

**A. Le Pillouer (dir.), *La protection de la constitution.*
*Finalités, mécanismes, justifications****

Issu d'un colloque organisé les 11 et 12 mai 2016 à Poitiers, cet ouvrage dirigé par Arnaud Le Pillouer se présente comme la mise à l'épreuve d'une évidence. Il va de soi, dans le discours ambiant, que toute constitution doit être protégée, et que le meilleur moyen pour y parvenir, peut-être le seul, est le contrôle de constitutionnalité par un organe juridictionnel spécialisé, ou par le pouvoir judiciaire, ou par une combinaison d'un organe spécialisé et des juridictions ordinaires. Cette vision des choses est répandue universellement, par-delà les contextes nationaux, l'idée d'une vocation naturelle du pouvoir judiciaire à assurer la protection de la Constitution étant très marquée dans certains pays : Isabelle Boucobza montre ainsi comment les juges italiens, soutenus par la doctrine, se posent en remparts de la Constitution et en appellent, pour se renforcer dans ce rôle, aux dispositions constitutionnelles qui les protègent : il faut que la constitution protège les juges, protecteurs eux-mêmes de la constitution¹.

Comme toutes les idées installées, celle-ci ne mérite-t-elle pas d'être interrogée, quitte à – ou en vue de – déranger les habitudes de pensée ? C'est à cette tâche que s'emploie le volume, à travers deux questions. La première : pourquoi, après tout, faut-il protéger la constitution ? Plus exactement, qu'est-ce qui justifie que la constitution soit protégée ? La deuxième : une fois cette protection validée dans son principe, comment, concrètement, la réaliser, à qui la confier, selon quelles modalités ?

On voit d'emblée que, dans cette dichotomie des fins et des moyens, la réponse à la question des fins rétroagira sur la réponse à la question des moyens : on ne protégera pas la constitution – du moins pas forcément – de la même manière, selon qu'on entendra la protéger en vue de garantir la séparation des pouvoirs, en vue de garantir les droits fondamentaux qu'elle contient, en vue de fournir un cadre à l'expression de la souveraineté du peuple, etc. Comme le relève Arnaud Le Pillouer, la diversité possible des fins de la protection de la constitution est, en soi, une pierre dans le jardin des promoteurs de la justice constitutionnelle comme solution idéale et universelle : que celle-ci soit la solution pour protéger la constitution en vue de réaliser une fin n'implique pas qu'elle soit la solution idéale pour la protéger en vue d'une autre².

* Arnaud LE PILLOUER (dir.), *La protection de la constitution. Finalités, mécanismes, justifications*, Poitiers, Presses de la Faculté de Poitiers, 2018.

¹ I. BOUCOBZA, « Les magistrats italiens et la Constitution de 1948 », p. 47. (Toutes les références sont tirées du volume, sauf indication contraire).

² A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 8.

Le plan des contributions, articulé autour de cette distinction fins/moyens, est très cohérent, et permet une progression logique. Le lecteur est invité à s'interroger d'abord sur les divers buts possibles de la protection de la constitution – assurer la séparation des pouvoirs (étant noté que celle-ci n'est pas, en soi, un concept univoque), garantir les droits, garantir la hiérarchie des normes. Il est amené ensuite à s'interroger sur la pertinence des moyens de cette protection, par une cour constitutionnelle ou par d'autres voies.

Le lecteur, cela dit, est libre de suivre un autre cheminement, accordé à ses centres d'intérêt. On peut ainsi, en toute subjectivité, s'arrêter spécialement sur trois problèmes saillants qu'abordent, d'une manière ou d'une autre, les quinze contributeurs. Le premier est celui, classique, de la protection de la Constitution contre le pouvoir de révision (I). Le deuxième, non moins classique et d'une forte actualité ces temps-ci en France, est celui du caractère potentiellement antidémocratique du contrôle de constitutionnalité – ce qu'il est convenu d'appeler, suivant une expression venue d'Amérique, la « difficulté contre-majoritaire » (II). Le troisième est celui de la prétendue supériorité des organes juridictionnels pour protéger la constitution, moins certaine qu'il n'y paraît (III).

I

L'idée qu'il faille protéger la constitution ne fait de difficulté pour personne ; faut-il pour autant aller jusqu'à la protéger y compris contre le pouvoir de révision ? C'est le problème des limitations à la révision, qu'abordent plusieurs contributions. On connaît les données du problème : si certaines constitutions prévoient explicitement que les lois constitutionnelles peuvent être contrôlées par le juge constitutionnel (par exemple la Constitution turque de 1982, article 148), la plupart sont muettes sur ce point, ce qui pose la question de savoir si le juge peut opérer un tel contrôle, et au regard de quelles normes. La Constitution française de 1958, comme on sait, prévoit des limitations formelles et substantielles à la révision (la « forme républicaine du gouvernement »), mais laisse sans réponse la question de savoir si ces limitations sont sanctionnables, et par qui. On en arrive alors au point de savoir comment peut s'y prendre, le cas échéant, l'organe chargé de protéger la constitution, pour la défendre contre des lois constitutionnelles. Une première solution vient à l'esprit : en appeler à des principes supra-constitutionnels, que le juge constitutionnel opposerait au pouvoir de révision. La contribution de Michel Troper³ démolit cette piste en exposant méticuleusement ses faiblesses. Deux arguments, en particulier, emportent l'adhésion. D'une part, en appeler, contre les lois constitutionnelles, à des principes supra-constitutionnels, aboutit à la conséquence absurde qu'il n'y a plus de norme suprême, puisqu'à l'égard de la loi ordinaire la norme suprême est la constitution, et à l'égard des lois constitutionnelles, les principes supra-constitutionnels. D'autre part, c'est stratégiquement contre-productif pour le juge constitutionnel, qui ne peut plus, aux yeux de l'opinion publique, se légitimer en posant à l'humble gardien d'un texte remis à sa protection par le pouvoir constituant originaire, d'où le risque d'être accusé d'usurper un rôle qui ne lui a pas été confié. De plus, l'invocation de principes supra-constitutionnels est inutile, le juge constitutionnel pouvant facilement, s'il tient à bloquer des lois constitutionnelles, utiliser les ressources de la constitution elle-même, soit en exploitant

³ M. TROPER, « Existe-t-il des principes supérieurs à la constitution ? », p. 135-146.

les limites substantielles si elle en contient, soit, si non, en postulant, dans une perspective inspirée de Schmitt, qu'il y a dans le texte des principes essentiels qui ne sauraient être violés, même par les lois constitutionnelles. On débouche alors sur le raisonnement connu : le pouvoir de révision, simple pouvoir constitué, peut modifier la constitution ponctuellement, mais non la changer entièrement, car ce serait usurper le rôle du pouvoir constituant.

Telle fut la tactique de la Cour constitutionnelle italienne en 1988 puis, dans les années 2000, celle de son homologue colombienne, à travers une série de décisions que commente Riccardo Guastini⁴ – décisions d'autant plus surprenantes dans le cas colombien que le contrôle au fond des lois constitutionnelles semble avoir été exclu, de manière insistante, par le pouvoir constituant⁵. Pour se justifier, les juges invoquent des principes de fond implicites dans le texte, qu'ils appellent tantôt les « éléments essentiels qui déterminent l'identité » de la constitution (Cour colombienne, décision C-141/2010), les « principes et valeurs » qui fondent l'identité de cette constitution (décision C-551/2003), les « principes structurants » de la constitution (décision C-574/2011), ou les « principes suprêmes » de l'ordre constitutionnel (Cour italienne, décision 1146/1988). Il va de soi que ce type de raisonnement laisse une grande marge de manœuvre au juge constitutionnel, qui maîtrise le contenu de ces soi-disant principes ; Michel Troper note à ce titre que même quand un texte constitutionnel fournit des limites substantielles à la révision, les juges ont encore intérêt à se fonder plutôt sur des principes implicites, afin de se mettre à l'abri d'une double révision : aussi bien le pouvoir de révision peut contourner la limite substantielle expresse en éliminant la clause avant de réviser au fond, aussi bien il ne peut rien contre une limite tenant à la constitution tout entière⁶.

Cette attitude conquérante du juge constitutionnel laisse évidemment perplexe. En Colombie, souligne Riccardo, Guastini, des juges de la Cour s'en sont désolidarisés : pour eux, la Cour viole la lettre de la Constitution en se prévalant de limites substantielles à la révision qui n'existent pas ; elle en viole l'esprit, la volonté du constituant, connue par les travaux préparatoires, étant de ne pas permettre le contrôle au fond des lois constitutionnelles ; et elle place la Cour constitutionnelle dans une position de surplomb inadmissible d'un point de vue démocratique, le peuple n'étant plus maître de ses choix constitutionnels. On retrouve l'argument classique de la légitimation du contrôle juridictionnel de constitutionnalité, rappelé par Véronique Champeil-Desplats⁷ : le contrôle de constitutionnalité ne pose pas de problème tant que le peuple a le dernier mot, et qu'il peut surmonter la décision du juge constitutionnel en changeant la constitution.

On peut s'interroger, pour conclure sur ce point, sur un argument développé par Riccardo Guastini à propos du cas italien : à supposer qu'on accepte l'idée de

⁴ R. GUASTINI, « Identité de la Constitution et limites à la révision constitutionnelle (le cas colombien) », p. 127-134.

⁵ L'article 241 de la Constitution, qui donne sa compétence à la Cour, la cantonne aux « termes stricts et précis de cet article », et précise qu'elle ne peut contrôler, s'agissant des lois constitutionnelles, que les vices de procédure ; même idée dans l'article 379 qui dispose que les lois constitutionnelles ne peuvent être censurées que « par violation des règles établies dans ce titre », à savoir le titre XIII sur la procédure de révision.

⁶ M. TROPER, « Existe-t-il des principes supérieurs à la constitution ? », p. 141.

⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 89.

dégager du texte constitutionnel des principes essentiels intouchables, dit-il, rien ne permettrait d'en conclure qu'il appartient à la Cour constitutionnelle d'en assurer la supériorité – « la seconde thèse n'est pas une conséquence logique de la première⁸ ». Il nous semble pourtant qu'à partir du moment où les principes en question sont tirés du sein même de la constitution (par opposition à des principes supra-constitutionnels), la Cour est fondée par définition à les faire respecter, étant missionnée pour faire respecter toute la Constitution. Il n'en irait autrement que s'il y avait une clause expresse disposant que la Cour n'a le droit de contrôler les lois constitutionnelles qu'au regard de certaines dispositions écrites, ou des dispositions écrites de la constitution en général.

II

Moins évident que le problème précédent, celui de sa protection contre les lois ordinaires n'en est pas moins important. Il touche à l'exigence démocratique, et peut être résumé par l'expression « difficulté contre-majoritaire », mise sur le devant de la scène dans les années 1960 par Alexander Bickel (*The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*), dont les thèses forment le point de départ de la contribution de Guillaume Tusseau⁹. Bickel écrit :

Lorsque la Cour suprême déclare inconstitutionnels un acte législatif ou l'action d'un Exécutif élu, elle fait obstacle à la volonté des représentants du peuple réel qui existe ici et maintenant [...] c'est la raison pour laquelle le contrôle de constitutionnalité peut être accusé d'être antidémocratique¹⁰.

Ce problème connaît une grande actualité en France aujourd'hui, avec l'idée répandue dans l'opinion que le Conseil constitutionnel (mais aussi la Cour européenne des droits de l'homme et le juge ordinaire), exploitant les immenses potentialités offertes par les termes vagues et abstraits des textes du bloc de constitutionnalité, exerce une tyrannie et fait obstacle à la volonté exprimée par les représentants du peuple, c'est-à-dire au peuple lui-même. À ce sujet, il n'est pas inintéressant de rappeler, avec Véronique Champeil-Desplats, que Kelsen lui-même s'inquiétait de ce « puissant facteur d'usurpation du pouvoir législatif¹¹ » que constitue un contrôle de constitutionnalité des lois au regard de termes constitutionnels vagues, le pouvoir législatif du Parlement élu se déplaçant alors insidieusement vers la Cour non élue. Véronique Champeil-Desplats, partageant cette inquiétude, observe que les droits et libertés constitutionnels, fatalement formulés « dans des termes généraux et abstraits [...] propices à une diversité de conceptions », permettent que « les désignés gardiens des droits et libertés ne garantissent rien d'autre que leur propre conception de ce que signifient des mots inscrits dans un texte¹² ».

⁸ R. GUASTINI, « Identité de la Constitution et limites à la révision constitutionnelle (le cas colombien) », p. 127.

⁹ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 183-207.

¹⁰ Cité par G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 183-184.

¹¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 88.

¹² *Ibid.*, p. 90.

Wanda Mastor, dans sa contribution sur la jurisprudence de la Cour Suprême américaine relative au mariage, ajoute que même si les énoncés constitutionnels étaient précis, le juge pourrait toujours les tordre dans le sens qui lui plaît, dès lors que « le droit n'est qu'une histoire d'interprétation » et qu'un texte « n'existe même pas avant que le juge ne lui donne de la chair¹³ ».

Aussi les partisans de la justice constitutionnelle sont-ils forcés, pour répliquer à cette objection d'antidémocratie, de trouver des tactiques de légitimation, examinées notamment par Pierre Brunet¹⁴ et Guillaume Tusseau. Schématiquement, deux voies semblent envisageables.

1^o La première consiste à postuler que le juge constitutionnel n'est pas antidémocratique dans la mesure où il est lui-même un élément du jeu démocratique, un représentant du peuple au même titre que les élus au Parlement, quoique d'une manière différente. Dans cette perspective, voter la loi et la contrôler sont deux manières pour le peuple d'exprimer sa volonté. On retrouve l'idée, analysée notamment par Pierre Rosanvallon, qu'il y a de plusieurs canaux de la légitimité démocratique, et qu'il n'y a pas de raison pour que l'un (la temporalité courte du mandat parlementaire) prévale sur l'autre (la temporalité longue de la Constitution)¹⁵. C'est un peu la métaphore du peuple ivre (qui s'exprime *via* ses représentants dans la loi) tenu par le peuple à jeun (qui s'est exprimé directement par sa constitution). Pierre Brunet, dans cette perspective, explore les thèses de Robert Alexy et souligne leurs difficultés, dont la principale : dire que le juge constitutionnel représente le peuple aussi bien que le législateur revient à poser une équivalence douteuse entre deux conceptions de la représentation (« Un parlement délibère d'abord pour créer des normes nouvelles tandis qu'une cour constitutionnelle est supposée délibérer d'abord pour décider si telle norme nouvelle est conforme ou non à une norme plus ancienne¹⁶ »).

Plus généralement, cette idée que le juge constitutionnel est un représentant peut être poussée plus loin : ne peut-on pas en effet considérer que le juge constitutionnel est davantage « l'ami » du peuple que le législateur, dès lors qu'il protège le peuple contre les abus du législateur (c'est la perspective d'un Bruce Ackerman, mentionnée par Guillaume Tusseau¹⁷) ? Tel est le fond du problème : ou bien la ligne de partage des eaux passe entre le bloc formé par le peuple et ses représentants d'un côté, le juge constitutionnel de l'autre ; ou bien elle passe entre le peuple d'un côté et ses représentants de l'autre, le juge constitutionnel apparaissant alors comme le protecteur du peuple contre ses représentants. Dans le premier cas, le représentant élu est assimilé au peuple, et le juge est leur adversaire, presque leur ennemi ; dans le second cas, le représentant élu est ravalé au rang d'un pouvoir,

¹³ W. MASTOR, « Protection de et par la constitution. Variations sur l'idée d'une "adaptabilité" de la Constitution des États-Unis », p. 74

¹⁴ P. BRUNET, « Protéger la constitution par des cours constitutionnelles ou la société par des jurys constitutionnels ? », p. 169-182.

¹⁵ Voir P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, « Folio », 2003 [2000], p. 437.

¹⁶ P. BRUNET, « Protéger la constitution par des cours constitutionnelles ou la société par des jurys constitutionnels ? », p. 172-173.

¹⁷ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 186.

préssumé dangereux en tant que tel, susceptible d'abuser, et contre qui le juge protège le peuple. La première vision est démocratique, la seconde, typique du libéralisme. L'exemple du « constitutionnalisme populaire » américain analysé par Julien Boudon illustre bien cette opposition : la critique du pouvoir de la Cour suprême par les partisans de Roosevelt ne s'accompagne en effet pas d'une critique simultanée des représentants¹⁸ – ce n'est donc pas une critique des élites par le peuple (où les représentants seraient inclus dans les élites), mais la mise en scène d'un bloc peuple-représentants, opposé au juge.

Si l'on peut rester réticent devant cette idée d'un juge constitutionnel représentant du peuple, constate Pierre Brunet, il n'est pas interdit de tenter de minorer l'accusation d'antidémocratie qui plane sur lui en observant qu'il est loin d'être imperméable aux préoccupations de la société civile, aux mouvements de l'opinion, et qu'il lui arrive de forcer la main aux législateurs pour faire advenir des évolutions souhaitées par l'opinion, devant lesquelles ils renâclent. Ne peut-on pas présenter alors le juge constitutionnel comme un acteur à part entière dans le dialogue entre les pouvoirs publics et l'opinion publique ? Certains imaginent de suivre cette piste en associant l'opinion au travail de la justice constitutionnelle, au moyen de jurys constitutionnels tirés au sort. Pierre Brunet analyse les propositions – exotiques, vues de France, mais intéressantes – de Horacio Spector et Eric Gosh, mettant en évidence leurs faiblesses.

2^o La deuxième voie, plus évidente, consiste à sortir purement et simplement de la difficulté contre-majoritaire, en assumant l'objection sur laquelle elle repose : oui, le juge est bien un obstacle à la démocratie ; mais cet obstacle est légitime, car il y a des valeurs plus élevées que la démocratie, qui doivent être défendues contre elle : la protection de la minorité contre la majorité (suivant l'antienne libérale : tout pouvoir trop grand est mauvais, qu'il repose dans les mains d'un seul, de quelques-uns ou de tous, la tyrannie de la majorité n'étant pas moins détestable que la tyrannie d'un seul), ou la protection des droits fondamentaux de l'individu contre les pouvoirs.

III

Un troisième problème important est celui des moyens : étant admis qu'il faut protéger la Constitution, pourquoi serait-ce à un organe juridictionnel dédié de le faire ? Certes, on peut noter avec Kelsen, cité par Véronique Champeil-Desplats, qu'il est plus logique de confier la protection de la Constitution à un tiers impartial, soit un juge constitutionnel distinct, qu'à un acteur du jeu constitutionnel, comme le Chef de l'État, car ce dernier se trouverait alors en position de juge et partie. Mais par-delà cette évidence, la confiance spontanée qu'inspire le juge pour assurer une telle mission s'explique sans doute aussi par la procédure rassurante propre aux juridictions (collégialité, procédure contradictoire, motivation), et plus généralement par la sagesse qu'on prête intuitivement aux juges. Le juge, note Véronique Champeil-Desplats¹⁹, dans l'imaginaire collectif, est un sage ; il connaît le monde social et l'opinion publique, il cultive le recul par rapport aux passions politiques,

¹⁸ J. BOUDON, « Le constitutionnalisme populaire aux États-Unis à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle », p. 149-158.

¹⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Garantir les droits et libertés constitutionnels a-t-il un sens ? », p. 85.

il a le sens de la justice et du consensus, etc. Cette image avantageuse est entretenue par les intéressés, avec une emphase parfois déconcertante – Guillaume Tusseau cite les propos d’Aharon Barak, ancien Président de la Cour Suprême israélienne, pour qui

juger n’est pas seulement un métier, mais un mode de vie. C’est un mode de vie qui n’inclut ni la recherche de la richesse matérielle ni la publicité ; c’est un mode de vie fondé sur la richesse spirituelle ; c’est un mode de vie qui implique une quête objective et impartiale de la vérité²⁰.

Les débats américains, étudiés par Julien Boudon et Quentin Epron, offrent pourtant de sérieuses raisons de mettre en question ce privilège naturel du juge pour protéger la constitution. Quentin Epron fait ainsi le point sur les thèses du « départementalisme américain » (terme issu du livre d’Edward S. Corfin paru en 1938, *Court over Constitution*), courant qui défend l’idée suivante : chacune des trois branches du pouvoir ayant fait le serment de mettre en œuvre la constitution, chacune a vocation, à ce titre, à l’interpréter et à faire valoir son point de vue contre les autres. Dans ces conditions, il n’y a pas de raison pour que l’organe juridictionnel soit l’interprète par excellence de la constitution.

Les thèses départementalistes dans l’histoire constitutionnelle américaine partent de ce présupposé : l’interprétation de la Constitution n’a pas à être le fait ou le privilège d’une seule des trois branches, mais elle doit être au contraire partagée entre elles²¹.

Ce sera la ligne d’Andrew Jackson en 1832 :

Le Congrès, l’Exécutif et la Cour doivent chacun pour soi être guidés par leur propre opinion de la Constitution. Tout agent du gouvernement qui prête serment de soutenir la Constitution, jure qu’il la soutiendra telle qu’il la comprend, et non telle qu’elle est comprise par d’autres. C’est tout autant le devoir de la chambre des représentants, du Sénat et du Président de décider de la constitutionnalité d’un projet de loi ou d’une résolution lorsqu’il leur est présenté pour être adopté, que des juges de la Cour suprême lorsqu’il leur est soumis pour rendre une décision de justice²².

C’est un droit, et même un devoir, pour chacune des branches, de tenir à l’interprétation qu’elle croit juste, et de l’opposer aux autres afin de protéger la constitution ; sans quoi il n’y aurait plus de séparation des pouvoirs puisque l’une des branches, se présentant comme l’interprète suprême, dominerait les autres et pourrait leur imposer ses ingérences. « L’opinion qui donne aux juges le droit de décider quelles lois sont constitutionnelles, lesquelles ne le sont pas, non seulement pour eux-mêmes dans leur propre domaine d’action, mais également pour la Législature et l’Exécutif, dans leurs propres sphères, ferait du pouvoir judiciaire une branche despotique », conclut Jefferson²³.

²⁰ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 203.

²¹ Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 163.

²² Message du 10 juillet 1832, cité par Q. EPRON, p. 164.

²³ Lettre de Jefferson à Abigail Adams, épouse de John Adams, cité par Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 164.

Toute la difficulté, cependant, est de savoir comment sortir d'un conflit : si les branches sont à égalité et qu'aucune ne veut plier, on ne voit pas d'issue possible. C'est pourquoi Hamilton jugeait indispensable en dernière analyse que le pouvoir du dernier mot réside dans une branche, en l'occurrence la Cour suprême, conformément à la volonté du Constituant de 1787. La doctrine départementaliste, elle, paraît ne pas résoudre la difficulté, « la possibilité qu'il y ait des conflits [étant] laissée à l'appréciation des acteurs de la Constitution, au mouvement spontané de la politique et à son indétermination²⁴ ».

Le détour par ces débats permet de rappeler que protéger la Constitution consiste aussi, et avant tout, à protéger la distribution des pouvoirs décidée par le constituant – question sur laquelle revient Gilles Marmasse à travers une comparaison entre les conceptions de Montesquieu et Hegel sur la division des pouvoirs –, et à empêcher un pouvoir constitué d'aller au-delà des bornes que lui a fixées la Constitution. Historiquement, n'est-ce pas la première finalité du contrôle de constitutionnalité ? « Une constitution consistant essentiellement en une répartition des pouvoirs, l'idée de protéger celle-ci revient d'abord et avant tout à garantir la séparation des pouvoirs », écrit Arnaud Le Pillouer²⁵. Tel était l'objectif du jury constitutionnaire de Sieyès, des projets de conventions périodiques des révolutionnaires français, ou de Madison dans la série des *Fédéralistes* n° 48 à 51, où il conclut que le meilleur rempart de la séparation des pouvoirs consiste à « aménager la structure intérieure du gouvernement de façon à ce que ses différentes parties constitutives puissent, par leurs relations mutuelles, avoir les moyens de maintenir chacune d'entre elles à sa place propre²⁶ ».

Le débat sur le meilleur moyen de protéger la Constitution – par le juge ou par tous les organes constitués – est-il donc susceptible d'une réponse définitive, qui refermerait la controverse ? Il est possible que toutes les spéculations abstraites sur le sujet n'aient qu'un intérêt limité, suggère Guillaume Tusseau, en suivant une objection d'Adrian Vermeule. Peut-être n'y a-t-il pas de solution abstraite idéale, valable universellement, mais seulement des institutions concrètes, à étudier cas par cas.

L'ampleur et la richesse des débats de philosophie politique et juridique démontrent à l'envi qu'aucune discussion théorique et abstraite ne peut offrir de preuve définitive et générale en faveur de la supériorité des juges ou de celles des législateurs [...] Une pure enquête conceptuelle et générale semble inappropriée [...] Elle doit nécessairement être complétée par une enquête de type empirique²⁷.

*
**

Protection de la constitution contre les révisions, problème démocratique du contrôle de constitutionnalité, vocation des cours constitutionnelles à assurer la protection de la constitution : voilà trois questions sur lesquelles les contributions

²⁴ Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 164.

²⁵ A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 8.

²⁶ *Le Fédéraliste*, n° 51, cité par Q. EPRON, « Comment comprendre le départementalisme américain ? », p. 163.

²⁷ G. TUSSEAU, « Pour une approche empiriste de la difficulté contre-majoritaire : un triple appel à la prudence », p. 195.

de ce volume offrent un éclairage très stimulant. Elles ne sont pas les seules ; les amateurs de théorie du droit, par exemple, se reporteront avec profit aux remarques de Véronique Champeil-Desplats et Guillaume Tusseau, et surtout à la riche présentation par Thomas Hochmann des thèses d'Adolf Merkl sur la prise en compte des défauts des normes (*Fehlerkalkül*), complément théorique censé corriger un point faible de la conception kelsénienne.

Un grand mérite du volume apparaît alors : sa diversité d'approches, à la fois théoriques, voire philosophiques, et pratiques, ou du moins concrètes (voir l'étude de Mauro Barberis sur les vicissitudes de la protection de la constitution à l'ère du danger terroriste²⁸). De même, les points de vue sont aussi bien français (voir l'analyse par Jean-François Lafaix de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence administrative française²⁹) qu'étrangers, avec des aperçus instructifs sur les débats italiens (Isabelle Boucobza, Véronique Champeil-Desplats) et américains (Guillaume Tusseau, Pierre Brunet), qui permettent au lecteur de monter en généralité et d'avoir une vision large et complète des problèmes. Ce volume captivant remplit ainsi parfaitement les deux buts qu'il se propose : l'un, enrichir la connaissance du lecteur sur le problème de la protection de la constitution ; l'autre, malicieusement indiqué par l'organisateur du colloque dans son introduction, inspirer au lecteur « le sentiment d'être davantage saisi par le doute à la fin de ce volume qu'en l'entamant³⁰ ».

Bernard Quiriny

Professeur de droit public à l'Université de Bourgogne (CREDESPO).

²⁸ M. BARBERIS, « Défendre la Constitution : liberté, sûreté, sécurité », p. 93-104.

²⁹ J.-F. LAFaix, « Le juge administratif et la séparation des pouvoirs », p. 17-34.

³⁰ A. LE PILLOUER, « Introduction », p. 12.