législateur, nécessitant une planification politique et une mise en ordre discrétionnaire des priorités)⁷¹. Plus que tout autre juge, la Cour constitutionnelle est donc strictement tenue de ne pas rendre une justice substantielle, une justice du cas particulier. Ses décisions n'ont pas d'effets limités au cas d'espèce, mais opèrent *erga omnes*, de sorte que ce qui compte est toujours et uniquement l'application de la Constitution, sans céder à la tentation de forcer le texte pour donner une solution « juste » au cas individuel examiné. En outre, si les décisions des Cours sur les normes de loi ont des effets *erga omnes*, comment peut-on être sûr qu'une décision « construite » sur un seul cas individuel sera ensuite « juste » pour les innombrables autres cas régis par ces normes⁷² ? Et ce n'est pas tout : comment une Cour pourrait-elle jamais être sûre de connaître la « juste » solution, en la préférant à celle qui est « constitutionnellement légale » ? En quel sens une Cour pourrait-elle prétendre se défaire de la robe du (vrai) juge pour revêtir celle du philosophe moral ? Les principes moraux qui doivent guider une Cour sont tous dans la Constitution, parce qu'ils ont été traduits en principes constitutionnels, et si ce n'était pas le cas, le juge n'aurait pas le droit de les suivre. Mais ce n'est pas tout : il est également essentiel pour

⁶⁸ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, I, 12.

⁶⁹ La position de Mezzanotte est finement argumentée dans son *Corte costituzionale e legittimazione politica*, qui a été cité auparavant.

⁷⁰ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cité, I, 12.

⁷¹ En ce qui concerne la distinction entre mise en œuvre et application de la Constitution je me permets de renvoyer à mon écrit *Ermeneutica costituzionale e « massima attuazione della Costituzione »*, cité, 37 ss.

⁷² Récemment, en ce sens que la Cour « n'est pas tenue de rendre justice pour un cas spécifique. Si tel était le cas, cela pourrait devenir une injustice pour beaucoup d'autres », M. CARRILLO, *Ogni cosa al suo posto: un appello positivista all'ordine costituzionale*, in *Rivista AIC*, n° 2/2025, 561.

une Cour constitutionnelle de ne pas céder à l'esprit du temps ou à la recherche d'un consensus social, car, si elle le faisait, sa légitimation même (en tant que juge tiers et impartial) serait mise en question.

4.- *La légitimation de la juridiction constitutionnelle : les techniques décisives.*

La légitimation abstraite du contrôle juridictionnel de la légitimité constitutionnelle des lois et l'auto-interprétation correcte de l'organe appelé à l'exercer n'épuisent pas le thème général de la légitimation de la justice constitutionnelle, car celle-ci pourrait être concrètement mise en danger par une pratique jurisprudentielle inadéquate. En ce qui concerne l'expérience italienne, j'exclus l'utilité d'un examen du fond des arrêts de la jurisprudence constitutionnelle, en énumérant les cas dans lesquels les décisions de la Cour ont été les plus controversées, et je me limite à rappeler sommairement les *types* de décisions qui sont à sa disposition pour juger les lois, en soulignant les éventuels problèmes de légitimation que la technique décisionnelle individuelle peut déterminer en elle-même, au-delà du contenu de la décision prise⁷³.

i) Les *décisions procédurales*, qui peuvent prendre la forme d'un arrêt ou d'une ordonnance⁷⁴, sont celles qui ne définissent pas le jugement sur le fond, mais le clôturent *in limine*, en constatant le défaut des conditions préalables du jugement constitutionnel (comme, par exemple, l'absence de force de loi de l'acte censuré ou l'absence de pertinence de la question incidente)⁷⁵. Le risque pour la légitimation de la Cour qui est déterminé par ce type d'arrêts est lié à la possibilité qu'ils soient interprétés comme un *commodus discensus*, comme un expédient du juge constitutionnel pour échapper à des questions épineuses ou complexes en opposant instrumentalement un obstacle procédural. Plus que l'instrument lui-même, c'est donc son utilisation abusive qui pourrait poser un problème pour la légitimation de la justice constitutionnelle.

ii) Les décisions qui contiennent une *déclaration d'inconstitutionnalité simple* sont celles qui prononcent l'inconstitutionnalité de la norme censurée, entraînant un effet d'annulation⁷⁶. Ce sont les arrêts qui, au départ, ont suscité le plus de discussions, en raison de la *countermajoritarian difficulty* dont nous avons parlé. Mais ce sont aussi celles qui, une fois surmontées les objections de principe au contrôle de constitutionnalité,

⁷³ Par simplicité, je ne m'occupe pas, dans le texte, de ceux qui ne sont pas de véritables « types », mais plutôt des « instruments » de décision, comme, par exemple, la modulation dans le temps des effets des décisions d'annulation. Il va sans dire que ces instruments peuvent également poser des problèmes importants de légitimation pour la Cour.

⁷⁴ Sur cette problématique, je me permets de renvoyer à M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padoue, Cedam, 1984.

⁷⁵ Il est bon de signaler au lecteur étranger que la pertinence est une exigence du jugement incidente et se résout dans l'applicabilité de la norme censurée dans le jugement principal. Dans les jugements par voie d'action (de l'Etat contre des lois régionales ou des Régions contre des lois étatiques), l'équivalent de la pertinence est l'intérêt à recourir.

⁷⁶ Sent. n° 80 de 2025. Ici et dans les notes suivantes on se limite à citer, à titre purement indicatif, seulement les précédents les plus proches.

devraient poser moins de problèmes de légitimation, puisque la possibilité de la déclaration d'inconstitutionnalité est liée à l'institut même de la justice constitutionnelle, tandis que l'effet d'annulation est lié au modèle même du contrôle centralisé. Le fait que les arrêts soient d'inconstitutionnalité totale (lorsque la Cour déclare inconstitutionnel la norme censurée dans son intégralité)⁷⁷ ou partiels (lorsque la Cour déclare inconstitutionnelle une partie seulement de la norme)⁷⁸ ne change pas les termes du problème. Il en va de même de l'hypothèse dans laquelle l'arrêt d'annulation partielle prend la forme d'un arrêt de « annulation interprétative » (lorsque la Cour ne déclare illégitime qu'une certaine interprétation de la norme censurée)⁷⁹.

iii) Les décisions qui contiennent une *déclaration d'inconstitutionnalité manipulatrice* (« manipolativa » en italien) peuvent être *additives* (lorsque la Cour déclare illégitime la norme censurée dans la partie où elle « ne prévoit pas » *x*)⁸⁰ ou *substitutives* (lorsque la Cour déclare illégitime la norme censurée dans la partie où elle prévoit *x* « au lieu de » *y*)⁸¹. Il s'agit de décisions qualifiées de « manipulatrices », parce qu'avec elles la Cour « manipule » le texte même de la norme de loi et c'est précisément ce profil qui les a initialement rendues problématiques en termes de légitimation.

En vérité, elles ne sont pas explicitement prévues par les lois qui régissent le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et sont le fruit d'une élaboration jurisprudentielle, si bien que, lorsqu'elles sont apparues, on a douté qu'elles respectaient l'idée originelle des Constituants, qui estimaient que la Cour devait suivre le modèle kelsénien du « législateur négatif ». Pour Kelsen – en effet – un tribunal constitutionnel aurait pu être exclusivement un législateur négatif parce que, contrairement au législateur positif, seul le législateur négatif est entièrement déterminé par la Constitution (« Der negative Gesetzgeber aber, das Verfassungsgericht, ist bei seiner Funktion wesentlich durch die Verfassung bestimmt »)⁸². Ce n'est pas un hasard si les reconstructions les plus prudentes du rôle des juridictions constitutionnelles ont toujours averti qu'elles « must not step into the shoes of the law-maker »⁸³. Il y a cependant deux problèmes.

Le premier est que la doctrine du tribunal constitutionnel législateur seulement négatif est logiquement liée à celle (elle aussi – de manière cohérente – kelsénienne) de la nécessité d'une Constitution brève, consacrée essentiellement à la discipline des procédures et des rapports entre les pouvoirs publics, épurée de l'énumération de finalités à poursuivre (de *Staatszielbestimmungen*), de tâches pour la législation (de *Gesetzgebungsaufträge*), de droits, de devoirs. Face à une Constitution bien différente,

⁷⁷ Sent. n° 70 et n° 51 de 2025.

⁷⁸ Sent. n° 78 et n° 62 de 2025.

⁷⁹ Sent. n° 111 de 2022 et n° 68 de 2021.

⁸⁰ Sent. n° 76 et n° 74 de 2025.

⁸¹ Sent. n° 55 et n° 39 de 2025.

⁸² H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *VVDStRL 5* (1929), Berlin u. Leipzig, De Gruyter, 56.

⁸³ J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1893, 152.

qui, comme cela arrive à l'italienne, présente toutes les indications que la Constitution de modèle kelsénien abhorre, le maintien du net dessein de Kelsen devient problématique, en raison de la plus grande complexité des mécanismes à activer pour rétablir la légalité constitutionnelle violée⁸⁴.

Le second est qu'en termes logiques il n'est pas simple de différencier entre addition et soustraction normative. Selon la fameuse formule élaborée par Vezio Crisafulli, en effet, « même dans le cadre de la logique abstraite, supprimer quelque chose équivaut à introduire une entité négative correspondante [algébriquement, $A-B=A+(-B)$] »⁸⁵. Ce raisonnement, qui, par ailleurs à la suite d'une réflexion kelsénienne⁸⁶, avait été développé à propos de l'abrogation par voie législative⁸⁷, pourrait être étendu également à l'activité nomopoiétique de la jurisprudence constitutionnelle, de sorte que le doute relatif à l'impact de la décision manipulatrice sur la légitimation pourrait être considéré comme non fondé.

Malgré ces deux observations, cependant, il est évident que les additions et les substitutions peuvent impliquer un degré excessif de pouvoir discrétionnaire dans l'action du juge constitutionnel, de façon telle que le maintien de la Cour dans les limites de la législation négative peut bien être considéré comme fonctionnel à la préservation de l'équilibre constitutionnel des pouvoirs. C'est pour tenir compte de ces considérations que, toujours dans le sillage de Crisafulli⁸⁸, la jurisprudence constitutionnelle a admis pendant des années la manipulation seulement en présence de « rimes obligées », c'est-à-dire de solutions imposées par la Constitution qui n'impliquaient aucune évaluation discrétionnaire⁸⁹. De cette orientation jurisprudentielle, cependant, on s'est récemment écarté, admettant les manipulations même en face de « rimes » simplement « possibles »⁹⁰ ou « adéquates »⁹¹, mais avec une limite essentielle telle que celle de l'existence dans l'ordonnement juridique de « *points de référence précis, déjà*

⁸⁴ La difficulté d'exiger de la Cour constitutionnelle qu'elle agisse en mode kelsénien dans le cadre d'une Constitution qui n'est pas kelsénienne a déjà été mise en exergue par L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in Riv. dir. proc., n° 1/1983, 9.

⁸⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2^{ème} éd., Padoue, Cedam, 1971, II, 1, 88. La formule citée au texte ne sera pas reproduite dans la 5^{ème} éd. (de 1984), la dernière directement curée par Crisafulli.

⁸⁶ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung*, cit., 54: « Aufhebung ist ja nur Erlassung mit einem negativen Vorzeichen gleichsam. Aufhebung von Gesetzen ist somit selbst Gesetzgebungsfunktion und ein gesetzaufhebendes Gericht: selbst Organ der gesetzgebenden Gewalt » (« L'abrogation n'est, pour ainsi dire, qu'une promulgation avec un signe négatif. L'abrogation des lois est donc elle-même une fonction législative et un tribunal qui abroge les lois est lui-même un organe du pouvoir législatif »).

⁸⁷ Aussi pour R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Turin, Giappichelli, 1992, 241, l'abrogation n'est pas une soustraction, mais la « addition » de normes qui abrogent.

⁸⁸ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1707.

⁸⁹ Ainsi, parmi les plusieurs, les sentences n° 1107 de 1988 ; 25 et 277 de 1991 ; l'ordonnance n° 782 de 1988.

⁹⁰ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a « rime possibili »*, in *Quad. cost.*, 2019, 183 ss.

⁹¹ M. RUOTOLO, *Oltre le « rime obbligate »?*, in *Federalismi*, n° 3/2021, 62.

disponibles dans le système législatif»⁹². Avec la limite, donc, de l'antériorité d'une solution normative que la Cour doit se limiter à reprendre, « *comme une grandeur pré-donnée apte à constituer un point de référence présent dans l'ordonnement juridique [...] utilisable afin de recomposer [...]* » le caractère raisonnable du système⁹³. Une tendance jurisprudentielle, celle-ci, qui devrait mettre en évidence la différence entre la nomopoièse discrétionnaire du législateur et la nomopoièse délimitée du juge constitutionnel, prévenant ainsi les objections en termes de légitimation de la Cour que la pratique des arrêts manipulateurs pourrait engendrer.

iv) Les décisions additives de principe constituent une catégorie particulière.

Avant les derniers développements jurisprudentiels décrits ci-dessus, la Cour constitutionnelle, face à l'étroitesse de la limite imposée par les « rimes obligées » et donc à l'impossibilité d'intégrer ou de remplacer directement la prescription législative, a d'abord oscillé entre la déclaration du caractère non fondé et celle de l'irrecevabilité de la question de constitutionnalité, pour finir par préférer (à juste titre, puisque l'obstacle à la déclaration d'inconstitutionnalité était d'ordre formel) la seconde solution. Elle s'est cependant rendue compte du fait qu'il ne lui était pas possible de cette manière de rétablir la légalité constitutionnelle violée, si bien qu'elle a cherché à résoudre le problème en adressant des « avertissements » au législateur, c'est-à-dire en lui demandant de remédier aux vices constatés en exerçant le pouvoir discrétionnaire que la même Cour lui reconnaissait.

Le fait que plusieurs de ces avertissements soient restés sans réponse a cependant conduit à élaborer le nouvel instrument des *décisions additives de principe*⁹⁴, qui sont des arrêts dans lesquels la Cour affirme toujours l'inconstitutionnalité d'une omission, mais, au lieu d'y remédier en ajoutant directement le fragment de norme manquant, elle se limite à indiquer « un principe très général considéré – à tort ou à raison – comme la seule indication sûre et constitutionnellement nécessaire qu'il est possible de tirer du système »⁹⁵. La norme qui fait l'objet du contrôle, en bref, est déclarée illégitime non pas dans la partie où elle ne prévoit pas quelque chose, mais dans la partie où elle ne se conforme pas à un principe. Il appartient ensuite au Parlement, titulaire de la fonction législative, d'assumer la tâche d'harmoniser la norme au principe en optant pour l'une des solutions possibles.

De cette manière, la Cour a cherché à sortir de l'alternative entre un excès d'inertie et un excès d'intrusion dans les prérogatives du législateur. Néanmoins, l'instrument de l'arrêt additif de principe ne suffit à rétablir la légalité constitutionnelle violée qu'à

⁹² Sent. n° 236 de 2016.

⁹³ Sent. n° 31 de 2025.

⁹⁴ Le premier exemple est la sent. n° 215 de 1987.

⁹⁵ Ainsi A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3199 ss. ; on peut aussi citer, parmi les plusieurs, G. PARODI, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro it.*, 1998, V, 160 ss. ; G.P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio : profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111 ss.

condition de ne pas confier la mise en œuvre du principe (identifié par la Cour) au seul législateur. S'il en était ainsi, cela ne changerait pas grand-chose, du moins sur le plan pratique, par rapport à la solution de l'*arrêt-avertissement* (« sentenza monito » en italien) ou de la déclaration d'inadmissibilité à cause du pouvoir discrétionnaire du législateur. C'est pourquoi la Cour a précisé dans de nombreuses décisions additives de principe que, dans l'attente de l'intervention législative, les juges peuvent appliquer directement le principe, en comblant la lacune constatée par la déclaration d'inconstitutionnalité de la norme de loi qui ne leur est pas conforme. En d'autres termes : la mise en œuvre complète du principe incombe au législateur, mais comme le principe, comme tous les principes de l'ordonnement juridique, en fait déjà partie, il peut être directement appliqué par le juge qui devra et pourra décider le cas concret en s'y référant.

L'arrêt additif de principe est donc, à bien voir, bidirectionnel (parce qu'il s'adresse au juge *et* au législateur), mais a une structure ternaire : a) une ablation (de la norme déclarée inconstitutionnelle) ; b) une indication (au législateur, pour qu'il exerce et de toute façon exerce correctement son pouvoir discrétionnaire) ; c) une obligation (imposée au juge, qui doit se référer au principe identifié par la Cour et l'appliquer lorsque les conditions de fait sont présentes).

Cet instrument décisoire a engendré de nombreuses difficultés pratiques. La plus significative est liée au fait que parfois les arrêts additifs de principe ne se présentent pas sous la forme indiquée. C'est-à-dire qu'ils ne se présentent pas comme « bidirectionnels » (ils ne semblent pas s'adresser au législateur et au juge), mais se présentent comme « unidirectionnelles » (ils semblent s'adresser au seul législateur)⁹⁶. Dans des cas de ce genre, l'arrêt additif de principe perd sa raison d'être, parce que, comme je viens de le dire, en laissant le principe inopérant jusqu'à l'intervention législative, ses effets finissent par coïncider avec ceux d'un arrêt commun d'inadmissibilité en raison du pouvoir discrétionnaire du législateur, accompagné de l'indication, dans la motivation, des limites et de la direction d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Ou il ne se distingue pas d'un arrêt-avertissement. À cet égard, nous avons même l'exemple de décisions additives de principe qui agissent comme des moyens de renforcement de l'avertissement, au moins quand on impose au législateur un délai pour la mise en œuvre du principe⁹⁷. Cela peut faire courir le risque que les arrêts additifs de principe, nés comme un instrument prudent de liaison entre la Cour et le législateur, se retournent dans leur contraire, en envahissant de façon particulièrement pénétrante les prérogatives du pouvoir législatif et en posant précisément les problèmes de légitimation qui nous intéressent spécifiquement ici.

Pour vrai dire, à un examen plus approfondi, les choses sont différentes. Dans les arrêts additifs de principe, en effet, il y a de toute façon la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme, avec pour conséquence qu'elle ne peut plus être appliquée⁹⁸. Si c'est le cas,

⁹⁶ Ainsi, par exemple, les sentences n° 51 de 2005 ; 160 de 2008.

⁹⁷ Un cas typique est celui de la sentence n° 243 de 1993.

⁹⁸ L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padoue, Cedam, 2000, 102.

cependant, il en résulte que le juge commun, aux prises avec un cas précédemment régi par cette norme, doit de toute façon trouver une solution du cas concret. De sorte qu'il pourrait (non pas « devrait », comme on le précisera) tenir compte du principe identifié par la Cour constitutionnelle. La conséquence, à mon avis, est que, au-delà de comment ils se présentent de temps en temps, justement en raison de leur structure ternaire les arrêts additifs de principe sont toujours bidirectionnels.

Il faut plutôt observer comment il se peut que, tout en se référant au principe identifié par la Cour, le juge commun parvienne à une solution du cas concret qui ne prévoit pas l'application de ce principe. Cela ne dépend cependant pas de l'abstraite impossibilité d'utiliser le principe en tant qu'il s'adresse au seul législateur, mais de l'impossibilité concrète de l'utiliser en l'appliquant au cas concret, en raison des particularités qui le caractérisent. Le problème, en définitive, n'est pas de savoir si le principe s'adresse aussi au juge – puisqu'il s'adresse toujours, fatalement, aussi au juge –⁹⁹ mais si le juge peut concrètement l'appliquer, face aux traits distinctifs du cas de la vie à résoudre. La question, s'il en est une, porte sur la contrainte pour le juge résultante de l'arrêt additif de principe. S'il est indubitable qu'il ne peut plus faire application de la règle déclarée inconstitutionnelle, il semble tout aussi incontestable qu'il n'a pas un véritable devoir d'appliquer le principe énoncé par la Cour¹⁰⁰ : puisqu'il s'agit d'un principe, en l'absence d'une relation entre la Cour constitutionnelle et le juge *a quo* qui soit comparable à celle entre la Cour de cassation et le juge du fond (avec les effets bien connus de contrainte dérivants du principe de droit par celle-ci énoncé), le juge maintient face à ce principe sa liberté de conviction, tout en demeurant autorisé à nier l'existence même du principe, s'il en doute.

Les problèmes pratiques (mais aussi d'arrangement théorique) posés par ce type d'arrêt sont donc considérables, et ils ont naturellement conduit la Cour à en faire maintenant un usage très parcimonieux¹⁰¹, bien que – évidemment – on ne puisse pas prévoir quelles seront les orientations futures.

v) Un instrument élaboré ces dernières années est celui des soi-disant « double décisions » ou, mieux, des *décisions à deux temps*, c'est-à-dire d'une procédure complexe dans laquelle, face à des questions particulièrement délicates et où la discrétion du législateur est très large (le premier cas était celui de la mort médicalement assistée), la Cour : renvoie d'abord à une date fixe, par ordonnance, l'audience de discussion, mais en clarifiant immédiatement tous les doutes qu'elle nourrit sur la légitimité constitutionnelle de la réglementation censurée ; ensuite, à la date qui a été prédéterminée, déclare l'inconstitutionnalité des prévisions législatives si le législateur est resté inerte¹⁰² ; en alternative, renvoie les actes au juge *a quo* dans l'hypothèse où le

⁹⁹ T. GROPPi, *Verso una giustizia costituzionale « mite »?*, in Pol. dir., 2002, 226.

¹⁰⁰ Analogiquement, L.A. MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi*, cité, 125 ss.

¹⁰¹ Dernièrement, voir la sentence n° 278 de 2013.

¹⁰² Ordonnance n° 207 de 2018 et sentence n° 242 de 2019 (sur l'aide au suicide) ; ord. n° 132 de 2020 et sent. n° 150 de 2021 (sur la diffamation par le moyen de la presse).

législateur est intervenu, afin que ce même juge puisse vérifier l'impact de la nouvelle réglementation législative sur le jugement en instance devant lui¹⁰³.

Il s'agit d'un mécanisme qui semble respecter les prérogatives du législateur, mais qui a fait l'objet d'un vaste débat en raison de la contrainte particulièrement forte qu'on lui impose quant au moment et aux modalités d'exercice de son pouvoir.

5.- *Construire et préserver la légitimation de la juridiction constitutionnelle.*

« La légitimité n'est qu'un système de croyances », a rappelé, de façon synthétique, Maurice Duverger¹⁰⁴, et il en est effectivement ainsi. Toutes les formes wébériennes de la légitimation, traditionnelle, charismatique, rationnelle par rapport à la valeur, rationnelle par rapport à la finalité, aussi différentes soient-elles dans leurs présupposés et leur articulation, supposent l'activation des mécanismes sociaux et psychologiques de la *conviction*. Il faut *croire* à la légitimation du pouvoir public et des organes qui l'exercent, et aucun raisonnement théorique ne peut remplacer la libre conviction des sujets auxquels le pouvoir s'adresse. Dans cette perspective, les institutions se trouvent dans une condition plus difficile des sujets qui opèrent dans l'univers de la culture ou de la politique, lesquels peuvent conditionner à travers l'hégémonie les processus de formation des consciences et – donc – de la même conviction. En l'absence de cet instrument, la légitimation des institutions est par nature fragile et sujette à contestation. Les juristes connaissent bien ce phénomène et l'appellent « effectivité » : dans le droit « l'efficacité du commandement présuppose la croyance en sa validité et la reconnaissance du pouvoir de celui qui l'émane », écrivait De Francisci,¹⁰⁵ et c'est seulement à ces conditions qu'un ordonnancement juridique est légitimé. Capograssi, dont les prémisses philosophiques De Francisci partageait, observait à son tour que « la volonté qui commande, pour être obéie, doit être incorporée, doit être assumée par la volonté qui obéit »¹⁰⁶, ce qui met en exergue le caractère incontournable de l'acceptation du commandement, et que « l'État est dans sa structure finale un ordre de bénéfices et un ordre de sacrifices »¹⁰⁷, ainsi évoquant aussi l'idée qu'il doit y avoir un juste équilibre entre les uns et les autres, équilibre que les citoyens considèrent comme valide en reconnaissant la légitimité de l'ordonnancement juridique.

Or, il est évident que le sort des institutions constitutionnelles est intimement lié à celui de la Constitution qui les a créées, en ce sens que l'affaiblissement de l'auto-reconnaissance des citoyens dans « leur » Constitution bouleverse inévitablement tout le système constitutionnel. Il serait donc vain de chercher à isoler la question de la légitimation des institutions constitutionnelles de celle de l'auto-reconnaissance générale

¹⁰³ Ord. n° 97 de 2021, ord. n° 122 de 2022 et ord. n° 227 de 2022 (au sujet de la présomption absolue de dangerosité du condamné à perpétuité non coopérant pour des délits qui empêchent sa libération anticipée).

¹⁰⁴ M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris, Julliard, 1961, 47.

¹⁰⁵ Ainsi P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Rome, Apollinaris, 1959, 199.

¹⁰⁶ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Rome, Maglione – Loescher, 1932, 32.

¹⁰⁷ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Milan, Giuffrè, 1975 (1^{ère} éd. 1930), 140.

des citoyens dans la Constitution, dans les valeurs qu'elle a formalisées en principes, dans ses perspectives. Le déplacement nécessaire de l'axe de la réflexion n'autorise cependant pas à négliger la condition spécifique des institutions et en particulier – c'est le thème qui nous intéresse ici – de la juridiction constitutionnelle.

Si la perspective de la légitimation est celle de la conviction des citoyens, le problème des institutions constitutionnelles est donc celui du rapport avec eux. Et c'est là que se cache le risque d'erreur. La *conviction* est quelque chose de très différent du *consensus* : les institutions étrangères à la politique n'ont besoin que de la première ; les acteurs politiques ont aussi besoin de la seconde. Les institutions étrangères au circuit de la décision politique doivent se garder d'essayer d'intercepter le consensus des citoyens et doivent se concentrer sur l'activation des mécanismes de formation de leur conviction. En cela, elles sont obligées de se déplacer sur la délicate crête qui sépare la sacralité et l'ouverture. Des institutions tierces qui ne conservent pas une *aura* de sacralité paient fatalement le prix de la perte de leur prestige ; des institutions tierces qui se referment sur elles-mêmes paient fatalement le prix du désintérêt civique.

Combiner sacralité et ouverture est un exercice qui demande sagesse et prudence, de sorte que chaque pas non médité dans l'une ou l'autre direction peut être source de graves inconvénients, jamais réparables à court terme. Les excès de fermeture sont toujours au coin et peuvent être très graves, mais dans la société de la communication ce sont surtout les excès d'ouverture qui constituent le risque le plus probable, jusqu'au cas extrême du *streaming* même des chambres de conseil (hypothèse, comme on le sait, pas inconnue au droit comparé). Dans la systématisation classique de Rudolf Otto, l'essence du sacré (ou plutôt du numineux) réside dans sa capacité de nous apparaître comme *mysterium tremendum*¹⁰⁸, *fascinosum*¹⁰⁹ et *augustum*¹¹⁰. La sacralité d'une institution constitutionnelle républicaine fondée sur le principe de l'égalité et de l'égale dignité de toutes et de tous et de chacun ne peut pas et ne doit pas être celle-ci. Mais son prestige reste essentiel si l'on veut construire et conserver la conviction citoyenne qui alimente sa légitimation.

¹⁰⁸ R. OTTO, *Das Heilige*, 5^{ème} éd., Breslau, Trewendt u. Granier, 1920, 13 ss.

¹⁰⁹ R. OTTO, *Das Heilige*, cit., 39 ss.

¹¹⁰ R. OTTO, *Das Heilige*, cit., 66 ss.