

S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle**

Mettre en tension deux notions fondamentales de la pensée constitutionnelle contemporaine, voilà le pari tenté par l'ouvrage *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, dirigé par Stéphane Mouton aux éditions LGDJ et paru en 2016. Il s'agit de la publication des actes d'un colloque tenu sur ce thème en 2014 à l'université de Toulouse 1 Capitole et organisé par l'Institut Maurice Hauriou. En un peu plus de trois cents pages réunissant dix-neuf contributeurs¹, la ligne générale de l'ouvrage se propose, ainsi que l'écrit Michel Troper dans l'avant-propos,

de vérifier non pas si la justice constitutionnelle est compatible avec le régime représentatif, [...] mais si et comment l'existence d'une justice constitutionnelle détermine notre conception du régime représentatif et plus généralement de la représentation².

Il s'agit au fond d'une réflexion renouvelée sur les caractères du régime représentatif contemporain, et ce programme fait l'objet de trois thématiques, formant les trois parties du livre. Un avant-propos précède l'ensemble, où l'on retrouve, outre le texte de Michel Troper déjà cité³, une « présentation de la problématique générale de l'ouvrage » par Stéphane Mouton⁴, qui fait office d'introduction en résumant les « trois idées force⁵ » ayant présidées au colloque. La première d'entre elles est que « la justice constitutionnelle modifierait le régime représentatif dans ses fondations », en ce qu'elle « recréerait une distinction entre les gouvernants et les gouvernés au sein de la représentation démocratique ». Cette idée constitue la matrice de la première partie de l'ouvrage, justement intitulée « De la confusion à

* Stéphane MOUTON (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016.

¹ Les professeurs Julie Benetti, Grégoire Bigot, Xavier Bioy, François Chénéde, Jean-Marie Denquin, Éric Desmons, Jean-Pierre Dubois, Pierre Egéa, Jacky Hummel, Olivier Jouanjan, Armel Le Divellec, Xavier Magnon, Wanda Mastor, Pasquale Pasquino, François Saint-Bonnet, Michel Troper, Alexandre Viala, Ariane Vidal-Naquet.

² M. TROPER, « Ceci est bien une pipe », p. 1.

³ *Ibid.*, p. 1-5.

⁴ S. MOUTON, « Présentation de la problématique générale de l'ouvrage », p. 7-30.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

la distinction des gouvernants et des gouvernés dans la représentation⁶ », et regroupe les interventions d'Olivier Jouanjan, Éric Desmons, Wanda Mastor, Jean-Pierre Dubois et Jean-Marie Denquin. La deuxième partie du livre, « De la balance des pouvoirs à la suprématie de la Constitution⁷ », reprend quant à elle la deuxième grande idée du colloque, qui est l'hypothèse selon laquelle « la justice constitutionnelle moderniserait le régime représentatif dans son organisation » dans la mesure où elle « valoriserait, dans la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs, le principe de la suprématie constitutionnelle sur celui de la balance des pouvoirs⁸ ». Elle réunit les contributions de Jacky Hummel, Pasquale Pasquino, Julie Benetti, Armel Le Divellec, Xavier Bioy et Ariane Vidal-Naquet. Une troisième partie enfin clôt l'ensemble⁹ en cherchant à vérifier l'hypothèse selon laquelle « la justice constitutionnelle transformerait le régime représentatif dans ses finalités », puisqu'elle « inviterait à mettre la puissance publique au service des droits et non les droits au soutien de la puissance¹⁰ ». Elle rassemble les contributions d'Alexandre Viala, Grégoire Bigot, Xavier Magnon, Pierre Egéa et François Chénéde. L'ouvrage se termine par une intervention de François Saint-Bonnet, qui livre un « rapport de synthèse » du colloque.

Abordons donc la première hypothèse éprouvée par l'ouvrage : la justice constitutionnelle affecterait le régime représentatif dans ses *fondations*, en ce qu'elle recréerait une sorte de *distinction* entre gouvernants et gouvernés au sein de la représentation démocratique. Pour évaluer cette novation potentielle des fondements du système représentatif, les auteurs s'interrogent respectivement sur la *nature des concepts* à l'œuvre, la *nature de leur liens*, ainsi que sur le *statut particulier* que revêt le « procès constitutionnel », notamment au travers de l'avènement de la « question prioritaire de constitutionnalité ».

NATURE DES CONCEPTS

C'est Olivier Jouanjan¹¹ qui ouvre cette discussion en se proposant, dans une perspective historique et comparée entre la France et l'Allemagne, de traiter le rapport de la justice constitutionnelle à la représentation en repartant de la question de la *nature* de ces deux concepts fondamentaux. Au travers d'un parcours qui convoque quelques-uns des auteurs essentiels du constitutionnalisme moderne, il rappelle d'abord que la France est un objet d'étude limité, puisque le mouvement qui va du refus du jury constitutionnaire imaginé par Sieyès (sous la Révolution, la « fonction juridictionnelle est exclusive de tout caractère de représentation¹² ») au légicentrisme du XIX^e siècle « tend à rétrécir notre vision du problème des rapports

⁶ « Première partie. De la confusion à la distinction des gouvernants et des gouvernés dans la représentation », p. 31-98.

⁷ « Deuxième partie. De la balance des pouvoirs à la suprématie de la Constitution », p. 99-226.

⁸ S. MOUTON, art. cité, p. 20.

⁹ « Troisième partie. De la légitimation de la puissance à la garantie des droits », p. 227-301.

¹⁰ S. MOUTON, art. cité, p. 24.

¹¹ O. JOUANJAN, « Constitutionnalisme, justice, justice constitutionnelle et représentation », p. 33-51.

¹² p. 35.

entre justice et représentation¹³ ». Il montre surtout comment la doctrine de tradition « germanique » a mieux affronté ce problème, et rappelle les apports essentiels du Hans Kelsen de la *Démocratie*¹⁴ sur le sujet qui, *a contrario* de l'opposition radicale que formule Carl Schmitt entre démocratie et représentation, propose « un modèle de justice constitutionnelle » s'appuyant sur « des considérations de théorie politique », où cette justice n'est plus « conçue comme une sorte de *limite extérieure* au système de la démocratie représentative, mais comme une institution qui, *bien construite*, [peut et doit] tenir sa place *au sein même* du régime représentatif et démocratique¹⁵ ». Il en conclut naturellement à l'importance, dans ces débats, de la question de l'*articulation institutionnelle* des exigences de justice et de démocratie représentative, afin « d'échapper à l'alternative entre la juridictionnalisation excessive du politique et la politisation partisane de la justice¹⁶ ».

NATURE DE LEUR LIENS

De son côté, plus qu'à une enquête sur la *nature des concepts* de justice constitutionnelle et de gouvernement représentatif, Éric Desmons¹⁷ se livre à une réflexion sur la *nature du lien* susceptible de se nouer entre ces concepts. Il cherche à identifier en quoi cette association réalise selon lui une forme « sophistiquée » du « bon régime », dans la mesure où elle autorise ce qu'il appelle « la conjonction de la légitimité d'origine et de la légitimité d'exercice du pouvoir¹⁸ », soit la conjonction de la légitimité propre à l'élection, et celle relevant de la valorisation du droit, particulièrement des droits de l'homme. Après un bref retour sur la notion de « bon régime », le texte souligne les difficultés classiques à s'en remettre au « bon juge » comme garant de ce « bon régime » : qui décide en effet, se demande l'auteur, « de la compétence, des contours de l'habilitation de l'interprète authentique qu'est le juge constitutionnel, si ce n'est lui-même¹⁹ » ? Le même argument est cependant retourné par Wanda Mastor²⁰, qui milite pour sa part pour un véritable « gouvernement des juges ». Elle défend cette position peu commune en trois étapes argumentatives et une conclusion, qui sont un plaidoyer en faveur de l'*élection* des juges : d'abord, qu'on le regrette ou non, affirme-t-elle, ce gouvernement *existe*, et le juge « bouche de la loi » est une vue de l'esprit dans la mesure où celui-ci « possède un réel pouvoir créateur²¹ » ; ensuite, les « contraintes » auxquelles sont soumis les juges sont, à la suivre, essentiellement des contraintes « plus morales que

¹³ p. 43.

¹⁴ H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004.

¹⁵ p. 49.

¹⁶ p. 51.

¹⁷ E. DESMONS, « Justice constitutionnelle, gouvernement représentatif et “bon régime” ? », p. 53-61.

¹⁸ p. 55.

¹⁹ p. 60.

²⁰ W. MASTOR, « Plaidoyer pour le gouvernement des juges », p. 63-74.

²¹ p. 66.

juridiques », et le juge, d'ailleurs, « s'auto-contraint » plus qu'on ne le croit²² ; reprenant enfin une affirmation d'Otto Pfersmann selon laquelle les juges « ne sont pas élus mais nommés et n'ont donc pas de légitimité démocratique²³ », Wanda Mastor en conclut qu'il suffirait d'*élire* ceux-ci pour enfin associer la fonction de *jurer* à celle de *gouverner*. Une conclusion prospective clôt l'ensemble, où est affirmé qu'une telle évolution permettrait de substituer à la séparation « organique » des pouvoirs une « circulation des pouvoirs », « circulation des pouvoirs » dont l'auteur ne prend toutefois pas le temps d'explicitement la traduction institutionnelle.

STATUT DU PROCÈS CONSTITUTIONNEL

C'est une toute autre perspective qu'emprunte Jean-Pierre Dubois²⁴, en formulant pour sa part l'hypothèse d'une « citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel²⁵ ». La question qu'il pose est la suivante : « comment voir dans un requérant la figure de la citoyenneté ? Comment imaginer le citoyen, non plus dans l'isolement [...], mais au greffe d'un tribunal²⁶ » ? Sans doute en retenant un objet d'étude comme la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC). L'auteur remarque que si celle-ci fait du requérant d'abord un *justiciable*, sa capacité à « actualise[r] des droits de l'homme à défaut sans force » permettrait de réaliser une « citoyenneté des Modernes, ancrée dans l'individualisme libéral²⁷ ». Elle autoriserait également une « politisation de l'individuation » dans la mesure où son usage entraînerait ce qu'il nomme une « dynamique d'induction civique²⁸ ». Elle se révélerait par ailleurs le « vecteur de nouvelles intermédiations²⁹ » au travers de l'intérêt de nature collectif porté par le contentieux d'associations issues de la « société civile³⁰ ». Cette démarche là encore prospective s'achève sur une conclusion nuancée qui, consciente de ce que « le droit ne peut pas tout », parie tout de même sur la capacité de la QPC à renforcer « l'effectivité des libertés constitutionnelles³¹ ». Jean-Marie Denquin³² aborde quant à lui la question du procès constitutionnel sous un angle plus polémique, et se demande s'il ne conduit pas parfois à une interprétation discutable des textes constitutionnels. L'objet retenu est l'article 6 de la Déclaration de 1789. Se livrant à une étude généalogique de ses dispositions, l'auteur commence par rappeler que c'est « par l'effet d'une illusion d'optique que l'on voit

²² p. 70.

²³ p. 71.

²⁴ J.-P. DUBOIS, « L'émergence d'une nouvelle citoyenneté constitutionnelle dans le procès constitutionnel ? », p. 75-87.

²⁵ p. 76.

²⁶ p. 77.

²⁷ p. 78.

²⁸ p. 80.

²⁹ p. 82.

³⁰ p. 82-84.

³¹ p. 87.

³² J.-M. DENQUIN, « Les transformations de l'expression de la volonté générale engendrées par le procès constitutionnel : une nouvelle lecture de l'article 6 ? », p. 89-98.

dans la formule de 1789 une allégeance [...] à Rousseau », puisque celui-ci *n'invente pas* mais *reprend* simplement le terme de « volonté générale³³ ». La formule en question – « la loi est l'expression de la volonté générale » – est donc analysée au regard du sens à donner à cette définition : s'agit-il d'une définition « descriptive » (un « *truth-bearer* ») ou « constructive » (un « *truth-maker* »)³⁴ ? La première interprétation laisse ouverte la possibilité d'une phrase fautive : la loi peut ne pas être *réellement* l'expression de la volonté *générale*, mais elle peut seulement être l'expression d'une volonté *collective* ; la seconde interprétation rend impossible un tel cas de figure, puisqu'ici la loi *créerait* la volonté générale. L'auteur souligne ainsi la différence fondamentale qui distingue les deux :

l'unicité de la volonté générale lui est consubstantielle car elle reflète l'unité de la raison sur laquelle convergent et s'accordent idéalement les volontés des citoyens. L'unité de la volonté collective est au contraire forgée grâce à un mécanisme juridique artificiel contingent³⁵.

La représentation politique exprimerait ainsi simplement une volonté *collective* et non la substance de la volonté *générale*. De même pour les juges constitutionnels, qui ne sauraient, même gratifiés de la dignité de « représentants », délivrer autre chose, dans les faits, que leur « volonté particulière³⁶ ».

Une deuxième hypothèse est ensuite examinée : la justice constitutionnelle affecterait le régime représentatif dans son *organisation*, en ce qu'elle substituerait à la traditionnelle « balance des pouvoirs » une suprématie de la constitution. Il est possible de distinguer trois types d'interventions : celles qui questionnent les potentielles *fonctions politiques du juge constitutionnel*, celles qui rappellent les *fonctions systémiques des organes constitutionnels*, celles qui postulent l'éventuelle *fonction du peuple* au sein de la justice constitutionnelle.

FONCTIONS POLITIQUES DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Jacky Hummel³⁷ s'interroge ainsi, en reprenant une formule de Montesquieu³⁸, « sur le rôle institutionnel de la délicatesse » du juge constitutionnel³⁹. Celui-ci n'est pas cet acteur que l'on voudrait soumis à une forme de « naïveté politique⁴⁰ », mais l'une des manifestations institutionnelles contemporaines de « l'impossible cloisonnement du droit et de la politique⁴¹ ». La grande spécificité *politique* du juge

³³ p. 90.

³⁴ p. 94.

³⁵ p. 96.

³⁶ p. 98.

³⁷ J. HUMMEL, « Portrait du juge constitutionnel en acteur politique. Sur le rôle institutionnel de la « délicatesse » », p. 101-120.

³⁸ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VI, Chapitre premier, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p. 199, cité par l'auteur.

³⁹ p. 101-103.

⁴⁰ p. 103.

⁴¹ p. 107.

serait ainsi d'introduire grâce à sa mission une certaine « tempérance du pouvoir⁴² », qui passerait par « la seule "délicatesse" de l'argumentation juridique⁴³ ». L'auteur plaide en conséquence pour une meilleure « visibilité institutionnelle » de cette spécificité, c'est-à-dire par une meilleure prise en considération « des apports [du] raisonnement (juridique) [du juge] au débat politique⁴⁴ ». La justice constitutionnelle serait ainsi « non pas l'autre de la politique, mais l'une de ses formes possibles⁴⁵ ». Pasquale Pasquino⁴⁶ propose de son côté une réflexion sur le sens de la formule « suprématie de la Constitution », et cherche à questionner les réflexes associés à ce qu'il qualifie de « métaphore⁴⁷ ». Cette suprématie n'est à ses yeux, d'abord, « que la doctrine moderne de la rigidité constitutionnelle⁴⁸ ». Il tire de cette affirmation une critique des « impasses de la théorie pure du droit et du prétendu "réalisme" juridique⁴⁹ », et défend la thèse de cours constitutionnelles dont la nature serait plus proche de celle de « colégislateurs » que de celle « d'organes de contrôle⁵⁰ ». Les cours constitutionnelles seraient en effet une pièce essentielle de ce qu'il nomme « le pouvoir partagé, qui distribue la fonction de dire le droit », cette « forme contemporaine de l'exercice de l'autorité politique⁵¹ ». Julie Benetti⁵² livre quant à elle une étude sur la fonction « d'arbitre⁵³ » que pourrait éventuellement endosser le juge constitutionnel, au-delà de la lettre de la Constitution qui attribue ce rôle, comme on le sait, au président de la République. Elle admet ainsi l'existence, aux côtés « d'un arbitre politique de plein exercice » – tel qu'il était tout du moins prévu en 1958 –, d'un « garant juridique d'attribution », le Conseil constitutionnel⁵⁴. Elle montre également comment la pratique a réglé, d'une façon parfois irénique, les possibles conflits pouvant émerger entre ces deux institutions arbitrales, ainsi de l'avis favorable du Conseil à l'application de l'article 16 en 1961, ou de l'instrumentalisation stratégique de la Constitution, « rien que la Constitution, toute la Constitution » par François Mitterrand en 1986⁵⁵.

⁴² p. 112.

⁴³ p. 120.

⁴⁴ p. 120.

⁴⁵ p. 120.

⁴⁶ P. PASQUINO, « Méprise et illusions d'une métaphore. Que faut-il entendre par suprématie de la Constitution ? », p. 121-135.

⁴⁷ p. 121.

⁴⁸ p. 127.

⁴⁹ p. 127-130.

⁵⁰ p. 135.

⁵¹ p. 135.

⁵² J. BENETTI, « Existe-t-il deux gardiens de la Constitution ? Les fonctions d'arbitre du président de la République et du juge constitutionnel », p. 137-149.

⁵³ p. 137.

⁵⁴ p. 142-145.

⁵⁵ p. 147-149.

FONCTIONS SYSTÉMIQUES DES ORGANES

Armel Le Divellec⁵⁶ s'attache pour sa part à analyser l'influence de la « régulation juridictionnelle » sur les rapports entre « les parlements et le pouvoir exécutif⁵⁷ » et cherche au fond à éprouver l'idée même d'un basculement d'un système de « balance des pouvoirs » vers une « suprématie » – sous-entendue « formelle » – de la Constitution⁵⁸. S'il admet dans une longue première partie « l'emprise croissante du juge » sur la délimitation des « normes ponctuelles de droit positif » visant à encadrer les relations entre organes parlementaires et exécutifs, dont l'un des points de départ peut être trouvé dans les techniques de « rationalisation » des procédures⁵⁹, il conteste en revanche la possibilité même d'une emprise *intégrale* du juge, dans la mesure où celle-ci ne saurait affecter « cette partie de l'ordre constitutionnel qu'est un système de gouvernement⁶⁰ ». Reprenant une thèse de Bolingbroke⁶¹, il affirme que

fondamentalement, les ordres constitutionnels sont [...] restés, comme naguère, avant tout des systèmes d'organes, d'institutions, dont l'action combinée, parfois dans le consensus, parfois dans le conflit, reste essentiellement déterminante, parfois malgré le juge (ou sans lui)[.]

C'est au fond à la même idée d'une impossibilité de surgissement du juge en tant que réel « pouvoir constitutionnel » que se range Xavier Bioy⁶². Il se propose d'accorder à la « faculté d'empêcher juridictionnelle » le statut de « troisième fonction constitutionnelle⁶³. Ce statut s'entend toutefois en un sens très précis, puisque l'auteur montre que si cette fonction de juger a connu des « avancées⁶⁴ » identifiables tant du point de vue « organique » (la QPC notamment)⁶⁵ que du fait de « l'impact du standard du procès équitable⁶⁶ », il serait cependant excessif de la qualifier de « pouvoir », et d'en tirer la conclusion d'un « renouvellement de [cette] séparation ». Xavier Bioy défend que la réalité du droit positif comme l'essentiel des positions de la doctrine constitutionnelle interdisent une telle affirmation⁶⁷. La raison,

⁵⁶ A. LE DIVELLEC, « Le juge constitutionnel et les relations entre les parlements et le pouvoir exécutif. Les limites de la régulation juridictionnelle d'un système de gouvernement », p. 151-186.

⁵⁷ p. 151.

⁵⁸ p. 151-154.

⁵⁹ p. 154-161.

⁶⁰ p. 185.

⁶¹ H. ST. JOHN BOLINGBROKE, *Essai sur les partis*, 1733.

⁶² X. BIOY, « L'émergence d'une troisième fonction constitutionnelle : la faculté d'empêcher juridictionnelle », p. 187-211.

⁶³ p. 186.

⁶⁴ p. 193.

⁶⁵ p. 194-196.

⁶⁶ p. 196-201.

⁶⁷ p. 201-211.

au fond, en est simple : la « fonction juridictionnelle » ne nécessite pas, pour exister, d'être un « pouvoir », c'est-à-dire de relever d'une « théorie de la séparation [qui] a été pensée pour la fonction législative⁶⁸ ».

FONCTIONS DU PEUPLE ?

Ariane Vidal-Naquet⁶⁹ s'intéresse quant à elle à l'usage qui pourrait être fait par le « peuple » de la justice constitutionnelle. Celle-ci serait un « canal de participation » de celui-là au pouvoir⁷⁰. Elle serait en effet, tout d'abord, une « jonction entre le peuple et le pouvoir » : la QPC permettrait au peuple de « contrôler l'action de ses représentants » (par la « surveillance » de la production législative), de « s'opposer au pouvoir » (par l'abrogation de la loi), ou encore d'y « participer » (par l'instrumentalisation stratégique des recours)⁷¹. Cette même utilisation stratégique des recours ferait du peuple le « gardien de “sa” Constitution » comme « l'acteur de ses droits fondamentaux⁷² ». L'auteur remarque néanmoins que cette « lecture idéalisée de la justice constitutionnelle⁷³ » achoppe sur une réalité où « le juge constitutionnel échappe [encore] très largement au peuple⁷⁴ », mais qu'elle doit toutefois se maintenir en tant qu'« ambition⁷⁵ ».

La troisième et dernière hypothèse proposée dans le livre cherche à vérifier si la justice constitutionnelle pourrait affecter le régime représentatif dans ses *finalités*, dans la mesure où une telle justice aurait pour conséquence d'inverser la hiérarchie entre puissance publique et droits, celle-là devant désormais servir ceux-ci. Les contributions abordent successivement l'*histoire des rapports* entre droits et puissance, puis le rôle du *Conseil constitutionnel* dans ces évolutions.

HISTOIRE D'UN RAPPORT

Alexandre Viala⁷⁶ ouvre la discussion en adoptant une perspective historique longue, où il tente de montrer comment « le régime représentatif classique » d'une part, qu'il identifie grâce au triple critère de « la souveraineté parlementaire, la balance des pouvoirs et la légitimation de la puissance » et, d'autre part, ce qu'il nomme la « démocratie constitutionnelle », repérable par « le contrôle des gouvernants, la suprématie de la Constitution et la garantie des droits », loin de s'opposer comme on se le figure volontiers, relèvent en réalité d'une « même logique, celle

⁶⁸ p. 211.

⁶⁹ A. VIDAL-NAQUET, « La justice constitutionnelle est-elle un nouveau canal de participation, d'opposition et/ou de contrôle du peuple au pouvoir ? », p. 213-226.

⁷⁰ p. 213.

⁷¹ p. 215-219.

⁷² p. 219-221.

⁷³ p. 226.

⁷⁴ p. 221.

⁷⁵ p. 226.

⁷⁶ A. VIALA, « La modernité juridique ou l'histoire d'une objective complicité entre puissance étatique et garantie des droits », p. 229-239.

de la modernité juridique, dont l'histoire est celle d'une étroite et objective complicité entre la puissance étatique et la garantie des droits⁷⁷ ». Cette hypothèse établie, l'auteur cherche à montrer que les droits subjectifs sont originellement le fruit d'une « déconstruction du droit objectif » portée d'abord par la « théologie chrétienne⁷⁸ », puis par les théories du contrat social⁷⁹. Il décrit ensuite la façon dont, par un renversement en apparence paradoxal, les droits subjectifs se trouvent à partir de la Révolution garantis « par la reconstruction du droit objectif⁸⁰ » : par le « triomphe légicentriste » du XIX^e siècle bien sûr⁸¹, mais également par l'avènement d'une « démocratie providentielle » au XX^e siècle – l'auteur faisant ici jouer le thème élaboré par Dominique Schnapper⁸². En contrepoint de cette thèse, Grégoir Bigot⁸³ propose de son côté une tout autre lecture historique et affirme que « l'avènement des droits subjectifs comme fondement du politique s'entend en dehors de l'État, voire contre lui⁸⁴ ». À ses yeux, l'acte de naissance de cette opération est repérable au moment de la Révolution, où les droits se révèlent « aux fondements de tout pouvoir politique ». L'auteur en examine ensuite les conséquences tout au long du XIX^e siècle, et en tire l'idée qu'un tel siècle fut plutôt le siècle d'une expansion de « l'État au détriment des droits⁸⁵ ». Il nomme le fruit de cette expansion « État administratif », et le rattache à un « modèle napoléonien⁸⁶ ».

LÉGITIMATIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Xavier Magnon⁸⁷ se penche quant à lui sur la question sensible du « fondement » de « l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge »⁸⁸, question qu'il aborde sous l'angle de la « légitimité axiologique » (qu'il identifie comme « conformité à des valeurs »)⁸⁹ et par une analyse du droit positif français. Sous cet aspect, il cherche d'abord à repérer les « fictions politiques visant à construire ou déconstruire une légitimité démocratique à la Constitution et son juge⁹⁰ » pour aborder ensuite l'hypothèse d'un « réalisme normatif » propre à la Constitution du 4 octobre 1958. Celle-ci établirait progressivement une « légitimité

⁷⁷ p. 229.

⁷⁸ p. 231-234.

⁷⁹ p. 234-235.

⁸⁰ p. 235.

⁸¹ p. 237.

⁸² D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle*, Paris, Gallimard, 2002.

⁸³ G. BIGOT, « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimation de la puissance étatique », p. 241-250.

⁸⁴ p. 241.

⁸⁵ p. 244-250.

⁸⁶ p. 244.

⁸⁷ X. MAGNON, « La puissance et la représentation, l'État et le citoyen : quel est le fondement de l'autorité de la norme constitutionnelle et de la jurisprudence du juge constitutionnel ? », p. 251-269.

⁸⁸ p. 251.

⁸⁹ p. 252.

⁹⁰ p. 254-263.

sans le peuple⁹¹ » (l'auteur rappelle les étapes successives à la décision *Liberté d'association* du 16 juillet 1971) et une « légitimité pour l'État » : le Conseil constitutionnel, notamment au travers de la QPC, serait ainsi un « défenseur de l'État, non pas du peuple⁹² ». C'est à un position proche que se range Pierre Egéa⁹³, lorsqu'il tente de son côté une étude sur « l'efficience de la garantie des droits par le Conseil constitutionnel⁹⁴ ». Il part de l'hypothèse selon laquelle l'institution, si elle est désormais une *juridiction*, « ne connaît pas pour autant de justiciables », au sens de « parties opposées dans le cadre d'un procès⁹⁵ ». Ce constat dressé de la présence, au sein de la procédure du Conseil, non pas de justiciables mais de simples « agents déclencheurs⁹⁶ », l'auteur formule l'idée que les décisions de la juridiction relèveraient moins d'une « justice constitutionnelle⁹⁷ » que de ce qu'il nomme une « *orthologie*⁹⁸ », soit un « art ou une technique » formellement liés au « contrôle abstrait⁹⁹ ». À cet art abstrait du Conseil constitutionnel, François Chénéde¹⁰⁰ oppose pour sa part le thème de la « légitimation et [de l']efficience de la garantie des droits constitutionnels par le juge judiciaire¹⁰¹ ». Ce texte, qui clôt la troisième et dernière partie du livre, vise essentiellement à mettre en balance les vertus de la QPC¹⁰² avec ce que l'auteur nomme la « protection préférentielle des droits et libertés européens¹⁰³ ». Il juge ainsi favorablement le « renouveau de la protection conventionnelle¹⁰⁴ » dont il rappelle qu'elle suscite la prédilection de la Cour de cassation – Cour de cassation qui ne fait pas tant preuve, dit-il, de « mauvaise volonté [...] dans l'application de la QPC » que d'une préférence marquée pour « les atouts de la voie conventionnelle¹⁰⁵ ». L'ouvrage se termine sur un très vivant « rapport de synthèse » des contributions par François Saint-Bonnet¹⁰⁶, qui fait office de conclusion.

*
**

À l'heure de conclure à notre tour, quelques observations s'imposent. Assurément, le thème choisi est ambitieux, et il faut savoir gré aux auteurs d'avoir entre-

⁹¹ p. 264-267.

⁹² p. 267-269.

⁹³ P. EGÉA, « L'efficience de la garantie des droits par le Conseil constitutionnel », p. 271-281.

⁹⁴ p. 272.

⁹⁵ p. 273.

⁹⁶ p. 273-276.

⁹⁷ p. 277-281.

⁹⁸ p. 273.

⁹⁹ p. 273.

¹⁰⁰ F. CHÉNÉDE, « Légitimation et efficience de la garantie des droits constitutionnels par le juge judiciaire : une protection des droits contre l'intérêt général esquivée ? », p. 283-301.

¹⁰¹ p. 283.

¹⁰² p. 286-292.

¹⁰³ p. 292-300.

¹⁰⁴ p. 296.

¹⁰⁵ p. 300.

¹⁰⁶ F. SAINT-BONNET, « Rapport de synthèse. La quête de la confiance », p. 303-314.

pris une telle réévaluation du régime représentatif contemporain à l'aune du développement de la justice constitutionnelle en France : ce thème, essentiel, méritait d'être traité. Il faut aussi se réjouir de trouver, dans cet ouvrage, l'un des (trop) rares exemples de projet scientifique cherchant à combiner à la fois des approches positivistes, historiques et théoriques sur des questions touchant à la théorie de l'État. Le traitement tripartite du sujet, par ailleurs, fonctionne très bien : un champ d'étude si vaste appelait naturellement à concentrer l'attention sur les questions fondamentales de *légitimité* (Partie I), d'*architecture* (Partie II) et de *finalité* de ces institutions (Partie III).

Cependant, au-delà de la bonne économie générale de l'ensemble, et de la qualité incontestable des interventions, quelques remarques de forme comme l'aveu d'une légère frustration de fond doivent être formulés. S'agissant de la forme, on regretta notamment ce qui semble avoir été un format de commande demandé aux auteurs. Un tel format est peut-être à la source d'une certaine lourdeur des contributions, souvent sensible lorsque les auteurs s'efforcent, sur plusieurs pages, de s'émanciper du thème initial imposé. Les axes choisis contenaient également, semble-t-il, des présupposés théoriques que les intervenants ont dû patiemment remettre en cause. Cela donne épisodiquement le sentiment d'une certaine artificialité des thèmes, d'autant plus regrettable qu'elle masque la réelle homogénéité et cohérence du travail collectif.

Parallèlement à ces remarques de forme, on notera plus fondamentalement l'omniprésence, dans tout l'ouvrage, du motif de la « QPC », motif qui s'avère hautement prévalent. Sans doute le thème est-il alors à la mode : en 2014, année du colloque, la « QPC » est encore une sorte de nouveauté, et l'on comprend l'intérêt qu'elle est susceptible de provoquer chez les auteurs. On regrettera toutefois que cet intérêt légitime pour le contrôle par voie d'exception conduise parfois à minorer les autres dimensions du contrôle de constitutionnalité, aussi bien du point de vue de leur utilité propre que de leur organisation institutionnelle. Une étude plus complète sur ce plan aurait peut-être permis de nuancer le sentiment « d'enthousiasme » pour la nouvelle procédure qui, dans certains textes, relève quelque fois plus de la pétition en faveur ou de l'idéalisme prospectif que de la stricte analyse des vertus internes du nouveau recours. À la décharge des auteurs, il faut toutefois rappeler qu'il est difficile d'établir les vertus passées d'une méthode neuve, et qu'à la date du colloque, celles-ci étaient par définition encore peu mesurables. Sans doute faut-il supposer que, réalisé aujourd'hui, un tel colloque ne réserverait pas une place si prépondérante à la seule « QPC », ou, à tout le moins, aurait davantage de matière pour établir un diagnostic plus équilibré de ses défauts et de ses qualités.

L'ouvrage reste quoi qu'il en soit un livre à lire. Son ambitieux projet scientifique, porté par un éclectisme théorique de bon aloi, en font un excellent témoignage de la richesse des réflexions qu'est susceptible de provoquer le rapprochement inattendu de deux concepts fondamentaux du droit constitutionnel.

Jérôme Couillerot

Docteur en droit public, Jérôme Couillerot est l'auteur d'une thèse articulant les généalogies politique et philosophique de la théorie démocratique de Claude Lefort, travail récompensé par le prix Albert Viala 2019 de l'Institut de France. Membre associé de l'Institut Michel Villey, ses travaux portent sur le droit constitutionnel, l'histoire des idées et la philosophie politique. Il enseigne aux Universités de Cergy-Pontoise et de Paris II Panthéon-Assas.