

La dimension prioritaire de la question de constitutionnalité : l'État en quête de « reconnaissance positive »

Heureux hasard, la priorité est souvent illustrée dans les dictionnaires par une règle de *circulation* : la priorité à droite, la priorité de celui qui monte etc. Cependant, la priorité donnée à la question de constitutionnalité -dans l'étude de sa transmission- peine à confirmer l'image de la circulation automobile. La priorité constitue-t-elle le clignotant -ou le gyrophare- du véhicule contentieux nécessaire pour se décaler légitimement sur la gauche vers la voie rapide¹ ou bien la droite vers la voie d'urgence ? Les voies contentieuses sont elles vraiment parallèles ? Y en a-t-il seulement deux ? Constitutionnalité et conventionnalité, ou bien une troisième viendrait-elle s'ajouter : la voie du droit de l'Union ? La priorité est-elle offerte au contentieux qui grimpe davantage vers le(s) pic(s) de la pyramide des normes ? Quoi qu'il en soit, les risques de collusion ont vite été analysés par les juges : concomitance des deux clignotants -à tout moment/instant pour le droit de l'Union²-, rabattement dangereux sur une même voix -équivalence des droits protégés-, et tout cela pour la sécurité du piéton, prioritaire sur son passage...

L'aspect prioritaire de la question de constitutionnalité n'est pas œuvre du constituant, en effet l'article 61-1 issu de la révision constitutionnelle de 2008 n'en donne pas mention. C'est un ajout apparu comme nécessaire aux parlementaires lors de l'élaboration de la loi organique du 10 décembre 2009 insérant l'article 23-2 alinéa 5 dans l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Cependant, l'application de cette exigence procédurale s'avère largement conditionnée par un équilibre préexistant, fruit de longues années de jurisprudences mêlées. Ainsi, le résultat recherché par le législateur organique est loin d'être obtenu. Cela pose la question du choix de la priorité à côté des refus, par exemple de rendre le moyen d'ordre public, ou de « laisser au Parlement un délai de deux ans pour procéder à l'examen des lois antérieures à la réforme proposée et dont la constitutionnalité apparaîtrait douteuse » ce que le comité Vedel suggérait en 1993...

L'insertion de la priorité de la question de constitutionnalité lue à la lumière des discours de « justification »³ apparaît comme une démarche politique qui exprime une angoisse de type juridique. L'État monade jusque là isolé, souverain, nation, reconnaît une concurrence et souhaite alors établir une « priorité étatique », « nationale » dans la bouche du politique. Quelle est donc cette peur qui nourrit cette crispation ?

Le plus froid des monstres froids, ignore habituellement ses « concurrents ». La question de constitutionnalité dite prioritaire exprime aux citoyens soit un aveu : l'État reconnaît un concurrent, soit une audace sous forme de défi : affirmer que le respect de la norme nationale du plus haut rang,

-
- 1 Voir l'interview de Guy Carcassonne le 30 Juin 2010 publiée sur le site toute.l'europa.eu dans la rubrique « sécurité justice » et intitulée « le risque que le Conseil Constitutionnel puisse avoir une opinion différente de la CJUE est inexistant » notamment « on a aménagé en droit français « une voie rapide, une autoroute » pour la question de constitutionnalité mais elle laisse absolument subsister la voie normale pour la question de conventionnalité ».
 - 2 « de saisir, à tout moment de la procédure (...) la Cour de toute question préjudicielle » dans l'arrêt de la CJUE rendu en grande chambre le 22 Juin 2010 sur les affaires jointes C-188/10 et C-189/10 et « de poser à tout instant (...) la question préjudicielle » dans l'arrêt du Conseil d'Etat 312305 du 14 mai 2010. Quant au Conseil constitutionnel il évoque dans la décision 2010-605 du 12 mai 2010 la possibilité « que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige » cependant, à propos de la faculté ou l'obligation de saisir la CJUE il ne fixe pas d'élément chronologique.
 - 3 Voir par exemple le discours du Président de la République le 1er Mars 2010 tenu à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la constitution, ainsi que le discours de Hubert Haenel, membre du Conseil constitutionnel prononcé le 7 février 2011 lors d'une journée de travail à la Cour de Justice de l'Union européenne.

la constitution, mérite un examen « en premier »⁴, « prioritaire ».

Quoi qu'on en dise, cet empressement, justifié d'un point de vue « sanitaire », ou « d'hygiène juridique », puisque la QPC est davantage efficace que le contrôle de conventionnalité pour balayer les tables de la Loi de toute poussière liberticide, ne peut avoir d'autre but, lorsqu'il s'agit de nommer en conséquence la procédure, « d'affichage ou de publicité »⁵.

Il ne paraît pas anodin que le contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois ne s'impose en France qu'aujourd'hui après quelques tentatives infructueuses. En effet, la période actuelle de densification du projet européen dans la sphère citoyenne avec la valeur juridique advenue de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art 6-2, TUE consolidé), période largement occupée par les rapports de système, l'obsession de connaître la norme jouissant de la primauté appelait une réaction de l'État.

Nous voyons quatre types de concurrence reconnue implicitement par la « prioritarisation » de la question de constitutionnalité. A travers la reconnaissance de ces concurrences, l'État va concomitamment sortir de son « sommeil dogmatique » (I) et entrer dans l'ère inter-subjective (II). Chemin faisant, il sera intéressant de visiter à nouveau les différentes définitions de l'État.

I- La sortie de l'État de son « sommeil dogmatique »

A l'image d'Emmanuel Kant, ébranlé dans son dogmatisme casanier par la lecture de l'œuvre de Hume, l'État, longtemps enfermé dans son importance, semble connaître ses premiers « bougés »⁶ empiriques. Par ses représentants il va admettre dans l'aveu « prioritariste » l'existence d'un autre droit porteur d'une concurrence normative (A) fille/mère d'une concurrence personnelle (B) difficilement avouable.

A- La concurrence normative avouée

Il faut comprendre cette concurrence en admettant que le droit est un facteur de reconnaissance (1) et d'imputation. En obéissant au droit les citoyens font vivre l'organe qui garantit son application. Pour connaître une unité, la personne juridique recherche l'unification du droit autour d'une norme fondamentale, son statut, sa constitution : l'État s'affirme en affirmant sa constitution (2).

1) Le droit facteur de reconnaissance

La portée constitutive de la reconnaissance du droit a été admirablement mise en verbe par le Professeur Carlos-Miguel Pimentel. Pour l'auteur en effet, « ce qui constitue le droit, c'est le fait qu'il soit reconnu par les sujets qu'il régit » et par ailleurs « l'État n'est pas l'État parce qu'il est obéi : il n'est obéi que parce qu'il est collectivement reconnu »⁷. En liant ces deux propositions, la nécessité pour l'État d'être reconnu à travers son droit s'avère cruciale. Cet enjeu est bien compris à travers l'instauration de la QPC. Dans son discours du 1er Mars 2010 le Président de la République explique « remettre [la constitution] au cœur des procédures juridictionnelles, c'est contribuer à la

4 Formulation un temps proposée dans les débats au Sénat précédant l'adoption de la loi organique.

5 Pierre-Yves Gadhoun, « Repenser la priorité », RDP, 20 Octobre 2010, n°6, p. 1709 et suivants.

6 Terme utilisé par François Ost et Michel Van de Kerchove à propos de la déstabilisation du paradigme normatif pyramidal dans leur ouvrage désormais classique « de la pyramide au réseau ? » de 2002 publié par les Publications des Faculté universitaires Saint Louis Bruxelles.

7 Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », Jus politicum, n°1, 2008, *Le droit politique*. Revue internationale de droit politique www.juspoliticum.com

refondation du pacte républicain ». Ce pacte républicain prend alors les traits du pacte social, du contrat social, précisément ceux du *pactum subjectionis* par lequel le peuple, uni par le *pactum societatis*, décide de se soumettre à la volonté du législateur, le *ruler*, le léviathan.

A la lecture de l'article 2 de la DDHC selon lequel « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. » Il apparaît nécessaire de fournir le moyen à l'homme/citoyen de rappeler le but de l'association politique, fruit du pacte, et ainsi faire respecter ses droits. C'est l'objet de la QPC.

Nous retrouvons alors le mouvement de la *démocratie continue*, le droit mis en mouvement, le droit mouvant, contestable devant le juge au moment de son application. Ce qui permet finalement de renouveler l'alliance faite entre les hommes et leur gouvernement et de vérifier son respect à chaque fois qu'un doute légitime existe, -d'où l'intérêt des conditions de la QPC et du filtre-.

On pourrait donc justifier la priorité de la question de constitutionnalité par le biais démocratique et socio-contractuel. Est prioritaire l'étude de la question de conformité qui met en cause l'atteinte aux droits que le peuple s'est choisis lui-même par rapport aux droits, fussent-ils de même nature, choisis à travers leurs représentants ou par la voie constituante *dérivée* lorsqu'elle a pour objet la ratification d'une convention après 1958.

C'est d'ailleurs dans ce sens qu'est définie la Constitution dans le discours précité du Président de la République : « La constitution, c'est aussi le socle des valeurs fondamentales dans lequel chacun peut et doit se reconnaître ».

Cependant, il y a un effet boomerang à cette recherche : l'amplification de l'imputation. La QPC, c'est la création du « recours contre l'excès de pouvoir législatif », formule du Professeur Hauriou. Nous savons que le législateur national est responsable de sa production à l'aune du droit communautaire, également au regard de la Cour de Strasbourg. Désormais le Conseil constitutionnel sera cet *éphorat* tant loué par Fichte chargé de « contrôler continuellement la conduite de la puissance publique »⁸.

Un parallèle intéressant s'offre à nous : l'imputabilité. Notion pénale, l'imputabilité se définit comme l'aptitude d'une personne à assumer les conséquences pénales découlant de la commission d'une infraction. Avec la QPC, l'État législateur se rend responsable et devient apte à assumer les conséquences juridiques découlant de la commission d'une *violation*⁹ de la constitution. De même que le Conseil d'État venant sanctionner l'Administration agissant en dehors du cadre légal, le Conseil constitutionnel peut venir épingle la représentation nationale pour sa production normative. Les causes d'irresponsabilité sont classiquement, la contrainte et la force majeure. S'agissant de la contrainte pourrait on en voir la marque lors de la transposition d'une norme de l'Union européenne ? Quant à la force majeure, son idée n'est-elle pas transposée dans l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 ?

En termes ricoeurien, le don constitutionnel, main tendue au citoyen implique une reconnaissance appelée *gratitude* à l'égard de l'État, celle-ci étant jusqu'alors impossible par l'invisibilité¹⁰ réciproque des deux figures politiques. Le citoyen reconnaît l'État à travers la procédure offerte pour mobiliser la norme qui représente son unité : la Constitution. Il est crucial alors que celle-ci soit affirmée comme suprême.

8 Paul Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, L'harmattan, Coll « ouverture philosophique », 2005, p.63

9 Cf Florian Savonitto, *Les discours constitutionnels sur la « violation de la Constitution » sous la Vème République*, thèse soutenue publiquement le 14 mai 2011 à Montpellier.

10 Axel Honneth, « visibilité et invisibilité : sur l'épistémologie de la « reconnaissance », *Revue du MAUSS*, 2004/1, n°23, p. 137-151.

2) Le maintien de soi étatique par l'affirmation de la Constitution

Pour Kelsen, rappelons-le, l'État est la « personnification de l'ordre juridique »¹¹, il est « un ordre juridique relativement centralisé »¹². La déconstruction du dualisme droit/État a pour conséquence de dissoudre la notion d'État de droit mais aussi de supposer l'unité de l'État puisqu'il est le point focal de l'imputation des actes étatiques. Il s'agit donc d'un postulat mais c'est sur le plan normatif que Kelsen va fonder l'unité de l'ordre juridique, c'est l'objet même de la hiérarchisation des normes. Partant, l'unité se fait par le sommet, d'où l'importance de la Constitution.

Cependant, la hiérarchie des normes ne connaît pas d'ascenseur direct d'un échelon à l'autre. La fameuse théorie de la Loi écran est bien la preuve du contraire : on ne contourne pas un étage de la pyramide. L'aspect prioritaire de la question de constitutionnalité donne l'impression de contourner un échelon : le droit international, placé classiquement entre la Constitution « qui autorise les pouvoirs publics à signer et ratifier des accords internationaux et qui donne à ces derniers une force supérieure à la loi »¹³ et cette dernière.

Comment le justifier ? La fondamentalité¹⁴ des droits en cause ne semble pas conditionnée par leur source fût-elle nationale ou internationale. Est-il possible de soutenir que la pyramide des normes n'est pas identique dès lors qu'il s'agit des libertés fondamentales ? D'ailleurs, Kelsen, n'envisageant point le contenu des normes, peut-on appliquer son modèle pyramidal s'agissant des droits subjectifs ? A bien réfléchir, rendre prioritaire la question de constitutionnalité c'est finalement placer le droit international et européen au dessus de la Constitution en termes de droits fondamentaux puisqu'il s'agira du dernier recours.

Il y a un certain paradoxe à affirmer la « place, au sommet de *l'ordre juridique interne*, de la Constitution française »¹⁵ lorsqu'elle institue elle même le monisme et que certaines normes du droit de l'Union viennent à s'appliquer directement sur le territoire des Etats membres sans contrôle de conformité.

La priorité proclamée de la question de constitutionnalité nous semble renforcer le « soi » étatique en ce qu'elle affirme la constitution comme règle intangible placée au dessus de la loi politicienne. La constitution rappelle alors la continuité de l'État. L'empire de la constitution sur la vie politique du pays devient la mise en scène d'un État qui prend à nouveau le contrôle, au moins aux yeux du citoyen, de sa production normative.

Il est fait référence ici, volontairement au pronom réfléchi « soi »¹⁶ et non personnel « je » car en effet cette affirmation se fait « à l'aide de », et non « au détriment de ». Les représentants de l'État attendent que les justiciables se saisissent de cet outil qui permet en retour à l'État de faire la démonstration de son autodiscipline (voir infra II-A-2§).

Il reste que la volonté du constituant de 1958 mobilisée fortement par le biais du recours à la loi

11 Hans Kelsen « L'essence de l'Etat », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 17, 1990, *La pensée politique de Hans Kelsen*, sous la direction de Simone GOYARD-FABRE, p. 25

12 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., réédition 1999, p. 281.

13 discours de Hubert Haenel, membre du Conseil constitutionnel prononcé le 7 février 2011 lors d'une journée de travail à la Cour de Justice de l'Union européenne

14 Expression d'Etienne Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, p.6

15 DC n° 2004-505 du 19 Novembre 2004 et DC n°2007-560 du 20 Décembre 2007

16 Cf Yves-Charles Zarka, Editorial, « L'odyssée interminable de soi à soi », *Cités* 2008/1, n° 33, PUF, « le soi est toujours à distance de lui-même, jamais chez soi, toujours en quelque manière étranger à soi, c'est pourquoi la question de l'altérité est centrale et que la reconnaissance de l'altérité doit trouver une alternative à la violence : ce que Ricoeur appelle la mutualité », p. 4.

fondamentale doit être actualisée par le juge constitutionnel. Le Conseil a la tâche d'éclipser l'épée de Damoclès supranationale qui surplombe notre législation, au profit du texte fondamental national trop longtemps maintenu dans l'ombre. Cette épée est tenue par des personnes de droit public.

B- La concurrence personnelle inavouable

Si la co-existence de personnes morales de droit public -même non étatique- n'est pas nouvelle, l'État, conceptuellement endormi, semble ressentir une présence qui l'affecte dans son isolement idéal (1). Désormais, une tâche s'impose à lui, et pas des moindres, l'apprentissage de l'horizontalité (2).

1) La fin de l'isolement de l'Etat

Paradigme indéboulonnable de la scène internationale, l'État semble chahuté à l'externe comme à l'interne par des personnes morales de droit public.

Au niveau externe, l'article 47 du TUE stipule « L'Union a la personnalité juridique », cet article lapidaire intégré au titre VI « dispositions finales » par le Traité de Lisbonne reprend strictement la formule prévue en 2004 par le TECE dans son article I-6. D'un impact juridique faible, l'article avait pourtant bien fait couler l'encre en son temps. En effet, comme foule d'autres articles en 2004 rien de nouveau sous le soleil, mais une inscription formelle qui fascine et inquiète.

Notons que le Traité UE évoque la personnalité juridique de l'Union et non sa personnalité morale de droit public. Ce qui nous laisse penser qu'il s'agit bien d'une personne morale de droit public¹⁷ c'est la nature des compétences qui lui sont transférées -et non pas déléguées- mais aussi l'invocation d'une « mission » (Article 4-3 §3 TUE) et l'existence de deux substratum -par superposition à l'État comme les collectivités territoriales au demeurant- l'un réel, un territoire, l'autre personnel, la population fixée sur ce territoire.

Au niveau interne, les collectivités territoriales s'affirment, l'article 72 de la constitution pose le principe de leur libre administration. Parmi ces collectivités il faut noter le cas particulier de la Région. Création méditerranéenne, la Région n'a cessé depuis 1982 de se renforcer, hissant d'ailleurs ses présidents à l'altitude nationale, Ségolène Royal, Jean-Pierre Raffarin...

Complice de l'Union, dont elle reçoit une reconnaissance particulière, à travers le FEDER¹⁸ notamment, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'accentuation de la décentralisation dans les États unitaires membres de l'Union comme l'Espagne et l'Italie, la Région avait été pensée stratégiquement au cours du premier septennat du Président Mitterrand comme l'occasion de scrutins locaux dans lesquels la gauche, peinant à s'affirmer nationalement, pourrait se voir octroyer quelques pouvoirs. Cela n'a pas manqué, aujourd'hui encore une seule Région est présidée par une personnalité de la même sensibilité que la majorité en place.

Cette reproduction d'un schéma concurrentiel, à l'externe et à l'interne ne laisse pas indifférente la communauté des juristes y voyant un parallèle, facile mais tentant, avec la condition d'affirmation de l'État, monarchique à l'époque, contre les empires, séculier et religieux à l'externe, et les seigneurs à l'interne.

17 Bien que dans la liste des personnes morales de droit public fixée en 1932 par Léon Michoud aucune place ne figure pour une structure supra-étatique, ni avant ni après l'État. Cf Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Tome premier, LGDJ, 1932, p. 268

18 Ainsi que le FSE (fond social européen). Selon le site officiel du FSE en France : « En France, plus de 5 milliards d'euros pourront être investis par le FSE entre 2007 et 2013, dont près de 83% pour l'objectif « Compétitivité régionale et emploi » dédié aux 22 régions de la France métropolitaine ».

Cependant, bien que l'Union se soit dotée d'un, voire plusieurs numéros de téléphone¹⁹ à travers le Président du Conseil européen, le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité -peut être moins influent que le Président de la commission- ; bien que la Région aille grandissant, il est difficile de croire que l'État soit en danger.

La question se pose alors de son statut particulier. L'État : «institution des institutions» selon Hauriou, « la plus haute des communautés »²⁰ selon Michoud le demeure-t-il ?

Pour Léon Michoud, grand prêtre de la personnalité morale, « la souveraineté n'est pas la caractéristique essentielle de l'État. Cette caractéristique, c'est le droit de commander qui forme du reste le contenu positif de la souveraineté, mais qui ne constitue la souveraineté elle-même que lorsqu'il est réuni au droit de n'être commandé par personne »²¹. Il rajoute un peu plus loin « tous ces droits extérieurs [conservation, indépendance, égalité, commerce international] peuvent d'ailleurs se ramener à un seul, qui est le droit au respect de la personnalité de l'État, et par conséquent au respect des droits d'imperium qui lui appartiennent »²² et l'auteur d'asséner « le droit général de puissance publique est donc pour l'État ce qu'est pour l'individu le droit général de liberté »²³.

Pour Jellinek, maître de Kelsen, « la caractéristique essentielle de l'État est l'existence d'un pouvoir étatique. Mais le pouvoir étatique est un pouvoir de commander qui n'est pas dérivé d'une autre autorité (...). Toutes les fois qu'une communauté peut exercer sa domination, conformément à un ordre qui lui est propre en vertu d'un pouvoir originaire et par des moyens de contrainte originaires aussi, cette communauté est un État »²⁴.

Quelle importance du droit de commander, et de dominer ! Ce n'est pas sans rappeler la définition wébérienne de l'État comme institution politique revendiquant avec succès « le monopole de la contrainte physique légitime »²⁵ ainsi que l'article 4-2 du TUE ainsi formulé « Elle [l'Union] respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

C'est de cette représentation dont l'État semble vouloir s'émanciper avec insistance à travers la QPC, nous y reviendrons.

Il semble intéressant de relever l'aspect originaire caractéristique du pouvoir de l'État selon Jellinek. En effet selon Michoud encore « c'est l'État qui règle à son gré la part de puissance publique dont il leur [aux collectivités territoriales] abandonne l'exercice »²⁶. Cette assertion se confirme pour les collectivités territoriales, bien que la difficulté de réformer le département comme le suggérait le rapport Attali illustre bien l'impuissance de l'État à reprendre ce qu'il a concédé, donné, transféré.

19 Référence à la question de Henri Kissinger secrétaire d'Etat américain de 1973 à 1977.

20 Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Tome premier, LGDJ, 1932, p. 269

21 Ibid, Tome second, LGDJ, 1924, p. 60

22 Ibidem p. 67

23 Ibidem p. 72

24 Georg Jellinek, *L'État moderne et son droit, Deuxième partie Théorie juridique de l'État*, 1913, Editions Panthéon Assas, Collection « Les introuvables », 2005, p. 147 et 148.

25 Cette définition souvent citée est issue de la conférence *Politik als Beruf* mais François Chazel explique dans son article « Communauté politique, Etat et droit dans la sociologie wébérienne : grandeur et limites de l'entreprise », *L'Année sociologique* 2009/2 (Vol. 59), pp 275-301, « il convient de rappeler que cette même conférence comporte une définition plus complète de l'État insistant non seulement sur le monopole mais aussi sur son caractère institutionnel et enfin -ce qui en fait l'originalité- sur la « réunion dans les mains des dirigeants des moyens matériels de gestion » », note de bas de page 17, p. 294.

26 Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Tome premier, LGDJ, 1932, p.270

Mais s'agissant de l'Union, à moins de se retirer, il semble bien aventureux d'envisager la récupération de l'exercice d'une compétence transférée.

Dès lors, l'État rencontre un alter ego, il doit apprendre l'horizontalité comme le sous entend d'ailleurs le TUE dans son article 4-3 « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent **mutuellement** dans l'accomplissement des missions découlant des traités».

2) L'apprentissage de l'horizontalité

L'horizontalité est un projet difficile pour un État unitaire à tradition jacobine et légicentriste tel que la France. L'horizontalité sur la scène internationale, c'est l'égalité entre États, décrétée mais loin d'être obtenue en fait-comme pour les hommes-. De leur côté, les États fédéraux, du type Allemagne, ont beaucoup moins de réticence à l'égard des rapports de non domination, en effet, la répartition des compétences qui les caractérise leur apprend la confiance mutuelle, la coexistence normative... S'agissant du rapport à l'Union européenne il n'y a qu'à comparer les clauses d'intégration de ces deux pays, la France et l'Allemagne, pour constater le gouffre de sens qui sépare les deux textes lorsqu'ils expriment la participation de l'État à l'Union²⁷, à croire qu'ils ne font pas partie du même collectif d'États.

Olivier Beaud s'est penché sur cette difficulté française dans un fameux article intitulé : « Fédéralisme et fédération en France, histoire d'un concept impossible ? »²⁸. L'auteur nous rappelle les échecs de la pensée fédéraliste en France et la réussite concurrente de la pensée de la décentralisation et partant du centralisme. L'État est au centre et il distribue les compétences. Difficile, dès lors, de s'extirper du raisonnement vertical, ou stato-centré.

C'est d'ailleurs ce qu'illustre le discours du Président de la République le 1er Mars 2010 lorsqu'il évoque parmi les buts de la réforme : la « renationalisation de certains contentieux ». L'État, collectivité nationale organisée, personnification de la Nation²⁹, cherche à faire vivre le contentieux des libertés en son sein, à le récupérer et à le rendre prioritaire.

L'autre tropisme français qui complique l'approche horizontale des rapports entre « personnes juridiques publiques » c'est l'universalisme. De la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, au Code civil des français en 1804 devenu Code Napoléon en 1807, la France porteuse des Lumières pratique le langage universel à la nuance, peut-être, qu'elle voudrait en être la source et ne pas subir un universalisme. Tant et si bien que le Président de la République le 1er Mars 2010 qualifie d'« incompréhensible la situation (...) qui voulait que soit consacré, depuis 1981, un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme alors que dans le même temps, le citoyen était tenu à l'écart du prétoire du Conseil constitutionnel » et regrette que celle ci puisse aboutir « parfois à ce que les litiges, au lieu d'être purgés en France, donnent lieu à des condamnations de la France par la Cour européenne. Beau résultat ! ». Pas étonnant, dès lors, que le Président dans la foulée veuille saluer « le choix qui a été fait par le législateur organique d'imposer que soit examiné par priorité, (...) le moyen de constitutionnalité, lorsqu'une contestation est également soulevée sur le terrain du droit international. »

Ces arguments, aux accents de souverainisme juridique, empruntent le ton d'une « révolution juridique » attendue, qui « renouvelle les termes du dialogue des juges et qui permet de

27 Voir l'article 88-1 de la constitution du 4 octobre 1958 et l'article 23 de la Loi fondamentale de Bonn

28 Olivier Beaud, « Fédéralisme et fédération en France. Histoire d'un concept impossible ? », *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Varia, Nouvelle série n°3, PUS, 1999.

29 Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Rééd., Dalloz, 2003, p. 14-15.

l'approfondir ». Les vœux présidentiels paraissent sincères : « la constitution (...) trouve désormais la place qu'elle aurait toujours dû avoir », « la Cour européenne des droits de l'homme (...) aura à cœur de prendre en compte les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ». Mais à l'étude de la conséquence recherchée et affirmée : « notre État de droit y gagnera », il y a tout de même un parti pris. En quoi l'État de droit serait-il mieux obtenu par la confrontation d'une norme nationale à une autre norme nationale ? Si finalement un des enjeux de la procédure est d'éviter la confusion entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité pourquoi instituer une priorité ? Il s'agit là d'une concurrence normative.

Dans le même temps que ces concurrences subies, il y a en revanche une bonne nouvelle. L'État entre pleinement dans l'ère intersubjective. Il semble prendre conscience de l'importance d'un lien de droit nourri et non réductible à l'autorité.

II- L'entrée de l'État dans « l'ère intersubjective »

L'intersubjectivisme c'est une dynamique qui est dans l'air du temps³⁰, et participe de la remise en question du cogito cartésien. Ce mouvement global a été introduit dans le raisonnement juridique par François Ost et Michel Van de Kerchove³¹, entre autres. Cette impulsion consiste notamment à considérer les liens et les interactions comme objet d'étude, à part entière, et à leur rendre leur importance dans l'analyse d'une unité. Par exemple, au lieu d'étudier seulement les caractéristiques d'une espèce végétale pour la distinguer des autres on va aussi considérer son interaction au reste de l'éco-système. Cette approche peut aboutir à l'idée selon laquelle, les rapports entretenus par le sujet aux autres sujets le définissent en partie. Sans dissoudre l'unité dans un déterminisme elle rappelle l'importance des liens pressentis comme cruciaux dans l'impression de mondialisation, et la cause écologique. L'interdépendance est un fait qu'il convient de prendre en compte.

Pour l'État cela se traduit dans la sortie de son isolement (cf supra) mais aussi dans la conscience de la nécessité d'être reconnu autrement que comme un centre produisant la domination. La QPC est l'occasion pour l'État de renforcer le lien de droit sur le champ d'une légitimité post-démocratique concurrentielle : les droits fondamentaux; et de s'affirmer ainsi comme personne juridique distributrice de droits et par là d'asseoir sa souveraineté, c'est à dire sa capacité à rendre cohérent son ordre juridique de façon autonome.

A- La capacité revendiquée

La face cachée du « don » de la QPC -si tant est qu'un don puisse se présenter comme prioritaire à un autre- ce pourrait être pour l'État l'affirmation de sa capacité à demeurer la personne publique capable de séduire ses sujets au delà de l'offre démocratique mais aussi sa capacité, ou son désir, d'assurer lui-même la cohérence de l'ordre juridique qu'il incarne.

1) La séduction

Il est difficile de ne pas constater aujourd'hui que la séduction démocratique n'opère plus. Entre l'éternelle crise de la représentation, exprimée à travers l'abstention massive, et la faible marge de

30 Paul Ricoeur, *Soi même comme un autre*, éd. Du Seuil, coll. « Points », série « Essais », 1990, 428 p., Yves-Charles Zarka, *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, 2000, Collection « Le grenier à sel », 136 p. Satish Kumar, *Tu es donc je suis, une déclaration de dépendance*, Belfond, 2011, 358p.

31 François Ost Michel et Van de Kerchove., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597p.

manœuvre du politique il devient compliqué de croire en une action publique forte s'appuyant sur les urnes. En revanche, la demande et la revendication de droits ne cesse d'augmenter.

La QPC est l'outil rêvé pour réinstaurer un lien de confiance et de légitimité entre le citoyen et l'État.

Selon Yves-Charles Zarka « l'invention du sujet de droit est liée à une première formulation de l'intersubjectivité juridique »³². Pour l'auteur « la promotion moderne de l'homme comme sujet de droit (...) ne peut se faire que par la mise en évidence du caractère irréductiblement moral du sujet de droit, ainsi que la nécessaire réciprocité que celui-ci doit entretenir avec les autres sujets »³³.

En se rendant visibles, les deux personnes juridiques qui nous occupent se font exister. Il y a cependant un défaut à cette amplification du lien interpersonnel. En effet, l'État en charge de l'intérêt général tout en s'assurant de l'intérêt de chacun affirme sa souveraineté par un truchement subjectif. Or la force de l'État, n'est ce pas encore son monopole en tant que cadre social au sein duquel s'exerce la démocratie ?

Par la QPC, l'État affirme -ou impose- son offre dans la concurrence des droits subjectifs mais nourrit aussi cette concurrence.

Pourtant, selon le Professeur Carlos-Miguel Pimentel, il est nécessaire que l'État soit reconnu collectivement. Selon lui « l'État n'a pas d'existence en dehors de la reconnaissance de ses sujets, qui, à elle seule, suffit à le constituer »³⁴. Malgré l'aspect individuel de la QPC, la teneur collective de la QPC est présente dans sa portée : erga omnes. Dès lors, sa finalité autorise l'hypothèse d'une question générale et impersonnelle : la loi est-elle conforme à la constitution ? Quant à la restriction du champ de la QPC aux droits/libertés, dès que l'on admet qu'ils sont les mêmes pour tous, il est aisé d'affirmer que c'est un procès de la législation et donc un procès social dont un justiciable se fait le sherpa. L'État peut ainsi invoquer l'exemplarité de son système disciplinaire endogène et juguler la tendance exogène du maintien du respect des droits et libertés.

2) L'autodiscipline

Le 3 novembre 2008, à l'occasion du cinquantenaire de la création du Conseil constitutionnel, le Président de la République a prononcé un discours au cours duquel il a expliqué : « très franchement, et le constituant l'a compris, je préfère que nos lois soient censurées sur le fondement de notre constitution plutôt que sur le fondement de conventions internationales et européennes »³⁵. Voici sa justification : « permettre aux lois d'être contestées sur le terrain de notre constitution ce n'est pas remettre en cause la souveraineté du peuple et de la représentation nationale c'est au contraire la conforter car c'est le peuple et la représentation nationale qui écrit la constitution alors que ce n'est ni le peuple ni la représentation nationale qui écrit la norme internationale ».

D'apparence implacable cette argumentation centrée sur l'auteur de l'écrit est juridiquement intenable. En effet, en droit, l'auteur n'est pas celui qui tient la plume, celui qui nous intéresse c'est celui qui donne sa force juridique au texte. La QPC est un hommage au pouvoir constituant en ce qu'elle veut réhabiliter l'écrit constitutionnel distributeur de libertés. Mais quid des traités ratifiés

32 Yves-Charles Zarka, *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, 2000, Collection « Le grenier à sel », p.7

33 Ibidem

34 Carlos-Miguel Pimentel, « Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique », *Jus politicum*, n°1, 2008, *Le droit politique*. Revue internationale de droit politique www.juspoliticum.com p. 5

35 Passage également cité par Guy Canivet lors de son discours « La question prioritaire de constitutionnalité ou le ravissement du constitutionnaliste » prononcé le 11 septembre 2009 lors de la rentrée solennelle de la Faculté de Droit et de science politique de Montpellier.

après mobilisation du constituant -dérivé si tant est qu'on puisse admettre son existence- pour réviser la constitution en « conséquence préventive »³⁶ ?

Par ailleurs, la confusion du pouvoir législatif et du pouvoir constituant à travers la référence commune au peuple et à la représentation nationale comme auteur à la fois des lois et de la constitution induit une représentation-fusion dont il a été acté qu'elle était risquée. En revanche, créer un écart entre l'auteur de la constitution et celui de la loi, cela permet au Conseil constitutionnel, gardien de cet écart, de l'invoquer pour dénoncer une erreur de la représentation nationale législative.

Se pose en filigrane la question de l'État de droit. Ce dernier ne semble pas connaître de définition qui fasse consensus dans la communauté scientifique juridique. C'est pourtant l'enjeu de la QPC, soumettre la législation au règne de la constitution et ainsi affirmer l'empire du droit sur le pouvoir afin d'obtenir l'État de droit.

Cette vision de l'État de droit reposant sur l'autolimitation a été très fortement critiquée par Léon Duguit. Cependant, avec la création du Conseil constitutionnel en 1958, sa décision libératoire de 1971, la réforme de 1974, la remise en cause généralisée du légicentrisme, peut-on encore attacher du crédit à la pensée d'un auteur de la III^{ème} République ?

Cela dépend, plus que jamais, du jugement que l'on se forme du Conseil constitutionnel. Peu importe sa composition s'il joue son rôle d'éphorat. Ce modèle théorique, nous le devons à Fichte, philosophe allemand de la fin du XVIII^{ème} et du début XIX^{ème} siècle. Nous le découvrons à travers Alexis Philonenko qui le situe dans l'idée Fichtéenne de prudence au nom de laquelle l'éphorat sera constitué pour viser à « tempérer et à réorienter les décisions du souverain de telle sorte que les mouvements de rébellion du peuple soient non pas anéantis mais refoulés ou modérés »³⁷. Dans notre questionnement sur la meilleure nature de cet éphorat, nationale ou supranationale il semblerait que le modèle fichtéen s'applique davantage à une logique épousant le cadre de l'unité politique, étatique par exemple. En effet, toujours d'après la lecture d'Alexis Philonenko, l'éphorat fichtéen « doit bien plutôt par sa puissance de veto les [le souverain et le peuple] conduire à évoluer respectivement au sujet d'un problème politique »³⁸ ainsi « le non de l'éphorat chez Fichte est une puissance dynamique de prudence »³⁹.

Finalement, la question de l'autonomie renvoie au riche questionnement de la légitimité. Est-on davantage légitime lorsqu'on se limite soi-même ?

B- La légitimité recherchée

Avec une démocratie en panne, la légitimité change de source. Dès lors l'État ne peut plus se reposer sur sa qualité de cadre démocratique. Il doit se positionner sur le champ d'une légitimité matérielle très puissante : le respect des droits subjectifs. Mais il y a pourtant une source étatique lorsqu'un droit fondamental inscrit dans le droit international est opposé à une loi, c'est indirectement par la volonté de l'État signataire, membre, acceptant à un moment donné de se soumettre dans le futur à un texte. Force est de constater que ce cheminement à rebours n'est ni effectué ni producteur de légitimité. Par ailleurs, en marge de l'échec du lien au passé (1), il y a une

36 Voici une expression étrange pour une situation curieuse qui suspend la mise en vigueur d'une révision de la constitution à la ratification d'un traité.

37 Alexis Philonenko, *Métaphysique et politique chez Kant et Fichte*, Librairie philosophique VRIN, Collection « Histoire de la philosophie », 1997, p. 415

38 Ibidem

39 Ibidem

croyance, qui semble justifiée, dans la production de légitimité par le lien *permanent* au sujet/citoyen (2).

1) L'échec du lien au passé

Selon Yves-Charles Zarka « l'identité personnelle est définie par le rapport de soi à soi de la conscience qui accompagne toujours la pensée et la mémoire »⁴⁰. Peut-on en dire autant pour la personne étatique ? Ce qui semble certain c'est que, conformément à ce que nous dit l'auteur « la conscience n'est pas le seul moyen de constituer l'identité personnelle, et le rapport d'autrui ou même d'autres marques y peuvent suppléer »⁴¹. En effet, le citoyen venant rappeler une loi à son actualité vient questionner la mémoire de l'État et ainsi son identité, largement juridique. Peut-on pour autant craindre une insécurité juridique ? Au contraire, la remise en question de la norme permet à l'identité étatique d'être réelle à travers son mouvement et sa contestabilité. Est-ce alors une atteinte à la continuité de l'État ? Non plus, l'abrogation vaut pour le futur et le changement, bien que négatif, appelle un renouvellement surpassant une erreur -enfin rendue possible après Rousseau selon lequel le législateur ne pouvait errer-, ce qui semble une motivation acceptable pour légiférer, au moins dans le respect des libertés. Ainsi, le changement vient permettre la continuité de l'État plutôt que de la lui ravir, ce qui n'est pas sans rappeler le mot superbe du Guépard de Lampedusa : *pour que rien ne change, il faut que tout change*.

Cependant, il faut bien admettre que la légitimité tirée hypothétiquement de la mémoire d'un engagement de l'État portant encore des fruits juridiques pour l'avenir n'a pas de force. En effet, l'aspect indirect de la responsabilité de l'État, reconnue par un organe extérieur à lui, empêche la possibilité de lui rendre grâce de son autolimitation actée lors de l'engagement. Par exemple, un justiciable qui remporte sa cause devant la Cour européenne des droits de l'homme et obtient la « condamnation » de son État d'origine ne semble pas imprégné de reconnaissance vis à vis de cet État qui lui permet de le soumettre à un droit dont il est à la source, en partie, au moins pour sa valeur juridique.

La QPC vient combler ce manque à gagner de légitimité étatique et procède à un resserrement autour des normes nationales dont le lien et le rapport à l'autorité étatique apparaît naturel et automatique.

Ricoeur établit un lien entre mémoire, passé, oubli et *mêmeté*. Cette facette rétrospective de l'identité se distingue d'une autre dimension de l'identité, prospective celle-ci, qui prend corps dans la promesse, faite pour le futur, appelée ipséité et caractérisée par l'altérité.

2) Le pari du lien au sujet

Parmi les juristes, notamment au début du XX^{ème} siècle, certains membres de la doctrine ont considéré, à l'inverse d'autres auteurs tels que Léon Duguit, que la subjectivisation de l'État était une avancée dans le sens du droit.

Ces auteurs sont, notamment, Jellinek et Michoud.

« Ceux qui reprochent à la théorie de l'État personne titulaire des droits de puissance publique de conduire à une exagération de ces droits ne la comprennent certainement pas dans le sens où nous venons de l'exposer. Elle est au contraire, ainsi comprise, la plus sûre garantie contre leur exagération théorique. (...) elle permet au contraire de ranger l'État dans les cadres de la pensée juridique et, par là, de lui en imposer la discipline. Il place l'État vis à vis de l'individu (et aussi vis à

40 Yves-Charles Zarka, *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, 2000, Collection « Le grenier à sel », p. 23

41 Ibidem p. 27 YC Zarka citant Leibniz, en effet « autrui peut pallier l'absence momentanée de conscience de soi ».

vis des autres collectivités) comme un sujet de droit vis à vis d'un autre sujet de droit, les droits de ces deux sujets s'opposant et se limitant l'un l'autre »⁴².

La QPC c'est la procédure permettant de réaliser cette limitation à partir de l'individu, sujet de droit, et à travers l'interface constitutionnelle qui formalise son rapport avec l'État.

La QPC est une procédure/promesse⁴³ que l'État offre au justiciable par laquelle il s'engage, sous certaines conditions, à abroger la loi qui porte atteinte à une de ses libertés reconnues dans la Constitution. Figure du maintien de soi, selon Ricoeur, la promesse « sert d'exemple paradigmatique à l'ipséité »⁴⁴. Pour cet auteur « une mention spéciale doit être faite de la part d'altérité qui paraît propre à la promesse, à la différence de la mémoire fortement marquée par la « mienneté » qui souligne son caractère insubstituable »⁴⁵.

L'identité de l'État sort ainsi du « cercle de l'identité-mêmeté »⁴⁶ au sein de laquelle « l'altérité ne présente rien d'original » et intègre l'ipséité dont « l'altérité peut être constitutive ». Chez Ricoeur, « l'ipséité du soi-même implique l'altérité à un degré si intime que l'une ne se laisse pas penser sans l'autre, que l'une passe plutôt dans l'autre, comme on dirait en langage hégélien »⁴⁷.

Il appartient au justiciable de faire vivre cette promesse civique qui ouvre la voie d'un contentieux citoyen.

Isaïe HÉLIAS

ATER à l'Université du Sud-Toulon Var, doctorant à l'Université Montpellier I (CERCOP)

42 Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, Tome second, LGDJ, 1924, p. 74-75

43 Même préfixe *pro*, du latin en avant, pour le futur, idée de mouvement rappelant la notion ricoeurienne de maintien de soi.

44 Paul Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, Collection « Folio Essais », 2004, p. 204

45 Ibidem

46 Paul Ricoeur, *Soi même comme un autre*, Editions du Seuil, Points, collection « essais », 1990, p 13.

47 Ibidem p. 14